

El transporte aéreo de pasajeros a la luz del código civil y comercial de 2014

Griselda D. Capaldo*

RESUMEN

Como era previsible, dada su aplicación subsidiaria, varias normas y capítulos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación inciden directa o indirectamente sobre otras leyes especiales, entre las que se encuentra el Código Aeronáutico, adoptado en 1967 por ley 17.285.

El objeto de este trabajo es analizar qué artículos y en qué medida las normas del nuevo Código repercuten en el contrato de transporte aéreo de pasajeros celebrado electrónicamente. Escogemos la contratación electrónica porque hoy día es la modalidad que impera mundialmente al momento de celebrar un contrato de transporte aéreo de pasajeros.

El análisis se divide en tres partes: a) la primera de ellas tiene el propósito de detectar qué normas y principios generales del CCCN son aplicables al contrato de transporte aéreo (ordinario y electrónico); b) en la segunda parte examinamos qué incidencia tienen sobre el contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros las normas relativas al *e-commerce* consagradas en el nuevo CCCN y c) en la tercera y última parte analizamos algunos de los dilemas planteados por la contratación entre ausentes (en la modalidad *on-line*) respecto del transporte de pasajeros.

ABSTRACT

As expected, given its subsidiary application, directly or indirectly, several chapters and standards of the new Civil and Commercial Code affect other special laws, among them: the Aeronautical Code, adopted by law N° 17.285 in 1967. The purpose of this paper is to analyze which articles and to what extent the rules of the new Code impact on the contract of carriage of passengers held electronically. We choose e-procurement because today is the prevailing worldwide modality when concluding a contract of air transport of passengers. The analysis is divided into three parts: a) the first one is intended to detect which rules and general principles of the CCCN are applicable to the contract of air transport (regular and electronic); b) in the second part we go deeper on the impact of e-commerce standards included in the new CCCN over the electronic contract of air transport of passengers and (c) in the third and final part, we analyze some of the dilemmas posed by contracts between distant parties (in online mode) regarding the carriage of passengers.

Palabras clave

Transporte aéreo - nuevo Código Civil y Comercial - Código Aeronáutico - *e-commerce*

* Doctora en Derecho (UBA). Post-doctorado en la Universität zu Köln (beca Humboldt). Embajadora científica de la Alexander von Humboldt Stiftung (2006-2012). Profesora Titular de Derecho de la Navegación – Facultad de Derecho, UBA. Profesora de cursos de posgrado. Investigadora Principal del CONICET. Presidente del Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial CEDAE (www.cedaeonline.com.ar).

KEY WORDS

Air transport - new Civil and Commercial Code - Aeronautical Code – e-commerce

Introducción

Luego de ciento cuarenta y cinco años de vigencia y con apenas 16 reformas parciales, el Código de Vélez fue derogado y sustituido por el que nos rige desde agosto de 2015, sancionado por el Congreso Nacional en 2014 y promulgado por el Poder Ejecutivo por ley 26.994 el 7 de octubre de ese año. Este acto legislativo fusionó en un solo cuerpo a dos códigos de fondo, con lo que pasa a ser la nueva columna vertebral del derecho privado argentino.

Respetuoso de los microsistemas jurídicos más que ninguna otra ley de fondo que haya regido antes en el país, respecto de las fuentes normativas y su aplicación, el artículo 1 dispone que *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”*

Como expresa Aída Kemelmajer de Carlucci, debido a que el codificador ha reconocido el fenómeno de la descodificación impulsado por la sanción de numerosas leyes especiales que han dado origen al nacimiento de microcosmos jurídicos, el Código Civil y Comercial de la Nación (de ahora en adelante CCCN) incorpora diversas reglas relativas a la interpretación y el orden de aplicación de las normas según su origen (ver, como ejemplo, los arts. 1, 2, 150, 768, 963, 964, 970, 1709, 1834, etc.).¹ Tal reconocimiento surge de sus reiteradas remisiones a esas leyes especiales.

Respecto del artículo 1 transcrito más arriba, pensamos que hubiera sido suficiente con mencionar a la Constitución Nacional únicamente, ya que los incisos 22 y 24 del art. 75 de nuestra Carga Magna consagran un árbol jerárquico mucho más amplio y rico que el mencionado en la primera frase del artículo primero, pues además de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional incluye también al resto de los tratados en los que la Argentina es Estado parte, en las condiciones de su ratificación. Entre ellos están los tratados que rigen a la aviación civil internacional, dentro de los cuales se encuentran subsumidos los tratados relativos al transporte aéreo.

Por cierto, el Código Aeronáutico es una de las leyes especiales a las que el CCCN remite expresa y tácitamente. En otros casos lo hace por vía de exclusión. Así, pues, excluye de su aplicación a los agentes aeronáuticos (art. 1501) y remite expresamente a la legislación aeronáutica en materia de privilegios (art. 2582, inc. f), en tanto que el envío a la norma especial es tácito en materia de transporte (art. 1281) y de responsabilidad civil (art. 1709).

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Prólogo al libro *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Directores: M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso. Ed. Infojus. Buenos Aires, 2015, p. 16.

Fuera de estos casos en los que se hace envío a la legislación aeronáutica, entre el Título Preliminar y los seis Libros que componen el CCCN hay otras 80 remisiones genéricas a leyes especiales, según dimana expresamente de los artículos 4 (ámbito de aplicación subjetivo de la ley), 11 (proscripción del abuso de la posición dominante), 320 y 322 (instrumentos privados y particulares), 768 (obligaciones de dar sumas de dinero), 835 y 846 (solidaridad pasiva y activa), 851 (obligaciones concurrentes), 963 y 964 (prelación normativa en materia de contratos), 1094, 1106, 1117, 1119 y 1122 (contrato de consumo), 1247 (leasing), 1709, 1720, 1758 y 1774 (responsabilidad civil y función resarcitoria de la responsabilidad civil) y los artículos 2601 y 2609 (jurisdicción internacional), sólo por mencionar a un puñado de ellos.

En comparación con el Código Civil y con el Código de Comercio ya derogados, en materia de contrato de transporte este nuevo plexo viene a enmendar un déficit normativo que aquejaba a aquellos dos, puesto que el Código Civil estaba ayuno de toda referencia al transporte y el Código de Comercio lo regulaba parcialmente dentro del capítulo dedicado a los acarreadores y porteadores en lugar de hacerlo dentro de los contratos de comercio.² El CCCN, por el contrario, lo regula como instituto principal, dedicándole un capítulo específico de los “Contratos en particular”.

Internet, el fenómeno de “la era conectada” y el “principio de protección de la confianza legítima”

En 2003 el sociólogo Duncan Watts, profesor de la Universidad de Columbia, anunció que desde Internet cualquier persona puede establecer contacto con otra ubicada en el más ignoto lugar del planeta con sólo pasar por seis pasos consecutivos. Con esta hipótesis sentó las bases de la teoría de los seis grados de separación. La investigación de Watts toma como punto de partida al experimento de Stanley Milgram, realizado en 1967, por medio del cual demostró que necesitamos entre cuatro y seis pasos, como máximo, para conectarnos con cualquier persona en el planeta. Salvando la enorme distancia teórica, esto nos recuerda a los seis pasos que generalmente hay que transitar para adquirir un *e-ticket* desde la página Web de cualquier aerolínea en el mundo.

