

el verano Overbooking: Estrategia empresarial que se traduce en una práctica comercial abusiva

el verano Overbooking: Estrategia empresarial que se traduce en una práctica comercial abusiva el verano Overbooking: Estrategia empresarial que se traduce en una práctica comercial abusiva Fuente: doc_01_2025_0015.html Partes: Proconsumer y otros c/ Avianca Perú y otro s/ proceso de conocimiento Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: I Fecha: 7 de mayo de 2024 Cita digital: dj151590151590151590 Voces: ACCIONES COLECTIVAS PROMOVIDAS POR ASOCIACIONES O PARTICULARES ? PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ? AERONAVEGACIÓN ? TRANSPORTE AÉREO ? TRANSPORTE DE PASAJEROS ? PASAJES ? DAÑOS Y PERJUICIOS ? ACCIONES DE CLASE ? RELACIÓN DE CONSUMO ? INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ? INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR ? DAÑO PUNITIVO La práctica de overbooking es una estrategia empresarial que se traduce en una práctica comercial abusiva. Cuadro de rubros indemnizatorios. Sumario: 1.-Corresponde condenar a la empresa demandada por la práctica ilegal de la sobreventa de pasajes, también conocida como overbooking, debiendo la accionada, en los términos del art. 4º de la Ley 24240, a partir de la primera plaza que venda en exceso de la capacidad del avión para el vuelo del que se trate, siempre que el punto de origen se encuentre en la República Argentina, informar al pasajero de dicha circunstancia y de las alternativas con las que contará en caso de que no resulte posible su embarque efectivo en el vuelo contratado. 2.-La imposibilidad de viajar, teniendo los pasajes ya previamente reconfirmados en el día y hora estipulados, lleva a definir la conducta de la empresa transportadora como de incumplimiento contractual y por ello, al no invocarse ni demostrarse causal alguna de eximición de responsabilidad por la inejecución del contrato de transporte aéreo de pasajeros, sus consecuencias patrimoniales pesan ineludiblemente sobre la obligada y si esa imposibilidad se debe a que la capacidad del avión está colmada por la existencia de sobreventa de pasajes, se verifica un agravante del incumplimiento contractual, en tanto constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y respetuosa de los derechos de los pasajeros. 3.-La responsabilidad de la empresa por los daños que la práctica ilegítima de overbooking les produce a los usuarios del servicio de transporte aéreo no se ve diluida por el hecho de que la demandada cuente con un mecanismo estandarizado de compensación inmediata al pasajero afectado por sobreventa pues la venta de pasajes por sobre la capacidad del avión implica inexorablemente que el pasajero no pueda embarcar, lo que lo obliga a tener que posponer el viaje, con la consecuente pérdida de tiempo que ello implica. 4.-No cabe duda alguna de que el overbooking es una estrategia empresarial con consecuencias abusivas hacia el pasajero, quien tiene su reserva confirmada y en función de la cual organizó y planificó su viaje y, con ello, su vida; y en virtud de esto último que carece de relevancia la línea argumental ensayada por la demandada en sustento de su defensa, consistente en sostener que a los pasajeros a los que se les deniega el embarque se les ofrecen otras alternativas para completar su viaje; por lo que no se puede coincidir con lo expuesto en cuanto a que el objetivo esencial de la sobreventa es ?construir un sistema en beneficio del pasajero?. 5.-En el caso particular del overbooking como práctica comercial a la que sistemáticamente recurren las aerolíneas, se evidencia un claro apartamiento del deber de información que el art. 4º LDC le impone al proveedor del servicio; en este caso, a la línea aérea frente al pasajero, toda vez que no podría razonablemente negarse o ponerse en duda que la efectiva asignación de un asiento dentro del avión constituye una característica esencial del contrato de transporte aéreo de personas; sin embargo, el riesgo de que ello no ocurra nunca es puesto en conocimiento del pasajero, quien no es advertido de la probabilidad de que no pueda abordar la aeronave debido a la falta de plazas disponibles. 6.-En autos se trata de la defensa de los derechos contenidos en la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, pues -dadas las pretensiones planteadas en el escrito de demanda- es claro que lo que está en juego no es un bien colectivo, sino derechos de usuarios y consumidores que si bien son individuales y enteramente divisibles, existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, por lo que es identificable una causa fáctica homogénea. 7.-Existe un hecho único -el overbooking- que resulta ser el causante de la lesión a una pluralidad relevante de individuos y en tal sentido se trata del requisito de la commonality que exige la Regla 23 que regula las acciones de clase en Estados Unidos -esto es, que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase- y que reitera la Corte Suprema en el considerando 13 del precedente ?Halabi?; en efecto, ocurre que si bien el reclamo puede ser distinto para los integrantes de la clase en cuanto a su extensión, debe tener el origen en una conducta común que los afecte de manera similar, pues lo que se juzga al momento de determinar la homogeneidad es la causa y no el efecto; esto es, la conducta del demandado y no sus consecuencias. 8.-Es necesario que la pretensión procesal esté enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho único o complejo ya que este requisito está dirigido a determinar si quien acciona lo hace en defensa de los intereses de todo el grupo o si, por el contrario, lo hace en forma individual, atendiendo a sus propios intereses. 9.-Ciertamente es que el daño que habría sido sufrido por los sujetos involucrados en la acción de clase revela la existencia, en cada uno de ellos, de un interés individual, pero como ese

interés es cualitativamente idéntico al de los demás, es posible predicar la existencia entre ellos de la mencionada homogeneidad, en tanto dato fáctico necesario para habilitar una única acción destinada a su protección.10.-Los titulares del interés conforman una 'clase', noción mediante la cual se hace alusión a la específica situación subjetiva en la que deben encontrarse los titulares de aquel interés común para habilitar la acción colectiva; situación que debe revelar la configuración entre ellos de la homogeneidad necesaria para recibir el tratamiento igualitario que mediante el ejercicio de esa acción se solicita.11.-Si bien es claro que los daños padecidos por los pasajeros difieren en cuanto a su extensión -no sólo por la situación particular de cada uno de ellos, sino también por el mecanismo estandarizado de compensación inmediata al pasajero afectado por sobreventa, al que pudieron o no haber accedido-, ello no es óbice para tener por acreditada la existencia de una causa común que, enfocada en el aspecto colectivo de sus efectos, permita encauzar el reclamo en la forma en la que fue planteado.12.-La aparente autonomía legislativa del transporte aéreo sufre en cierto modo una alteración en virtud de la Ley de Defensa del Consumidor que dispone su aplicación supletoria a la actividad aerocomercial; sin embargo, la ley es clara en ese aspecto: su aplicación sólo es supletoria, por lo que únicamente podrá recurrirse a ella en defecto del derecho principalmente aplicable.13.-La prueba producida en el expediente permite tener por fehacientemente acreditada la práctica comercial del overbooking, a la cual la demandada recurre de manera habitual y libre, esto es, sin ningún tipo de información al consumidor en el sentido de que los pasajes que compra están supeditados a dicha condición; así lo reconoce la propia accionada al manifestar que 'habitualmente se formula un cálculo aproximado de los 'no shows', y se sobreviene el vuelo con el propósito de lograr un mayor factor de ocupación mediante el que se pretende elevar el índice de rentabilidad del conjunto de los servicios que prestare la empresa'.14.-En las acciones de clase, en las cuales se evalúa un determinado curso de acción con independencia de la cantidad de damnificados, corresponde fijar una única suma en concepto de daños punitivos, siendo la cantidad de damnificados un agravante que deberá ser tenido en cuenta por el juzgador que fije aquella suma única.Fallo:En Buenos Aires, a los días del mes de mayo del año dos mil veinticuatro, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala I de la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a fin de pronunciarse en los autos 'Proconsumer y otros c/ Avianca Perú y otros s/ proceso de conocimiento', y de acuerdo con el orden de sorteo, la doctora Florencia Nallar dijo:I. El señor juez de primera instancia rechazó la demanda que había promovido la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur ('Proconsumer') con el objeto de que se condenase a Avianca Perú (ex TACA) a cesar en la práctica ilegal de la sobreventa de pasajes (overbooking) y a la indemnización de los daños y perjuicios de aquellas personas que durante los últimos tres años hubiesen acreditado haber sido víctimas de dicha conducta. Impuso las costas por su orden. Para así decidir, consideró que la presente acción colectiva no es procedente en los términos en los que fue planteada, en la medida en que se concentra en los perjuicios individuales de los usuarios, que exceden los homogéneos contemplados en el sistema de reparación (ver pronunciamiento del 1/09/23).Contra dicho pronunciamiento se alzó el Fiscal Federal de Primera Instancia el 4/09/23, recurso que fue concedido el 6/09/23 y fundado el 11/12/23, sin haber merecido la réplica de la contraria.Median asimismo recursos de apelación por los honorarios regulados en la instancia de grado, los que serán tratados -de así corresponder- por la Sala en conjunto al finalizar el presente Acuerdo.II.A los fines de definir bien y legalmente la controversia de autos no habré de seguir a las partes en todos y cada uno de sus planteamientos, ni he de ceñir mis razones a considerar lo que ha sido articulado en aspectos jurídicos -ciertamente con el límite de no alterar los extremos de hecho-.Analizaré los extremos y pruebas que conceptúo necesarios para la debida resolución del litigio; esto así, pues sabido es que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes en sus agravios, sino sólo aquellos que estimen conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 310:267; 324:3421, entre muchos otros). Dichas precisiones son necesarias atendiendo al enfoque sostenido por cada una de las partes, como así también a las conclusiones que ellas extraen de los distintos temas y elementos que conforman este pleito.En cuanto a que examinaré sólo lo 'conducente' para la justa composición del diferendo, me atengo a la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, que ha admitido como razonable esa metodología de fundamentación de las sentencias judiciales (Fallos: 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos otros). Y con referencia a los argumentos en que sustentaré mi voto -sin considerarme constreñida por las exposiciones jurídicas de las partes-, sólo tengo que recordar que es deber de los jueces decidir de modo expreso y preciso las pretensiones deducidas en el juicio 'calificadas según correspondiere por ley' (art. 163, inc. 6°, del Código Procesal).Aclarado lo anterior, adelanto mi postura en el sentido de que la sentencia apelada debe ser revocada.Ello, por un doble orden de razones.En primer término, porque esta Sala, en la resolución del 3/08/10 (fs.158) revocó la resolución que había hecho lugar a la excepción de falta de legitimación activa de Proconsumer.Para así decidir, quienes en ese entonces integraban esta Sala consideraron, con remisión a lo que ya habían concluido en la causa N° 2.627/08 del 13/07/10, que Proconsumer -cuyo estatuto y sucesivas reformas fueron debidamente aprobados por la Inspección General de Justicia- se plantea entre sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, así como también la defensa y representación de los intereses de los asociados, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados. Admitió así el legítimo ejercicio

de tales propósitos, en tanto una empresa que presta un servicio al usuario despliega una conducta susceptible de lesionar sus derechos constitucionales (en el caso, el derecho de recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; al respeto de los términos pactados en la contratación o bien el acceso a un resarcimiento integral en caso de incumplimiento, a la protección de sus intereses económicos, 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 de usuarios) y la afectación acusada se dirige, como en el caso, contra intereses individuales homogéneos de los usuarios. Concluyó así el Tribunal que la pretensión dirigida a obtener que la demandada cese en la práctica de sobreventa de pasajes excede el interés individual de cada pasajero, intentando regular la actividad de la empresa de transporte de un modo que -eventualmente- beneficiaría a la totalidad de los usuarios. Ocurre que los intereses individuales homogéneos pueden dar lugar a la interposición de una demanda única a favor de la clase o colectivo de personas afectadas, pero el alcance y extensión de los daños de cada una deberán probarse por cada quien, sea en procedimientos especiales o en la ejecución de sentencia. En estas condiciones, habiendo quedado firme la resolución de esta Sala de fs. 158, el pronunciamiento apelado -en cuanto considera que la presente demanda se concentra en los perjuicios individuales de los usuarios que exceden los homogéneos- no constituye sino un nuevo análisis de los recaudos formales que hacen a la viabilidad de la acción en los términos en los que fue entablada. Recaudos éstos que ya fueron analizados en una resolución que reitero -pasó en autoridad de cosa juzgada. En un independiente orden de ideas, y aun cuando se pretenda soslayar la cuestión procesal recién apuntada, a los fines de dar un adecuado tratamiento a las cuestiones planteadas ante esta instancia de apelación, corresponde definir el objeto que se persigue en las presentes actuaciones. Así, existen dos pretensiones claramente diferenciadas entre sí: de un lado, el cese de una práctica que se considera ilegítima, el overbooking, consistente en la venta de pasajes que excede la capacidad de la empresa, es decir, la cantidad de plazas disponibles en el avión; del otro lado, el reclamo indemnizatorio de los daños y perjuicios padecidos por los consumidores que en los últimos tres años hubiesen sido víctima de dicha práctica de sobreventa de pasajes (ver escrito de inicio, fs. 49/75vta., y ampliación de fs. 82/88vta.).

