



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 6366/2007

MUSTAFA ALI JOSE c/ AEROLINEAS ARGENTINAS SA
s/DAÑOS Y PERJUICIOS

En Buenos Aires, al 1 día del mes de abril de 2015, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor ALFREDO SILVERIO GUSMAN dice:

I.- A fs. 453/458 luce lo resuelto por el Sr. Juez de la anterior instancia, que decide rechazar la demanda promovida por el Sr. Alí José MUSTAFA contra AEROLINEAS ARGENTINAS S.A. tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las reiteradas demoras que debió soportar al realizar los trámites previos a abordar los vuelos de los días 22.11.03, 27.11.03, 22.03.04, 20.10.04, 23.10.04 y 19.05.05. Ello, en razón de existir una orden de detención para una persona con su mismo apellido, lo que hizo que su nombre figure en una lista de personas sospechadas de terrorismo denominada “no fly list”.

II.- El sentenciante advirtió, en primer término, que no se encuentra debatida la demora en el procedimiento de “check in” por lapsos que van desde los cinco a treinta minutos, en los días de vuelo aludidos por el actor. Sostuvo que tampoco existe controversia en que aquellos retrasos obedecieron a la existencia de un homónimo del accionante en la lista “no fly list”. Sin embargo, apuntó el “a quo” que las partes difieren en cuanto a las consecuencias jurídicas que le atribuyen a los mencionados extremos. Así, analizando la cuestión desde la protección que el artículo 16 de la Constitución Nacional brinda al principio de igualdad, concluyó que no se verificó conducta discriminatoria alguna por parte de la compañía aérea. Agregó que de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

las declaraciones testimoniales y los descargos efectuados por la accionada, se extrae que las demoras producidas no tienen su raíz en el origen sirio del actor, sino en la homonimia con una persona cuyo nombre figura en una nómina de prohibición de volar debido a la vinculación con actividades terroristas. De este modo, insistió que el demandante no consiguió dar un indicio siquiera de que el trato desigual conferido por la aerolínea obedezca a su origen sirio. En igual sentido, ponderó que de la enorme cantidad de usuarios de la empresa, sólo se ha aportado evidencia de dos denuncias más, similares a las del Sr. MUSTAFÁ, siendo ello demostrativo de la inexistencia de animadversión algunas a las personas de descendencia árabe. Por ello, concluyó en que en el caso no existe ilicitud en los términos del artículo 16 de la Constitución Nacional y el artículo 1° de la Ley N°23.592. Por otra parte, entendió que dentro del poder de disciplina sobre la tripulación y de autoridad sobre los pasajeros, el comandante debe velar por la seguridad de éstos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley N°17.285. Por todo lo expuesto, concluyó que las medidas adoptadas por la empresa en orden a precaver cualquier inconveniente durante la travesía, no pueden ser consideradas irracionales o excesivas en orden al bien que se pretende proteger. De tal modo, agregó que no constituyeron conductas antijurídicas por su contenido ilegítimamente discriminatorio, como así tampoco importaron un abuso del derecho susceptible de generar la obligación de indemnizar, pues los medios empleados han sido proporcionales con los objetivos perseguidos. Por último, recordó el carácter restrictivo del reconocimiento de la indemnización por daño moral en material contractual e impuso las costas a la accionante vencida.

III.- Dicha sentencia fue materia de apelación por la parte actora (fs. 468).