En “la era conectada” (*The Connected Age*), lo que sucede y cómo sucede depende no sólo de la estructura de la red, como cualquier lego podría suponer, sino también de su historia. Nadie hoy día pone en duda que Internet opera como soporte virtual de múltiples relaciones sociales, económicas y jurídicas.

Para nosotros, la arista más perturbadora del pensamiento de Watts es su convicción de que la “ciencia de las redes”, a pesar del intenso camino que ha recorrido, ofrece representaciones extremadamente simples de fenómenos muy complicados.

² LOSADA, Francisco. *Transporte Aéreo, Derecho de Consumo y el Nuevo Código Civil y Comercial*. 2015. Cedaeonline. Disponible en: <http://cedaeonline.com.ar/2015/10/21/transporte-aereo-derecho-de-consumo-y-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

Creemos que este argumento es lo suficientemente robusto para consolidar aún más la “teoría de la confianza legítima” (*der Vertrauensschutz*), desarrollada por la jurisprudencia alemana, cuyos principales portavoces están en Brasil y son Almiro do Couto e Silva,³ dentro del Derecho Administrativo, y Claudina Lima Márques,⁴ en el ámbito del Derecho del Consumidor.

La “teoría de la confianza legítima” nace a mediados del siglo XX a partir de una decisión de la Corte Suprema Administrativa de Berlín, pronunciada el 14 de noviembre de 1956. Esta teoría, elevada luego al rango de “principio”, favorece la preservación de los efectos de los actos nulos, por ser ilícitos o por ser inconstitucionales, cuando es indiscutible la buena fe. Veinte años después de ese pronunciamiento, la Corte Suprema Constitucional de Karlsruhe entendió que tal principio tenía indudable valor constitucional. De Alemania pasó a Suecia, y de allí al Derecho Comunitario europeo.

En la actualidad, este principio es la manifestación subjetiva de otro principio al que está ligado indisolublemente: el de la seguridad o certeza jurídica. Dicho de modo inverso, el principio de certeza jurídica es la manifestación objetiva del de confianza.

El “principio de protección de la confianza legítima” ha sido aplicado incluso por el Tribunal de Justicia europeo a distintas áreas en las que prevalece la acción de la Administración Pública. Mencionaré sólo una de ellas, por su incidencia en la escena jurídica actual de la Argentina. Una de las áreas a las que este principio se aplica es la del deber del Estado de establecer reglas transitorias en razón de mudanzas bruscas en el régimen jurídico. Claramente, aludo al *strepitus fori* creado por el nuevo Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia se adelantó medio año, y cuya interpretación pacífica por la doctrina y la jurisprudencia demandará un largo proceso que insumirá varias décadas de nuestra vida jurídica.

Los derechos del consumidor en el CCCN y el transporte aéreo

El CCCN tiene un Título completo dedicado a los “Contratos de consumo” (Título III del Libro Tercero, arts. 1092 al 1122). Aída Kemelmajer de Carlucci lo define como un “núcleo duro” de derechos que actúan como “protección mínima” del consumidor.⁵

Según los “Fundamentos” que acompañaron a la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, las consecuencias derivadas de ese *minimum* son: (i) que nada obsta para que una ley especial establezca

³ DO COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da segurança jurídica (proteção a confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito Da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei N° 9784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, N° 2, abril/maio/junho de 2005, Salvador – Bahia, Brasil, p. 5.

Disponibile en:

<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>
(consulta: 08-08-2015)

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Electronico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio electrónico)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Op. cit., p. 18

protecciones más rigurosas; (ii) que ninguna ley especial puede derogar esos “mínimos de tutela” sin afectar el sistema establecido por el CCCN; (iii) que se establece un “diálogo de fuentes” en el campo de la interpretación, de manera tal que el CCCN recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

En razón de ello, siguen expresando los “Fundamentos” del Anteproyecto:

El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

La medida en que ese núcleo duro sería aplicable al transporte aéreo será indagado en los dos números que siguen al presente.

Las mil y una prelación normativas establecidas por el CCCN

El CCCN dedica al menos una docena de artículos a establecer prelación normativas. La regla general está consagrada en el artículo 1, pero hay otras para regular la constitución de las personas jurídicas de derecho privado, los intereses moratorios de las obligaciones de dar sumas de dinero, los contratos en general, los contratos innominados en particular, las relaciones de consumo, las disposiciones generales sobre responsabilidad civil y las que regulan los títulos valores.

Si acotamos el análisis a las normas que se relacionan directamente con el tema abordado en este trabajo, los artículos se reducen a seis.

TITULO PRELIMINAR CAPITULO 1 Derecho	LIBRO III DERECHOS PERSONALES TÍTULO II Contratos en General CAPÍTULO 1 Disposiciones generales	LIBRO III DERECHOS PERSONALES TITULO III Contratos de consumo CAPITULO 1 Relación de consumo	LIBRO III DERECHOS PERSONALES TITULO V Otras fuentes de las obligaciones CAPITULO 1 Responsabilidad civil SECCION 1ª - Disposiciones generales
ARTÍCULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que	ARTÍCULO 963.- Prelación normativa. Cuando	ARTÍCULO 1094.- Interpretación y prelación	ARTÍCULO 1709.- Prelación normativa. En los casos en

<p>este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.</p> <p>Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.</p>	<p>concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:</p> <p>a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;</p> <p>b) normas particulares del contrato;</p> <p>c) normas supletorias de la ley especial;</p> <p>d) normas supletorias de este Código.</p>	<p>normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.</p> <p>En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.</p>	<p>que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:</p> <p>a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;</p> <p>b) la autonomía de la voluntad;</p> <p>c) las normas supletorias de la ley especial;</p> <p>d) las normas supletorias de este Código.</p>
<p>ARTÍCULO 2°. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con</p>	<p>ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:</p> <p>a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;</p> <p>b) las normas supletorias;</p> <p>c) los usos y prácticas del lugar de</p>		

todo el ordenamiento.	celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.		
-----------------------	--	--	--

De la lectura del cuadro anterior emerge un aparente conflicto entre los artículos 963, 1094 y 1709. Todos pertenecen al Libro III dedicado a los Derechos Personales. Cada uno de ellos apunta a resolver los casos de concurrencia entre las disposiciones del CCCN y las de las leyes especiales. El primero establece una prelación encabezada por *“las normas indisponibles de la ley especial y de este Código”*. En el tercero la prelación está liderada por *“las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”*. El segundo opta por la salomónica regla del *favor debilis*, ya que *“En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”*.

Decimos que el conflicto es aparente porque aunque el artículo 963 alude a las *normas indisponibles de la ley especial y de este Código* y el 1709 a las *normas indisponibles de este Código y de la ley especial*, esa inversión en el orden en que se menciona al Código y a las leyes especiales en uno y otro artículo no altera el milenar principio general del derecho que dice que la ley especial siempre deroga a la general, con mayor razón si la tensión es entre las normas de orden público especiales y las generales.

Además, el artículo 963 tendría un rango mayor al 1709, toda vez que el codificador inscribió al primero entre las “Disposiciones generales” que rigen a los “Derechos personales”. En la metodología del nuevo Código significa que la regla del 963 ilumina a todo el Libro III, mientras que el 1709 sería aplicable sólo al Capítulo de la “Responsabilidad civil”.