III. Delineadas así las pretensiones de esta acción, debe delimitarse el marco jurídico en el cual ésta se encuadra. Pues bien, en la causa Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986' (Fallos: 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación delimitó, en materia de legitimación procesal, tres categorías de derechos: los derechos individuales, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Y aclaró que si bien en todos los supuestos es imprescindible la comprobación de la existencia de un 'caso' -ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición-, ese 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos. Dichas categorías de derechos son las que describiré a continuación.

1) Derechos individuales: En punto a la primera categoría de derechos, el Alto Tribunal señaló que la regla general en materia de legitimación consiste en que la tutela de los derechos sobre bienes jurídicos individuales es ejercida por su titular, circunstancia que no se modifica por el hecho de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural; no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe necesariamente probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Pues bien, a esta categoría de derechos es a la que se refiere el primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, según el cual: ' Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva'. En esta disposición encuentra cabida la tradicional acción de amparo, destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados. En definitiva, cuando la lesión recaiga sobre derechos individuales del afectado, sólo él tendrá legitimación para reclamar judicialmente la reparación de esa lesión.

2) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: A su turno -siempre siguiendo los lineamientos dados por el Alto Tribunal en 'Halabi-', la protección de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos es ejercida por el Defensor del Pueblo de la Nación, por las asociaciones que concentran el interés colectivo y por el afectado. A su vez, en estos supuestos existen dos elementos diferenciados. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por eso sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de una pluralidad de sujetos, sino también de un bien que es de naturaleza colectiva, como lo es el

ambiente. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual, sino social, y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, pues la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. Así, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa pretendida, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. Aquí la prueba de la controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. En definitiva, la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. 3) Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos: El segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional admite una tercera categoría distinta de las dos categorías aludidas precedentemente. Ella está conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como ser los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos -aclaró el máximo Tribunal- no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, por lo que es identificable una causa fáctica homogénea. Este último dato tiene relevancia jurídica, pues en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Debe destacarse aquí que los derechos individuales homogéneos no se diferencian en su naturaleza de los clásicos derechos individuales reconocidos por el ordenamiento jurídico. Lo colectivo no es el derecho, sino el reclamo para su defensa y salvaguarda. Dicho en otros términos, nada impide que estos derechos sean defendidos individualmente por cada uno de los afectados. Sin embargo, debido a que la afectación de los derechos individuales homogéneos reconoce como origen el mismo hecho dañoso -cuestión de hecho o de derecho común-, el tratamiento procesal que se les da es colectivo. IV. De lo expuesto en el considerando precedente, no cabe sino concluir que en autos se trata de la defensa de los derechos contenidos en la tercera categoría a la que hice referencia, esto es, derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, pues -dadas las pretensiones planteadas en el escrito de demanda- es claro que lo que está en juego no es un bien colectivo, sino derechos de usuarios y consumidores que si bien son individuales y enteramente divisibles, existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, por lo que es identificable una causa fáctica homogénea. En otras palabras, existe un hecho único -el overbooking- que resulta ser el causante de la lesión a una pluralidad relevante de individuos. Se trata del requisito de la commonality que exige la Regla 23 que regula las acciones de clase en Estados Unidos -esto es, que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase- y que reitera la Corte Suprema en el considerando 13 del precedente 'Halabi'. Ocurre que si bien el reclamo puede ser distinto para los integrantes de la clase en cuanto a su extensión, debe tener el origen en una conducta común que los afecte de manera similar, pues lo que se juzga al momento de determinar la homogeneidad es la causa y no el efecto; esto es, la conducta del demandado y no sus consecuencias. En un relacionado orden de ideas, es necesario que la pretensión procesal esté enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho único o complejo. Este requisito está dirigido a determinar si quien acciona lo hace en defensa de los intereses de todo el grupo o si, por el contrario, lo hace en forma individual, atendiendo a sus propios intereses. Se trata del requisito de la typicality o tipicidad del derecho norteamericano, según el cual los reclamos o defensas interpuestos por los representantes deben ser típicos de los restantes miembros de la clase. Es el segundo elemento al que alude la Corte Suprema en el considerando 13 del precedente 'Halabi', que posteriormente reitera en el considerando 20, al aludir a la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. En resumen, cierto es que el daño que habría sido sufrido por los sujetos involucrados en la acción de clase revela la existencia, en cada uno de ellos, de un interés individual, pero como ese interés es cualitativamente idéntico al de los demás, es posible predicar la existencia entre ellos de la mencionada homogeneidad, en tanto dato fáctico necesario para habilitar una única acción destinada a su protección. Los titulares de ese interés conforman una 'clase', noción mediante la cual se hace alusión a la específica situación subjetiva en la que deben encontrarse los titulares de aquel interés común para habilitar la acción colectiva; situación que debe revelar la configuración entre ellos de la homogeneidad necesaria para recibir el tratamiento igualitario que mediante el ejercicio de esa acción se solicita. En este orden de ideas, toda vez que quienes pretenden ser aquí tutelados son todos usuarios del servicio de transporte aéreo, es técnicamente posible predicar la existencia entre ellos de esa homogeneidad configurativa de la 'clase', a lo cual no resulta óbice el hecho de que cada cliente haya contratado en forma individual con la demandada. En definitiva, en el caso de autos, si bien es claro que los daños padecidos por los pasajeros

difieren en cuanto a su extensión -no sólo por la situación particular de cada uno de ellos, sino también por el mecanismo estandarizado de compensación inmediata al pasajero afectado por sobreventa, al que pudieron o no haber accedido-, ello no es óbice para tener por acreditada la existencia de una causa común que, enfocada en el aspecto colectivo de sus efectos, permita encauzar el reclamo en la forma en la que fue planteado. V. Admitida, entonces, la procedencia formal de la presente acción en los términos en los que fue entablada -lo que lleva, por lógica consecuencia, a revocar la sentencia apelada-, habiendo quedado firme la legitimación activa de Proconsumer (ver resolución de fs. 158) y de manera previa a abordar la cuestión de fondo, es necesario aclarar el derecho aplicable al caso de autos. V.a. El art. 63 de la ley 24.240 dispone que al contrato de transporte aéreo se le aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la Ley de Defensa del Consumidor. Hago un paréntesis aquí para puntualizar que si bien el art. 63 citado fue derogado por el art.32 de la ley 26.361, este último fue -a su vez- observado por el decreto 565/08. Las presentes actuaciones giran en torno a una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación de la ley específica de la materia, es decir, el Código Aeronáutico y los correspondientes tratados internacionales. Ocurre que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en las previsiones específicas de la ley especial, no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y apartarse de ellas (conf. Sala 3, causa N° 7.210/11 del 28/06/13). El Código Aeronáutico establece un orden de prelación en la aplicación de las normas, que no deja lugar a duda alguna: 'Si una cuestión no estuviese prevista en este código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles' (art. 2º). De manera tal que se deberán aplicar, en primer lugar, las previsiones del Código Aeronáutico, siguiéndole a éstas los principios generales contenidos en dicho cuerpo normativo y los usos y costumbres de la actividad aérea. Si la solución de la cuestión aún fuere dudosa, se resolverá por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común. Lo expuesto no implica negar la relación de consumo, sino -antes bien- rechazar el desplazamiento de las normas de la ley aeronáutica que específicamente regulan la cuestión. Dicho en otros términos, el transporte aéreo no está completamente excluido de las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, sino que la aplicación de esta última es supletoria y está limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los tratados internacionales. Es decir que esta aparente autonomía legislativa del transporte aéreo sufre en cierto modo una alteración en virtud de la Ley de Defensa del Consumidor que -como quedó dicho- dispone su aplicación supletoria a la actividad aerocomercial. Sin embargo, la ley es clara en ese aspecto: su aplicación sólo es supletoria, por lo que únicamente podrá recurrirse a ella en defecto del derecho principalmente aplicable. En punto a la responsabilidad por daños, en el debate respecto de la aplicación de la ley 24.240, dos cuestiones deben ser enfatizadas. De un lado, la naturaleza de la obligación. En efecto, sabido es que el sistema de defensa del consumidor gira en torno a una responsabilidad de tipo objetivo, en la que el proveedor se libera demostrando la causa ajena, esto es, rompiendo el nexo causal. En cambio, de acuerdo con el art. 142 del Código Aeronáutico, el transportador no será responsable si prueba que él y sus dependientes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas. Del otro lado, el límite de responsabilidad. El art. 37 de la ley 24.240 tiene por no convenientes, sin perjuicio de la validez del contrato, aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Se trata de las cláusulas abusivas. Por el contrario, el transporte aéreo se funda en un régimen de responsabilidad limitada, que contiene un tope en la indemnización a percibir por el pasajero. Esta limitación surge del art. 144 del Código Aeronáutico, que fija el límite, con relación a cada pasajero, de la suma equivalente en pesos a mil argentinos oro, de acuerdo con la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad. Ahora bien, lo que está en juego en el caso de autos no es el incumplimiento de las obligaciones del transportista que hacen específicamente al objeto del contrato del transporte de personas, esto es, al traslado de los pasajeros y de su equipaje, sino -antes bien- la ilegalidad en la que la línea aérea incurriría al momento de formalizar la venta de los pasajes a los usuarios del servicio, comercializando tickets aéreos que no puede vender porque no están disponibles y omitiendo, asimismo, informar de dicha circunstancia al adquirente del billete. Se trata, en breve, de analizar jurídicamente esa estrategia comercial que se le endilga a la demandada. En definitiva, toda vez que en el supuesto bajo análisis no existen previsiones específicas que rigen la cuestión, cabe prescindir de la autonomía del derecho aeronáutico. En este orden de ideas, cuando el supuesto sometido a decisión no encuadra -como en el caso- en previsiones específicas de una ley especial, existen razones valederas que autorizan a descartarlas y apartarse de ellas (conf. Sala 3, causa N° 23.558/18 del 2/07/21). V.b. Las normas contenidas en el Código Aeronáutico no mejoran demasiado la situación de la demandada. En efecto, repárese en que el art. 141 del ordenamiento legal citado responsabiliza al transportador por los daños resultantes del retraso en el transporte de pasajeros, equipajes o mercancías, liberándolo la norma siguiente si se prueba que aquél o sus dependientes tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas. Por otra