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

A fs. 476/480 funda su expresión de agravios el demandante, quien en sustancia aduce: a) El sentenciante ha considerado la razonabilidad de la conducta imputada a la aerolínea, sin tener en cuenta que aquella se diluye y desaparece cuando el actor fue sometido casi una decena de veces en la misma compañía en la que es “pasajero frecuente” en vuelos locales; b) El “a quo” debió ponderar que a partir de la presente demanda, la empresa dejó de “mortificar” al actor con su procedimiento de sacarlo de la fila al momento de abordar para hacerlo esperar sin justificativo ni motivo alguno; c) Debido al trato recibido por el Sr. MUSTAFÁ y los descargos por él formulados, la empresa aerocomercial debió ser quien arbitrara los medios para cesar en su conducta lesiva y abusiva; d) El Magistrado de la anterior instancia ha desconocido los derechos del consumidor establecidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en los artículos 37 y siguientes de la Ley N°24.240 a la hora de pretender una supuesta “paridad” entre las partes; e) En cuanto a la imposición de costas, aquellas no debieron ser atribuidas a los actores, en tanto se han demostrado los presupuestos para la reparación del daño y que aquello contraría lo normado en el artículo 3 de la Ley N°24.240.

Estos agravios fueron replicados a fs. 482/483 por la demandada, quien solicita la deserción del recurso en los términos del artículo 265 del Código Procesal.

IV.- Como punto de partida, corresponde puntualizar que no se encuentran debatidos los hechos que habrían generado el daño cuya reparación pretende el accionante. En ese sentido, las partes son contestes que en los vuelos correspondiente a los días 22 y 27 de noviembre de 2003, 22 de marzo, 20 y 23 de octubre de 2004, 29 de marzo y 19 de mayo del 2005, el Sr. MUSTAFÁ se vio demorado en el procedimiento de “check-in” por lapsos que se sucedieron entre los cinco y los treinta minutos. Por otra parte, tampoco se encuentra



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

cuestionado que aquella tardanza obedeció a la existencia de un homónimo del actor en el listado “no fly list”, enviados a la compañía aérea por la Transportation Security Administration (T.S.A.), dependiente del Departamento Homeland Security (D.H.S.) de los Estados Unidos de Norteamérica.

En razón de lo expuesto y a tenor de lo que surge de la lectura de la pieza obrante a fs. 479/480, el apelante no dirige reproche alguno respecto de la solución a la que arriba el sentenciante en cuanto a la inexistencia de conducta discriminatoria por parte de la aerolínea demandada derivada del origen árabe del demandante. Tampoco estimo que pueda ponerse en tela de juicio el celo y el rigor que deben observar las aerolíneas a la hora de extremar la seguridad en los vuelos. Sin perjuicio de ello, las quejas volcadas en su expresión de agravios permiten revisar en este Acuerdo el posible exceso en el que habría incurrido la accionada al someter al Sr. MUSTAFÁ a sucesivas demoras antes de abordar los vuelos ya detallados.

V.- De las constancias arrojadas a la causa y el tiempo que irrogó la comprobación de los datos personales del Sr. MUSTAFÁ a lo largo de siete episodios similares en el transcurso de dos años, me permiten aseverar que existió un obrar negligente en las facultades conferidas a la aerolínea y que se relacionan con los mecanismos de seguridad previos al momento del abordaje de cualquier aeronave, exponiendo al actor a situaciones engorrosas y desgastantes que, sin mayor esfuerzo, bien podrían haberse evitado.

De la declaración testimonial obrante a fs. 334/335, se comprende con facilidad el procedimiento llevado a cabo por los empleados de Aerolíneas Argentinas tendientes a habilitar el embarque de un usuario del servicio. En efecto, la testigo RODRÍGUEZ SOTO –jefa de seguridad operativa- manifiesta que *“como primera medida el pasajero debe presentarse en el aeropuerto*



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

con el pasaporte en regla, allí el personal de aceptación coteja los datos, nombre y apellido, fecha de nacimiento y número de pasaporte, los ingresa en el sistema y ahí el mismo sistema vincula y coteja los listados “No Fly List” y otros listados (ins, wlarsa, seletee)” (fs. 334, tercera pregunta). Más puntualmente, al ser interrogada respecto de la finalidad de dicho procedimiento, asegura que se trata de cotejar “la no coincidencia con posibles terroristas” (fs. 334, cuarta pregunta). Por último, la mencionada testigo aclara que estando el nombre del actor en la no fly list “no se denegaba sino que se demoraba el embarque: porque se hacía el cotejo y por no coincidir por fecha de nacimiento, número de pasaporte, y su nombre completo, se libera permitiéndole el embarque”, destacando que “lo mencionado tarda algunos minutos, pero si el pasajero se toma la molestia de efectuar la reserva de pasar nombre apellido completo, fecha de nacimiento y número de pasaporte, eso minimizaría la demora que se le genera al pasajero en el aeropuerto, porque daría margen previo a la compañía para hacer ese cotejo” (fs. 335).