Por estas razones, cuando en los “Fundamentos” del Anteproyecto se sostiene *“que ninguna ley especial puede derogar esos ‘mínimos de tutela’ sin afectar el sistema establecido por el CCCN”* respecto de las relaciones de consumo, es indudable que la Comisión Relatora y quienes colaboraron en la redacción del texto final del Código, sólo tuvieron en mente la situación más sencilla de resolver, en la que una norma especial regula de manera pura y simple algún instituto que afecta el sistema consagrado en el CCCN para los contratos de consumo, pero nunca se plantearon la hipótesis de que la ley especial estuviese edificada sobre directivas de orden público que entren en

conflicto con las normas indisponibles del nuevo Código. Más adelante demostraremos esto con un ejemplo concreto.

El núcleo duro de los derechos del consumidor en el CCCN y el transporte aéreo

La “teoría de la confianza” gestada desde y por la jurisprudencia alemana, fue transportada del Derecho Administrativo al campo de los derechos del consumidor. Esta migración tuvo el propósito de defender las expectativas legítimas que nacen entre los que contratan, cuando claramente ambas partes se desenvuelven en planos de disparidad de fuerzas.⁶

Si traemos a colación el postulado de Watts, que alerta sobre las representaciones extremadamente simples que la ciencia de las redes propone sobre fenómenos muy complicados, nos preguntamos si la *estructura legal* con la que el nuevo CCCN regula las relaciones interpersonales en el entorno *e-commerce*, no es también una respuesta extremadamente simple al fenómeno complejo de los contratos electrónicos.

A partir de esta primera pregunta, es oportuno indagar en qué medida el “principio de protección de la confianza legítima” puede ser aplicado al transporte aéreo. Nos preguntamos también si esa hipotética simplicidad legal no conduciría a cierta desprotección del usuario, sobre todo –subrayo, sobre todo – cuando éste es el pasajero en un contrato electrónico de transporte aéreo.

Por el contrario, como sostuvimos en la conferencia que ofrecimos el 4 de setiembre de 2015 en el marco del “Tercer seminario nacional de Derecho Aeronáutico”, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo,⁷ no creemos que tal desprotección sea probable en la contratación electrónica del transporte de carga aérea, en donde por lo general hay cierta paridad de fuerzas al contratar. Esa paridad clasificaría a estos contratos electrónicos en la esfera del B2B (*Business to Business*). Salvo los casos en los que el cargador es una persona física (o jurídica) que opera ocasionalmente en el mercado, pues en tales circunstancias la contratación permanece en el campo del B2C (*Business to Consumer*). Esta interpretación es conteste con el razonamiento esgrimido por el codificador en el segundo párrafo del artículo 1092 del CCCN, cuando estipula que “*Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”

¿Cómo opera el “principio de protección de la confianza legítima” en los casos descriptos anteriormente? Esta pregunta enlaza con la que ya nos

⁶ CASTRO FERREIRA, Ana A. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança*. Revista da EMERJ, Vol. 11, N° 42, 2008, p. 166.

⁷ CAPALDO, Griselda. *Nuevos desafíos del e-commerce en el transporte aéreo (a la luz del Código Civil y Comercial de 2014)*. Tercer seminario nacional de Derecho Aeronáutico organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, del 2 al 4 de setiembre de 2015.

formulamos respecto de indagar en qué medida ese principio puede ser aplicado al transporte aéreo.

Para responder ambos interrogantes tomaremos como punto de partida la definición de Cavalieri Filho, quien sostiene que el “*principio de protección de la confianza legítima*” es una expresión del principio de transparencia, entendido como “*la confianza y credibilidad que el consumidor deposita en el vínculo contractual como instrumento adecuado para alcanzar los fines que razonablemente espera de ellos. Hacen a las legítimas expectativas del consumidor en el contrato*”.⁸

A partir de esta descripción, creemos que en el ámbito aerocomercial es factible distinguir dos momentos: el pre-contractual⁹ y el de ejecución concreta de un contrato de transporte aéreo. Como dijéramos en nuestra conferencia del 4 de setiembre de 2015, el primero se desenvuelve en cierta medida en el terreno de los derechos del consumidor y el segundo en el del derecho aeronáutico.¹⁰

Si el primero está gobernado en cierta medida por las normas del derecho del consumidor, le serán aplicables las reglas relativas a la proscripción de la publicidad engañosa y de cláusulas abusivas, el deber de brindar información completa, la lealtad comercial, las reglas de la sana competencia, el principio de transparencia y el de buena fe, etc.¹¹ Si bien en el CCCN todos estos parámetros están regulados en el Título III del Libro Tercero relativo a los contratos de consumo, no ha de olvidarse que desde 1968 la Ley 17.711 ya había introducido algunas novedades relacionadas con el *solidarismo social*, como la lesión enorme, el abuso del derecho, la cláusula penal, la equidad, la oferta pública, y otras.¹²

Si el segundo momento se desenvuelve al amparo de las normas aeronáuticas, le serán aplicables el Código Aeronáutico y sus reglamentaciones, así como los convenios internacionales del sistema Varsovia de 1929 y Montreal de 1999, según sea el caso. Para aquellas circunstancias en las que el transporte se desarrolle en el ámbito internacional pero no haya convenio aplicable, regirán las pautas de envío y re-envío del derecho internacional privado, sea que estén consagradas en el CCCN, o en convenios en los que la Argentina sea parte. Todas estas normas son de especial relevancia en la contratación electrónica, que es la materia que nos convoca en este trabajo.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Revisto do Direito do Consumidor, São Paulo, editora RT, N° 35, 2000 (citado por Ana A. Castro Ferreira. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança*. Revista da EMERJ, Vol. 11, N° 42, 2008, p. 167).

⁹ Nos referimos al llamado período de formación del contrato, al que la doctrina ha tratado de caracterizar, no sin grandes dificultades.

¹⁰ Respecto del contrato de transporte aéreo de pasajeros, su ejecución comienza con el embarque de la persona y culmina con su desembarque. Respecto del equipaje, la ejecución comienza antes, es decir, a partir del momento en que –y durante todo el período en el cual– el transportador pasa a tener la custodia de la cosa.

¹¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. Universitas Bogotá, Vol 115, enero – junio 2008, p. 84.

¹² AMEAL, Oscar. *Teoría general del contrato y el contrato en las relaciones de consumo*, conferencia del 11 de mayo de 2015, Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires.

Como lo venimos sosteniendo desde que entró en vigor el nuevo CCCN, en agosto del año 2015, nuestra postura está a favor de excluir al transporte aéreo de los contratos de consumo, porque creemos que ese es el criterio que adoptó el legislador.

Veamos en que argumentos fundamos esta propuesta, todos los cuales fueron expuestos y sometidos a debate el 4 de setiembre de 2015, en ocasión del “Tercer seminario nacional de Derecho Aeronáutico”. Tanto el contrato de transporte como el de consumo son desarrollados en el Libro Tercero, pero en Títulos diferentes e independientes el uno del otro. Los “contratos de consumo” están regulados en el TÍTULO III del Libro Tercero, mientras que el contrato de “transporte” esta legislado en el TÍTULO IV del mismo libro. Este TÍTULO regula a los “Contratos en particular” y consta de 31 capítulos. El 7, dedicado al “transporte”, se divide en 3 secciones: disposiciones generales, transporte de personas y transporte de cosas (arts. 1280 a 1318). Lo más notable es que ningún artículo del Capítulo 7 califica al contrato de transporte como si fuera una relación de consumo, ni tampoco remite a las normas del TÍTULO III. Y viceversa, en el TÍTULO III íntegramente dedicado a los “contratos de consumo”, no se menciona jamás al contrato de transporte (arts. 1092 a 1122).