parte, la responsabilidad del transportador podrá ser atenuada o eximida si prueba que la persona que ha sufrido el daño lo causó o contribuyó a causarlo (art.143). Finalmente, el transportador no tendrá derecho a ampararse en las prescripciones relativas al límite de responsabilidad cuando el daño provenga de su dolo o del dolo de algunas de las personas bajo su dependencia, actuando en ejercicio de sus funciones (art. 147).Trasladadas las disposiciones comentadas al caso de autos, es claro que media un incumplimiento contractual por retraso en el transporte de pasajeros, por lo que en principio es responsable el transportista. Ello así, en la medida en que el retraso es un hecho generador de responsabilidad para todos los tipos de transporte aéreo.Es claro que en el caso no se verifica un supuesto de culpa de la víctima, ya que esta última se presenta en tiempo y forma a embarcar el avión para el cual adquirió un pasaje que fue confirmado. De hecho, la jurisprudencia de este fuero tiene dicho que la llegada tardía de los pasajeros exime de responsabilidad al transportador porque la víctima -con o sin culpadesplaza el nexo causal que se apoya en el hecho del propio damnificado (conf. esta Sala, causa N° 176/10 del 16/02/16; Sala II, causas N° 7.241/92 del 8/06/95 y 5.829/12 del 26/12/19).Tampoco podría el transportista alegar que tomó las medidas necesarias para evitar el daño.En efecto, si bien es cierto que la obligación del transportista en cuanto a la puntualidad de los viajes no puede ser apreciada rígidamente por las características propias de la aviación y la prioridad de observar la condición de seguridad en los vuelos, no puede soslayarse que el régimen de horarios constituye en los servicios aéreos regulares un elemento básico de la relación contractual y del acuerdo de voluntades; su incorporación no reviste un carácter meramente indicativo, sino que, por el contrario, integra el plexo de obligaciones especiales pactadas entre las partes. En el caso que nos ocupa -como lo desarrollaré en los considerandos que siguen- la práctica comercial bajo análisis se traduce en una conducta deliberada de las compañías aéreas que la llevan a cabo con total conciencia del daño que pueden ocasionar.Finalmente, no deviene aplicable el límite de responsabilidad ya que ? como también lo expondré- la práctica de la sobreventa de pasajes fue calificada por la jurisprudencia nacional y extranjera de dolosa. Es decir que la circunstancia desencadenante de la cuestión es la demora original en el vuelo programado, endosado y contratado por los actores, que se debió a razones íntegramente imputables a la empresa de líneas aéreas; ello compromete la responsabilidad de la comitente pues se obligó a un resultado que sabía que no podría cumplir en tiempo y lugar propios.VI. A estas alturas del debate, llega el turno de analizar la práctica comercial cuestionada.Lo primero que debe aclararse es que la situación en la cual resultan vendidas más plazas que las que se encuentran disponibles en el avión puede responder a diversas razones: por ejemplo, cuando media confirmación de parte del agente de viaje a su cliente, sin contar previamente con la conformidad del transportista, en cuyo caso la sobreventa no es consecuencia de la actividad de este último.También puede suceder que la aerolínea proceda a la venta de un número de billetes en cantidad superior a la disponibilidad de plazas de la aeronave, lo que no significa aceptar compromiso alguno en cuanto al transporte de aquellos pasajeros que exceden tales plazas, quienes integran lo que comúnmente se denomina 'lista de espera' (oversale).Pero ocurre que en otras ocasiones, la sobreventa responde a una política empresarial de la compañía que, deliberadamente, vende una cantidad de pasajes que excede el número de plazas disponibles en el avión asignado al vuelo de que se trate (overbooking); ello, a fin de evitar que el vuelo despegue con plazas vacías, dado que en algunos casos los pasajeros no se presentan a embarcar y cambian el pasaje abonando una diferencia que suele ser un porcentaje del valor originalmente pagado.Pues bien, la prueba producida en el expediente permite tener por fehacientemente acreditada la práctica comercial del overbooking, a la cual la demandada recurre de manera habitual y libre, esto es, sin ningún tipo de información al consumidor en el sentido de que los pasajes que compra están supeditados a dicha condición.Así lo reconoce la propia accionada al manifestar que 'habitualmente se formula un cálculo aproximado de los 'no shows', y se sobrevende el vuelo con el propósito de lograr un mayor factor de ocupación mediante el que se pretende elevar el índice de rentabilidad del conjunto de los servicios que prestare la empresa'. Aclara a continuación que 'en la realidad aerocomercial sucede con frecuencia que en algún vuelo faltan mayor cantidad de pasajeros que el promedio habitual, produciéndose en tal caso la necesidad de rechazar el embarque de alguno de ellos, pese a que tuviera en su reserva confirmada de acuerdo con la reglamentación vigente' (sic) (ver escrito de contestación de demanda, fs. 108vta., párrafos segundo y tercero).En este orden de ideas, la documental acompañada por la demandada a fs.342/379 da cuenta de la sobreventa de pasajes en los meses de agosto de 2010 y diciembre de 2012 (ver, especialmente, fs. 344 y 369).Al respecto, y según es consolidada jurisprudencia de esta Cámara, la sobreventa de pasajes de una aeronave en un número mayor de la capacidad con la que realmente cuenta el aparato implica un incumplimiento contractual que cabe calificar de doloso, puesto que se ha convertido en una práctica voluntaria, habitual y descomedida de las compañías aéreas respecto del pasajero, afectando el funcionamiento de un servicio destinado al público, con conciencia de su ilegitimidad (conf. Sala II, causa N° 2268/93 del 12/03/96; Sala III, causas N° 9560/04 del 28/06/07, 15.383/04 del 4/12/07, y sus citas, entre otras).Ocurre que la imposibilidad de viajar, teniendo los pasajes ya previamente reconfirmados en el día y hora estipulados, lleva a definir la conducta de la empresa transportadora como de incumplimiento contractual.Es por ello que al no invocarse ni demostrarse causal alguna de eximición de responsabilidad por la inejecución del contrato de transporte aéreo de pasajeros, sus consecuencias patrimoniales pesan ineludiblemente sobre la obligada. Y si esa imposibilidad se debe a que la

capacidad del avión está colmada por la existencia de sobreventa de pasajes, se verifica un agravante del incumplimiento contractual, en tanto constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y respetuosa de los derechos de los pasajeros. Ocurre que en el contrato de transporte aéreo existe un interés especial en la regularidad de los servicios, siendo que la demora en el cumplimiento de la traslación altera uno de los elementos determinantes del acuerdo de voluntades, principio recogido en el art. 19 de la Convención de Varsovia de 1929 y en el art. 141 del Código Aeronáutico. Por lo tanto, la responsabilidad de la empresa por los daños que esa práctica ilegítima les produce a los usuarios del servicio de transporte aéreo no se ve diluida por el hecho de que la demandada cuente con un mecanismo estandarizado de compensación inmediata al pasajero afectado por sobreventa. Ello así, pues la venta de pasajes por sobre la capacidad del avión implica inexorablemente que el pasajero no pueda embarcar, lo que lo obliga a tener que posponer el viaje, con la consecuente pérdida de tiempo que ello implica. En este orden de ideas, no cabe duda alguna de que el overbooking es una estrategia empresarial con consecuencias abusivas hacia el pasajero, quien tiene su reserva confirmada y en función de la cual organizó y planificó su viaje y, con ello, su vida. Y es en virtud de esto último que carece de relevancia la línea argumental ensayada por la demandada en sustento de su defensa, consistente en sostener que a los pasajeros a los que se les deniega el embarque se les ofrecen otras alternativas para completar su viaje. En estas condiciones, me permito disentir con la demandada en punto a que el objetivo esencial de la sobreventa es 'construir un sistema en beneficio del pasajero' (ver escrito de contestación de demanda, fs. 108vta., punto IV.2, segundo párrafo). Este tipo de situaciones fue -como ya lo expuse- condenado por las tres Salas de este Tribunal, en el entendimiento de 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. En este orden de ideas, se debe tener presente que el régimen de horarios constituye en los servicios aéreos regulares un elemento básico de la relación contractual y del acuerdo de voluntades. Su incorporación no reviste un carácter meramente indicativo, sino que, por el contrario, integra el plexo de obligaciones especiales pactadas entre las partes. Incluso la jurisprudencia internacional ha juzgado severamente esta práctica estructurando su criterio sobre la base del llamado bumping o rebote, situación que consiste en impedir embarcarse a una persona con pasaje, y entendiéndose que constituía una práctica discriminatoria y una conducta temeraria (conf. Sala III, causa 5.483 del 22/12/92). En definitiva, estamos frente a una estrategia empresarial que se traduce en una práctica comercial abusiva. Sabido es que las prácticas comerciales son aquel conjunto de actos que los oferentes de productos y servicios dirigen al mercado de modo tal de posicionar su producto o su servicio o constituirse como una opción preferente frente a los potenciales consumidores. Son conductas anteriores al contrato, pero que tienen vital incidencia en su contorno, de modo tal de contribuir a la transparencia y al juego leal de la oferta. Se trata, entonces, de aquellos métodos y mecanismos mediante los cuales se fomenta la producción de bienes y servicios. Los proveedores recurren a estos procedimientos, mecanismos o métodos con el fin de fomentar la producción de bienes y servicios al destinatario final, porque de esta manera se facilita la salida de la producción. Sin embargo, dichas técnicas pueden implementarse de manera abusiva, tornándose en fuente de daños al consumidor. Este abuso del ejercicio de las prácticas comerciales altera su libertad, pues lo incita a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción. En breve, las prácticas abusivas son aquellas que vulneran o tienen la potencialidad de vulnerar los derechos de los consumidores. Estas afirmaciones encuentran sustento en la directiva del Parlamento Europeo 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Esta norma clasifica las prácticas comerciales desleales en dos ramas: de un lado, las prácticas comerciales engañosas, las cuales pueden darse por acción o por omisión; del otro, las prácticas comerciales agresivas. Según este documento, en lo que aquí interesa, se consideran prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente. Las prácticas engañosas se clasifican en acciones engañosas y omisiones engañosas. Con respecto a las omisiones, se establece un número limitado de datos esenciales que el consumidor necesita para poder tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa. De manera tal que cuando el proveedor recurre a prácticas comerciales engañosas, incumple su obligación de informar adecuadamente al consumidor. Ello puede ocurrir por acción, cuando se falsean datos respecto de la naturaleza del producto o de sus características o elementos principales, o bien respecto de los alcances de los deberes que asume. También se puede incurrir en dicha práctica desleal por omisión, es decir, ocultándole al consumidor datos que deberían tener influencia decisiva en la toma de la decisión respecto de la adquisición del producto. Todo ello desemboca en la violación del deber de buena fe que el proveedor debe observar. Pues bien, es claro que la venta de pasajes en una cantidad que excede el número de plazas disponibles en el avión no puede sino ser calificada de práctica comercial engañosa, en la medida en que el adquirente del billete aéreo, de haber sabido dicha situación, muy probablemente no lo habría adquirido. Ello me lleva a tratar el deber de información en el ámbito del derecho del consumidor, a lo cual me abocaré en el considerando que sigue. VII. El art. 4° de la ley 24.240 dispone textualmente: '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.' VII.a.

Pues bien, cuando se habla de 'derecho a la información', se hace referencia al derecho que en determinada relación contractual incumbe a algunos contratantes de exigir a su contraparte ciertas informaciones, que se fundamenta en la misma desigualdad de conocimientos en que aquéllas se encuentran, que debe exponerse de forma exacta, completa y comprensible, y que tiene por objeto toda clase de hechos -positivos y negativos, propios o de terceros, naturales o incluso jurídicos- que puedan contribuir a formar un consentimiento más claro, más libre y más reflexivo, siendo éstos de tal naturaleza que de haberlos conocido aquellos contratantes no habrían celebrado el contrato o lo habrían concluido en condiciones diferentes (Pérez García, Pedro A., La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1990, ps. 84/85). Cuando dos o más personas se entrelazan mediante un vínculo que genera efectos jurídicos, deviene imprescindible el conocimiento adecuado, completo y actual que aquéllas posean en punto a las características de ese acto jurídico que las relaciona. Esa necesidad se debe satisfacer con la información que las partes se proporcionen mutuamente, en cumplimiento del principio de buena fe que rige en materia contractual, del cual deriva una regla accesoria de conducta consistente en cooperar con quien se encuentra en inferioridad de condiciones en punto a la información en poder de la otra parte contratante. En la actualidad cada vez son más los contratos que a diario se otorgan, en los que la información tiene un rol preponderante, tanto para su celebración como para su normal desarrollo. Y esta realidad se ve potenciada en los últimos años por la tendencia de la economía de mercado vigente de poner en circulación los productos y servicios de una manera dinámica y descartable. La velocidad de reposición y la renovación de los bienes que circulan entre los consumidores es una de las características más salientes del comercio actual. Frente a esta realidad se evidencia la necesidad de las partes involucradas en estas nuevas expresiones negociales de conocer plenamente las distintas circunstancias trascendentes que rodean los negocios (Vallespinos, Carlos G. ? Ossola, Federico A., La obligación de informar en los contratos, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, ps. 143/144). Mientras en la contratación tradicional ese deber se encuentra distribuido equitativamente entre las partes intervinientes en el vínculo jurídico y no es sino una manifestación del deber de buena fe que debe hacerse presente en toda relación contractual, exteriorizado principalmente en la etapa previa a la formación del consentimiento, en las relaciones de consumo esa distribución deja de ser equitativa y se convierte en una obligación explícita a cargo del proveedor de productos y servicios. El deber de información es entonces la expresión máxima del principio de buena fe, que en materia de defensa del consumidor adquiere el rango de derecho constitucional. Es la piedra basal que además de proteger los derechos e intereses económicos del consumidor, asegura decisiones libres y responsables. Es de esta forma que lo imprescindible de esa información cobra especial relevancia en el ámbito del derecho del consumo, marcado por una notoria desigualdad entre las partes que conforman la relación jurídica, desigualdad que coloca al consumidor o usuario en una posición de marcada inferioridad respecto del proveedor y sobre cuya premisa se estructura todo el sistema tuitivo. Esta desigualdad e inferioridad del consumidor se ponen de manifiesto no sólo en la capacidad de negociación de ambas partes, sino también en la información que poseen sobre las cosas o servicios que constituyen el objeto del vínculo, y ha sido expresamente puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia, la cual apuntó a la desigualdad de la relación que vincula a usuarios y consumidores con los proveedores de bienes y servicios, sean públicos o privados (Acordada 36/15). Pues bien, en los casos de la naturaleza del sub examen, se pone de manifiesto ese abuso que hace la parte fuerte de la relación -la empresa de líneas aéreas- de la ignorancia del consumidor, al ocultarle información -la probabilidad de que no pueda abordar el vuelo debido a que hay más pasajeros que asientos disponibles- que sabe que de conocerse cambiaría los términos de la negociación e incluso llevaría al adquirente a no contratar. El desconocimiento en el que incurre el consumidor por la conducta deliberada del proveedor del servicio ocurre debido a la violación al deber de información que el art. 4° de la ley 24.240 pone en cabeza de este último, y es la fuente de los daños que deben resarcirse. VII.b. En efecto, sabido es que la tendencia tuitiva hacia el consumidor se verifica desde el mismo momento en que se gesta la relación de consumo, esto es, desde que el proveedor publicita y oferta sus productos. Este fenómeno merece especial atención del derecho, dado el constante incremento de mensajes publicitarios que a diario recibe el consumidor en prácticamente todos los espacios en los que se desarrolla su vida. Es así que el debido cumplimiento de la obligación de informar cobra su mayor relevancia en la etapa precontractual, pues es en ese momento en el que el consumidor adquiere el conocimiento necesario respecto de las características del bien que pretende adquirir, a los fines de tomar una decisión consciente y basada en sus reales necesidades. En esta línea de pensamiento, debe ponerse de resalto el objetivo puntual que persigue la información en esta etapa temprana de la relación de consumo, consistente en lograr que el contrato que finalmente se celebre responda a la libre y absoluta voluntad del consumidor. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor consideran como una necesidad legítima el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual (art. 5, inc. e). Al respecto, entre los principios que establecen los parámetros de unas buenas prácticas comerciales en las actividades comerciales en línea y fuera de línea con los consumidores, se encuentran los de la divulgación y transparencia, que imponen a las empresas el deber de facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre

los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas. Las empresas deben velar por que se pueda acceder fácilmente a esa información, especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado (art. 11, inc. c). En el contexto que vengo desarrollando, la ley 24.240 contiene a lo largo de su articulado aspectos informativos previos a la relación de consumo. En lo que aquí interesa, el art. 4º obliga al proveedor a suministrar al consumidor todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización. El art. 7º otorga carácter vinculante a la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, mientras que el art. 8º lo hace con las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión. El incumplimiento del proveedor de su obligación de informar trae como consecuencia que el consumidor celebre un contrato respecto del cual ha mediado un error sobre su objeto. VII.c. La propia ley determina las características que debe tener la información. Al respecto, el art. 4º de la ley 24.240 habla de una información 'cierta, clara y detallada', mientras que el art. 1100 del CCCN alude a una información 'cierta y detallada'. Lo relevante es tener en cuenta que la información para el consumidor debe ser de una idoneidad tal que le permita comprender con claridad, completitud y eficacia los mensajes emanados del productor, pues el aspecto subjetivo de la buena fe resulta relevante en la relación de consumo. Ocurre que la información que el proveedor le transmita al consumidor debe acatar el objetivo central que tiene en miras este deber particular, consistente en reducir al máximo posible esa brecha negocial existente entre ambas partes de la relación de consumo. A estos fines, la información debe cumplir con determinadas características. En primer término, debe ser veraz. La veracidad de la información hace no sólo a que las circunstancias que se transmiten sean ciertas, sino también a que su contenido no sea engañoso y que no se oculten datos esenciales del bien, de manera tal de no inducir al consumidor a error ni generarle expectativas que no van a ser cumplidas; aunque no se dé una información falsa, tampoco deben ocultarse determinados detalles respecto de características esenciales de aquello que se comercializa. El objetivo último que se persigue es que el consumidor pueda acercarse lo máximo posible a una verdad suficiente para conocer los hechos reales y, a partir de ello, formarse un juicio propio desde el conocimiento racional. De ahí que la veracidad de la información actúa como un límite interno, como un elemento inmanente a ella, desde que el consumidor podrá tomar decisiones propias sólo con elementos que le permitan un juicio racional, siendo consciente de las causas y consecuencias de sus actos. Asimismo, la información debe ser detallada, en el sentido de que el proveedor debe discriminar la información que suministra al consumidor, detallando las particularidades de su contenido y evitando proporcionar datos generales que impidan la cabal comprensión de lo que se debe transmitir; y clara, ya que el caudal informativo que recibe el consumidor debe ser inteligible, fácil de comprender, sin que se transmitan u oculten datos de manera de tergiversar o distorsionar el sentido de la relación de consumo. En este último orden de ideas, no alcanza con el mero hecho de informar, sino que el proveedor se debe asegurar de que el consumidor comprenda los alcances de la información que recibe. VII.d. Resta puntualizar que el art. 4º de la ley 24.240 le impone al proveedor el deber de aportar al consumidor toda la información relacionada con las 'características esenciales' de los bienes y servicios que provee y con las condiciones de su comercialización. De lo que se trata es de que el consumidor no advierta, después de adquirido el bien o servicio, características esenciales de aquéllos que, de haberlas conocido antes, habría optado por no adquirirlos. El incumplimiento en este caso se verifica por omisión, dado que el proveedor no le aportó al consumidor toda la información necesaria, guardando silencio respecto de determinadas características esenciales del bien o servicio. VII.e. A la luz de los conceptos expuestos ut supra, en el caso particular del overbooking como práctica comercial a la que sistemáticamente recurren las aerolíneas, se evidencia un claro apartamiento del deber de información que el art. 4º tantas veces referido le impone al proveedor del servicio; en este caso, a la línea aérea frente al pasajero. Así lo considero, toda vez que no podría razonablemente negarse o ponerse en duda que la efectiva asignación de un asiento dentro del avión constituye una característica esencial del contrato de transporte aéreo de personas. Sin embargo, el riesgo de que ello no ocurra nunca es puesto en conocimiento del pasajero, quien no es advertido de la probabilidad de que no pueda abordar la aeronave debido a la falta de plazas disponibles, lo que -a su vez- responde a que todos los asientos ya fueron vendidos. Podría pensarse que un pasajero, aun en caso de conocer dicha circunstancia, formalizaría igualmente el contrato, obteniendo -por ejemplo- una rebaja en el costo del ticket aéreo por asumir dicho riesgo. Ello formaría parte de una política comercial de la empresa, la cual podría recurrir a ofertas o beneficios a cambio de la adquisición del pasaje en las condiciones antedichas. Aun así, lo que no puede obviar es la debida información al consumidor en términos claros, que despejen toda duda en cuanto a las condiciones esenciales bajo las cuales se está llevando a cabo la contratación. Extremo éste que en modo alguno se tiene por cumplido por el hecho de que en la página web de la demandada pueda accederse a cierta información genérica respecto de las alternativas con las que podría contar el pasajero en caso de producirse una situación de sobreventa de pasajes. VIII. Para finalizar con el análisis de la práctica comercial del overbooking o sobreventa de pasajes, resta señalar que las disposiciones contenidas en la Resolución N° 1532/98 del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos no invalidan las conclusiones antedichas. Así lo considero, toda vez que el art. 12 se refiere a los supuestos de incumplimiento de horarios, itinerarios,

cancelación de vuelos y denegación de embarque. En lo que aquí interesa, el inc.a) de esta disposición legal enumera los derechos a los que tendrá el pasajero si, entre otros supuestos, el transportador deniega el embarque porque no puede proporcionar espacio previamente confirmado (overbooking o sobreventa), aclarando que quienes voluntaria y expresamente acepten la compensación por embarque denegado y realicen el transporte en alguna de las condiciones detalladas en el inciso bajo comentario, no podrán efectuar ningún tipo de reclamo posterior al transportador. A su turno, el inc. c) aclara que en caso de overbooking o sobreventa, el régimen previsto de protección al pasajero no se aplicará respecto de aquel que no se haya presentado en el lugar y a la hora indicada por el transportador, o que no haya cumplido con los requisitos de confirmación o reconfirmación de reserva de acuerdo con las regulaciones del transportador. Esto último es conteste con la jurisprudencia del fuero, en el sentido de que el estudio de la determinación de la ocurrencia de overbooking o sobreventa sólo opera en la medida en que no se haya demostrado una causal eximente de la inexecución del contrato de transporte aéreo de pasajeros. Por ende, ante la llegada tardía de los pasajeros, el transportador se exime, no porque la víctima sea culpable, sino porque ésta ocasionó el factor causal del daño. Con culpa o sin culpa, lo que opera es un desplazamiento del nexo causal que se apoya en el hecho del propio damnificado (conf. esta Sala, causa N° 176/10 del 16/02/16; Sala II, causas N° 7.241/92 del 8/06/95 y 5.829/12 del 26/12/19). En el contexto normativo y jurisprudencial reseñado en los dos últimos considerandos mal podría afirmarse que existe un derecho de las empresas de líneas aéreas de vender los lugares en sus vuelos por sobre la capacidad de los aviones. Es decir que las normas citadas no habilitan a planificar el incumplimiento contractual asegurando a la empresa de transporte aéreo una dispensa de las consecuencias, sino que adoptan un régimen mínimo de protección al pasajero no embarcado por razones de sobreventa, sin comportar una suerte de renuncia del pasajero al ejercicio de sus derechos conforme con el ordenamiento jurídico internacional que le sea aplicable y a la legislación vigente del país donde ocurrió la sobreventa. Así las cosas, la previsión contenida en la Resolución referida sólo prevé las consecuencias que esa conducta arbitraria y abusiva de parte de las líneas aéreas les acarrearía respecto del pasajero damnificado, consecuencias éstas que -asimismo- deben amalgamarse con los principios que gobiernan el régimen de responsabilidad civil, entre los cuales se encuentra el de la reparación integral. IX. En este último orden de ideas, debo hacer un paréntesis para referirme al derecho constitucional a la reparación. El punto de partida para ello estuvo dado por dos leading cases dictados por la CSJN en el año 1986. Ambos precedentes marcaron el hito inicial para la constitucionalización del derecho a la reparación. Nos referimos específicamente a los casos 'Gunther' (Fallos: 308:118) y 'Santa Coloma' (Fallos:308:1160). Hasta ese entonces, la jurisprudencia reconocía el derecho de toda persona que había sufrido un daño a obtener su reparación con fundamento en las disposiciones legales contenidas en el Código Civil; esta cuestión tampoco suscitaba dudas ni controversias en el ámbito de la doctrina autoral. La doctrina que se desprende de los dos casos jurisprudenciales referidos es que el principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Con posterioridad, el Alto Tribunal reafirmó la jerarquía constitucional que reviste el principio de que la reparación debe ser integral, aclarando que dicho principio tiene el preciso alcance que surge de su enunciado, en el sentido de que todo daño debe ser resarcido. Sin embargo, puntualizó que la necesidad de preservarlo que pesa sobre el órgano jurisdiccional llamado a intervenir no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 318:1598. En el mismo sentido, Fallos: 327:3753). A partir del dictado de estos precedentes, los argumentos en ellos expuestos fueron utilizados para fundamentar la raíz constitucional del principio a la reparación; esto es, considerar al derecho a la reparación, dentro de la doctrina de la responsabilidad civil, como un derecho con base constitucional. Con ello, se limitó la libertad de configuración del legislador de quien hasta ese momento se entendía que era de exclusiva incumbencia todo lo que tuviera que ver con la reparación de daños - a la hora de reglamentar todo lo atinente a dicho principio (Ibarlucía, Emilio A., 'El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012', RCyS 2013-I, 5). A dicho principio de la reparación integral no permaneció ajena la Ley de Defensa del Consumidor, que en su art. 54 -referido a las acciones de incidencia colectiva- dispone que '[s]i la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral'. X. Por los argumentos desarrollados en los considerandos precedentes, corresponde condenar a TACA por la práctica ilegal de la sobreventa de pasajes, también conocida como overbooking, debiendo la accionada, en los términos del art. 4° de la ley 24.240, a partir de la primera plaza que venda en exceso de la capacidad del avión para el vuelo del que se trate, siempre que el punto de origen se encuentre en la República Argentina, informar al pasajero de dicha circunstancia y de las alternativas con las que contará en caso de que no resulte posible su embarque efectivo en el vuelo contratado. Llega el momento, entonces, de analizar la procedencia y cuantificación de los distintos rubros reclamados en la demanda de fs. 49/75vta. y ampliación de fs. 82/88vta. XI. Daño emergente En materia de procesos colectivos de consumo, el art. 27 de la ley 26.361 introdujo el nuevo art. 54 a

