

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO, LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO¹

AIR TRANSPORTATION CONTRACT, THE CONTRACTUAL LIABILITY AND REMEDY FOR DAMAGE

Emilio Romualdi²

"...Fácilmente aceptamos la realidad, acaso porque intuimos que nada es real³..."
(Jorge Luis Borges)

RESUMEN:

El autor considera necesario formular la revisión de la legislación mediante la elaboración de una nueva versión del Código Latinoamericano de Derecho Aeronáutico que debería además estar acompañado de un texto donde se fundamenten las propuestas que se plasmen en dicho documento. Asimismo, reitera su propuesta de elaboración de un programa de estudio para que, en un plazo a determinar, se realice un trabajo comparativo de la jurisprudencia de los diversos países sobre los temas desarrollados en este trabajo u otros que se estime conveniente.

ABSTRACT

The author considers it necessary to formulate the revision of the legislation by means of the elaboration of a new version of the Latin American Code of Aeronautical Law that should also be accompanied by a text on which the proposals contained in said document are based. Likewise, it reiterates its proposal to prepare a study program so that, within a period to be determined, a comparative work is carried out on the jurisprudence of the various countries on the topics developed in this work or others deemed appropriate.

1 NOTA DEL EDITOR: El presente artículo fue presentado como ponencia en las XL jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, celebradas en Mendoza, Argentina, durante los días 24, 25 y 26 de agosto de 2016. Se reproduce con la autorización de su autor, y las actualizaciones pertinentes insertadas por el mismo.

2 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Vicepresidente de la Sección Argentina de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA). Contacto: emilioromualdi@gmail.com

3 Frases de "El Aleph" (1949)

PALABRAS CLAVE: transporte aéreo, Latino América, responsabilidad contractual, resarcimiento del daño.

KEY WORDS: air transport, Latin America, contractual liability, compensation for damage.

I. PROEMIO

Este tema lo abordé por primera vez hace 8 años en las jornadas celebradas en la Universidad de Externado en Bogotá⁴.

En aquel momento sostuve que este era un tema muy significativo en el sistema jurídico en el siglo XXI y a partir de allí formulé una serie de precisiones, algunas de las cuales sigo manteniendo estando –como se verá seguidamente – en estado de revisión.

En este sentido, sigo viendo al fenómeno⁵ que denominamos derecho como una expresión cultural, hoy más cerca de la idea que en realidad funciona como un sistema de control social en las relaciones de poder entre los diversos sectores de la sociedad. En igual sentido, la idea de que el módulo de reparación en el caso de los daños personales es la afectación a la libertad de elegir también sigue válida conforme la vigencia de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tal sentido.

En este sentido, el concepto central del módulo de reparación es que la consecuencia natural de la lesión corporal afecta la libertad del individuo y que es este daño – la ausencia de libertad plena – lo que el resarcimiento debe contemplar. Es decir, la afectación a la libertad de elegir las opciones contingentes válidas para el individuo.

De este modo, conceptualmente, son todas las dimensiones de la persona humana las que serán objeto de resarcimiento concebida ésta como unidad psico-física⁶ que trasciende el concepto del derecho del sujeto a su propio cuerpo – el ser de una persona – a una dimensión más profunda: la de humanidad de la persona.

Luego, sigo viendo que en ausencia de un sistema de consecuencias causales reconocidas como indemnizables establecido en el orden internacional (problema de difícil resolución) los jueces utilizan naturalmente el dato de su legislación local para integrar la norma internacional.

Ello así, dado que el sistema del Convenio de Montreal de 1999 mantiene el de Varsovia-La Haya-Montreal 1975 de determinación y cuantificación judicial del daño en base a consecuencias causales reconocidas como indemnizables.

4 ALADA. XXXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial en el Externado. 23 al 26 de Septiembre de 2008.

5 La noción de fenómeno tiene su origen en el término latino *phaenomenon*, que a su vez deriva de un concepto griego. La palabra se refiere a algo que se manifiesta en la dimensión consciente de una persona como fruto de su percepción. En el contexto de la filosofía, Immanuel Kant definió a los fenómenos como todo aquello que resulta objeto de una experiencia que puede calificarse como sensible. Lo que no es perceptible, en cambio, es un *noúmeno* porque para su comprensión se requiere de la lógica y el intelecto y no de los sentidos.

6 D'Avila, Rodolfo (comp.) *Calidad de vida, La relación bio-psico-social del sujeto*, Ed. Lugar, Buenos Aires, 2005

Así, la jurisprudencia necesariamente debe vincular las normas internacionales con las locales. Estas últimas actúan como verdaderas circunstancias no contempladas en la ley, estableciendo modificaciones que terminan fraccionando el convenio internacional. Para concluir con la idea: *la norma jurídica de un convenio internacional es un discurso cuyo significado está dado por la jurisprudencia que interpreta su texto, aplica sus institutos y otorga validez a su contenido a partir de las normas locales condicionadas por reglas morales y valores culturales de cada sociedad*⁷.

En este punto, como se verá en el desarrollo de la exposición, la idea de integralidad en la reparación del daño a las personas que sostengo desde hace muchos años – verbigracia de mi trabajo en las jornadas de Caracas del año 1990 - está realmente en crisis.

Así, la idea de este trabajo será cuestionar algunos aspectos vinculados con los presupuestos y consecuencias del diseño de un sistema de responsabilidad sin abordar el problema del factor de atribución de responsabilidad donde adhiero a los postulados del profesor Zamponi⁸.

Como ya tuve la oportunidad de referir anteriormente, sostenía Ortega y Gasset que las verdades no duran ni mucho ni poco, no poseen atributo alguno temporal, no se bañan en la ribera del tiempo⁹. En este sentido, los paradigmas actúan la mayor parte de las veces como verdades inmutables que, aceptadas por una comunidad académica, limitan el campo de observación y por tanto las conclusiones a las que se pueden arribar.

Dos son los paradigmas que es necesario sortear en este trabajo. El primero, es la denominada integralidad de la reparación del daño. El segundo, es el problema de la ausencia de repercusión de la indemnización socialmente y los costos reales de la solución de un conflicto judicial.

Finalmente, los temas que me parece adecuado abordar, luego de analizar conceptualmente los temas antes mencionados, dentro de los aspectos más sustanciales del sistema de responsabilidad, son:

- 1) La determinación de las consecuencias indemnizables por el daño físico y su cuantificación las categorías resarcibles, el concepto de daño moral y los límites resarcitorios.
- 2) El daño en el transporte de cosas

Ciertamente, como suelo afirmar, resulta complejo partir de presupuestos no aceptados por la comunidad jurídica en la que se pretende desarrollar una idea. En este sentido, sostiene Bergson que “nuestro espíritu tiene una tendencia irresistible a considerar más claras las ideas que le son útiles más frecuentemente.... Con el uso, las ideas se valorizan indebidamente. Un valor en sí se opone a la circulación de los valores. Es un factor de inercia para el espíritu...llega un momento en el que el espíritu prefiere lo que confirma su saber a lo que lo contradice, en el que prefiere las respuestas a las preguntas. Entonces

⁷ La libertad es un valor que reconoce el mundo jurídico. La propiedad es un valor del sistema jurídico. Ésta puede ser privada, comunal, estatal y en cada caso podrá funcionar como una regla de exclusión dado su papel de internalización de las externalidades (conf. Demsetz, Harold Hacia una Teoría de los derechos de propiedad, American Economic Review, 1967, pág. 347/359;) La dignidad humana es otro valor que reconoce el mundo jurídico. Me refiero a valores empíricos que pueden ser apreciados y verificados a través de la conducta colectiva. Así, la justicia como valor empírico es un valor dialéctico que puede ser reconocido como respuesta adecuada de la norma o la jurisprudencia conforme los estándares sociales vigentes en el momento de su dictado. No me refiero a valores metafísicos abstractos como justicia en un sentido absoluto e inmutable.

⁸ Zamponi, Alessandro Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio, Jovene, Roma, 2008

⁹ Ortega y Gasset, José ¿ Que es filosofía?, Sexta Edición, Espasa –Calpe, Colección Austral, Madrid, 1984, pág. 21

el espíritu conservativo domina, y el crecimiento espiritual se detiene”¹⁰.

Como dijera, muchas veces un paradigma limita la investigación y no permite observar el objeto adecuadamente. Limita el campo de percepción y las conclusiones que derivan de su observación. Más aún, limita o desvía la formulación del problema. Toda investigación debe plantearse a partir de interrogantes que permitan obtener una respuesta.

Veamos entonces cuales son los presupuestos de la normativa que pretendo cuestionar y a partir de los cuales es posible reformular – tal vez – el sistema normativo vinculado al contrato de transporte.

II. EL “DAÑO RESARCIBLE Y SU CUANTIFICACIÓN

En relación a la primera variable siempre hay que comenzar, en mi opinión, por recordar el concepto de daño resarcible.

Esto es, que no todo daño se resarce sino aquel que el sistema jurídico considera que debe ser compensado del agente productor del daño al agente dañado.

En este sentido, el sistema legal determina que es legitimado activo – sujetos beneficiarios de la eventual indemnización –, quienes son los sujetos pasivo –obligados primarios al pago – y la extensión de la indemnización que se puede sustentar en diversos sistemas que se estructuran básicamente sobre los de determinación legal y judicial del daño este último en base a consecuencias causales indemnizables.

Es así que se puede afirmar que el deber de responder es la obligación, que le impone la ley a un sujeto por actos propios o ajenos, de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado.

La obligación de responder no obedece a un hecho, sino a la relación causal que la norma le atribuye y a partir de la cual debe ser resarcido. En este sentido, JOSSERAND¹¹ sostenía que hay responsabilidad siempre que alguien deba soportar un daño, sea el victimario o la víctima. Desplaza de este modo la apreciación de la conducta reprobable -culpa o dolo- por parte del autor material del daño hacia un simple planteo de decidir quién es el sacrificado para soportar el daño.

Así, como sostiene ZAVALA DE GONZÁLEZ¹², la cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe dársele por el deber ser y no por el ser.

De este modo, el daño corporal no tiene un contenido en sí mismo, sino que su significado estará dado por las consecuencias resarcibles que determinará el juez en base a la norma. Así, el daño relevante no es cualquier afectación a un interés legítimo o bien protegido jurídicamente, sino solamente el que es resarcible¹³. Consecuencia de ello es que lo relevante no es el daño-lesión sino el daño-consecuencia, cuyo contenido es dado por la norma y la jurisprudencia.

10 Bergson, “La pensée et le Mouvant”, Paris, 1934, p. 231 citado por Bachelard, Gastón, La Formación del Espíritu Científico (Contribución a un Psicoanálisis del Conocimiento Objetivo), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 17

11 Josserand, Louis, La responsabilité envers soi-même, Paris, Dalloz Hebdomadaire, 1934, Crónica, p. 73 (citado por Cazeaux -Trigo Represas, ob. cit., Tomo III, p. 20).

12 Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad sicológica, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 38.