Por lo demás, el artículo 1281 deja en claro que las reglas del Capítulo 7 se aplican excepto lo dispuesto en leyes especiales. A nuestro entender, con ello el CCCN abona la autonomía del Derecho Aeronáutico y del Derecho Marítimo.

Estas son las razones por las que proponemos que sólo durante la etapa pre-contractual se apliquen ciertas reglas en defensa de los intereses de los pasajeros, tales como las relativas a la proscripción de la publicidad engañosa y de cláusulas abusivas, el deber de brindar información completa, la lealtad comercial, las reglas de la sana competencia, el principio de transparencia y el de buena fe.

En resumen, somos cautos respecto a la aplicación de las normas del consumidor a la etapa de ejecución del contrato de transporte aéreo. Pero avalamos su relevancia durante la etapa pre-contractual de la oferta pública masiva, más aún si se hace utilizando los recursos de Internet.

El contrato de transporte aéreo, el nuevo Código Civil y Comercial e Internet

La Argentina se conectó por primera vez a la “incipiente galaxia de Internet” el 17 de mayo de 1990, a las 19:55 horas, para ser exactos.¹³ Tres años después los usuarios argentinos comenzaron a gozar de los servicios de conexión a Internet. En 1993, por ende, se iniciaba en nuestro país la “era conectada”, que a futuro, daría lugar a la contratación electrónica masiva.

¹³ TORRES, Ariel. *Los "locos" de la Red: los pioneros que hace 25 años conectaron el país a Internet*, en Diario La Nación, 17-05-2015.

El mismo autor nos ilustra comentando que los equipos que establecieron aquel vínculo satelital con la red de redes operaron desde la Cancillería. Jorge Amodio fue el encargado de llevar a cabo la conexión. La Argentina fue la primera nación de América Latina en ponerse en línea. Lo hizo por medio de la Universidad de Maryland, en los Estados Unidos. La *National Science Foundation* [NSF], fue quien pagó los módems y la línea satelital que recibía nuestra conexión en Nueva York.

La “era” mundial del *e-commerce* no tardó en llegar al universo aerocomercial. En solo tres años más (1996) los contratos electrónicos desembarcaron en el transporte aéreo de pasajeros a través del *e-ticketing*,¹⁴ y en 2007 lo hicieron en el de transporte aéreo de cosas a través del *e-freight* y de la e-AWB.¹⁵

Desde entonces, las empresas aerocomerciales ofrecen indistintamente sus servicios de transporte de personas y cosas a través de páginas Web,¹⁶ que pueden ser propias como de terceros. Se da así un fenómeno de oferta pública en masa que genera una contratación electrónica entre ausentes.

El CCCN carece de un conjunto orgánico de normas que regulen a los contratos celebrados por medios electrónicos. Antes bien, sus reglas son escasas y están dispersas. Nos preguntamos si ellas son suficientes para regular al transporte aéreo y cómo inciden las normas del CCCN sobre comercio electrónico en ese contrato de transporte.

Antes de profundizar en estos asuntos, rastreamos las normas y principios generales del nuevo Código Civil y Comercial que son aplicables al contrato de transporte aéreo en general (de personas y de cosas, ordinario y electrónico).

Normas y principios generales del nuevo Código Civil y Comercial que son aplicables al contrato de transporte aéreo (ordinario y electrónico)

El nuevo CCCN trae varias normas de aplicación indiscutible al momento pre-contractual del transporte aéreo. Entre ellas individualizamos los artículos 9 a 11, el 14, el 958 a 964, el 1292 y el 1313.

El artículo 11, relativo al abuso de la posición dominante, establece que *“Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.”* Aclaremos que el artículo 9 es el que consagra el principio genérico de buena fe¹⁷ y el 10 es el que proscribe el ejercicio abusivo de los derechos. Este último, a su vez, se complementa con el artículo 14, que en relación a los derechos individuales y de incidencia colectiva establece que *“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar [...] a los derechos de incidencia colectiva en general”*, pues entre estos últimos se enlistan los derechos del consumidor.

El artículo 958 también es susceptible de aplicación a la etapa pre-contractual de transporte aéreo, por cuanto se refiere a la libertad de contratación: *“Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su*

¹⁴ CAPALDO, Griselda. *Comercio electrónico y transporte aéreo de pasajeros y cosas*. Revista Jurisprudencia Argentina, I, Fascículo 9 del 27-02-2008, Buenos Aires, p. 3-14.

¹⁵ CAPALDO, Griselda. *E-commerce, transporte aéreo de cosas y arbitraje*. Eldial.com, Año XIV, del 14-07-2011. Suplemento de Derecho Marítimo y Transporte, pp. 1-15. Disponible en: http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&id=5765&fecha_publicar=14/07/2011&t=s&numingr=5&usr=1236547

¹⁶ CAPALDO, Griselda en el libro *Homenaje a miembros eminentes. El transporte aéreo en la sociedad de la información*. Ediciones Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y Espacial. Madrid, 2006, p. 85.

¹⁷ ARTICULO 9°.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”

En relación al segundo momento, el de ejecución del contrato de transporte aéreo en sí, a pesar de contar con normas específicas que gobiernan la materia en el plano interno como en el internacional (v.gr., el Código Aeronáutico y los tratados internacionales), hay algunas otras del CCCN que no pueden soslayarse, como los artículos 959 a 964.

El artículo 959 se refiere al efecto vinculante de todo contrato;¹⁸ el 960 restringe las facultades de los jueces para modificar lo estipulado por las partes;¹⁹ el 961 reitera el principio de buena fe en el ámbito contractual y concuerda con el 1198 del Código de Vélez;²⁰ el 962 reproduce el 1197 del Código velezano;²¹ el 963 consagra una prelación normativa para interpretar los contratos. Ese orden de prioridad está encabezado por las normas imperativas de las leyes especiales y del propio Código, seguidas por las normas particulares del contrato, las supletorias de la ley especial y las supletorias del CCCN; finalmente, el 964 señala qué normas y usos integran el contenido de todo contrato. Por vía hermenéutica interpretamos que el 964 añade los usos y prácticas del lugar de celebración a la prelación establecida por el artículo 963.

Consideramos que el artículo 963 es de vital importancia a la hora de interpretar lo prescripto en el artículo 1292,²² que tiene por no escritas las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales del pasajero; y lo prescripto en el artículo 1313,²³ que prohíbe limitar la responsabilidad por daños a las cosas transportadas. ¿Cómo inciden ambos preceptos en el contrato de transporte aéreo, en donde la limitación cuantitativa de responsabilidad integra ese orden público mínimo impuesto por el Código Aeronáutico y por los tratados internacionales que rigen la materia?

Como lo hemos explicado en varias oportunidades, para nosotros está claro que ha sido intención del legislador que las normas especiales siempre prevalezcan por sobre las del CCCN, aunque el artículo 963 no lo verbalice tan diáfananamente.