la ley 24.240, que en su momento había sido vetado por el decreto reglamentario N° 2089/93 (art. 9). El art. 54 es la única disposición legal que regula en materia de defensa del consumidor lo relativo a este tipo de procedimientos colectivos, refiriéndose concretamente a tres aspectos puntuales: a) el procedimiento para arribar a un acuerdo o transacción (primer párrafo); b) el alcance de la cosa juzgada en este tipo de litigios (segundo párrafo); y c) el procedimiento para la determinación de la indemnización que corresponde a cada uno de los consumidores que conforman la clase (tercer párrafo). Así, el art. 54 de la ley 24.240 aborda las acciones de incidencia colectiva en estos términos: 'Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda'. En punto a los alcances de la cosa juzgada, el sistema adoptado por el legislador es el denominado secundum eventum litis o one-way preclusion, de acuerdo con el cual la clase actora sólo podrá ser beneficiada por una sentencia favorable, por lo que la cosa juzgada es erga omnes sólo si es positiva. Por lo tanto, si la pretensión es rechazada, los interesados podrán deducir la acción a título individual. Se impone, en consecuencia, la extensión de los efectos de la cosa juzgada en una sentencia favorable hacia los individuos que conforman el colectivo, con excepción -claro está- de aquellos que hubiesen hecho uso del derecho de exclusión u opt out. En cuanto al procedimiento para la determinación de la indemnización, del texto del tercer párrafo del art. 54 referido, se desprende que en la sentencia el juez debe: 1) fijar las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación; 2) si los afectados no pudieran ser identificados, fijar la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado; 3) si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, establecer si es factible subgrupos dentro del grupo afectado, cuyos integrantes podrán por vía incidental estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda; 4) si se trata de la restitución de sumas de dinero, disponer que se realice por los mismos medios en que aquéllas fueron percibidas. En líneas generales, en las acciones de clase la sentencia puede limitarse a declarar de manera genérica la responsabilidad del demandado, con lo cual se agotaría el objeto específico de la acción. En estos casos, la determinación de la indemnización correspondiente a cada uno de los afectados queda diferida para una etapa posterior. Esto es lo que en la doctrina norteamericana se denomina downstream. Una vez determinada, entonces, la responsabilidad de la demandada, los integrantes de la clase obtendrán el pago de lo debido mediante el correspondiente incidente de ejecución de sentencia. Cabe aclarar aquí que la interposición de una acción individual a dichos fines no será necesaria, toda vez que la sentencia que contiene la condena genérica de responsabilidad constituye título ejecutivo suficiente para que los miembros de la clase reclamen su indemnización. Por supuesto que en el incidente de ejecución de sentencia, ninguna cuestión relativa a la responsabilidad de la demandada podrá ya ser reeditada. El particular damnificado tendrá que invocar y probar los daños que alega haber sufrido y su extensión, mientras que el demandado únicamente podrá esgrimir defensas que hagan a dichos daños, como ser su inexistencia. Por el otro lado, la misma sentencia dictada en la acción de clase que determina la responsabilidad del causante del daño puede incluir el resarcimiento correspondiente a cada uno de los integrantes de la clase. Es lo que en la doctrina estadounidense se ha dado en llamar upstream y para que su aplicación sea posible, el daño debe ser relativamente uniforme respecto de todos los miembros de la clase. Esta modalidad, a su vez, puede manifestarse de dos formas distintas. De un lado, el juez puede determinar la indemnización que le corresponde a cada uno de los damnificados si las circunstancias del caso lo permiten. Del otro lado, puede fijar las pautas para la cuantificación del resarcimiento y dividir a los integrantes de la clase en subclases. De este modo, el estatuto de los consumidores contempla la posibilidad de que la sentencia resuelva elementos comunes y avance sobre los diferenciados. En este último caso, puede avanzar y decir algo más sobre la extensión del daño resarcible, pero siempre debe respetar en principio de la reparación integral. Asimismo, puede fijar un monto cuando el daño sea homogéneo, o daños diferenciados cuando existan perjuicios diferentes. En este último caso, se establecerá, normalmente, por vía incidental. En consecuencia, y en los términos de la última parte del art. 54 de la ley 24.240, deberá cada uno de los damnificados alcanzados por esta práctica de la línea aérea accionada, demandar por vía incidental la indemnización particular que estimen corresponder,

debiendo invocar, fundar y acreditar el daño y su extensión. Ello así, en virtud de que -dadas las características de la conducta observada por la demandada y los daños a los que ella puede dar lugar- el daño emergente reclamado no puede ser determinado en esta etapa, no siendo posible tampoco establecer grupos o subgrupos dentro de los integrantes de la clase, por lo que se trata de un daño individual que deberá ser acreditado por cada uno de ellos. A ello se suma la circunstancia de que en autos no se encuentran individualizados los integrantes de la clase que compone la presente acción. Por lo tanto, en el plazo máximo de veinte (20) días, contados a partir de la última publicación de la presente sentencia de acuerdo con las pautas que fijaré en el considerando XIV, los integrantes de la clase deberán reclamar por vía incidental el daño material y moral que acrediten haber sufrido, quedando excluidos de la ejecución de la presente sentencia aquellos pasajeros que hubiesen sido oportunamente indemnizados por la transportista demandada.

XII. Daño moral El art. 1741 del Código Civil y Comercial, con base en la distinción entre daño-lesión y daño-consecuencia, se refiere al daño no patrimonial, el cual debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial. La norma regula el tema de la legitimación para reclamarlo y otras vicisitudes, pero no menciona el concepto, lo cual da cabida a la labor doctrinaria y jurisprudencial desarrollada sobre el tema al amparo del Código de Vélez, que mantiene actualidad. En esta línea, el daño moral implica una lesión en los sentimientos de la víctima, lesión que resulta determinante de dolor o sufrimiento, angustia, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes. Es decir, se trata de aquellas aflicciones que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, las cuales -pese a su inmaterialidad- deben ser indemnizadas pecuniariamente al carecerse de otro medio para mitigar el dolor de la víctima. Este tipo de perjuicio supone un sufrimiento subjetivo que representa los padecimientos presentes y futuros que reconocen su origen en el hecho generador del daño; se trata de la proyección espiritual de ese menoscabo, de las zozobras, angustia e intranquilidad que el damnificado experimenta a partir de la producción del hecho traumático. Mediante su indemnización se procura reparar la lesión ocasionada a la persona en alguno de aquellos bienes que tienen un valor principal en su vida, y que son la paz, la integridad física, la tranquilidad de espíritu, el honor, y los demás sagrados afectos que se resumen en los conceptos de seguridad personal y afección legítima; y cuya violación determina la modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que resulta anímicamente perjudicial. La referencia del art. 1738 del Código Civil y Comercial a las afecciones espirituales legítimas le confiere al daño moral un contenido amplio, abarcativo de todas las consecuencias no patrimoniales. Se señala en este sentido que se ha descendido notoriamente el piso o umbral a partir del cual las angustias, molestias inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana. Ahora bien, el art. 1744 del Código Civil y Comercial dispone: 'El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos'. La regulación de la prueba del daño no está prevista en el Código Civil de Vélez Sarsfield, por lo que resultan aplicables las previsiones del ordenamiento ritual. En este aspecto, el Código Civil y Comercial no innova en modo alguno, sino que recoge los principios procesales aplicables a la prueba. Así, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer; cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Así las cosas, en materia de prueba del daño, el principio general es el mismo que rige en el ordenamiento procesal. Es decir que debe ser acreditado por quien lo invoca: la víctima que pretende la reparación del daño debe demostrar fehacientemente su existencia, a riesgo de tenerlo por no acontecido. La prueba del daño implica que debe demostrarse no sólo el perjuicio sufrido, sino también que aquél reúne las condiciones requeridas para configurar un daño resarcible, esto es, que merece la tutela del ordenamiento jurídico y genera, por ello, la obligación de repararlo en cabeza del responsable del hecho ilícito. La prueba de la existencia del daño nada tiene que ver con su entidad económica. Esto es un segundo paso, que será determinado por el juez de acuerdo a las constancias probatorias arrojadas al expediente y a lo dispuesto en el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en su última parte dispone que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto. Pero como todo principio, el de la carga de la prueba del daño en cabeza de quien pretende su reparación también sufre excepciones. Si se configura alguna de ellas, la víctima del daño se exonera de la carga de acreditarlo. Pero ello sólo debe predicarse del daño en particular y no del hecho. Es decir que la disposición que comentamos nada tiene que ver con la prueba del hecho, sino con la acreditación del daño que se alega haber sufrido a raíz de aquél. Estas excepciones se encuentran expresamente previstas en el art. 1744 y son dos: la primera de ellas se configura cuando es la propia ley la que imputa o presume el daño (por ejemplo, arts. 1745 y 1746); la segunda, cuando aquél surge notorio de los propios hechos. La norma se refiere aquí al daño respecto del cual no es necesario despliegue probatorio alguno, ya que la existencia del perjuicio invocado deriva de los propios hechos del caso, esto es, in re ipsa. Es decir que en estos supuestos de daño notorio los jueces no exigen que se acredite la existencia del daño en particular, sino

que de acuerdo a lo que surge de las constancias comprobadas de la causa y de las reglas de la experiencia, presumen con un alto grado de certeza que el daño efectivamente aconteció. El ejemplo por excelencia es -precisamente- el del daño moral en determinadas circunstancias, frente a las cuales la jurisprudencia no requiere prueba del daño, sino que hace derivar su existencia de los propios hechos que dieron origen a la litis. En esta línea, se proclama que no hay obstáculo para que el reconocimiento de un daño moral no probado de forma directa pueda sostenerse lógicamente desde un razonamiento valorativo adecuado, es decir, fundado en patrones de regularidad, lo que es calificado como válido en términos de certeza. En breve, en ciertos casos el daño moral se tiene acreditado por la sola comisión del ilícito y surge in re ipsa, esto es, de los hechos mismos, por lo que su valoración transita por senderos más flexibles que los del daño patrimonial. Resta señalar que la relación de causalidad entre el hecho indicador y el daño moral debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. Esto se advertiría, con total nitidez, cuando el bien jurídico afectado, de cuya lesión deriva el daño moral, es la integridad física o moral de una persona. Caracterizadas en la forma que antecede las consecuencias no patrimoniales y las vías o mecanismos para acreditarlas, resulta oportuno ahora efectuar las siguientes consideraciones en torno al daño moral o colectivo. De acuerdo con una orientación, se trata de aquel daño que afecta los intereses extrapatrimoniales de una clase, estamento o categoría de sujetos o de una pluralidad de personas, determinada o indeterminada (pero determinable). El eje de la cuestión se centra en el grupo como sujeto activo de la pretensión resarcitoria, como víctima o sujeto dañado. Entonces, y desde este enfoque, el daño colectivo es el que repercute en una pluralidad de sujetos con deslinde cualitativo ('¿quiénes' integran la comunidad afectada) y cuantitativo ('¿cuántos' componen esa colectividad), lo que se vincula más bien con el asiento, extensión o difusión territorial o espacial del grupo. Atiende a la dimensión social del hombre en su afección colectiva extrapatrimonial (conf. Cámara Civil, Sala I, causa N° 77.106/17 del 2/12/22). Frente a esta vertiente, aparece otra que exige que medie perjuicio en las personas que integran el grupo o clase, para que la reparación del daño moral pueda ser reconocida. Ocurre que en la lesión a intereses individuales homogéneos, la cuestión no varía en lo cualitativo, ya que siempre se trata de daño moral individual. Y si bien es cierto que puede existir una cierta uniformidad con relación al universo de damnificados, también lo es que cada uno de ellos podrá invocar y acreditar su propio daño moral. En este orden de ideas, es por el carácter espiritual del daño moral, que éste sólo puede predicarse de las personas humanas consideradas individualmente y no de la colectividad mirada en sí misma (conf. Cámara Civil, Sala I, causa N° 77.106/17 cit.). Trasladadas las consideraciones precedentes al caso de autos, es claro que la magnitud del incumplimiento contractual se ve reflejada en los trastornos, inconvenientes, desconcierto y ansiedad del pasajero de encontrarse en espera en el aeropuerto, en ocasiones en un país extranjero, con falta de certeza respecto de cuándo podrá abordar el vuelo que tenía contratado. Ahora bien, dejando de lado las hipótesis de retraso inimputable, con los caracteres de inevitabilidad propios del caso fortuito, cuando el pasajero no es embarcado en el vuelo que correspondía a su reserva confirmada y acepta partir en el vuelo siguiente que le ofrece la empresa de navegación aérea, no se configura un supuesto de incumplimiento definitivo sino sólo de retardo que, si ocasiona daños al pasajero, confiere a éste el derecho a indemnización. Como ya quedó dicho, con frecuencia el overbooking responde a un acto consciente del transportador, que integra una estrategia empresarial, con consecuencias abusivas hacia el pasajero que no sólo tiene su reserva confirmada, sino que además organizó y planificó su vida en función de su viaje. En esta hipótesis, tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual, debe aplicarse cierto rigor probatorio a los fines de analizar la procedencia de la reparación del rubro. Es decir que debe analizarse detenidamente la índole del hecho generador de la responsabilidad y las demás circunstancias concurrentes que ofrece la causa. En este orden de ideas, deviene necesaria la constatación de molestias o padecimientos que hieren las afecciones legítimas de la víctima. Ello es así, dado que -de ordinario- lo que resulta afectado en el ámbito contractual no es más que el interés patrimonial. Con relación a esto último, debe recordarse que la reparación del agravio moral tiene carácter restrictivo, sin que pueda sustentarse en cualquier molestia causada por la insatisfacción de obligaciones contractuales (conf. Sala II, causa 4751/09 del 11/12/12). En estos casos, 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. Y toda vez que la indemnización por daño moral tiene naturaleza eminentemente resarcitoria, la atención debe centrarse en la situación particular e individual de cada reclamante (conf. esta Sala, causa N° 1.611/97 del 31/10/02). Es por ello que a mi juicio en el caso que nos ocupa no puede hablarse de un daño moral colectivo o grupal que pueda ser indemnizado también colectivamente con independencia de la prueba respecto de la situación particular y personal de cada uno de los damnificados. En consecuencia, se impone arribar a la misma conclusión que en el considerando precedente, en el sentido de que -en los términos del art. 54 de la ley 24.240- al tratarse, también en el supuesto del daño moral, de un perjuicio diferenciado para cada consumidor integrante de la clase del caso sub examen, podrán éstos por vía incidental -en el plazo fijado en el considerando anterior- estimar y demandar la indemnización particular que consideren corresponderles.