13 Negri, Nicolás J., Valoración del daño a la persona, LL 21/4/2008, p. 3.

A modo de ejemplo en Argentina en el sistema del Código Civil y Comercial la obligación de reparar está prevista en el art. 1716¹⁴ y el art. 1737 CCyC¹⁵ donde se establece claramente el concepto de daño jurídico – esto es de daño resarcible -, y lo entiende como la lesión a un interés no reprobado por la ley estableciendo las consecuencias resarcibles por la afectación de dicho interés. A su vez, enuncia determinadas consecuencias causales – art. 1727 CCyC¹⁶ - resarcibles – 1726 CCyC¹⁷ - que son especialmente relevantes dado el bien afectado desde el punto de vista fáctico en el art. 1738 CCyC¹⁸ mencionando al daño emergente y al lucro cesante—esto es, las consecuencias resarcibles desde el punto de vista patrimonial—, y también a las consecuencias de la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, que pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Por su parte, el art. 1741 CCyC regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Ahora bien, el art. 1740 del CCyC¹⁹ al establecer que debe indemnizarse todo el daño ocasionado no implica que todo perjuicio sea resarcible, sino que solo lo es el admitido por el ordenamiento jurídico conforme arts. 1726/1727 CCyC. Se trata, entonces, de la plenitud jurídica de la indemnización (derecho a ser reparado en toda la extensión establecida por la ley) que encuentra en el art. 1746²⁰ un aparente módulo de cuantificación. Este artículo establece que ella debe fijarse mediante la determinación de un capital – cuyo mecanismo de cálculo no menciona - que, invertido en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente —mediante la utilización de una porción de ese capital y los intereses que obtenga por aquella inversión— una cantidad equivalente a los ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

Para un sector de la doctrina la única forma de calcular ese capital, teniendo en cuenta todas las variables mencionadas por el artículo, es el empleo de fórmulas matemáticas. Asimismo sostienen que aunque el texto no lo diga expresamente, también debe emplearse ese procedimiento en el supuesto de muerte de la víctima (tratada por el art. 1745 ccyc) porque, en ese caso, se trata igualmente de resarcir un lucro cesante, constituido por lo que la víctima directa habría aportado a los damnificados indirectos de

14 ARTÍCULO 1716. Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código

15 ARTÍCULO 1737. Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

16 Artículo 1727. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

17 ARTÍCULO 1726. Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

18 ARTÍCULO 1738. Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida

19 ARTÍCULO 1740. Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

20 ARTÍCULO 1746. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado

haber seguido con vida dado que sería incongruente acudir a los cálculos matemáticos en un caso y no en el otro, cuando se trata de evaluar el mismo tipo de perjuicios. En consecuencia, y a la luz de esta nueva disposición —inexistente en el CC anterior—, es necesario que la judicatura, al calcular el monto a resarcir por incapacidad sobreviniente, tome en cuenta las distintas fórmulas que existen para computar el valor presente de una renta constante no perpetua. Se suele aclarar que el punto de partida para el cálculo no debe ser únicamente lo que la víctima ganaba efectivamente en el momento del hecho, sino que también corresponde computar sus posibilidades de mejora económica futura (por ejemplo, chances de ascensos o aumentos de sueldo) y la pérdida de su aptitud para realizar otras tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables²¹ criterio que ya he tenido la oportunidad de criticar tal como lo hace Guibourg en el precedente “Méndez” a modo de reflexión sobre los supuestos del módulo de reparación.

No concuerdo con esta idea. La norma no menciona cual será el mecanismo que establecerá el juez para fijar el capital en cuestión, más allá de los argumentos a favor de las mismas²², sobre las que tengo mis reservas²³ y de que comprendo que no se trataba de fórmulas matemáticas a secas, sino de métodos que en su resultado (la reparación del daño) dependen de variables (probatorias y apreciación judicial) e incluso correcciones (corrección financiera), etc., pero que tienden a homogeneizar el método de fijación de las indemnizaciones²⁴.

De todos modos, y a cualquier evento, sea por la utilización de fórmulas matemáticas diversas que discrecionalmente utiliza el juez – que por tanto llevan a un resultado distinto o por la utilización de un método discrecional no explícito, lo cierto es que lo que finalmente establece el Código Civil y Comercial es un mecanismo de daño resarcible con cuantificación judicial.

Ahora bien, aún en ese contexto el término plenitud jurídica, es simplemente paradigmático²⁵ ya que hay daños que aun siendo consecuencias resarcibles – los que están faltos de tal significado siguen siendo daños que sufre el sujeto pero no le serán compensados – carecen de cuantificación reparadora real.

Un ejemplo de ello ha sido el caso Puente²⁶ donde producto de un accidente el actor pierde, entre tantas otras consecuencias, su capacidad sexual. Se dijo en la expresión de agravios de dicha causa con extrema razón que *La situación de Mario Puente hiere la conciencia y la sensibilidad de los hombres y mujeres consustanciados con los altos fines de la humanidad. Su persona, en su condición actual, podría configurar un parámetro a partir*

21 Picasso, Sebastián y Saénz, Luís R.J. en Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, Código Civil y Comercial Comentado Tomo IV, SAIJ pág 496

22 Ver Yrigoyen, Testa, jndcbahiblanca2015.com

23 Romualdi, Emilio E., “La reparación del daño a las personas en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, N° 10, mayo de 2008, págs. 868/871

24 Carlos Ghersi La cuantificación del valor de vida económica e incapacidad. Incongruencias del Código Civil y Comercial de la Nación- Arts. 1745 y 1746.-

25 Paradigma es un término de origen griego, “parádeigma”, que significa modelo, patrón, ejemplo. En un sentido amplio se corresponde con algo que va a servir como modelo o ejemplo a seguir en una situación dada. Son las directrices de un grupo que establecen límites y que determinan cómo una persona debe actuar dentro de los límites. En el trabajo le asigno el sentido que le diera El estadounidense Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), en su libro “La estructura de las revoluciones científicas” donde lo definió como los “logros científicos que generan modelos que, durante un período más o menos largo, y de modo más o menos explícito, orientan el desarrollo posterior de las investigaciones exclusivamente en la búsqueda de soluciones para los problemas planteados por estas”. Así el paradigma es un principio, una teoría o un conocimiento originado de la investigación en un campo científico. Una referencia inicial que servirá como modelo que en el caso nuestro opera como un modelo a partir del cual construimos el sistema normativo – desde el deber ser como objeto de búsqueda - aún cuando no sea cierto en el mundo del ser al que finalmente se aplique

26 JNCiv 1° instancia 47, PUENTE, Mario José c/ CONSAGRO S.A. y otros s/ SUMARIO; Expte. N° 76.253/95,

del cual diferenciar a aquellas personas que, por conmoverse con su situación, dan cuenta de haber comprendido el alto lugar que la Creación ha reservado al Hombre en el universo, de aquellas otras personas que, por su indiferencia, ponen en evidencia su falta de convicción y de consideración por los superiores destinos de la Humanidad. La sexualidad humana no es mera descarga instintualmente regulada. Es, por el contrario, marca de identidad, canal de intercambio, medio y forma de comunicación, elemento sustancial en la relación ser humano – mundo.- La sexualidad humana se asienta en representaciones mentales -individuales y colectivas- y en una empiria corporal, fuente de la imagen de sí y sede de intermediación, contacto y expresión.- La actual realidad de Mario Puente es factor de desequilibrio en su relación con el mundo.- Específicamente, su actual realidad genital es factor de quiebre del eje básico ordenador de su masculinidad y autoestima(...)La imposibilidad de expresar genitualmente el amor al ser amado, la necesidad de cerrar los ojos ante la imagen de sí que devuelve el espejo, la irrefrenable tendencia a desviar de sí mismo la mirada al higienizarse o vestirse, son, entre otras muchas, claves de interpretación a las que los hombres de bien deberíamos recurrir para entender qué le pasa a Mario Puente, cuál es su situación vital actual y futura, qué sentirá este hombre cada vez que su lucidez mental –y esto es todo el tiempo- le impide negar su realidad.-

Siendo, como sostenía Freud, la pulsión básica de la vida le pido al lector que intente cuantificar “integralmente” este daño con fórmulas matemáticas basadas en el salario (¡!!!???)) o en la discrecionalidad del juez. No hay respuesta real más allá de la retórica. No hay teoría de “compensación de goces” que pueda realmente mitigar el daño como no la hay con la ausencia de un hijo, de un padre o de un ser querido.

En realidad, lo que hay es una compensación social que, conforme los módulos o parámetros de los paradigmas vigentes, resulta satisfactoria en términos de paz social y solución de la controversia individual que afecta al conjunto social.

La idea del trabajo es, muy brevemente, analizar de manera abstracta cual es el impacto de los mecanismos indemnizatorios de finalización tanto como por transacción – solución - de los conflictos, en los costos sociales, avanzando sobre la idea de que la compensación del daño es un problema que atañe sólo al agente dañado y al agente dañador. Si se quiere, a riesgo de polemizar, aunque no es el objetivo, muchas afirmaciones usuales en la argumentación jurídica son más doxa (en cuanto versan sobre las apariencias y no sobre la realidad) que episteme (en cuanto versa sobre las causas y los fundamentos de las cosas, objetos y situaciones reales).

En ese marco, es necesario, en mi parecer, comprender a los sistemas de responsabilidad como mecanismos primarios de transferencia o distribución de los daños entre agente productor del daño y agente dañado mediante la extensión del daño resarcible y el factor de atribución de responsabilidad. Ello así, dado que no se resarcan los daños sufridos por el agente dañado, sino que sólo son compensados los que el sistema normativo reconoce como indemnizables. Este es el concepto de «daño resarcible», que no es algo dado -del mundo del ser- sino una construcción -del mundo del deber ser-²⁷.

Así, el problema del daño resarcible se vincula con el de la extensión que se reconoce como compensable legalmente, su determinación y la cuantificación como un primer elemento esencial en el mecanismo de reparto de potencias entre agente generador del daño y agente dañado.

27 Romualdi, Emilio E. Reparación del daño: entre la ficción y la realidad, 8-abr-2014, MJ-DOC-6658-AR | MJID6658

La normativa del Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 establece en el artículo 1737 que *hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva* ya que el interés no reprobado fija el límite primario al concepto de daño resarcible. Ello así, porque la reprobación o no de un interés depende pura y exclusivamente de la voluntad humana que establece, conforme los valores colectivos dominantes, cuales son legítimos y cuales carecen de tal atributo.

Por otro lado, la definición establecida en el art. 1738, que sostiene que *la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida* estableciendo sus requisitos de procedencia en el art. 1739 CCyC²⁸ y fijando como principio el de indemnización plena²⁹ - no es más que un paradigma falso en términos de verdadera integralidad de la reparación del daño - para luego finalmente establecer un mecanismo muy primario de cálculo para las por lesiones o incapacidad física o psíquica en su artículo 1746 CCyC³⁰, ratifica la afirmación en cuanto a la limitación natural de compensación comprendido en el concepto de daño resarcible.

Ahora bien, en este marco, que bien o mal deberá ser significado por los jueces al momento de aplicarse la normativa, se parte de un supuesto falso y es que efectivamente quien soporta el costo es quien abona la indemnización esto es el agente productor del daño o su aseguradora que tiene como finalidad mantener indemne su patrimonio. Esto es, que el peso económico de las indemnizaciones recae en el agente de pago de las mismas.

En las pocas líneas siguientes trataré de demostrar que no es así y que las indemnizaciones son parte de una estructura social de costos que es soportada por toda la colectividad.