¹⁸ ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

¹⁹ ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

²⁰ ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

²¹ ARTÍCULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

²² ARTÍCULO 1292.- Cláusulas limitativas de la responsabilidad. Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas.

²³ ARTÍCULO 1313.- Limitación de la responsabilidad. Prohibición. Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del artículo 1310.

Veámoslo con un poco más de detenimiento. En caso de conflicto entre el CCCN y la ley especial, el inciso a) del artículo 963 estipula que en primer lugar prevalecen las normas indisponibles de la ley especial y las del Código. Por el uso de la cópula “y”, pareciera que ambos regímenes, especial y general, están en pie de igualdad. Pero notamos que el codificador ha guardado silencio respecto del conflicto específico entre normas indisponibles de la ley especial y normas indisponibles del Código.²⁴

Postulamos una vez más que para nosotros está claro que lo que se destila implícitamente de la voluntad del legislador en este caso es que, aunque estén en paridad, prevalecen las normas indisponibles de la ley especial por el mero hecho de que ese inciso está en línea con las pautas hermenéuticas relativas a la aplicación de los principios generales del derecho, en el sentido de que la ley especial (y por extensión y con más razón aún, sus normas de orden público) siempre prevalece sobre la general, aunque ésta sea posterior. Dado entonces que la limitación cuantitativa de responsabilidad es norma de orden público tanto en el Código Aeronáutico, como en los Convenios de Varsovia-La Haya de 1929/1955 y en el de Montreal de 1999, no nos cabe duda de que su aplicación es incuestionable y que ello no viola lo dispuesto en el 1292 y ni en el 1313 del CCCN. Añadimos a esto que el tema de la indemnización integral por daños al pasajero ya fue resuelto por Montreal de 1999 a favor de una reparación total.

En suma, los artículos 963, 1292 y 1313 del CCCN no alteran el orden de prelación de fuentes consagrado en el art. 2 del Código Aeronáutico sino que lo ratifican.²⁵ Además, refuerzan el vigor de las normas indisponibles de la ley especial, v.gr., las del Código Aeronáutico y las de los convenios internacionales.

Adicionalmente, por el principio de subsidiariedad, ciertas normas y principios generales del CCCN también son aplicables al contrato de transporte aéreo, pues las complementa en razón de ser de aplicación genérica a todo contrato, sea durante la etapa pre-contractual como la de ejecución.

Elas son el ya mencionado artículo 9, por cuanto estipula que “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”; el 10, que recuerda que “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”; y el 12, que en relación al orden público y el fraude a la ley establece que “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las*

²⁴ CAPALDO, Griselda. *La Influencia del nuevo Código Civil y Comercial en el Transporte Aéreo de Pasajeros*. Op. cit.

²⁵ ARTÍCULO 2.- Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles.

leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Aquí cerramos nuestro análisis de las normas generales del nuevo Código Civil que, por el principio de subsidiariedad, son aplicables también al contrato de transporte aéreo, para pasar a examinar qué incidencia tienen sobre el contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros las normas relativas al *e-commerce* del nuevo Código Civil y Comercial.

El contrato de transporte aéreo y la contratación electrónica

La desmaterialización del documento, así como la oferta pública masiva y la celebración del contrato entre ausentes, son parte de las consecuencias jurídicas instaladas definitivamente por el *e-commerce*.

Al admitir la validez de los contratos celebrados en soporte electrónico, el artículo 1106 del CCCN ha zanjado definitivamente el problema que planteaba la ausencia de un soporte en papel.²⁶ En relación a la oferta pública masiva, el artículo 1108 del CCCN acoge también a la efectuada por medios electrónicos.²⁷ En lo tocante a la celebración del contrato entre ausentes, el CCCN también aporta algunas normas cuando ello tiene lugar a través de medios informáticos.

En relación a la desmaterialización del documento, el primer instrumento que en la aeronáutica comercial admitió otras formas de emisión del billete de pasaje aéreo que no fuese la clásica en soporte papel, fue el Protocolo de Guatemala de 1971, desde que su art. 3.2 estipulaba que *“La expedición del documento mencionado en el párrafo anterior podrá sustituirse por cualquier otro medio que deje constancia de los datos señalados en a) y b) del párrafo anterior”*. Si bien nunca entró en vigor, no deja de ser un antecedente notable, pues casi treinta años después el art. 3.2 del Convenio de Montreal de 1999 reproduce prácticamente la misma fórmula.

Por cierto, los dilemas jurídicos más interesantes de la contratación electrónica en el transporte aéreo de pasajeros son los referidos a la determinación de:

- el lugar de celebración del contrato electrónico;
- el momento en que ese contrato queda perfeccionado;
- la ley aplicable a la forma del contrato;
- la autenticidad de las firmas digital y electrónica y la autoría del acto jurídico;

²⁶ ARTÍCULO 1106: Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

²⁷ ARTÍCULO 1108: “Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

- la prueba del contrato electrónico;
- el lugar de ejecución del contrato y
- el juez competente.

A título ilustrativo y sin intención de explayarnos sobre ellos, los dilemas jurídicos más interesantes de la contratación electrónica en el transporte aéreo de cosas²⁸ son los referidos a la determinación de:

- la negociabilidad de la carta de porte electrónica;
- la validez probatoria de la e-AWB y
- el sometimiento de los diferendos al ciber arbitraje.

Además de abreviar en las normas locales, para resolver ambos campos dilemáticos serán de notable ayuda los convenios internacionales de los que la Argentina es Estado parte, y en ausencia de éstos, las disposiciones de Derecho Internacional Privado que el CCCN lista en el Título IV del Libro Sexto, Capítulos 1 y 2, y las Secciones 1, 10 a 14 y 16 del Capítulo 3 (artículos 2594 a 2620, 2649 a 2662, y 2671).

a. El transporte aéreo de pasajeros y el lugar de celebración del contrato electrónico

Mario Oyarzábal entiende que, en un entorno electrónico, la ubicación física del usuario y de los sistemas de información del oferente no es un elemento determinante sobre el lugar de celebración del contrato, sino que lo es el lugar del establecimiento, o en su defecto, el de la residencia habitual de las partes.²⁹ Esta postura es conteste con lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.³⁰

En materia aeronáutica, el artículo 33 del Convenio de Montreal señala al lugar de celebración como una de las jurisdicciones competentes. Ese lugar es aquél en el que el transportista tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato. Varsovia de 1929 opta por decir “establecimiento” en

²⁸ CAPALDO, Griselda. *El cyber-arbitraje en el transporte aéreo de carga y las normas del nuevo Código Civil y Comercial*, conferencia pronunciada el 18-09-2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, en el marco del “Coloqui Brasil-Argentina de Direito Aeronáutico”. Disponible en:

<http://cedaeonline.com.ar/2015/10/28/el-cyber-arbitraje-en-el-transporte-aereo-de-carga-y-las-normas-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

²⁹ OYARZÁBAL, Mario. *La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio trasnacional*. ED, Vol. 201, 2003, p. 714.