XIII. Daños punitivos A los fines de abordar correcta y detalladamente la cuestión, analizaré por separado la figura de los daños punitivos, su aplicación en los supuestos de pluralidad de damnificados, su procedencia en caso sub examine, su

cuantificación y, finalmente, su destino. XIII.a. En cuanto al instituto de los daños punitivos o punitive damages según la terminología utilizada en el derecho anglosajón, de donde proviene la figura, debo comenzar por recordar que el art. 52 bis de la ley 24.240, con las modificaciones introducidas por la ley 26.361, prevé expresamente la multa civil en ese estricto ámbito, para el caso de que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta parte de la norma, en cuanto requiere el mero incumplimiento para que resulte procedente la sanción, ha sido blanco de severas críticas por parte de la doctrina autoral. Pues bien, en una interpretación amplia de la norma, puede concluirse que el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor configura meramente una condición que habilita al magistrado a valorar la procedencia de esta sanción ejemplar. Pero ello solo no basta. Además de ese incumplimiento -y la instancia de parte, claro está-, es imprescindible la existencia de una justificación jurídica adicional para arribar a la convicción fundada en derecho de que el demandado merece la sanción. Y esa justificación jurídica no es otra que el tipo particular de reproche que se exige a la conducta del agente dañador. Ello no puede ser de otra manera, a poco que se repare en la triple finalidad a la que está destinada la figura en cuestión. En efecto, a grandes rasgos, los daños punitivos, en primer lugar y tal como lo indica su denominación, buscan punir, sancionar, castigar determinadas conductas de acuerdo a pautas de valoración preestablecidas por el ordenamiento o libradas al discernimiento judicial. En segundo término, persiguen disuadir a fin de que la conducta sancionada no se vuelva a reiterar, función que encuentra su razón en el hecho de que por lo general las indemnizaciones no constituyen desaliento suficiente para la repetición de la conducta. Por último, se trata de un instrumento útil tendiente a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos por el responsable mediante la causación del daño. Interesa hacer hincapié en la primera de las funciones referidas, es decir, la sancionatoria. Al respecto, la doctrina extranjera desdobra el objetivo sancionatorio de los daños punitivos en múltiples finalidades. Por un lado -se señala-, ayuda a restablecer el equilibrio emocional de la víctima, pues cuando el sistema judicial castiga al responsable de provocar un daño, aquélla obtiene cierta satisfacción al ver que quien la hizo sufrir no permanece impune. En segundo término, el castigo opera como una suerte de 'venganza' por parte de la sociedad, que utiliza este tipo particular de sanción impuesta por los jueces para mantener la paz social, canalizando la 'venganza privada' ante los estrados del magistrado interviniente en un caso concreto. Finalmente, el castigo de aquél que violó la ley sirve para recompensar a quien la cumplió (Owen, David G. 'Punitive damages in products liability litigation', Michigan Law Review, volumen 74:1257 (June 1976), ps. 1279/1281). A su turno, dentro del pensamiento jurídico nacional, señala Pizarro que la punición sirve para alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley, cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con beneficio, transgredir el ordenamiento jurídico, aquéllos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos (Pizarro, Ramón D., 'Daños punitivos', en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos A., Derecho de Daños, segunda parte, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993). En este contexto, admitir la procedencia de esta figura de excepción ante un mero incumplimiento y sin exigirse ningún requisito adicional, transformaría a aquélla en un componente más de la condena que devendría en definitiva -en una fuente de especulación para la víctima del daño, quien sólo buscará el engrosamiento de su indemnización. Todo ello desnaturalizaría los objetivos de los daños punitivos y echaría por la borda más de dos siglos de análisis de parte de jueces y doctrinarios en aquellos países en donde la aplicación del instituto es de larga data. Ahora bien, volviendo al punto de análisis, esto es, la conducta del agente dañador, debe ponerse de relieve que no cualquier obrar se hace merecedor de este tipo de sanción ejemplar. En efecto, los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en la conducta del responsable de la causación del daño; es decir que el obrar de éste debe haber sido particularmente grave. La doctrina argentina es prácticamente unánime en aceptar la procedencia del instituto de los daños punitivos siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del responsable. Y no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Es aquí donde se advierte que el instituto bajo análisis conlleva una suerte de retroceso en la actual tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil, pues debe ahora trasladarse el centro de atención desde la víctima hacia el victimario, pues es la calificación de la conducta de este último la que tornará procedente la aplicación de la sanción. XIII.b. Sentado todo lo anterior, lógico es afirmar que los daños punitivos sólo pueden ser reclamados por quien ha sufrido un menoscabo en sus derechos. Sin embargo, la cuestión presenta aristas no tan sencillas bajo circunstancias especiales, que se dan -como en el sub lite- en los casos en los que existen múltiples damnificados a raíz de un mismo hecho lesivo. La importancia que reviste esta cuestión no es poca, pues los avances tecnológicos e industriales logrados en las últimas décadas, y -con ello- la existencia de nuevas formas de generar daños que pueden alcanzar a miles de víctimas, no sólo en lugares diferentes, sino también en tiempos diversos, han planteado un problema adicional a los tantos que implica la aplicación de

la doctrina de los daños punitivos. En el ámbito del derecho del consumidor, el número de damnificados es susceptible de alcanzar cifras sin precedentes, lo que puede dar origen a la interposición de miles de causas judiciales, planteadas por distintos actores, en diferentes tribunales del país y en épocas distantes. Esta hipótesis -a su vez- da lugar a dos supuestos diferenciados: por un lado, a pesar de que las víctimas de una misma conducta antijurídica sean muchas, su número puede estar perfectamente determinado de antemano; pero, por el otro lado, puede ocurrir que dicha cantidad sea imposible de predecir. Pues bien, las disposiciones contenidas en los arts. 52 bis y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor llevan a analizar la cuestión relativa a si devienen aplicables los daños punitivos en las acciones de clase. Entiendo que ello no presenta inconveniente alguno, en la medida en que -más allá de que el art. 52 bis no la limita a las acciones individuales- existe una íntima vinculación entre los objetivos de ambos institutos, esto es, eliminar el incentivo de las empresas a realizar conductas lesivas de derechos ajenos, pero económicamente redituables. En este orden de ideas, la aplicación de los daños punitivos en las acciones de clase cumple con una de las principales finalidades de la figura, consistente en la prevención del daño, previniendo el recurso sistemático a prácticas comerciales abusivas. A lo dicho se suma la previsión contenida en el art. 55 de la ley 24.240, en cuanto a que las asociaciones de consumidores pueden ejercer las mismas acciones que los usuarios y consumidores individuales. Por lo tanto, el problema a resolver no radica a mi juicio en la posibilidad o no de aplicar la multa civil en las acciones colectivas -respecto de lo cual, reitero, no hallo obstáculo alguno-, sino en determinar la forma en que esa sanción será cuantificada y posteriormente distribuida entre los integrantes de la clase damnificada. A esta cuestión me referiré más adelante.

XIII.c. En este marco conceptual descripto en los dos primeros acápite de este considerando, y aplicando las consideraciones precedentes al caso sub examen, advierto de parte de la empresa prestadora del servicio de transporte aéreo la típica conducta que los daños punitivos están destinados a prevenir y sancionar. Esa indiferencia hacia los derechos de terceros que se traduce en una estrategia empresarial arbitraria y abusiva, que -además- en los últimos tiempos se ha tornado sistemática, que sólo busca un beneficio comercial. Este palmario desconocimiento de los términos del contrato responde únicamente a los intereses económicos de la empresa, a la cual le resultan indiferentes los efectos nocivos hacia el pasajero. En efecto, la práctica empresarial llevada a cabo por la empresa proveedora del servicio de transporte aéreo de pasajeros se traduce claramente en una conducta de grave desidia hacia los derechos del pasajero, habiéndose convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria que la tiñe del vicio de dolo, toda vez que implica un incumplimiento deliberado del contrato con absoluta conciencia de su ilegitimidad. Ello así, pues son ciertas las probabilidades de que ocurra el quebrantamiento de las obligaciones asumidas por el transportador por la imposibilidad material del pasajero de acceder a las plazas en el lugar y el tiempo contratados. En el caso, entonces, ha quedado debidamente acreditado que estamos en presencia de una relación de consumo y que el proveedor no cumplió con las obligaciones legales correspondientes para con el consumidor, en la medida en que incurrió en una conducta grave consistente en asumir consciente y deliberadamente una obligación que se sitúa muy por encima de su capacidad real de cumplimiento. Frente a todo ello, tampoco puede pasarse por alto la profesionalidad de la empresa demandada, la cual requería de su parte mayor diligencia y previsibilidad de las consecuencias de sus actos (artículo 1725 del Código Civil y Comercial). En este último orden de ideas, no debe soslayarse la íntima vinculación que existe en el ámbito del derecho del consumidor entre información y confianza. En nuestro ordenamiento jurídico, la confianza desempeña un papel importante en la valoración de la conducta en el ámbito de la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Es así que cuando existe una confianza especial se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes; y si se trata de contratos que suponen una confianza especial entre las partes, para valorar la conducta se tomará en cuenta la condición especial y la facultad intelectual de una persona determinada (art. 1725). Ocurre que en los contratos de consumo, la confianza desempeña un papel fundamental y deviene en una pauta de conducta mediante la cual lo que se persigue es la satisfacción de las legítimas expectativas que el proveedor generó en el potencial consumidor. En virtud del principio de confianza, el proveedor debe satisfacer las expectativas legítimas del consumidor, debiendo resarcir los daños y perjuicios si las defrauda. La confianza del consumidor tiene una relación inversamente proporcional con el cúmulo de información que requiere, pues la seguridad que ofrecen ciertas marcas o productos llevan a que aquél razonablemente baje sus defensas. Dicho en otros términos, cuanto mayor es el déficit de información que tiene el consumidor, mayor será también la necesidad de aquél de confiar en el proveedor. Puede así concluirse que si la relación está basada en la confianza, el deber de información se acentúa aún más, pues el consumidor no indaga demasiado debido justamente a la confianza que le genera el producto; por ello mismo, el encargado de su comercialización debe informar más allá de esa confianza. Ahora bien, la confianza puede asimismo resultar perjudicial para el consumidor, en virtud del abuso que la empresa proveedora de productos o servicios pueda hacer de aquélla. De manera tal que el factor confianza deviene crucial en el posicionamiento de la empresa en el mercado. Los mecanismos de convencimiento de los que se vale el proveedor de bienes y servicios no hacen sino generar en el potencial consumidor una determinada confianza en virtud de la cual aquél prescinde de todo otro análisis o investigación respecto del bien sobre el cual contratará. Y es precisamente esa confianza la que genera en el consumidor legítimas expectativas que, en caso de no cumplirse, dan