Esto es, que definir la estructura de las indemnizaciones - que en realidad en el caso del daño a las personas son meras compensaciones basadas en la idea de permitir un goce que compense del que se vio privado el sujeto dañado por la lesión corporal - no es un problema exclusivamente de afirmaciones o construcciones abstractas, como el concepto de "indemnización plena"³¹, sino un problema de análisis de los costos sociales que implican tanto el valor de las mismas como el costo de los mecanismos de transacción de los conflictos derivados de su fijación.

28 ARTÍCULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador

29 ARTÍCULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable

30 ARTÍCULO 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

31 Un daño físico nunca puede ser resarcido plenamente. Imagine el lector cual sería la reparación que compensara plenamente la pérdida de la capacidad sexual de un sujeto o la pérdida de un hijo o un padre o una madre. Son pérdidas que pueden ser compensadas pero jamás reparadas y donde claramente no se aplica la llamada "teoría de la compensación de goces"

III. TRANSFERENCIA DE COSTOS E INDEMNIZACIÓN

La hipótesis de la transferencia de costos se explica a partir de un concepto muy básico y vinculado a obtener del recurso el agente dañador para reparar al sujeto dañado. En las sociedades modernas la mayor parte de las personas son conscientes, más allá de las disposiciones legales que pueden obligar a contratar un seguro, que su capacidad de pago de las eventuales indemnizaciones que deban abonar por daños a terceros es muy limitada. La excepción extrema es el que nada tiene y por tanto no puede compensar al sujeto dañado – caso en el que la realidad fáctica impide el cumplimiento de lo dispuesto por la norma – o el sujeto cuya capacidad económica es tan grande que estaría en condiciones de abonar las compensaciones usuales que fijan las normas o los jueces.

Ahora bien, a modo de ejemplo, el transportista asegura la carga transportada para asegurarse que si esta sufre un daño su patrimonio no se verá afectado. Del mismo modo, toda persona que realiza una acción que pueda causar un daño a otro – ej: ese mismo transportista en relación al pasajero o a un tercero ajeno al contrato - toma un seguro para resguardar la indemnidad de su patrimonio.

Estas acciones comienzan el proceso de “sociabilización de la reparación del daño”. Ello así, ya que la aseguradora establece una prima para generar una masa de dinero, que ella administra por la que obtiene una utilidad, le permita afrontar el pago de las indemnizaciones a la que contribuyen un conjunto de sujetos que participan con la idea de que asegurar su patrimonio frente a la posibilidad de que produzcan un daño similar. Por cierto, en la formación de la prima no solamente está la variable del eventual monto de las indemnizaciones a afrontar sino también la posibilidad estadística de que el evento se produzca entre otros factores que integran su fórmula.

Veamos su estructura:

$$\text{Probabilidad} = \frac{\text{n}^\circ \text{ siniestros}}{\text{n}^\circ \text{ asegurados}}$$

$$\text{Coste medio} = \frac{\text{coste todos los siniestros}}{\text{n}^\circ \text{ de siniestros}}$$

$$\text{Prima de inventario} = \text{prima pura} + \text{gastos administrativos}$$

Como puede apreciarse la misma se forma mediante tres variables vinculadas al trabajo ya que el cuarto, que sería el costo impositivo, es independiente del problema que analizamos:

a) **La ley de los grandes números:** esto es que un hecho fortuito individual (accidente) no es predecible. No obstante, si se observan y analizan muchos hechos aparentemente fortuitos (muchos accidentes), se puede llegar a establecer una constante a la que responden (por ejemplo: 1 de cada 300 conductores tiene un accidente, o hay más accidentes en conductores de XX edad etc.).

b) **El cálculo de probabilidades:** esto es el cálculo de probabilidades como instrumento matemático que se utiliza para determinar la frecuencia con que se produce un acontecimiento sometido al azar.

c) **Costo de los siniestros:** Esto es la probabilidad del monto de las eventuales indemnizaciones. En ese aspecto juega un rol central en su incidencia tanto el monto como la previsibilidad del mismo y aquí la definición de un sistema de valuación legal del daño – como el previsto en la ley 24.557 – o de un sistema de cuantificación del daño como el previsto en la normativa civil vigente y la que entrará en vigencia a partir de agosto de este año es un dato central en la formación del precio final – prima-.

De este modo, con este muy breve esquema, está claro que a mayor indemnización mayor precio de la prima salvo que disminuya el índice de siniestralidad (como a igual monto indemnizatorio mayor siniestralidad hace subir igualmente la prima).

Ahora bien, retomando el tema de análisis, lo cierto es que el sistema funciona sobre la base de que los que contribuyen a la formación del capital o masa resarcitoria son más personas que las que efectivamente causan daños de modo que, con una participación pequeña de una pluralidad de sujetos, se puede mantener indemne el patrimonio del agente productor del daño o el legitimado por la norma a resarcir – que participa de esta comunidad - y se compensa al sujeto dañado.

Ahora bien, de esta comunidad participan dos sujetos: a) los que pueden transferir este costo de manera directa y b) los que no lo pueden transferir o en realidad lo hacen de manera indirecta (asalariados).

Analicemos ambos supuestos.

a) **Transferencia directa:** Este sujeto normalmente presta un servicio o produce un bien por el que fija un precio y por tanto introduce en su estructura de costos una variable que es el valor de los seguros. Ciertamente, en una economía dinámica y con competencia podrá hacerlo totalmente o parcialmente (en este caso sacrificando utilidad ya que absorbe parcialmente ese costo) de manera que en el precio de su producto está transfiriendo a un tercero su participación en aquella masa de dinero administrada por la aseguradora. Ahora bien, este cliente del proveedor de servicios, si puede incorporar ese producto como costo nuevamente, lo calculará como parte de su estructura de costo de su producto o servicio que transferirá a un tercero además de incluir la variable de sus propios seguros. Esto nos lleva a una conclusión primera extraordinaria y es que en cada variable de una estructura de costos (electricidad, gas, insumos de materias primas, servicios varios – seguridad, limpieza, etc. -) existe una parte que contempla los costos de los seguros de los prestadores. En ese contexto, se puede afirmar que las indemnizaciones que están consideradas en aquella ecuación de formación de la prima del seguro - circulan en el mercado – casi como la ley de circulación de la moneda³², y están contempladas en el valor de los productos o

32 La ley de la circulación del dinero es la ley económica que determina la cantidad de dinero necesaria para la circulación. La suma de dinero en circulación depende: 1) de la masa de mercancías en circulación, 2) del nivel de los precios de las mercancías, y 3) de la velocidad de circulación del dinero. La cantidad

servicios que adquirimos. De esa manera en el proceso natural de intercambio de bienes y servicios los costos de las indemnizaciones circulan en el mercado y son soportadas por todos los integrantes de la comunidad.

b) Transferencia indirecta: El único sujeto que no puede ingresar en ese proceso de transferencia de costos es el asalariado que no tiene donde transferir de manera directa el costo ya que no fija el precio o valor de su prestación de servicios. Sin embargo, lo cierto es que quien vive de un salario tiene una manera indirecta de transferir su costo y es la reducción de su consumo. El pago de una prima lo obliga a suprimir otro eventual consumo ya que cualquiera sea el nivel salarial la opción es inevitable con independencia de lo suntuario o superficial que pueda ser el consumo suprimido. Ello, en una escala mayor hace que la suma de supresiones de consumo se exprese en una mayor o menor demanda de bienes o servicios que finalmente se refleja en el costo y el nivel de las utilidades que obtienen al que ofrece sus bienes o servicios en el mercado.

Este esquema efectuado a partir de la usual contratación de aseguradores es igual si el proveedor de servicios o productos es auto asegurado ya que de igual modo en su estructura de costos y previsiones financieras estará contemplada una variable que tienda a cubrir las eventuales indemnizaciones que deba abonar sin que ello le implique el sacrificio total de su patrimonio. Así, el proceso de circulación del costo de las indemnizaciones es igual al descrito.

De igual modo, no es observación válida a este criterio la existencia de actividades que por no ser rentables requieren de subsidios del sector público. Se podría sostener que en estos casos los costos no son transferidos porque la totalidad de costos no alcanza a ser cubierta con los beneficios del servicio. Sin embargo, la insuficiencia de la estructura de costos al ser compensada con un aporte externo hace que el procedimiento de transferencia social de costos se produzca por vía indirecta – más allá de que está comprendido en parte del precio del servicio -.

IV. LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA COMO COSTO SOCIAL

Una vez descrito brevemente el proceso de transferencia de costos indemnizatorios me parece oportuno dedicar algunos párrafos a un segundo costo social del pago de indemnizaciones tal como son los costos de transacción de los conflictos derivados de su resolución, fijación y consecuente pago.

En este sentido, los mecanismos de financiación de la solución de controversia pueden ser directos o indirectos en relación a quien los sufraga, pero en ambos casos – como se verá – son un costo social.

La financiación directa se produce cuando son los interesados directos del conflicto – las partes – soportan los gastos derivados de solucionar sus controversias. Ahora bien, estos costos ingresan en el esquema antes descritos ya que, previsibles o no, son de alguna manera transferidos a la estructura de costo del servicio o producto producido por el

global de dinero es determinada por la suma de los precios de las mercancías dividida por el promedio de ciclos de circulación de las unidades monetarias del mismo signo. En el ciclo de circulación el dinero actúa no sólo como medio de circulación, sino, además, como medio de pago. Por esto la cantidad de dinero que se encuentra en circulación, a una velocidad dada del ciclo, es igual a la suma de los precios de las mercancías que se han de realizar, menos la suma de los precios de las mercancías vendidas a crédito, más la suma de los pagos cuyos plazos han vencido, menos la suma de los pagos que se compensan entre sí y menos la suma del ciclo repetida, en el cual el mismo dinero funciona alternativamente como medio de circulación y como medio de pago.

agente productor del daño o sus aseguradoras. De este modo, en términos sociales, este modo de financiación se convierte en indirecto y pasa desapercibido para el conjunto de los integrantes de la sociedad.

La financiación indirecta se produce cuando el coste del sistema se hace por intermedio del estado mediante el pago de impuestos. En general, la tasa de justicia – que sería un costo directo – suele cubrir muy escasamente el costo total del sistema judicial³³. Esta circunstancia hace que se establezca una parte del presupuesto general del estado para sufragar sus gastos, conforme surge por ejemplo en Argentina de la ley 23853³⁴, de modo que la sociedad soporta el costo de la solución de las controversias individuales.

Esta última circunstancia lleva al problema por un lado del tiempo de duración de la solución de la controversia ya que a mayor extensión temporal mayor costo y en segundo lugar la estructura necesaria tal fin que es el hecho generador de ese costo y a su eficiencia operativa.

En este segundo aspecto – la eficacia operativa – depende tanto de la gestión pública como de la capacidad y operatividad del operador jurídico privado – abogado -. Ambas variables son relevantes tanto desde la gestión como de la estrategia diseñada para resolver el conflicto en cuanto al tiempo y la eficiencia en la resolución de la controversia.

En este sentido, la ineficiencia en la resolución de la controversia también es un costo no económico directo pero que puede medirse en términos económicos,

V. LOS PARÁMETROS DE SELECCIÓN DE DETERMINACIÓN Y VALUACIÓN DEL DAÑO

De este modo, conforme los desarrollos antes vistos, el análisis de la eventual elección de un sistema de valuación legal o judicial del daño excede el marco de lo meramente conveniente en cuanto a oportunidad y previsibilidad³⁵ sino que es un problema de orden social.

Esto es, cual es el costo que la sociedad está dispuesta a soportar para compensar los daños sufridos por sus integrantes a fin de mantener la paz social.