³⁰ ARTÍCULO 15: **Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos.**

4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

lugar de “oficina” (art. 28), pero tanto un convenio como el otro coinciden con la tendencia universal a la que nos referimos en el párrafo anterior.

b. El transporte aéreo de pasajeros y el momento en que ese contrato electrónico queda perfeccionado

Al jurista le interesa precisar cuál es el momento perfectivo del contrato porque, como explica Von Thur “[...] los efectos del contrato comienzan con su perfección. Este es el momento en que se opera la modificación jurídica propia de los actos de disposición, o nace el crédito y la deuda correspondiente [...]”.³¹

Ahora bien, el artículo 971 junto al artículo 983 del CCCN consagran la regla de la recepción. El primero indica que: “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”. El segundo aclara que: “Recepción de la manifestación de la voluntad. A los fines de este Capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil”. El cumplimiento de esta condición es de vital importancia en el *e-commerce*, o cualquier otra forma de contratación *on-line*, donde el *bounce* o retorno de mensajes que no llegaron a destino (*mail failure delivery*) es frecuente.

Por ende, será la teoría de la recepción la que habrá de tenerse en cuenta al tiempo de discernir cuál es el momento perfectivo del contrato electrónico.

Lo dispuesto por el artículo 971 se completa con lo decidido por el último párrafo del artículo 2652: “La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”.

En un temprano precedente jurisprudencial, muy ilustrativo de lo que acabamos de explicar, los tribunales norteamericanos resolvieron que, como toda computadora opera según la información e instrucciones que en ella carga su operador, una compañía de seguros quedaba obligada frente al tomador por la mera respuesta automática a su solicitud de renovación de la póliza³².

En el caso de la compra *on-line* de billetes de pasaje aéreo, el pasajero que acepta la oferta tiene instantáneamente la certeza de que el envío de su aceptación llegó al transportador, porque de inmediato recibe un mensaje automático informándole que su operación de envío de datos tuvo éxito. Esta práctica aerocomercial, muy anterior al CCCN, está expresamente acogida en el último párrafo del artículo 1108 del nuevo Código de fondo: “El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

En Estados Unidos, los contratos celebrados por vía electrónica a través de Internet se denominan *click-wrap agreements*. Literalmente sería “quedar envueltos en el contrato”, o bien “concluir el acuerdo”, mediante un simple *click* del mouse sobre el botón “aceptar” de la página Web.

³¹ VON TOUR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Vol. II-2, Trad. de Tito Ravá. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 135 (citado por: José Márquez. “Responsabilidad civil por ruptura de tratativas contractuales”, en *Revista Jurídica La Ley – Córdoba*, LLC 1991, 563)

³² *Star Farm Mutual Auto Ins. Co. vs. Bockhurst*, 453 F2d. 453 (1st Cir. 1972). Citado por Claudia Brizzio en *La informática en el nuevo derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 53.

En torno a esto, debe quedar en claro que en la contratación electrónica es usual que, a medida que el usuario va avanzando en los pasos requeridos por el sistema informático para concluir el contrato, vayan apareciendo mensajes emergentes que describen los términos, condiciones y reglas a las que queda sujeto el negocio jurídico. En muchos casos, el usuario no puede avanzar en la sucesión de pasos si no acepta esos términos, pues ellos integran el contrato que lo vinculará con el oferente. Así ocurre con la adquisición *on-line* de billetes de pasaje aéreo.

El artículo 985 del nuevo CCCN parece enfocarse en esa misma dirección cuando estatuye que en los contratos por adhesión o con cláusulas generales predispuestas, como lo es el de transporte aéreo de pasajeros, “*Las cláusulas generales predispuestas [...] Se tienen por no convenidas [cuando] efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares*”.³³

La Ley Modelo de UNCITRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico, modificada en 1998, regula esta modalidad en el artículo 5 bis,³⁴ relativo a la “incorporación por remisión”. Esta expresión se utiliza a menudo como fórmula para describir situaciones en las que un documento se refiere de manera genérica a disposiciones que se detallan en otro lugar, en vez de reproducirlas íntegramente. UNCITRAL señala que varios países han promulgado normas de orden público que sólo reconocen la validez de la “incorporación por remisión” si se cumplen tres condiciones: a) la cláusula de remisión debe estar inserta en el mensaje de datos; b) el documento de referencia y sus condiciones generales, son conocidos realmente por el usuario o consumidor, y c) el documento de referencia además debe ser aceptado por dicha parte.³⁵

c. El transporte aéreo de pasajeros y la ley aplicable a la forma del contrato electrónico

El Código Civil y Comercial acoge, sin traumatismos, la generación electrónica de actos jurídicos, como lo resuelve el artículo 286 al admitir que la “*Expresión escrita [...] puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*”.

³³ ARTÍCULO 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

³⁴ Artículo 5 bis. **Incorporación por remisión**

(En la forma aprobada por la Comisión en su 31.º período de sesiones, en junio de 1998)

No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

³⁵ Conf. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la GUÍA para su incorporación al derecho interno*, UN, 1999, p. 36.

El artículo 284 del CCC establece que *“Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley”*.

En la contratación aeronáutica, tanto el Código homónimo argentino como los convenios de Montreal de 1999 y los del sistema Varsovia, detallan la forma del contrato de transporte. Habiendo ley sustantiva que lo regule, no se plantea ningún problema.

El problema se suscita, en cambio, cuando los Estados involucrados en la ejecución del transporte aéreo no son parte en tales convenios. En tal caso hay que apelar al sistema de solución de conflictos.

En el Título IV del Libro Sexto, dedicado a las normas de Derecho Internacional Privado, la forma de los actos jurídicos es objeto de un único artículo, el 2649. Esta norma dedica su último párrafo a los contratos entre ausentes y estipula que *“Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica”*.³⁶

Para el supuesto en que los puntos de partida y de destino del vuelo se encuentren en países que no son parte en ningún convenio aeronáutico, pero lo son en el Tratado de Montevideo de 1940 sobre “Navegación comercial internacional”, este instrumento determina que el transporte de personas –sea marítimo o aéreo– se rige por la ley del lugar de ejecución, entendiendo que tal lugar es el del puerto (o aeropuerto) de desembarque de las personas. Por ende, la ley de este país será la que determine la validez formal del acto.

A menudo, el *Server* que administra la página *Web de donde parte la oferta aceptada*, como expresa el 2649, está ubicado en un tercer Estado, distinto de aquél donde la empresa aerocomercial opera. Por eso reiteramos lo esclarecido por Mario Oyarzábal, cuando advierte que en un entorno electrónico, la ubicación física del usuario y de los sistemas de información del oferente no es un elemento determinante, sino que lo es el lugar del establecimiento, o el de la residencia habitual de las partes.

d. El transporte aéreo de pasajeros, la autoría del acto jurídico y la autenticidad de las firmas digital y electrónica

Molina Quiroga sostiene que el grado de inalterabilidad de un documento es lo que lo torna auténtico.³⁷ De la autenticidad depende su valor probatorio. Añade que respecto de los instrumentos generados por medios electrónicos, no es la firma digital (como exige el art. 288) lo que asegura indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, sino *“la confiabilidad de los soportes*

³⁶ Recordamos que el art. 1181 del Código de Vélez sujetaba la forma de los contratos entre ausentes a la ley más favorable a la validez del acto, en caso de que aquél contrato hubiese sido firmado en varios lugares, por medio de agentes, o por correspondencia epistolar.