lugar a la reparación de los daños causados mediante un factor de atribución objetivo. Ocurre que en muchas situaciones el consumidor no cuenta con otra alternativa más que confiar en un individuo o en una empresa, confianza que es generada por mecanismos publicitarios o por la reputación de una determinada marca. Y ello no podría ser de otra manera, a poco que se repare en que la confianza que se genera en el público muchas veces es determinante a la hora de celebrar un contrato, con el consiguiente beneficio económico que obtiene la empresa a causa -precisamente- de esa confianza. Es el quebrantamiento de ésta lo que desemboca en el deber de resarcir el daño causado. Es por ello también que las precisiones del oferente realizadas a través de los diversos medios de información al consumidor y publicidad comercial son vinculantes para el empresario por la generación de confianza que implican. La conducta de aquél relativa a la información tiene relevancia desde los momentos previos a la perfección del contrato, o sea, aquellos en los que cada futuro contratante espera confiadamente las manifestaciones de conducta del otro. Resulta de esta manera evidente que el legislador, a fin de garantizar la tutela eficiente de la publicidad engañosa y de resguardar la confianza de los consumidores, ha tenido en cuenta que si bien desde una perspectiva formal, consumidor y anunciante pueden presentarse como terceros, dentro de la realidad comercial de la cadena de distribución de bienes y servicios constituyen auténticos interesados. Resta señalar que la confianza se erige en una pauta hermenéutica en materia contractual. Así lo dispone expresamente el art. 1067 del Código Civil y Comercial: 'La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto'. El fin que persigue la norma bajo comentario es, claramente, preservar la confianza que las partes se han depositado entre sí al celebrar el contrato, y la lealtad que en el cumplimiento de sus obligaciones deben observar. En definitiva, una conducta como la descrita de parte de la aerolínea demandada se traduce claramente en una actitud de seria despreocupación ante el eventual resultado perjudicial para con el usuario, aunque dicho resultado no haya sido deliberadamente buscado. Ello conduce directamente a tener por configurado el supuesto expresamente previsto en el art. 52 bis de la ley 24.240.XIII.d. En este cuadro de situación, llega el turno de abordar una de las cuestiones que más complejidad reviste en lo que a la aplicación de los daños punitivos se refiere. Se trata de la cuantificación de la sanción, esto es, su traducción a términos numéricos. La dificultad que reviste este capítulo de los daños punitivos constituye desde hace tiempo una cuestión que ha debido ser abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, que ha dictado más de un pronunciamiento tendiente a fijar pautas de valuación, en un intento por solucionar los inconvenientes y las crecientes críticas dirigidas a los montos exorbitantes fijados por los jurados. En líneas generales, los principales parámetros de valoración tenidos en cuenta por los tribunales norteamericanos -algunos de los cuales fueron descartados y otros resaltados en su importancia con el correr del tiempo- son: la gravedad de la falta cometida por el demandado, su situación económica, su conducta posterior, los beneficios por él obtenidos como consecuencia del ilícito, la posición de mercado o de mayor poder y los efectos que la sanción tendrá en la resolución de casos posteriores similares. También se asigna suma importancia al valor de los precedentes y, a partir de los casos *BMW of North America, Inc. v. Gore* (517 U.S. 559) y *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (538 U.S. 408), se requiere que los daños punitivos guarden algún tipo de relación proporcional con la indemnización compensatoria. En el sub lite, por las características que reviste, debe hacerse especial hincapié en tres de los parámetros señalados. En primer término, la gravedad de la falta cometida por el demandado, cuya conducta -según ya se ha dejado expuesto- evidencia una grave indiferencia hacia el público usuario, más allá del hecho no discutido de que el objetivo final de ese curso de acción no hubiese consistido en la deliberada causación de un daño. De lo que se trata, en definitiva, es de que el ordenamiento legal reaccione frente a una actuación antijurídica que sólo aporta ganancias a su autor -traducidas en muchos casos en el ahorro de aquellas sumas tendientes a la prevención del daño-, a costa de la vulneración de los derechos ajenos. En segundo lugar, debe atenderse a la posición de mercado del infractor. En efecto, las situaciones dañosas o potencialmente dañosas a las que día a día se ven expuestas las personas aumentan con el correr del tiempo y ello se vislumbra en las más diversas áreas. Esta incesante violación de los derechos ajenos resulta posible gracias a un ejercicio abusivo de la posición de superioridad en la que las grandes empresas se encuentran respecto del individuo particular. Es que el productor de bienes y servicios se encuentra en una posición dominante frente al consumidor y el usuario para evitar los perjuicios que pueden derivar de los artículos que comercializa o de los servicios que presta. Es que muchas veces los fabricantes y proveedores hacen un uso abusivo de la información que exclusivamente poseen respecto de esos productos y servicios. En el caso sub lite, un curso de acción como el que se examina resulta contrario a la buena fe con la que el prestador del servicio debe cumplir con sus obligaciones, adoptando un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crearon en el cliente. A lo dicho cabe agregar que la reiteración de conductas similares por parte del mismo demandado también es un dato de relevancia. Es aquí donde se plasma claramente la función preventiva de los daños punitivos, pues la extensión económica de la figura debe tener la envergadura necesaria para evitar que el agente dañador persista en su conducta antijurídica. Finalmente, reviste fundamental importancia la consideración de los efectos que la sanción a aplicar en las presentes actuaciones tendrá en la resolución de casos posteriores similares. Y es en este aspecto, por las características particulares del caso,

en el que debe ponerse especial atención. En efecto, por un lado, cierto es que la situación económica del demandado constituye una pauta de gran importancia para la cuantificación de los daños punitivos. Es decir que la pena debe ser adecuada para eliminar las perspectivas del dañador de obtener algún beneficio económico a causa del hecho lesivo; y dicha pena dependerá -al menos en parte- de la situación económica del responsable. Ésta es la tendencia que se observa en la jurisprudencia comparada, en donde ciertos casos ameritaron la imposición de una suma elevada en concepto de daños punitivos, en virtud -precisamente- de la holgada situación económica de la parte demandada (por ejemplo, en el caso *Johansen v. Combustion Engineering Inc.*, 170 F.3d 1320, se consideró que como la demandada era una empresa multinacional extremadamente poderosa, sólo una suma considerable podía llamar su atención; los daños punitivos fueron fijados en U\$S 4.350.000). Pero, por el otro lado, este parámetro de cuantificación consistente en la situación económica del demandado debe necesariamente amalgamarse con la circunstancia de que la conducta del agente dañador puede resultar en una fuente de perjuicios para una cantidad importante de damnificados. Y ello es así, pues la condena por daños punitivos a un mismo demandado tantas veces como causas judiciales se inicien a raíz de un mismo hecho lesivo, llevaría a la empresa directamente a la quiebra, lo cual dista de ser uno de los objetivos del instituto. En íntima vinculación con lo expuesto en el párrafo anterior, cabe remarcar que la circunstancia de que a raíz de un mismo hecho ilícito resulten damnificados varios individuos debe ser especialmente tenida en cuenta para fijar la extensión económica de los daños punitivos. Y ello es así, pues no puede condenarse al responsable de un hecho ilícito a pagar daños punitivos en forma independiente a cada una de las víctimas que sufran los daños que su conducta ocasionó, sobre todo cuando la cantidad de damnificados es elevada y prima facie indeterminada. Por ello, en las acciones de clase, en las cuales se evalúa un determinado curso de acción con independencia de la cantidad de damnificados, corresponde fijar una única suma en concepto de daños punitivos, siendo la cantidad de damnificados un agravante que deberá ser tenido en cuenta por el juzgador que fije aquella suma única. Recuérdese aquí que la figura de los daños punitivos resulta extraña a todo tipo de 'resarcimiento', 'compensación' o 'indemnización'. Es decir que cuando se habla de daños punitivos se modifica el eje de análisis, el cual está dado ahora por el tipo de conducta que haya observado el agente dañador, independientemente de los daños concretos causados. En efecto, la 'multa civil' resulta independiente de la indemnización de daños y perjuicios y refiere a una pena de carácter pecuniario que se impone a quien obró de manera antijurídica; es decir que lleva implícita la idea de castigo o sanción y, con ella, la de disuasión, objetivos primordiales del instituto en cuestión. De este modo, deja en claro cuál es el centro de análisis: el ofensor y no el ofendido. En las condiciones antedichas, estimo adecuado fijar en concepto de multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240 la suma de \$ 25.000.000 (conf. art. 47, inc. b, texto modificado por el art. 119 de la ley 27.701, B.O. 1/12/22), cuyos intereses comenzarán a correr a partir del presente pronunciamiento y serán calculados a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento. Dicho monto, de acuerdo con las limitaciones que expondré en el acápite que sigue, deberá ser prorrateado entre todos los integrantes que conforman la clase en cuestión, esto es, aquellas personas que durante los últimos tres años hubiesen acreditado haber sido víctimas de la conducta que se le endilga a la demandada. A los fines de individualizar a los integrantes de la clase, me atengo al término de veinte días fijado para el inicio de los respectivos incidentes de reclamación de los daños individuales. Vencido dicho plazo, quedará delimitado el número de pasajeros que hayan acreditado pertenecer a la clase representada por la actora. Resta señalar que no se advierte contradicción alguna en la sentencia por no haber reconocido colectivamente indemnización por daño patrimonial y daño moral, y -a la vez- haber aplicado el daño punitivo al colectivo afectado, pues el fundamento para lo primero es que aquellos -dadas las particularidades de los hechos que se ventilan en autos- configuran daños individuales y únicos que no pueden cubrir a toda la clase pretendida por el representante. XIII.e. A estas alturas del debate, debo introducirme en la cuestión más ardua que se presenta: el destino de la multa civil en una acción de clase. Como es sabido, el art. 52 bis de la ley 24.240 opta por el sistema que destina la totalidad del monto impuesto en concepto de daños punitivos a la víctima del hecho lesivo. En diversas publicaciones doctrinarias he dejado expuesta mi posición contraria a la regulación que la ley hace en este aspecto, señalando al respecto que a mi juicio el sistema que más se adecua a los fines y razón de ser del instituto de los daños punitivos es, en principio, aquel que distribuye el monto resultante entre la víctima y un tercero. Ello, en el entendimiento de que así se logra conciliar -por un lado- el interés público que persigue el instituto de los daños punitivos mediante la represión de las faltas graves cometidas por aquellos que se encuentran en una situación de superioridad social y económica respecto de los particulares, y -por el otro lado- el interés privado que indefectiblemente perseguirá el litigante. Ahora bien, en materia de acción de clase, el art. 52 bis debe necesariamente amalgamarse con otras disposiciones y principios que gobiernan la cuestión. En primer lugar, cabe recurrir a la función social que desempeñan las acciones de clase. En efecto, la acción de clase garantiza el acceso a la justicia de todas aquellas personas cuyos derechos han sido conculcados, respecto de quienes en muchos casos la iniciación de una acción individual se torna dificultosa e inconveniente en virtud de los elevados costos del proceso y del tiempo que demandaría obtener una sentencia favorable, cuyo resultado se traduciría -en definitiva- en un escaso monto de condena, atento los valores en juego. Pues bien, en las acciones de clase, la estimación de la multa incluye el