En ese marco la elección no menor – casi de orden moral, aunque para mí es de oportunidad política – de preferir una mayor compensación al sujeto dañado – que en la suma de indemnizaciones implica un mayor costo de participación social – o limitarla – que implica disminuir el costo de participación social – es un dato relevante como lo es el mecanismo para resolver la controversia.

33 A modo de ejemplo en el presupuesto 2013 por tasa de justicia representaron el 3% de lo necesario para financiar todo el presupuesto judicial de la nación. Sobre el particular ver Informe de Juan Enrique Vargas Viancos - Abogado, Magister en gestión y políticas públicas. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)- sobre Financiamiento Privado de la Justicia: las Tasas Judiciales

34 En esta última norma se estableció en su artículo primero que La Corte Suprema de Justicia de la Nación preparará el Presupuesto de Gastos y Recursos del Poder Judicial, debiendo observar los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el que será remitido al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la administración nacional que se presenta anualmente ante el Honorable Congreso. En el segundo artículo se establece que fijándose en su artículo segundo se fija un 7% garantizado del presupuesto nacional sin perjuicio de que en su artículo quinto se establece que la corte queda facultada para requerir anticipos de fondos con arreglo a lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 16.432, incorporado a la ley 11.672 (t.o. 2005).

Todos los gastos que demanden la creación de juzgados o la ampliación de los existentes serán atendidos con cargo a Rentas Generales, o a los excedentes. El Poder Legislativo solicitará informes al Ministerio de Economía y al Poder Judicial de la Nación sobre las posibilidades financieras para hacerse cargo de las erogaciones que generen esas creaciones o ampliaciones, en forma previa a sancionar las normas y con el objeto de otorgar –si correspondiere– los refuerzos presupuestarios pertinentes. Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias

35 Kemelmajer de Carlucci, Aída Evaluación del daño a la persona ¿Libre apreciación judicial o sistema de Baremos? –(Especial referencia la situación española) Revista de Derecho de Daños 2001 –1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 315

Es absolutamente cierto que una disminución de los índices de siniestralidad de cualquier orden hace disminuir el costo social.

Ello nos lleva a razonar que la prevención – insisto en cualquier orden – se hace imprescindible³⁶ (al igual que los controles sociales que hagan disminuir los siniestros) como modo de disminuir el costo o mantenerlo a cambio de incrementar las reparaciones particulares.

Ello nos lleva al dilema de tener desamparados total o parcialmente a los integrantes de la comunidad de reparación - que es un costo - o transferir al estado el sostenimiento de estos patrimonios que implica un natural incremento de costo social.

Veamos estos problemas volcados al transporte aéreo.

VI. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LAS PERSONAS EN EL TRANSPORTE AEREO

Con relación a la determinación del daño a las personas las normas internacionales no tienen ninguna disposición concreta. Obsérvese que el artículo 17 en el sistema Varsovia-La Haya-Montreal al igual que el art. 17 del Convenio de Montreal de 1999 se limita a establecer la responsabilidad por muerte, herida o lesión sufrida en el transcurso del transporte. Sin embargo, como ya desarrollara, el concepto de daño sólo es relevante en el sistema jurídico en cuanto resulta resarcible lo fue en ausencia de norma convencional internacional remite a las consecuencias resarcibles en el orden local del juez competente.

1) Muerte, lesión o herida corporal:

a) Consecuencia causal indemnizable y determinación

Las lesiones o heridas corporales en cuanto afectación a la libertad sólo serán alcanzada conforme estas consecuencias causales reconocidas como indemnizables. En este sentido se ha sostenido que los efectos bajo el vocablo incapacidad plena – cuya falsedad ya he desarrollado - han de computarse: a) la lesión en sí misma como ofensa la integridad corporal del individuo (incapacidad física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral), c) el menoscabo que también aparece en su vida de relación al dificultar y amenguar sus interrelaciones con las otras personas en distintos aspectos, al lado de similares dificultades e impedimentos en su relación con las cosas (disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética³⁷.

El otro aspecto relevante es en el caso de lesión la determinación del porcentaje de incapacidad. Aquí, otra vez, para la determinación de los porcentuales no existe un baremo³⁸ de la actividad que unifique criterios, lo que naturalmente reenvía a los métodos de evaluación de cada país que pueden diferir conforme las tablas y métodos de cálculo que se utilicen. Una vez más, la norma única se fracciona como consecuencia de la complementación de la misma por normas o criterios jurisprudenciales locales.

Si bien este no es el único elemento de juicio que el sentenciaste debe tener en cuenta para establecer el quantum indemnizatorio³⁹, lo cierto es que resulta un aspecto relevante de la cuantificación posterior⁴⁰ y, por tanto, no puede dejar de considerarse.

b) Cuantificación

36 Quadri, Gabriel Hernán Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial La Ley miércoles 29 de junio de 2016 - Tomo La Ley 2016-d -.

37 CC0201 LP 103902 RSD-37-5 Correa, Carlos c/ Municipalidad de La Plata s/ Daños y perjuicios S 29-3-2005

38 El término está utilizado como sinónimo de tabla de incapacidades y no como método de cálculo de indemnizaciones

39 CNCiv. Sala C Turello Elsa c/ Ray S.A. y otros S 26/10/1999

40 CNCiv. Sala C Turello Elsa c/ Ray S.A. y otros S 26/10/1999

El segundo problema, una vez determinadas las consecuencias causales indemnizables, es la cuantificación de las mismas. En algunos sistemas resarcitorios de derecho común los legisladores han establecidos métodos de evaluación legal del daño denominados baremos o tarifa⁴¹. No es el caso del transporte aéreo, donde se ha fijado un sistema de valuación judicial del daño que en el caso del cabotaje en Argentina aún mantiene un tope cuantitativo – límite -⁴². Estos sistemas si bien no tienen los cuestionamientos de los sistemas de valuación legal presentan mayores dificultades para identificar el método de cuantificación efectuado por el juez. En la valuación judicial del daño, una vez determinadas las categorías y consecuencias indemnizables, queda en manos de la discrecionalidad judicial la cuantificación final del daño lo que usualmente crea incertidumbre en su resultado final. Es así que como sostiene Kemelmajer de Carlucci el sistema de reparación integral con valuación judicial ha generado que algunos doctrinarios la califiquen como “caótica”⁴³.

Una observación crítica a la valuación judicial del daño, entre varias, ha efectuado el profesor español Jesús Pintos Ager quien sostiene que este sistema de cuantificación “favorece la presencia de optimismo como error en la conjetura de las expectativas ante la dificultad de predecir la cuantía resarcitoria”⁴⁴ aspecto que mi experiencia profesional me dice que efectivamente ocurre muy a menudo y que muchas veces dificulta una rápida y razonable resolución de la controversia.

Más aún, Kemelmajer de Carlucci sostiene que un sector de la doctrina reconoce que los sistemas basados en baremos tienen un sin número de ventajas entre las cuales se pueden mencionar los siguientes⁴⁵:

- Sirve de marco e impulsa los acuerdos transaccionales
- Agiliza la liquidación de siniestros
- Reduce las actuaciones judiciales. Permite a las aseguradoras establecer previsiones con la consecuente disminución de costos del seguro
- Fomenta el tratamiento igualitario para situaciones análogas

Si bien las observaciones tienen un aspecto cierto, también lo es que un sistema de cuantificación del daño en el orden internacional permite que los resarcimientos varíen conforme las características de cada país respetando sus parámetros indemnizatorios de acuerdo a su desarrollo cultural. Precisamente la multiplicidad de soluciones y parámetros de valuación del daño en el orden internacional hace que, en particular este último beneficio citado por la autora, no pueda considerarse de manera positiva.

Ello, sin perjuicio de las observaciones que le cabe a todo sistema de baremos que, como sostiene la autora citada, para ser aceptables deben ser razonables y permitir una plena efectividad de la tutela judicial efectiva⁴⁶. La efectividad en definitiva es un concepto bastante relativo que dependerá de la apreciación judicial de cada estado con bases

41 Ley sobre responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículo a motor en España, Ley de riesgos del trabajo en Argentina

42 ARTICULO 144. – En el transporte de personas, la responsabilidad del transportador, con relación a cada pasajero, queda limitada hasta la suma equivalente en pesos a mil (1000) argentinos oro, de acuerdo a la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad. Esta cotización será fijada por el órgano competente de la Administración nacional.

43 Kemelmajer de Carlucci, Aída Evaluación del daño a la persona ¿ Libre apreciación judicial o sistema de Baremos? –(Especial referencia la situación española) Revista de Derecho de Daños 2001 –1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 315

44 Pintos Ager, Jesús “Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos, InDret 4/2000, pág. 6

45 Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit., pág. 320

46 Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit. Pág. 333 con cita de Barreto de Benito El baremo de daños corporales, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 206

normativas, valorativas y por cierto de carácter político⁴⁷ de las que el pronunciamiento judicial nunca esta exento⁴⁸.

Un último aspecto de orden práctico es si como sostiene Guibourg⁴⁹ las fórmulas matemáticas están siempre implícitas en la valuación judicial que hace el juez. Esta afirmación no puede corroborarse en todos los casos. En los precedentes ya citados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰ no se advierte ni si infiere de su pronunciamiento la utilización de fórmulas matemáticas.

A modo de ejemplo afirma Kemelmajer de Carlucci⁵¹ que en Italia al menos 3 escuelas de cuantificación del daño.

- Criterio de Génova: Que aplicaba el párrafo 3° del art. 4 de la ley 38/77 se aplicó hasta septiembre de 1998 en el que adhirió al sistema milanés⁵²
- Criterio de Pisa: sistema que toma el cálculo por punto cuyo valor es el promedio de los resultados establecidos por la jurisprudencia de mérito
- Criterio de Milano: Que tienen un criterio progresivo con relación a la invalidez y regresivo respecto de la edad.⁵³

Este último método ha sido aceptado por la casación italiana siempre que no sea arbitraria cuya demostración está a cargo de quien lo cuestiona⁵⁴.

En Argentina el punto "flexible" por incapacidad ha sido un método bastante usual para la determinación del daño en el fuero civil y federal civil y comercial⁵⁵. En algunos fueros y provincias se utilizan criterios matemáticos financieros⁵⁶.

Se podría así seguir detallando sistemas de cuantificación, que en derecho comparado generan dispersión y preocupación, con innegables vasos comunicantes entre las soluciones jurisprudenciales⁵⁷.

Lo cierto es que el conflicto central en esta cuestión es seguridad jurídica y justicia del

47 En el sentido no partidario sino de opciones ante la pregunta que mejor solución tengo para el problema a resolver a diferencia del dilema moral que se pregunta sobre el bien y el mal y por tanto reduce la respuesta a una sola solución.