³⁷ MOLINA QUIROGA, Eduardo. *Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas. elDial.com - DC1F7C*, 2015, p. 2.

utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen, que pueden concretarse también por otros medios”.³⁸

El artículo 288 del CCCN, tal como lo hacía el 1012 del Código de Vélez, asigna a la firma ológrafa la función de atribuir a un sujeto la autoría de un acto jurídico (“*La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo*”). Para estar a la altura de los tiempos, el 288 del CCCN añade que “*En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento*”.

Tan difundidas están la firma digital y la electrónica, que en 2001 la UNCITRAL elaboró una Ley Modelo que establece criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre aquéllas y las manuscritas.³⁹ Al año 2015, la Secretaría de UNCITRAL ha detectado 31 países cuya legislación sobre firma electrónica se basa en la Ley Modelo. Entre los países desarrollados está China y entre los de América Latina cita a Colombia, México y Paraguay.

En la Argentina, a partir del año 2001, el soporte papel no es la única forma de extender un documento válido, dado que la digitalización está regulada por la ley 25.506 sobre la validez y eficacia jurídica de la firma digital y la firma electrónica, reglamentada por Decreto 2628/02, cuyo artículo 6 equipara al documento digital con el escrito^{40, 41}.

Respecto del transporte aéreo de pasajeros y a diferencia de lo dispuesto en el CCCN, ni la legislación aeronáutica argentina ni la internacional mencionan a la firma como requisito insoslayable para atribuir la autoría del “*e-ticket*” al transportador y al pasajero. Esto nos plantea un problema, porque si se sigue la lógica del artículo 287 del CCCN, los billetes de pasaje aéreo (sean *e-tickets*, o no lo sean) serían *instrumentos particulares no firmados*. Por ende, no podrían ser tildados de auténticos y ello mellaría su valor probatorio.

Para nosotros está claro que la ausencia de firma no violenta norma alguna de orden público. Por consiguiente, no está en discusión que el billete de pasaje es un instrumento auténtico. Tampoco debemos olvidar que, siguiendo una práctica aerocomercial centenaria, ni el Código Aeronáutico ni los tratados especiales exigen el requisito de la firma en el billete de transporte aéreo de pasajeros.

En efecto, el Derecho Aeronáutico se apartó tempranamente de este modelo atributivo de autoría, pues ya desde 1929 se consideró auténtico al documento que instrumentaba la relación bilateral entre el pasajero y la

³⁸ MOLINA QUIROGA, Eduardo. *Eficacia probatoria [...]*. Op. cit., p. 7.

³⁹ Las digitales están basadas en criptografía (como la infraestructura de clave pública), mientras que las electrónicas se basan en otras tecnologías.

⁴⁰ **Artículo 6° — Documento digital.** Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

El Decreto 1028/2003 disolvió el Ente Administrador de Firma Digital (creado por el art. 11 del Decreto 2628/2002) y reconoció a la Oficina Nacional de Tecnología de la Información (ONTI) como Autoridad Certificante.

⁴¹ A esta panoplia de normas, hay que sumarle el reciente Decreto 677 (B.O.: 29-04-2015) que pone en funcionamiento a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada por Ley 27078/14.

aerolínea, sin necesidad de que contuviera firma ológrafa alguna (conf. art. 3 del Convenio de Varsovia de 1929). El Código Aeronáutico argentino de 1954 no lo exigía (art. 107), ni tampoco lo hace el Código actual de 1967 (art. 115).⁴² En tanto ley especial, deroga a la general. En consecuencia, sostenemos sin lugar a dudas que el *e-ticket* (que todos sabemos, carece de firma) no solo es atributivo de autoría sino que posee, incluso, la misma fuerza probatoria que el billete en papel.

e. El transporte aéreo de pasajeros y la prueba del contrato electrónico

Como ha sido demostrado en el punto anterior, respecto del transporte aéreo de pasajeros y a diferencia del Código Civil y Comercial de 2014, ni la legislación aeronáutica argentina ni la internacional mencionan a la firma como requisito insoslayable para atribuir la autoría del *e-ticket* al transportador y al pasajero. Si se sigue la lógica del artículo 287 del CCCN, los billetes de pasaje aéreo (sean o no *e-tickets*) serían *instrumentos particulares no firmados*.

Al respecto, algunos podrían sostener que en el Código Aeronáutico y en los convenios internacionales que rigen la materia, hay una laguna legal. A esta argumentación respondemos que, si la hubiere, ya ha sido colmada por la costumbre aerocomercial. En efecto, se trata de una práctica universal con casi un siglo de observancia constante y uniforme. Es un claro ejemplo de costumbre *praeter legem*, cuya fuerza vinculante es admitida por el artículo 1 del CCCN, relativo a las fuentes del derecho y su aplicación,⁴³ en el que se admite que **“Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”** (el resaltado es nuestro). Está claro que la ausencia de firma no soslaya norma alguna de orden público. Por ese motivo, y sobre la base de una práctica centenaria, ni el Código Aeronáutico ni los tratados especiales exigen el requisito de la firma en el billete de transporte aéreo de pasajeros, y eso no mella su autenticidad. A esto hay que sumarle el hecho de que el art. 964, inc. c) del nuevo CCCN concede renovada jerarquía a los usos y costumbres, elevándolos al rango de elementos que integran el contenido de un contrato.⁴⁴

⁴² Al carecer de firma, la doctrina civilista los denomina *instrumentos particulares*, con el fin de diferenciarlos de los *instrumentos privados*. El CCC mantiene esta lógica en el art. 287. Una mirada atenta al devenir del movimiento mercantil moderno comprueba que hoy día los instrumentos particulares son la regla y los privados la excepción.

ARTÍCULO 287: Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

⁴³ ARTÍCULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

⁴⁴ ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: (...); c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios

Sin embargo, puede quedar alguna duda sobre su valor probatorio, ya que dentro de la categoría de *instrumentos particulares no firmados*, el artículo 287 del CCCN enumera una serie de documentos (tales como los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información) cuya eficacia probatoria es menguada en comparación con los *instrumentos privados* firmados (se los asimila a una prueba documental simple). Tal inteligencia podría desprenderse de lo normado por el artículo 319⁴⁵ en relación al valor probatorio de los instrumentos particulares, que “[...] debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.⁴⁶ No obstante, dada la relevancia que el 964 del CCCN concede a la costumbre, creemos que lo normado en el artículo 319 no debe interferir sobre el juez al momento de evaluar a los *e-tickets* como documentos con pleno valor probatorio.

Creemos, que la ausencia de firma en el *e-ticket* (digital, o electrónica) no disminuye su valor probatorio, sino que su autenticidad queda asegurada por la forma en que se celebran estos contratos *on-line* (recordar los pasos que deben seguirse al ingresar a la página Web del oferente),⁴⁷ así como por la intervención del usuario de servicios de Internet (pasajero) en la generación del documento y por las manifestaciones de voluntad respecto al contenido del contrato (recordar lo dicho sobre la “incorporación por remisión” y el *click-wrap agreement*).

f. El transporte aéreo de pasajeros y el lugar de ejecución del contrato electrónico

Al jurista le interesa conocer cuál es el lugar de ejecución del contrato, porque es el que determina el derecho aplicable en aquellos casos en los que hay un elemento extranjero en la relación contractual, y no hay convenio vigente entre los países en los que la relación jurídica se desenvuelve.