Ahora bien, de lo expuesto por la dependiente de la aerolínea demandada se infiere que el procedimiento sólo debió tardar algunos minutos siendo que, por la descripción detallada, el cotejo de documentación a realizar no excedería la de cualquier otro pasajero (vgr. nombre, apellido, fecha de nacimiento y número de pasaporte). De allí, que no se comprenda el porqué se sometió al Sr. MUSTAFÁ en siete oportunidades distintas a demoras reiteradas al momento del “check in”. A ello agrego, que tampoco existe constancia de habersele brindado la información necesaria respecto de qué medidas podía tomar el pasajero para evitarse los inconvenientes derivados de la homonimia con quien realmente figuraba en el referido listado. Claro está que, quien se encontraba en mejores condiciones de advertir al usuario los pasos necesarios para evitar la tardanza, era la propia



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

demandada y nada se acreditó respecto de suministro de información alguna.

Insisto con que no se discute que la correcta verificación de la identidad de los usuarios del servicio por motivos de seguridad aeronáutica no puede ser considerada arbitraria o excesiva “per se”, en tanto su finalidad se dirige a evitar inconvenientes en la ejecución del contrato de transporte aéreo. Sin embargo, cuando aquella conducta se repite en el tiempo irrogando un escarnio para el usuario que nada tiene que ver con el sujeto terrorista sindicado en una lista de criminales, no puede admitirse la razonabilidad de la medida sin ponderar que aquello constituyó un exceso en la normal tolerancia que puede exigírsele al sujeto. Máxime si éste, tuvo que soportar demoras en reiteradas oportunidades durante el procedimiento previo a abordar cada vuelo, lo cual debería haber llevado a la Aerolínea, ante la reiteración de las confusiones, a adoptar las medidas idóneas para evitarlas, máxime si MUSTAFA era considerado, paradójicamente, un pasajero frecuente o “VIP”.

Una cosa es extremar los recaudos de seguridad y otra bien distinta es pretender impunidad ante daños innecesariamente causados por la compañía aérea por actuar sin el debido prurito. El actor no fue tratado con la dignidad que merece y a la que es acreedor en su condición de usuario del servicio (conf. art. 42 de la Constitución Nacional).

Asumo que el riesgo del terrorismo y su control en los vuelos llevan a justificar una mayor probabilidad de algún episodio como los que debió evidenciar el actor. Y si se tratase de algún hecho aislado sería distinto el resultado de este proceso. Pero, en este caso, MUSTAFA debió soportar estoicamente en alrededor media docena de oportunidades que se lo confunda con un terrorista del islam. Ante ese cuadro, el Tribunal no puede permanecer indiferente ante la pretensión resarcitoria reclamada en autos, pues el obrar de la



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

aerolínea demandada no se condice con la actuación que le era exigible en el comienzo de ejecución del contrato (conf. arg. art. 1198 del C.C.).

A mayor abundamiento, también pondero que iniciada la denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo –en adelante, I.N.A.D.I- (fs. 26), la aerolínea comercial cesó con la conducta que se le endilga, lo que permite suponer que las demoras obedecieron no sólo a cuestiones técnicas sino a cierta desidia en la atención dispensada al usuario.

Por todo ello, entiendo que el accionar de la demandada al momento de corroborar los datos del Sr. MUSTAFA importó un actuar negligente al no adoptar las medidas tendientes a evitar la reincidencia en episodios como los que tuvo que sobrellevar el actor.