48 Cárcova, Carlos M Sobre el razonamiento judicial SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1054

49 Guibourg, Ricardo en su voto CNAT Sala III- Causa Nro. 27593/04 "Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ accidente - Acción civil" Sentencia 89.654, 28/4/08

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú, serie C n. 33, del 17/9/1997; Corte Interamericana de Derechos Humanos , Bulacio v. Argentina S : 18/09/2003, SJA 2/6/2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos Masacre de Mapiripán v. Colombia 15/9/2005

51 Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit., pág. 316/317

52 Zoja, Ricardo Il risarcimento del danno alla salute nel nuovo orientamento del Tribunale Genevose, Rivista Responsabilità civile e previdenza 1999, pág. 878

53 Giannini, Genaro Le nuove tabelle milanesi sul danno biologico , Rivista Responsabilità civile e previdenza 1996, pág. 403

54 Cass. Civile, Sentenza III 4/12/98 , Rivista Responsabilità civile e previdenza 5/1999, pág. G-515

55 Alvarez, Gladis S; Highton, Elena I y Gregorio Carlos "Indemnizaciones por daños a las personas: una comparación entre provincias" Revista Derecho de Daños 2005-3, Rubinzal Culzoni, págs13/16

56 SCBA Aguirre, José c/ Gurevich S.A. s/ accidente de trabajo S 2/11/1982; TSJCórdoba, Marshall, Daniel A. S 22/03/1984 JA 1985-I; TSJC sala Civ. y Com. Di Lello, Pablo v. Barancelli, Cristián R. : 07/11/2007; Trab., Córdoba sala 10ª Manzano, Elda Dominga y otro por sí y en representación de hijos menores v. Sup. Gobierno de la Provincia de Córdoba S 15/08/2000; C. Trab. Villa María Labasto, Margarita y otros v. Industrias Martín Cubero S.A. y otros S 14/03/2006; C. Trab. Villa María García, Julio T. v. Cooperativa Agrícola Tampera de James Craik Ltda. S. 15/08/2007; C. Civ. Com. Trab. y Familia Villa Dolores Pedernera Juan M. v. Eduardo Arregui y otros S 07/03/2003; Cámara Apelaciones Circunscripción Noreste, Trelew Vallejos, Víctor Lorenzo c/ Pierce, Juan Roberto y otros S 19/3/2002 ; Benavides, Beatriz M c/ Relaméndez, Carina Beatriz y otro s/ daños y perjuicios S 24/4/2003; Cámara Cuarta Civil y Comercial Mendoza Torres, Tomás A. y otros c/ Segovia René s/ daños y perjuicios S 19/11/2004; Cam. Apel. Todos los fueros Zapala C.H.H. y otra c/ Consejo Provincial de Educación y otros s/ daños y perjuicios S 4/5/2004

57 Kemelmajer de Carlucci, Aída, El daño a la persona ; Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana? Revista de Derecho de Derecho Privado y Comunitario año 1992 -1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 95

caso concreto⁵⁸. La seguridad jurídica en el sistema de Montreal de 1999 está dada por la predictibilidad del pronunciamiento judicial por competencia territorial y en el ámbito local está, además, dado por el límite cuántico y la justicia la integral la reparación del daño sufrido con un método de cuantificación disperso e impreciso, que, si bien puede ser predecible en un país o competencia determinada, no lo es en el derecho comparado.

De cualquier modo, lo importante es el resultado final y si la indemnización cumple en compensar adecuadamente – conforme los parámetros culturales del lugar de litigio – los daños resarcibles, tal como se ha desarrollado con anterioridad en este trabajo.

En este punto, más allá de las observaciones previas, culturalmente hoy el sistema de Montreal de 1999 responde eficientemente a los parámetros culturales y los costos de transacción en principio son adecuados a la trascendencia y contenido del litigio.

b) Retraso

El problema del retraso como afirmé en Bogotá puede incluirse dentro de lo que se podría denominar “incumplimiento irregular del contrato”. Es decir, el contrato se cumple, pero no de la manera convenida. En este trabajo no creo necesario reproducir los términos de la presentación efectuada en la Universidad Externado. Sin embargo, siempre es necesario distinguir cuando la demora proviene de situaciones propias de la actividad y cuando deviene de la denominada “sobreventa de pasajes” o “sobrerreserva de pasajes”⁵⁹ es decir con dolo.

a) Demora sin dolo

1) Fuente de la obligación

En este supuesto, se está dentro del ámbito del incumplimiento contractual que con base subjetiva en Montreal de 1999⁶⁰ al igual que el sistema Varsovia-La Haya-Montreal de 1975⁶¹.

Ahora bien, la demora en si misma configura un acto lesivo que debe ser indemnizado. En este sentido se sostuvo que “ el reclamo por responsabilidad aeronáutica que tuvo su origen en el retraso en cumplir un contrato de transporte aéreo internacional, por el derecho aeronáutico en el retraso hay también una inejecución, un incumplimiento, aunque sea parcial, y es por ello que es correcto asimilarlo al caso del incumplimiento total del transporte prometido”⁶².

Ciertamente hay autores que podrían sugerir que la particularidad del ámbito de desarrollo de la actividad que justificarían cierta flexibilidad en el cumplimiento de los horarios fijados en el contrato. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que “ el negocio del transporte aéreo no justifica por particular que sea el ámbito en el que se desarrolla -salvo extremos insuperables-, la desconsideración de los derechos de los usuarios; si a estos se les promete el transporte en determinado horario o en un lapso preciso, les asiste el derecho a que dicho compromiso -por el que pagan su precio- sea cumplido, como la ley misma”⁶³.

58 Tábano, María Josefina La valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho Revista de Derecho de Daños 2001 –1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 79

59 Mario O. Folchi la denomina “sobre reserva” porque lo que se hace es confirmar más capacidad que la que tiene el avión

60 Art. 19 Convenio de Montreal

61 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Blanco, Margarita S. v. Viasa Venezuelan International Airways y otro. S 10/4/1997; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I Lavandera García, Horacio v. Alitalia s/incumplimiento de contrato S 20/10/2005

62 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, Scoufalos, Juan E. y otro v. Aerolíneas Argentinas S.A., S 19/3/1998

63 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Blanco, Margarita S. v. Viasa Venezuelan International Airways y otro. S 10/4/1997

En igual sentido, se ha afirmado que “en caso de retraso por problemas técnicos en el avión que trajo aparejada una demora con respecto a la programación inicial se está en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual (...) Debido a los problemas técnicos que generaron una demora con respecto a la programación inicial, la compañía aérea debe responder en virtud de ese incumplimiento contractual, más allá de la buena voluntad puesta de manifiesto por ella al ocuparse del destino y alimentación del pasaje hasta la partida producida al día siguiente”⁶⁴.

En estos precedentes es de observar como en un vuelo internacional el criterio de valuación de las conductas contractuales de las partes se hace en base a una norma local – si bien en base a normas ahora derogadas por la sanción del nuevo Código Civil y Comercial – lo que ratifica a mi entender uno de los presupuestos sobre los se elabora el trabajo: la integración de la norma internacional con la local.

2) Resarcimiento de daños

El primer aspecto que debe establecerse es que el retraso es en sí mismo una daño – la disposición del tiempo del otro y de su libertad⁶⁵ y por tanto la afectación de su proyecto personal -. En este sentido, como sostenía Heidegger⁶⁶ el hombre – el ser - camina hacia su muerte por lo que el tiempo es un bien perecedero y por tanto irrecuperable.

Sin embargo, con el sistema normativo actual no cualquier retraso deber ser indemnizado sino aquel que por su extensión haya producido algún tipo de daño⁶⁷.

Así, a fin de obtener una debida cuantificación no sólo relación a otros daños más particulares le cabe a quien lo invoca acreditarlos. Esta cuestión lleva – en virtud de que el sistema es de consecuencia causal indemnizable con cuantificación judicial – a establecer la procedencia del daño moral – ahora extrapatrimonial en la terminología del CCyC Argentino – en el caso de retraso.⁶⁸

En este aspecto, se ha destacado que “para establecer la cuantía del daño moral en los casos en que había mediado demora en el transporte se señaló que como se trata de mensurar la realidad de un padecimiento espiritual con criterios de razonabilidad, corresponde colocarse en el estado de ánimo de una persona común que atraviesa las condiciones concretas en las que se halló la víctima del acto lesivo por la privación injusta de bienes -a la paz, a la tranquilidad espiritual, a su libertad individual de disponer de su tiempo- que ha sufrido el retraso”

Así, no en todos los casos se hace lugar al resarcimiento del daño moral por retraso dado que su reconocimiento es de carácter restrictivo conforme lo dispone la normativa sustancial local⁶⁹. A tal fin, la pérdida de la tranquilidad espiritual, reemplazada en cierto

64 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Toporovsky, Rosa M. y otros v. United Airlines S 7/3/1996, JA 1996-IV-278

65 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Gaudencio, Beatriz S. v. Lan Chile S 12/9/1996; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, “Mansilla, Juan C. y otro v. Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/daños y perjuicios”, S 10/5/2005; Piovano, Sofía v. American Airlines s/daños y perjuicios S17/11/2005; Lalanne, Juan P. v. American Airlines s/daños y perjuicios S 30/8/2005

66 Dentro de la obra *Ser y Tiempo* de Martin Heidegger; la función de tal condición dentro de la existencia del Dasein tiene un sentido fundamental: mostrar que la finitud es parte esencial del hombre. Y sólo a partir de esta referencia se devela el futuro de la existencia, es decir, exclusivamente a partir de esta referencia se muestra la estructura ontológico existencial del Dasein que es irreferible y peculiarmente irreductible.

67 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Ramirez, Pablo J. v. Vasp Brazilian Airlines S 16/5/2000

68 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I Rotelo, Hugo A. y otro v. Iberia Líneas Aéreas de España s/ daños y perjuicios S 26/2/2004

69 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I Lavandera García, Horacio v. Alitalia s/ incumplimiento de contrato S 20/10/2005

sentido por un estado de desasosiego y ansiedad, debe ser de una entidad que el daño moral resarcible configure una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual culposo por la demora incurrida en la realización del viaje⁷⁰ (con la nueva normativa alcanza con que sea mediata previsible).

No obstante, con un criterio más amplio, se sostuvo que en tanto la pérdida de libertad y de tiempo, motivada por la imprevisión del transportista, es en sí mismo un daño moral que debía ser objeto de reparación, para lo cual -se indicó- no se requería prueba específica de su realidad porque pérdidas de esa especie, que implican la frustración en disponer de su vida en la forma en que al interesado le plazca, configuran un obligado sometimiento al poder decisorio del incumplidor, debiéndose configurar las circunstancias excepcionales que imponen el reconocimiento de una compensación a la lesión espiritual, diferente y de excepción de los trastornos normales que pueda producir un incumplimiento contractual de cualquier índole⁷¹.

Como casos particulares se ha reconocido la procedencia del daño moral en caso que el pasajero haya sido dejado en un paraje o país que no era el de su origen o domicilio permanente⁷², como los retrasos en el transporte en países extranjeros y la inseguridad de llegar a tiempo a la reunión programada⁷³.

También se ha sostenido que "si la demora redujo considerablemente las vacaciones y ha causado molestias, teniendo en cuenta la pérdida de los vuelos de conexión. Aunque no se hayan probado pérdidas patrimoniales, es indudable que el actor, su esposa y los dos hijos menores experimentaron serios inconvenientes que deben ser resarcidos"⁷⁴.

De igual modo, se ha valorado en manera especial para su graduación el caso en que el viaje no haya estado destinado a placer o paseo, sino para acompañar a su cónyuge en la enfermedad y frente a un tratamiento médico complejo y riesgoso⁷⁵.

Ahora bien, Montreal mantiene un sistema de cuantificación judicial de consecuencias reconocidas como indemnizables con un tope de 4.150 derechos especiales de giro por pasajero⁷⁶.