Tratándose de un contrato de transporte aéreo, si el Estado del punto de partida o el del punto de destino, o ninguno de los dos, son parte en el convenio de Montreal de 1999 o en los del sistema Varsovia, es forzosa la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado. Así, el artículo 26 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre “Navegación comercial internacional”, determina que el transporte de personas – sea marítimo o aéreo – se rige por

por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

⁴⁵ TÍTULO IV, HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS (257 a 397). Capítulo 5. Actos Jurídicos. Sección 6ª – Instrumentos privados y particulares. ARTÍCULO 319.- Valor probatorio.

⁴⁶ No ha de olvidarse que para el art. 356 del Cód. Procesal Civil y Comercial, para que tenga eficacia probatoria en un juicio, debe ser reconocido por la contraria, al contestar la demanda, o en su caso, ser autenticado por los medios adecuados.

⁴⁷ Por ejemplo, Paso 1: selección de fecha; Paso 2: selección de vuelo; Paso 3: Precio; Paso 4: identificación del Pasajero; Paso 5: compra de pasaje y pago; Paso 6: confirmación.

O bien, Paso 1: búsqueda; Paso 2: calendario; Paso 3: vuelos; Paso 4: pasajeros; Paso 5: extras; Paso 6: reserva; Paso 7: confirmación.

la ley del lugar de ejecución, entendiendo que tal lugar es el del puerto (o aeropuerto) de desembarque de las personas.

Si esos mismos Estados tampoco son parte en el Tratado de Montevideo, para la Argentina es forzosa la aplicación de las reglas de derecho internacional privado del Código Civil.

El CCCN despeja toda duda sobre el lugar de ejecución del contrato electrónico al establecer, en el artículo 1109 que: *“En los contratos celebrados [...] a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita”*.

¿Cuál es el lugar de ejecución de un contrato de transporte aéreo de pasajeros? Es el lugar donde está situado el aeropuerto que en el *e-ticket* figura como destino final de ese pasajero. Como el transporte aéreo es un contrato de ejecución continuada, si el viaje es redondo, habrá un lugar de ejecución para el segmento de ida y otro para el tramo de regreso. Algunos autores y no poca jurisprudencia ven en este caso un ejemplo de contrato único, cuyo lugar de ejecución coincide con el del inicio del vuelo en el punto de partida, ya que si el viaje es redondo el pasajero regresa al lugar desde donde partió. Sobre la base de este argumento, los tribunales norteamericanos han aplicado el convenio de Varsovia o el de Montreal a vuelos redondos iniciados en EE.UU y con lugar de destino del viaje de ida en países no signatarios. Lo mismo han hecho los tribunales europeos para aplicar el Reglamento 261/2004 extraterritorialmente y a aerolíneas no comunitarias.⁴⁸

g. El transporte aéreo de pasajeros y el juez competente en caso de contratación electrónica

Hemos dicho que al jurista le interesa conocer cuál es el lugar de ejecución del contrato porque es el que determina la jurisdicción competente para resolver los conflictos derivados del mismo, sin que sea relevante si éste se celebra entre presentes o entre ausentes (es decir, por medios electrónicos).

Llevado al campo aeronáutico, el lugar de ejecución del contrato de transporte (descrito como “lugar de destino”) es uno de los foros competentes indicados por el artículo 28 del Convenio de Varsovia de 1929 y por el artículo 33 de Montreal de 1999 para ejercer la acción de responsabilidad.

Si los Estados no fueren parte en ellos, nuevamente se impone la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado. La Argentina, en primer lugar, tendría que invocar el artículo 27 del Tratado de Montevideo de 1940, que habilita la competencia de los jueces o tribunales del lugar de ejecución del contrato para conocer los juicios que se susciten entre las partes. Recordamos que para este Tratado el lugar de ejecución es el de desembarque de las personas (art. 26, *in fine*). El artículo 27 añade el tribunal del domicilio del demandado, a opción del demandante.

⁴⁸ Reglamento (CE) 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

A falta de todo convenio en vigor, en nuestro país serían aplicables en última instancia las normas de solución de conflicto del CCCN. Reiteramos que en los contratos celebrados a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, el artículo 1109 estipula, también, que el lugar de cumplimiento del contrato es el que determina la jurisdicción aplicable a los conflictos suscitados entre las partes.

Dado que el “contrato de transporte” es regulado autónomamente dentro del nuevo CCCN, las reglas de conflicto que le son aplicables en subsidio, es decir, en caso de que los Estados no sean parte en ningún convenio aeronáutico, son las de la Sección 13 del TÍTULO IV, relativa a las reglas de Derecho Internacional Privado aplicables a la “Responsabilidad civil”.

Los artículos que integran la Sección son el 2656 y el 2657. El primero indica cuál es la jurisdicción, y el segundo cuál es el derecho aplicable.

Es competente *“a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos”*.

El derecho aplicable es *“el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”*.

9. El contrato de transporte aéreo y la cooperación jurisdiccional internacional

El TÍTULO IV del Libro Sexto del CCCN que estuvimos comentando previamente, incorpora interesantes normas sobre cooperación jurisdiccional internacional, que constituyen la respuesta del legislador argentino al principio de cooperación que es señalado por la doctrina como una manifestación del principio de buena fe.⁴⁹

Sobre la cooperación jurisdiccional, el artículo 2611 obliga a los jueces a hacerla efectiva tanto en materia civil, como comercial y laboral. La cooperación internacional también se extiende al ámbito procesal por orden del artículo 2612 que habilita a los jueces argentinos a *“[...] establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”*. Todo ello sin perjuicio de la obligación procesal genérica de dirigirse a autoridades extranjeras mediante exhortos.

La cooperación instituida por ambos preceptos es el modo en que el legislador argentino pretende responder al auge del tráfico civil y comercial en el orden mundial.

⁴⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. *El Principio de la Cooperación en la Contratación*. Derecho Contractual Comparado - Una perspectiva europea y transnacional, Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), 1° ed., Ed. Civitas, España, 2009, pp. 405-441.

10. Conclusiones

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación carece de un capítulo dedicado expresamente a la contratación electrónica, las normas que están desperdigadas en su cuerpo son suficientes para resolver los dilemas que plantea la contratación electrónica del transporte aéreo de pasajeros.

A falta de normas sustantivas, el intérprete cuenta con dos fuentes de *soft law* en donde abreviar. Una es La Ley Modelo de UNCITRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico, modificada en 1998 y la otra es la Ley Modelo de UNCITRAL de 2001 sobre las Firmas Electrónicas en donde se establecen criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre aquéllas y las manuscritas.

En cuanto al orden internacional, la puerta que el Protocolo de Guatemala de 1971 dejó abierta para que entrasen por ella las nuevas tecnologías de la información a la industria del transporte aéreo, quedó sellada por la falta de entrada en vigor de ese instrumento. Al recoger la misma fórmula, el Convenio de Montreal de 1999 no ha hecho más que ponerse a tono con una tendencia mundial inclinada a favorecer la difusión del comercio electrónico,⁵⁰ de la oferta pública *in incertam personae* realizada por medio de Internet y de su correlato inmediato que es la contratación masiva.

⁵⁰ Capaldo, Griselda. *El transporte aéreo en la sociedad de la información*. Op. cit., p. 106.