VI.- En razón de lo dicho, y toda vez que los agravios de la recurrente únicamente se dirigen a cuestionar el rechazo de la indemnización relativa al daño moral, corresponde adentrarme respecto a la procedencia de aquél rubro.

Sobre este punto, creo que en el “sub lite” concurren circunstancias particulares que justifican la reparación que se reclama. En autos aprecio elementos de convicción que me impresionan como suficientes para determinar que los padecimientos del Sr. MUSTAFA excedieron las meras molestias que debe soportar una de las partes del contrato ante la inejecución de la otra en un caso de incumplimiento contractual culposo.

No se encuentra cuestionado que el actor revistió el carácter de usuario del servicio brindado por la accionada. En tal sentido, también se ha demostrado que, debido a la cantidad de viajes que el Sr. MUSTAFA realiza con motivo de su actividad profesional, se encuentra registrado dentro del programa “Aerolíneas Argentinas Plus” (v. informe pericial, fs. 275).



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Tampoco deben desconocerse las denuncias que debió efectuar al Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 6/7), al Presidente de la Nación (fs. 11/12) y al Presidente del I.N.A.D.I. (fs. 29/38), con motivo de la accionar de la aerolínea. Este panorama que vivenció el actor durante un término de más de dos años, permite dar cuenta de la zozobra que genera en una persona que requiere ineludiblemente del servicio para asistir a compromisos profesionales y académicos. Nótese que del libelo de inicio el accionante detalla que los retardos generados han sido en ocasión de concurrir a distintas universidades del país y del exterior, junto con profesores y funcionarios de la Secretaría de Cultura de la Nación (v. fs. 55vta./57).

Por más que nos hallemos en el ámbito de la responsabilidad contractual, todo este panorama me impresiona como suficiente para sostener que se ha postrado al Sr. MUSTAFA a una disyuntiva insuperable y frustrante de sus afecciones íntimas al no estar a su alcance paliar el incumplimiento de la aerolínea, mientras observa que, seguramente, los momentos por él vivenciados pudieron ser evitados mediante el actuar diligente de la compañía.

Por lo tanto, obran en autos suficientes elementos de convicción para detectar en el Sr. MUSTAFA el padecimiento de aflicciones que puedan ser subsumidas en el rubro daño moral. Dado el carácter resarcitorio de este ítem, corresponde la fijación de la cantidad de \$16.000 (dieciséis mil) en lo relativo a dicho concepto.

VII.- Finalmente, la condena deberá llevar intereses a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, plazo vencido. Los accesorios correspondientes deberán ser calculados a partir del 22 de marzo de 2004 y hasta su efectivo pago. Se aclara que la fecha de inicio del cómputo se corresponde con el tercero de los incidentes ocurridos y que podría sindicarse como el momento a partir del cual la actitud de



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

la demandada excedió las meras molestias que deben ser toleradas en la ejecución de cualquier contrato

VIII.- En mérito a lo expuesto, voto por revocar la sentencia apelada. En consecuencia, propicio condenar a Aerolíneas Argentinas S.A. al pago de la suma de \$16.000 (dieciséis mil pesos) en concepto de daño moral, los que devengarán los intereses indicados en el anterior Considerado. Las costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida, pues no encuentro motivo alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, Código Procesal).

La doctora Graciela Medina, por razones análogas a las expuestas por el doctor Alfredo Silverio Gusman, adhiere a su voto.

El doctor Ricardo Víctor Guarinoni no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta sala RESUELVE: revocar la sentencia apelada. En consecuencia, propicio condenar a Aerolíneas Argentinas S.A. al pago de la suma de \$16.000 (dieciséis mil pesos) en concepto de daño moral, los que devengarán los intereses indicados en el anterior Considerado. Las costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida, pues no encuentro motivo alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, Código Procesal).

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

GRACIELA MEDINA