En mi opinión este esquema debería ser revisado. Ello así, dado que el costo de transacción social de la determinación del daño sufrido – algo de una extrema relatividad – es extremadamente caro para la entidad del daño que se repara.

En mi apreciación el incumplimiento debería tener la misma fuente de atribución que identifica Zamponi en cuanto a que el transportista debe responder por el sólo hecho de no poder cumplir la obligación – para algunos esto es responsabilidad de base objetiva y no me parece necesario discurrir sobre este problema - y este daño debería tener un

70 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Blanco, Margarita S. v. Viasa Venezuelan International Airways y otro. S 10/4/1997

71 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, Mansilla, Juan C. y otro v. Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/daños y perjuicios, S 10/5/2005; Piovano, Sofía v. American Airlines s/daños y perjuicios S17/11/2005; Lalanne, Juan P. v. American Airlines s/ daños y perjuicios S 30/8/2005;

72 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Kesler, Saúl y otro v. Viasa Venezuelan International Airways y otro. S 17/7/1997, JA 2001-I- síntesis

73 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 17/7/1997, "Kesler, Saúl y otro v. Viasa Venezuelan International Airways y otro, JA 2001-I- síntesis

74 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, Niedzwiecki, Raúl V. y otros v. Avianca Compañía de Aviación S 25/2/1997, LL 1988-C-957

75 C. Apel Civ. y Com. Fed. Lomas de Zamora Caballero Susana Beatriz c/ Tije S.A. y otros s/ daños y perjuicios" S 17/04/2008

76

sistema de valuación legal del daño que en base a un módulo de tiempo de retraso. A modo de ejemplo: la primera hora/2 horas no son objeto de reparación más allá de la obligación de asistencia adicional al viajero y a partir de allí un valor fijo en DEG por cada 12 horas de retraso o fracción menor que se acumulan por todo el tiempo de retraso (ej 36 horas 3 módulos; 28 horas también 3 módulos 2 por 24 hs. y uno por las 4 restantes). No estoy afirmando que ese es el mecanismo, sino que es un ejemplo para generar el "papel de trabajo" sobre cuya ase generar la discusión.

b) Sobreventa de pasajes- incumplimiento doloso -

1) Fuente de la obligación

Una de las prácticas más controversiales de los transportistas es la sobreventa de pasajes o "sobrerreservas de pasajes" u overbooking en su denominación tradicional en inglés.

No voy a detallar las causas que la generan y transferencia que hace el transportista a partir de regulaciones que establecen que se limita a la aplicación de un cargo adicional la consecuencia de que el pasajero que confirme y no se presente a abordar su vuelo⁷⁷.

El transportista transfiere el riesgo al pasajero que cumple con su presencia una vez confirmada su reserva, dado que los costos de soportar los gastos por dicho incumplimiento deben ser – en efecto son – inferiores a la pérdida del asiento vacío al momento del despegue. Estos costos tienen previsiones de posibilidades o probabilística que llevan al transportista a sumir un determinado riesgo con la expectativa de racionalizar sus costes.

Le asigno el carácter incumplimiento doloso conforme jurisprudencia más o menos pacífica que sostiene que "la sobreventa de pasajes aéreos pone de manifiesto una *temeridad* en el obrar de la transportista, 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 y extensivamente en sus intereses personales e individuales"⁷⁸. Con más contundencia se ha establecido que "la sobreventa -Overbooking- de pasajes por las compañías aéreas se ha convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria respecto del pasajero, que tiñe tal conducta del vicio de dolo porque implica un deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su ilegitimidad, el que obliga a responder por las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas que se generó"⁷⁹. En ese sentido, me parece oportuno mencionar que, como detalla Barbado⁸⁰, la jurisprudencia argentina ha utilizado como fuente los precedentes en los EEUU

77 Resolución N° 1532/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación Argentina Anexo I, art. 10 inc g)

78 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Salsamendi, Luis M. y otro v. Viasa, Viasa Venezuelan International Airways S 7/3/1996 JA 1996-IV-274; CNFed. Civ. y Com., sala III "Beiroa, Rodolfo Roberto c/ Aerolíneas Argentinas s/ daños y perjuicios" S 22/12/92, RAT n° 8 pág.89

79 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Serra, Julio C. y otro v. Aerolíneas Argentinas S.A S 12/3/1996; CNFed. Civ. y Com Sala I " Botinari, José c/ Malaysian Airlines System Berhad" S 31/10/02, JA-2003-I, pág. 452

80 Barbado, Patricia B. La sobreventa de pasajes aéreos y el derecho a la reparación del daño moral por la demora del viaje programado - Jurisprudencia anotada - JA 2003-I-452

a) caso "Ella Fitzgerald v. Pan American World Airways" en el que se aplicó el Acta de Aviación Civil de 1938 y se declaró inaceptable la actitud de impedir embarcarse a una persona con pasaje;

b) caso "Wille v. T.W.A." en el cual se resolvió que la falta de una aerolínea en proporcionar un asiento debidamente reservado a su cliente, resulta una discriminación injusta y constituye una práctica temeraria;

c) caso "Archibald v. Pan Am" en el que se declaró que la prueba por el pasajero acerca de que posee una reserva confirmada y que esta prioridad no fue respetada ni cumplida, sería bastante para establecer que una preferencia o discriminación ha ocurrido y ello da lugar a daños punitivos, y

d) caso "Nader Ralph v. Allegheny Airlines", en el que se demandó a la aerolínea por discriminación y fraudulenta falsedad a raíz de un supuesto de overbooking y se estableció que éste constituía un comportamiento malicioso contra los pasajeros y el grupo consumidor, que justificaba la condena de la empresa a abonar los daños compensatorios y los punitivos.

En igual sentido, sostiene Romero⁸¹, que la doctrina en general es conteste en el carácter doloso de este incumplimiento contractual.

Lo cierto es que es una situación que ha motivado diversas regulaciones⁸² y diversas prácticas por parte de los transportistas para sobrellevar la situación, en particular el ofrecimiento de compensaciones adicionales a pasajeros que voluntariamente se avengan a no abordar y hacerlo en un vuelo posterior.

También ha motivado presentaciones ante la autoridad administrativa como la efectuada por la ASOCIACIÓN PROTECCIÓN CONSUMIDORES DEL MERCADO COMÚN DEL SUR – PROCONSUMER- en Argentina solicitando que se arbitren los medios necesarios a los efectos que los usuarios de compañías aéreas reciban la información dispuesta por la Resolución N° 1532/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación.

En este sentido se ha expedido mediante resolución 58/2007 el defensor el pueblo en Argentina en la que se recomienda la colocación de carteles visibles en los aeropuertos a fin que las personas realicen las pertinentes denuncias.

Sin realizar una análisis en profundidad, que ciertamente merecerá otro “papel de trabajo”, se pueden visualizar en este caso los niveles de protección y disponibilidad del titular de derechos – en este caso el pasajero – desarrollados por los profesores Calabresi y Melamed⁸³.

Así, claramente las disposiciones citadas -Reglamento (CE) N° 261/2.004, Decisión 619, Resolución N° 1532/98 - son reglas indisponibles y el sistema de responsabilidad que estudiaremos luego son reglas de responsabilidad que en la terminología de estos autores son el precio fijado por el estado por el incumplimiento. Ello no obsta a que las partes en base a la titularidad de derechos los negocien libremente y obtengan un resultado que ex post los coloque en mejor situación que antes de establecer su transacción de derechos. Esta conclusión se sustenta en la denominada “teoría de precios” que se basa en que sólo dos partes van a negociar y llegar a un acuerdo si finalizado el acuerdo ambas están en mejor situación que antes de realizarlo⁸⁴.

Entre las variantes es claro que sólo negociará el transportista si los costos de transacción son menores a la indemnización potencial que obtendría el pasajero en caso de obtener una sentencia judicial – precio o valor del incumplimiento -⁸⁵. Ciertamente, si estos costos fueran muy altos se desalentaría la práctica, pero seguramente los mismos se transferirían al pasaje produciendo una externalización sobre más pasajeros. Como ya anticipara, merecerá a futuro un análisis más detenido desde el análisis económico del

81 Romero, Federico Transporte aéreo de pasajeros. Incumplimiento de horarios. Sobreventa de pasajes. Overbooking. Responsabilidad del transportador aéreo Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 229, Lexis Nexis, pág. 591 y sus citas

82 Reglamento (CE) N° 261/2.004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2.004 por el cual se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) N° 295/91. Decisión 619 de la Comunidad Andina de fecha 15 de julio de 2.005, Normas para la Armonización de los Derechos y Obligaciones de los Usuarios, Transportistas y Operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina. Resolución N° 1532/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación Argentina Anexo I, art. 12

83 Calabresi, Guido y Melamed, Douglas Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral, 85 Harvard Law Review, 1972, pág. 1089/1128 Publicado Centro de Estudios Públicos, Volumen 63, pág. 347/380.

84 Fridman, Milton y Fridman, Rose D. Libertad de elegir Hyspamerica, Biblioteca de Economía, Madrid, 1983, pág. 30

85 Conf. Calabresi, Guido y Melamed, Douglas, ob cit, pág. 351

derecho (AED), sin perjuicio en mi caso de no prescindir de cuestiones morales en el análisis del problema.

2) *Resarcimiento de daños*

Los parámetros de evaluación del daño no difieren de los establecidos en general para el retraso culposo con excepción de la aplicación en este caso de los presupuestos de las diversas legislaciones para el caso de incumplimiento doloso – en el caso argentino el 1724 del CCyC⁸⁶.

A modo de ejemplo, en un caso de sobreventa se ha dicho que “la magnitud del incumplimiento contractual derivada de la sobreventa de los pasajes aéreos se desprendió en perjuicio de los demandantes se vio reflejada en los trastornos e inconvenientes, desconcierto y ansiedades de encontrarse en espera en un aeropuerto internacional de un país ajeno, en locales no previstos especialmente para tal fin, lo cual no es difícil de imaginar aun cuando la tardía salida con posterioridad de tres días fuera parcialmente subsanada por el traslado y alojamiento en un hotel con los gastos totalmente cubiertos por la compañía de aviación. Ello excede una mera incomodidad transitoria, correspondiendo reconocer una indemnización civil complementaria del alojamiento y alimentación de los pasajeros hasta que partieran⁸⁷.

En el orden internacional no hay límite y en el orden local no puede dejar de apreciarse que la calificación de dolosa hace que el transportista no pueda ampararse en los límites previstos en el art. 144 del C. Aeronáutico. Consecuencia de ello es que en el orden internacional del resarcimiento estará dado por las normas locales que establezcan cuales son las consecuencias causales reconocidas como indemnizables y cuyas valuaciones que podrán variar conforme sus propias disposiciones y el carácter que la jurisprudencia le otorgue a la sobreventa de pasajes con la carga del damnificado de justificar sus daños.

En este orden, cabe analizar la posibilidad de establecer una indemnización con cuantificación legal. En el mismo sentido que la propuesta anterior podría fijarse una indemnización sin mínimo de tiempo con un módulo de reparación cada 12 horas con un valor de por lo menos el doble del fijado para el mero incumplimiento contractual sin dolo. Ello, sin perjuicio que en este caso el damnificado podría iniciar, si considera que sus daños son mayores, una acción para obtener una mayor reparación. Sin embargo, si la valuación legal es lo suficientemente alta es probable que la opción tiempo—costo-beneficio esta última posibilidad resulte operativamente marginal.