perjuicio social causado, por lo que su producido debe distribuirse de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto. Ocurre que la finalidad de la multa contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 trasciende el mero caso individual. Su cuantificación en el caso debe tomar en cuenta los perjuicios sociales derivados de la infracción, la reparación social de la conducta -desmantelando los beneficios subsistentes para el infractor-, así como los eventuales reclamos de otros consumidores, también afectados por las prácticas abusivas del accionado. Así, al lado de la función estrictamente sancionatoria de la multa, la función disuasoria conlleva la consideración de circunstancias por las cuales también se justifica sancionar al demandado por su conducta desplegada no solamente en perjuicio del actor, sino también de la sociedad en general, procurando la completa reposición de la situación a su estado anterior al hecho ilegítimo, desbaratando los beneficios obtenidos por el último y disuadiéndolo de conductas similares en lo sucesivo. De modo tal que se trata de no desvirtuar la medida de la función social del instituto, beneficiando al sujeto afectado con la percepción de una suma dineraria proveniente de la sanción, motivada no solamente en el gravamen individual padecido, sino también -y principalmente- en la incidencia colectiva producida por tales prácticas desarrolladas con absoluto menosprecio del prójimo. Y si bien no puede prescindirse de considerar el texto expreso del art. 52 bis de la ley 24.240 que dispone el destino de la multa a favor del consumidor, su aplicación al caso concreto, cuando la estimación de aquella incluya su componente por el perjuicio social causado, debe llevar a distribuir su producido de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto. Así, la razonabilidad de la fijación y cuantificación de la sanción debe analizarse a la luz de las circunstancias tenidas en cuenta a tal fin. Por lo que, en estos casos, no podría favorecerse a la víctima con la percepción de una compensación mayor a la derivada de la incidencia de la infracción sobre su persona, ni quebrarse el principio de igualdad al postergarse a similares damnificados que pudieran obtener sentencia con posterioridad. Luego, armonizando el mencionado precepto normativo con las exigencias de la justicia y equidad propias del Estado de Derecho, corresponde efectuar una prudente reasignación de las sumas derivadas de la multa impuesta a la demandada, de modo que el destino de parte de los fondos involucrados sea dirigido a medidas de fomento de los derechos de los consumidores en el ámbito provincial, sea en acciones de educación, información y difusión del ordenamiento jurídico protector, de las prácticas abusivas usuales, como de los mecanismos de defensa que se encuentran disponibles para su neutralización (al respecto, ver voto del juez Pettigiani in re 'Castelli c/ Banco Galicia'). En Estados Unidos, este modo de distribuir los daños punitivos se conoce con el nombre de split-recovery, doctrina que pone de relieve la existencia de una marcada tendencia a fijar daños punitivos en aquellos supuestos en los cuales es muy probable que el autor del hecho lesivo haya causado daños, además del demandante en un caso concreto, a otros individuos. Es por ello que los punitive damages han sido utilizados no sólo a los fines de cumplir las funciones clásicas de castigo y disuasión, sino también para alcanzar un objetivo de compensación social (societal compensation goal), consistente en la reparación de los perjuicios padecidos por otras personas, más allá del demandante en un caso concreto. En este orden de ideas, se propone el reconocimiento explícito de una nueva categoría de indemnización, basada en esta particular función de los punitive damages: los compensatory societal damages. A partir de dicha categoría, se elabora la teoría sobre la distribución de los daños punitivos, la cual parte de la base de que la cuestión relativa a las ganancias inesperadas (windfall gains) en cabeza del damnificado configura una clara contradicción con los objetivos sociales en virtud de los cuales se conceden los daños punitivos (ver Sharkey, Catherine M. 'Punitive damages as societal damages', The Yale Law Journal, vol. 113, núm. 2, noviembre de 2003, ps. 351 y ss.). Se impone efectuar una consideración adicional. Como ya lo dejé expuesto anteriormente, la figura de los daños punitivos resulta extraña a todo tipo de 'resarcimiento', 'compensación' o 'indemnización'. Y en ello debe ponerse el acento, pues cuando se habla de daños punitivos se modifica el eje de análisis del sistema de la responsabilidad civil, el cual está dado ahora por el tipo de conducta del agente dañador, independientemente de los daños causados; hacia aquél apunta la sanción. La cuestión exige, entonces, cambiar el ángulo de enfoque, desde la víctima hacia el victimario. De modo tal que a pesar de que la ley es estricta en punto al destinatario de la sanción, no puede descartarse la facultad de los jueces de efectuar una interpretación de las normas que amalgame la única disposición que en nuestro derecho prevé los daños punitivos con los fundamentos y objetivos de la acción de clase, y lleve así a buscar una solución según la cual la multa pueda ser destinada a un bien colectivo o comunitario, pues quien inicia una acción de clase no lo hace sino en defensa de derechos de incidencia colectiva. En estas condiciones, corresponde trasladar aquí la doctrina del fluid recovery del derecho estadounidense, que hace referencia a distintos métodos de distribución indirecta de los fondos no reclamados individualmente que fueron recuperados en una acción de clase. El objetivo final consiste en que la indemnización no cobrada individualmente por los miembros de la clase no permanezca en el patrimonio del agente dañador. Este método de recuperación fluida se lleva a cabo recurriendo a diversos modelos que han sido ensayados por la jurisprudencia de Estados Unidos y que se traducen en una relación entre el objeto perseguido en la demanda y el beneficio que se piensa obtener a partir de la utilización de los fondos recuperados. En lo que así interesa, el *cy pres* es el mecanismo más utilizado y consiste en que los fondos no distribuidos individualmente sean destinados al uso más beneficioso posible para compensar a los consumidores que formaron parte de la clase agredida por la conducta ilícita del demandado. El art. 54

de la ley 24.240, después de la reforma introducida por la ley 26.361, prevé esta posibilidad, al establecer que si los damnificados no pueden ser individualizados, el juez fijará la forma de instrumentar el resarcimiento que más beneficie al grupo afectado. La norma opta, en consecuencia, por el mecanismo del *cy pres* ya referido. Entiendo, en breve, que el sistema *fluid recovery* -relativo, reitero, a la forma en la que serán distribuidos los fondos no reclamados individualmente que fueron recuperados en una acción de clase- podría ser aplicado por analogía a aquella porción de los daños punitivos que no será destinada al damnificado. Ello, a fin de que los daños punitivos cumplan eficazmente con su función social. Corresponde, en consecuencia, disponer que el 50% de la multa -y sus intereses proporcionales- será destinado a los integrantes de la clase afectada por los hechos ventilados en autos, y el 50% restante será destinado al Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores, creado por la Resolución PGN N° 2968/2015.XIV. En último término, la actora reclama la publicación, a costa de la demandada y en medios masivos de divulgación, de los tramos resolutivos de la sentencia; ello, a los fines del conocimiento público de los futuros consumidores. Al respecto, es menester disponer el modo en que se va a llevar a cabo la publicidad de la sentencia dictada, a fin de posibilitar el conocimiento de los interesados respecto de lo que aquí se decide. Para determinar las medidas de difusión de la acción, y a fin de cumplir acabadamente con dicho cometido, debe recurrirse a la utilización de canales disponibles en internet. En cuanto al contenido que no podrá faltar en la publicación -sin perjuicio de las particularidades que, según el medio de difusión, puedan variar- deberán indicarse los datos de la causa, el tribunal donde se encuentra en trámite, la resolución a la que se arriba y la información de la asociación que representa al polo activo de la pretensión (canales de comunicación que ésta denuncie para que se contacten sus representados). Además, la demandada no podría limitarse a la transcripción de la sentencia, sino que deberá adaptar la información suministrada en un léxico comprensible para el consumidor común (conf. arts. 4° de la ley 24.240, 1100 del Código Civil y Comercial y 42 de la Constitución Nacional). A los fines antedichos, una vez devuelta la causa a la instancia de grado, la demandada deberá en el plazo de diez días presentar un proyecto de texto a difundir en los distintos medios y, previo traslado a la actora y posterior control del magistrado a cargo de la causa, será el que se publique en los siguientes medios: 1) la información será anticiada mediante edictos que serán publicados durante dos días en el Boletín Oficial; 2) además, en el diario 'Clarín' o 'La Nación', a elección de la actora, del domingo siguiente al día en el que el juez de grado haya aprobado el contenido de la información a publicar y la asociación haya notificado a la demandada su opción con respecto a qué medio deberá ser utilizado; 3) asimismo, deberá ser publicada en el espacio publicitario de los canales de televisión 'Telefe' o 'El Trece', también a opción de la accionante, en la franja horaria de 20 a 22 horas; 4) en consonancia con ello, la accionada deberá incorporar en su página web el contenido referido anteriormente, el que deberá ser colocado en la sección principal de sus portales disponibles; 5) en el caso de que la demandada cuente con otros medios de difusión (redes sociales, Facebook, Twitter, etc.) deberá hacerse constar allí todos los datos. Todo ello, a cargo de la empresa demandada. Por los fundamentos que anteceden, resuelvo: 1) revocar la sentencia apelada, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur ('Proconsumer') y condenar a Avianca Perú (ex TACA) a: a) a partir de la primera plaza que venda en exceso de la capacidad del avión para el vuelo del que se trate, siempre que el punto de origen se encuentre en la República Argentina, informar al pasajero -en los términos del art. 4° de la ley 24.240- de dicha circunstancia y de las alternativas con las que contará en caso de que no resulte posible su embarque efectivo en el vuelo contratado; b) abonar la suma de \$ 25.000.000 en concepto de daños punitivos, más los intereses y de acuerdo con las pautas señaladas en el considerando XIII, apartados d y e de este voto; y c) proceder a la publicación de la presente sentencia, según lo ordenado en el considerando XIV; 2) fijar el plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la última publicación de esta sentencia de acuerdo con las pautas señaladas en el considerando XIV, para que los integrantes de la clase reclamen por vía incidental el daño material y moral que acrediten haber sufrido, quedando excluidos de la ejecución de esta sentencia aquellos pasajeros que hubiesen sido oportunamente indemnizados por la transportista demandada; 3) fijar el plazo de diez (10) días hábiles a partir de la resolución de cada uno de los eventuales incidentes para la reclamación de los daños individuales, a fin de que la demandada proceda al pago de las sumas que fueran a reconocerse; 4) vencido el plazo de veinte (20) días hábiles fijado en el punto resolutivo 2), la demandada contará con un nuevo plazo de diez (10) días hábiles para proceder al pago de la suma fijada en concepto de multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240, de acuerdo con la distribución y el prorrateo establecidos en el considerando XIII, apartados d y e; 5) hacer saber que la presente sentencia hará cosa juzgada para todos los integrantes de la clase representada, excepto respecto de quienes hubiesen manifestado su voluntad en contrario y hubiesen hecho uso de su derecho de exclusión (art. 54 de la ley 24.240); y 6) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, atento a la naturaleza, novedad y complejidad de la cuestión debatida (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Así voto. Los doctores Juan Perozziello Vizier y Fernando A. Uriarte, por análogos fundamentos, adhieren al voto precedente. En mérito a lo deliberado y a las conclusiones del Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: 1) revocar la sentencia apelada, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur ('Proconsumer') y condenar a Avianca Perú (ex TACA) a: a) a

partir de la primera plaza que venda en exceso de la capacidad del avión para el vuelo del que se trate, siempre que el punto de origen se encuentre en la República Argentina, informar al pasajero -en los términos del art. 4º de la ley 24.240- de dicha circunstancia y de las alternativas con las que contará en caso de que no resulte posible su embarque efectivo en el vuelo contratado;

b) abonar la suma de \$ 25.000.000 en concepto de daños punitivos, más los intereses y de acuerdo con las pautas señaladas en el considerando XIII, apartados d y e de este voto; c) proceder a la publicación de la presente sentencia, según lo ordenado en el considerando XIV; 2) fijar el plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la última publicación de esta sentencia de acuerdo con las pautas señaladas en el considerando XIV, para que los integrantes de la clase reclamen por vía incidental el daño material y moral que acrediten haber sufrido, quedando excluidos de la ejecución de esta sentencia aquellos pasajeros que hubiesen sido oportunamente indemnizados por la transportista demandada; 3) fijar el plazo de diez (10) días hábiles a partir de la resolución de cada uno de los eventuales incidentes para la reclamación de los daños individuales, a fin de que la demandada proceda al pago de las sumas que fueran a reconocerse; 4) vencido el plazo de veinte (20) días hábiles fijado en el punto resolutive 2), la demandada contará con un nuevo plazo de diez (10) días hábiles para proceder al pago de la suma fijada en concepto de multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240, de acuerdo con la distribución y el prorrateo establecidos en el considerando XIII, apartados d y e; 5) hacer saber que la presente sentencia hará cosa juzgada para todos los integrantes de la clase representada, excepto respecto de quienes hubiesen manifestado su voluntad en contrario y hubiesen hecho uso de su derecho de exclusión (art. 54 de la ley 24.240); y 6) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, atento a la naturaleza, novedad y complejidad de la cuestión debatida (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase.Florencia NallarJuan Perozziello VizierFernando A. Uriarte