VII. DAÑOS A LAS COSAS TRANSPORTADAS

Otro aspecto relevante en cuanto a la determinación del daño me parece el resarcimiento del daño a las cosas transportadas.

a) *Equipaje*

Parecería que a priori no debería presentar dificultades la determinación del daño en el transporte de equipaje. Sin embargo lo cierto es que ha presentado algunas dificultades

86 ARTÍCULO 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

87 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Salsamendi, Luis M. y otro v. Viasa, Viasa Venezuelan International Airways S 7/3/1996 JA 1996-IV-274

dadas la imposibilidad de establecer el contenido de los bultos, maletas o valijas siniestradas sobre las que tuve la posibilidad de expedirme con anterioridad⁸⁸.

1) Determinación

1.1) Contenido del equipaje

En relación a este tema son notorias las dificultades que entraña la demostración de los artículos de uso personal contenidos en bultos cerrados -tal una valija que forma parte del equipaje del pasajero- lleva a aplicar, porque la prudencia así lo aconseja, un criterio dotado de cierta amplitud al sopesar la prueba del daño, porque la prueba directa es difícil e infrecuente y la de presunciones, en cambio adquiere particular significación⁸⁹.

No obstante, "en el caso de pérdida de una valija, la escasez de la prueba o su orfandad no pueden volverse en favor del demandante y justifican que el tribunal establezca la reparación con criterio de parquedad"⁹⁰. Así, "si no hay pruebas suficientes que permitan aceptar llanamente que la maleta portaba ropas y objetos de la calidad y precios que los actores reclaman y tampoco se ha demostrado la condición socioeconómica de los viajeros. Cabe tener en cuenta la edad del matrimonio, las etapas y duración del viaje, el peso de la valija que pesaba algo más de 29 kg y la necesidad de reponer la mayor parte de los efectos desaparecidos"⁹¹.

Se aplica así un criterio de normalidad o estandarizado en el que se ha dicho que "el contenido del equipaje se conforma con prendas de vestir usadas, algunas nuevas, objetos de higiene personal y también unos souvenirs coincidiendo con lo señalado la lista de cosas que habría contenido la valija perdida del actor"⁹².

No está incluida dentro de esta presunción la existencia de objetos de mayor valor. En este caso la regla procesal de que quien afirma prueba cobra natural validez. En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que "respecto del valor de la valija extraviada y su contenido, el damnificado tiene a su cargo la prueba de qué elementos se perdieron y su valor"⁹³.

De este modo, "si no existe en autos la más mínima prueba ni indicio de que el material científico a que hace referencia el actor hubiese sido transportado en la valija desaparecida, el reclamo indemnizatorio por la pérdida de aquel material debe ser desestimado, porque no puede basarse una condena resarcitoria en meras conjeturas, máxime si en el Statement of Property Loss, no se hizo alusión alguna a la pérdida de tal "material científico"⁹⁴.

En igual sentido, se ha dicho que "si en la declaración efectuada respecto de la falta de entrega de la valija no fue incluida la cámara fotográfica cuyo valor ahora se reclama y no se aportó prueba alguna respecto de su marca, características, factura de compra,

88 Romualdi, Emilio, La constitucionalidad del límite cuántico frente al daño. Comentario al fallo "A., C. c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ Daños y Perjuicios" Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico - Número 23 - Febrero 2015, 10-02-2015 Cita: IJ-LXXXVI-446

89 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, - Goffan, Naum v. Aeroflot Líneas Aéreas Soviéticas S 24/2/1995; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, - Singer Dawid v. American Airlines S 17/9/1998; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Landoni, María T. y otro v. Lan Chile S.A S 4/3/1999

90 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, González, Patricio H. v. American Airlines S 4/5/1999

91 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, - Singer Dawid v. American Airlines S 17/9/1998

92 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, González, Patricio H. v. American Airlines S 4/5/1999

93 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, González, Patricio H. v. American Airlines S 4/5/1999

94 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, González, Patricio H. v. American Airlines S 4/5/1999

declaración jurada previa al embarque ante la Aduana, etc., no puede ser considerada a los efectos de la reparación que solicita⁹⁵.

Es decir que el criterio de determinación es el de “presunción razonable” de objetos transportados en un equipaje de acuerdo a las características del viaje y la capacidad económica y edad de los pasajeros.

1.2) Daño moral

El reconocimiento del daño moral en Argentina a partir de la reforma y siendo un daño mediato previsible conforme lo dispone el art. 1726⁹⁶ ya no encuentra un límite en lo dispuesto por el art. 522 del Código Civil.

La jurisprudencia ha reconocido como indemnizable al daño en el caso de incumplimiento del contrato de equipaje al igual que lo ha hecho la jurisprudencia europea⁹⁷.

Como regla la jurisprudencia ha dicho que “la pérdida de efectos personales y recuerdos de viaje puede significar una mortificación anímica susceptible de configurar un daño moral resarcible; situación que debe ser juzgada según lo que normalmente acontece en supuestos similares y atendiendo a la prueba rendida, demostrativa de que la sustracción de la maleta ocasionó al demandante una zozobra perturbadora del sosiego espiritual, bien esté carente de contenido económico pero fundamental para todo ser humano⁹⁸.”

En ese sentido, se ha afirmado que el extravío del equipaje durante una escala genera una perturbación anímica que debe ser resarcida y que no encuentra un eximente en la entrega de dinero para afrontar los gastos necesarios, toda vez que el mismo no resarce la lesión espiritual de no gozar de las cosas queridas⁹⁹.

De igual modo, la pérdida de fotografías y videos de recién casados han justificado el reconocimiento del daño moral como consecuencia indemnizable resarcible¹⁰⁰

2) Cuantificación del daño

2.1) Daños materiales

En este tema como regla se ha establecido que “según el curso ordinario de las cosas, no es concebible que alguien transporte desde el exterior una valija sin contenido alguno o portando en su interior efectos de ningún valor. En esas circunstancias, probada la existencia del daño, pero no su cuantía, es facultad-deber del juzgador formular un juicio sobre bases prudenciales. Lo que lleva a ponderar un conjunto de elementos indiciarios útiles: vgr. clase de valija extraviada y su tamaño, peso del equipaje, viaje de que se trata y época de la realización, tiempo en el exterior, finalidad turística o esencialmente laboral del traslado, nivel socioeconómico del pasajero, valoración experiencial de lo que comúnmente constituyen los efectos que son empleados en viajes de cabotaje o

95 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, Canepuccia, Francisco C. y otro v. Aerolíneas Argentinas S.A. S 21/4/1998

96 ARTÍCULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles

97 Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala III, S 6 de Mayo 2010.- “Walz, Alex c/Clickair SA s/Petición de Interpretación del Convenio de Montreal de 1999”

98 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, - Goffan, Naum v. Aeroflot Líneas Aéreas Soviéticas S 24/2/1995

99 Cám. Nac. Civil y Com. Fed. Sala 1 Asua, María J y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. S 26/06/2001; Knez Ana Lilian c/ Air Madrid Líneas Aéreas SA s/ pérdida-daño equipaje” S 11/10/07

100 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, Gutierrez, Miguel A.. v. American Airlines S 29/11/2000

internacionales, etc.¹⁰¹.

La dificultad probatoria se centra en que si bien el contenido es presumible el valor del mismo no lo es tanto. En tal sentido la jurisprudencia ha dicho que “si bien resulta verosímil el contenido de la valija declarado oportunamente por la parte afectada no sucede lo propio respecto del valor atribuido a los artículos involucrados por no haberse presentado prueba alguna que acredite el estado de las prendas de vestir, siendo insuficiente la declaración testimonial si no se ve corroborada con las facturas de compra cuando se aduce que todo era nuevo, recién comprado. En tales condiciones, sin olvidar que no corresponde ceñirse a pautas rígidas, corresponde aplicar criterios circunstanciales que atiendan a las particularidades de cada caso y siendo que la prueba de presunciones ha sido aceptada por el tribunal en la materia, debe también admitírsela en el sub examine”¹⁰².

En cuanto la existencia de una declaración de mayor valor, que otorga certeza al contenido y su valor estimado por su propietario, si se controvierte el declarado “corresponde al transportador demostrar que perjuicio es menor que la suma declarada”¹⁰³.

2.2) Daño moral y límite cuántico

La determinación cuántica del daño moral presenta también una verdadera anarquía cuantificadora que ha sido objeto de estudio por la doctrina¹⁰⁴.

Lo cierto es que su valor económico compensa, de alguna manera, “por el disvalor espiritual, cualquiera sea el destino que en definitiva la víctima confiera a la indemnización (satisfacción de placeres, cobertura de necesidades, etc.). La reparación no es, por tanto, imposible, aunque sí deficiente e imperfecta, en razón de la diversidad de naturaleza entre el objeto espiritual a indemnizar y el medio pecuniario con que se cuenta”¹⁰⁵.

Existen quienes, como Peyrano¹⁰⁶, proponen una suerte de tarifación judicial- que en definitiva sea judicial o legal es siempre de carácter local - aunque lo cierto es que el sistema establecido por la norma internacional es de libre determinación judicial. Claramente su determinación es más restringida, en cuanto a la cuantificación, al daño moral por daño físico, toda vez que su consecuencia es más restringida en cuanto a la afectación del proyecto de vida. No obstante, cada competencia territorial establecerá los parámetros para establecer el quantum resarcitorio.

Queda entonces por resolver la controversia jurisprudencial entre quienes entienden que el daño moral está incluido dentro de los límites¹⁰⁷ y quienes entienden que están excluidos¹⁰⁸.

101 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, González, Patricio H. v. American Airlines S 4/5/1999

102 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, Canepuccia, Francisco C. y otro v. Aerolíneas Argentinas S.A., S 21/4/1998

103 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, Romero Cruz, Félix v. Estado Mayor de la Fuerza Aérea Argentina y otro S 3/3/1998

104 Zavala de González, Matilde “¿Cuánto por daño moral?”, en JA 1987-III-828 y Cuanto por daño moral LL 1998-E-1057 ; Pizarro, Ramón, “Valoración del daño moral”, LL 1986-E-832

105 Pizarro, Ramón, ob cit

106 Peyrano, Jorge W. De la tarifación judicial iuris tantum del daño moral JA 1993-I-877

107 CSJN Alvarez, Hilda Noemí c/ British Airways” S 10/10/2002, RAT n° 33, pág. 100

108 CNFed. Civ. y Com. Sala II” Basílico, Hugo Ricardo c/ Federal Express Corp” S 26/11/2002, RAT n° 33, pág. 102; CNFed. Civ. y Com. Sala II “Castello de Flores, Elsa A. y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España” S 10/3/98, CNFed. Civ. y Com., sala I, Samelanski, María C. c/ Dinar Líneas Aéreas S.A.” S 26/6/2001, J.A. 2001-IV, pág. 362

Finalmente, en mi país la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que tanto las sumas correspondientes al resarcimiento del daño patrimonial como del extramatrimonial estaban alcanzadas por el límite de responsabilidad del art. 22 Convención de Varsovia.¹⁰⁹

Igual temperamento siguió en el precedente "Walz" la Corte Europea al afirmar que *se deduce que las diversas limitaciones de la compensación a que se refiere el Capítulo III de la Convención de Montreal, incluyendo el conjunto de (2) El artículo 22 de dicho Convenio, debe aplicarse a los daños totales causados, independientemente de que el daño sea material o no-material. Por otra parte, (2) el artículo 22 del Convenio de Montreal establece que el pasajero haga una declaración especial de interés en el momento en que el equipaje facturado se entrega al transportista. Esa posibilidad confirma que el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante de la pérdida de equipaje, establecido en dicho artículo, es decir, en ausencia de toda declaración, es un límite absoluto que comprende tanto los daños materiales y no materiales*¹¹⁰.

No obstante, una vez más, cada competencia territorial fuera de las ya mencionadas establecerá la solución conforme las disposiciones locales y los patrones morales y culturales de cada país.

2.3) Propuesta de modificación

Ahora bien, aparece como demasiado artificial y costo la determinación y cuantificación del daño de los equipajes. En ese sentido como propone Folchi¹¹¹ es preferible un sistema de valuación legal del daño. A diferencia de tan distinguido jurista me parece oportuna distinguir la regulación del transporte de mercaderías del de equipaje y en este último caso que el módulo de reparación sea una cuantificación legal del daño fija. Si el pasajero lo considera podrá hacer una declaración de mayor valor y establecer un valor de reparación mayor con el consiguiente pago del sobreprecio. Otra alternativa es que el pasajero contrate por intermedio de su transportador un seguro por la diferencia de valor. El valor de DEG 100 propuesto por Folchi me parece muy adecuado.

De igual modo, me parece adecuada la propuesta de Folchi de fijar un valor fijo por el equipaje no registrado y el monto de DEG 1.000 aparece como razonable conforme su propuesta.

b) Mercadería

1) Determinación y cuantificación

En el transporte por aire el transportista la legislación vigente establece debe como daño indemnizable el valor en plaza de la mercadería transportada se determinará mediante prueba pericial aunque figure en la carta de porte o documentación comercial un valor menor¹¹². El sistema adoptado es el de valuación legal del daño con un límite cuántico tanto en el orden local¹¹³ como en el internacional que fue consagrado en 250 francos Poincaré por kilo transportado en el transporte internacional en el sistema Varsovia - La Haya¹¹⁴ y de 17 Derechos Especiales de Giro (DEG) por kilogramo transportado en los

109 Corte Sup. Argentina Álvarez, Hilda N. v. British Airways, S 10/10/2002, JA 2003-I, fasc. 8, del 19/2/2003

110 Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala III, S 6 de Mayo 2010.- "Walz, Alex c/Clickair SA s/Petición de Interpretación del Convenio de Montreal de 1999" considerandos 37 y 38

111 Folchi, Mario O. Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil - Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 289

112 CNFed. Civ. y Com., Sala I " Sud América Terrestre y Marítima compañía de Seguros S.A. c/ Aerolíneas Argentinas" S 17/9/96, CNFed. Civ. y Com., sala III, Ultramar Cía de Seguros c/ Comando en Jefe de la Fuerza Aérea" S 20/3/97, DJ-1997-2, pág. 1029

113 art. 145 Código Aeronáutico

114 art. 22 Convenio de Varsovia

Protocolos de Montreal de 1975 para finalmente establecerse igual límite en el Convenio de Montreal de 1999¹¹⁵. El límite de responsabilidad sólo gravita sobre el capital de la condena y no sobre los accesorios y debe calcularse sobre el peso total de los bultos faltantes y no con relación al total del cargamento¹¹⁶ como tampoco se debe efectuar teniendo en cuenta el peso del faltante y este límite sólo gravita sobre el capital de la condena, y no sobre los accesorios¹¹⁷.

De igual modo, se ha reconocido que los intereses no están incluidos en el límite resarcitorio¹¹⁸.

Con relación al daño moral se ha reconocido su procedencia en el caso de la carga aérea¹¹⁹. En este sentido, se reconoció la procedencia del daño moral en el caso de la muerte de un perro de raza que iba a participar de un campeonato mundial, dado que se entendió que ese incumplimiento contractual causó una alteración a "los proyectos del actor" que se vieron alterados tanto por la pérdida del ejemplar como por la perturbación de tener que realizar los trámites conducentes a la autopsia del animal¹²⁰. Como ya se viera se aplica el criterio de su inclusión dentro de los límites indemnizatorios.

2) Casos de exclusión del límite resarcitorio

La caída de los límites resarcitorios es, en definitiva, una cuestión de hecho, porque el dolo, la culpa grave o la omisión de llenado correcto de la guía aérea son conductas que apreciadas por el juez se subsumen en la norma calificadas de este modo. Detallaré algunos precedentes jurisprudenciales para apreciar como se resuelve cada supuesto sin que de ello puedan inferirse reglas generales. A riesgo de ser reiterativo, esa apreciación jurisprudencial corresponde en cada país a patrones que no son necesariamente uniformes.

En este sentido, se ha dicho que "la constante de todos los precedentes que han abordado la exclusión del límite de responsabilidad -la mayoría de ellos se relacionan con fallas técnicas (vuelos imprudentes, condiciones atmosféricas desfavorables) y los menos se vinculan con la gestión comercial- es la valoración de la actitud asumida por el transportador en cada caso, frente a la cual *el juez dispone de un amplio margen para resolver los conflictos de intereses*"- resaltado es del fallo -¹²¹.

2.1) Negligencia del operador terrestre -handlers -

Uno de los temas que tiene si dudas relevancia es la actividad de los operadores terrestres - handlers - en relación al contrato de transporte. En este sentido se ha sostenido que "si la operadora de cargas de Iberia, en el aeropuerto de Amsterdam, actuó negligentemente y con descuido, pues demoró injustificadamente la entrega de los productos medicinales al agente de cargas del exportador, esta omisión no libera de responsabilidad a la transportista en cuanto al cumplimiento del contrato de transporte aéreo en sí, pero

115 Artículo 22. Límites de responsabilidad respecto al retraso, el equipaje y la carga

116 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Sud América Terrestre y Marítima Compañía de Seguro S.A. v. Aerolíneas Arge S 17/9/1996

117 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Antorcha Compañía Argentina de Seguros S.A. v. Aerolíneas Argentinas S S 15/12/1998; La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. v. Emery Worldwide S 4/2/1999.

118 CNFed. Civ. y Com., Sala I " Sud América Terrestre y Marítima compañía de Seguros S.A. c/ Aerolíneas Argentinas" S 17/9/96

119 Cám. Nac. Civil y Com. Fed. Sala II B, H.R. c/ Federal Express Corn S 26/11/2002

120 Cám. Nac. Civil y Com. Fed. Sala I Fasadelli, de Gianfrate, Mirta y otros c/ Air France S 14/11/2002

121 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, Sociedad Anónima Compañía de Seguros Los Andes y otro v. Aerolíneas Argentinas S 8/7/1999

no puede servir de base para impedirle la invocación del beneficio de la limitación, pues se trata del hecho de un tercero por quien debe responder contractualmente, pero que no reviste la calidad de dependiente suyo. En ejercicio de sus funciones, en los términos del últ. párr. del art. 25 del Convenio Varsovia-La Haya, por lo tanto, ni aun computando la acumulación de los hechos individuales que, finalmente, condujeron a la inutilización de la mercadería, se puede admitir que en el caso se haya configurado la hipótesis de temeridad que obsta a la indemnización cuantificada¹²².

En un reciente fallo la jurisprudencia italiana¹²³ ha modificado su anterior criterio y ha establecido que la responsabilidad del operador terrestre está alcanzado por las normas de fuente contractual¹²⁴ cuestión cuyo análisis merecerá seguramente un espacio en próximas jornadas.

2.2) *Naturaleza de la carga transportada*

Un caso de particular de caída de los límites resarcitorios es cuando, aún no declaración de mayor valor ni pago de un flete diferencial al usual el transportista conoce el alto valor de la carga que lo obliga a tomar precauciones extremas o por lo menos más intensas que las que realiza usualmente. La no acreditación de haber extremado estas medidas de seguridad en la ejecución del contrato hace caer su conducta en culpa grave asimilable al dolo y por tanto se verá excluido del beneficio del límite resarcitorio¹²⁵.

3) *Una propuesta de cuantificación del daño*

Ahora bien, yendo al fondo del problema objeto de la exposición considero que este es un caso donde la innovación debe ser menor. Simplemente – aún a sabiendas que los países armatoriales no están dispuestos a aceptar esta propuesta – lo razonable en este caso es la eliminación del límite adicional a la natural limitación de establecer como valor indemnizatorio el pago del daño emergente – valor de reposición de la mercadería en lugar de destino – con la exclusión del lucro cesante e incluso la eventual pérdida de chance vinculado a la comercialización de la mercadería. En este punto sería razonable que no se incluya en el daño indemnizable a las consecuencias causales de carácter extrapatrimonial salvo que el expedidor de la mercadería pagase un valor de flete mayor – como si fuera un caso de mayor valor – o eventualmente la facilitación de la aseguración por un valor mayor.

Esto es, la reparación del daño emergente – en principio de fácil determinación y bajo costo transaccional – con exclusión de mayores daños salvo acuerdo de partes en tal sentido. En este sentido, aprecio que el valor sentimental o de otro orden que pudiera generar la afectación de la cosa transportada es conocida por el expedidor a priori y está en condiciones de asumir desde el inicio de la prestación el mayor valor del flete derivado del incremento potencial de la eventual indemnización por daños.

En este sentido, como se verá no concuerdo con Folchi¹²⁶ en establecer una cuantificación

122 C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I Sociedad Anónima Compañía de Seguros Los Andes y otro v. Aerolíneas Argentinas S 8/7/1999

123 Tribunal de Casación Civil de Roma, S 9 de Febrero de 2016 SEA Spa, Aeropuerto de Linate contra Ferrari Spa, KLM, ALHAAirport Spa, Sea Handling Spa Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico. Edición: Número 31 - Junio 2016. Cita: RLADA-XIX-399

124 Romualdi, Emilio La fuente de la obligación de la responsabilidad del operador de servicios de "handling" en la jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana. Comentario al fallo "SEA Spa, Aeropuerto de Linate c/Ferrari Spa, KLM, ALHAAirport Spa, Sea Handling Spa" 16-06-2016, Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico Edición: Número 31 - Junio 2016 Cita: RLADA-XIX-413

125 Audiencia de Las Palmas Mohan Murlidhar Dadlani c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Recurso 887/85, Vista 3/6/1987

126 Folchi, Mario O. ob cit, pág. 289

legal del daño y dejar al transportista la posibilidad de litigar por un valor menor de resarcimiento si la mercadería tuviera un valor de reposición menor al valor que fijaría la fórmula actuarial.

No obstante, aprecio que ambas propuestas tienden a bajar el costo de transacción y por tanto son bases de trabajo a partir de las cuales se puede analizar una eventual reforma a la legislación nacional e internacional vigente.

VIII. CONCLUSIONES

Del desarrollo del trabajo me parece necesario realizar una breve y simple propuesta: La necesidad como comunidad académica de formular la revisión de la legislación mediante la elaboración de una nueva versión del Código Latinoamericano de Derecho Aeronáutico que debería además estar acompañado de un texto donde se fundamente las propuestas que se plasmen en dicho documento.

Asimismo, renuevo mi propuesta de Bogotá en el sentido de promover un programa de estudio para que, en un plazo a determinar, se realice un trabajo comparativo de la jurisprudencia de los diversos países sobre los temas desarrollados en este trabajo u otros que estime convenientes.

