

ALCANCES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO AERONÁUTICO EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA FEDERAL Y NORMAS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Hugo RIVAROLA

Colaboración: Giselle Javurek

En todo caso, la búsqueda de explicaciones lleva al convencimiento de que la vida del hombre de derecho, en cualesquiera de sus actividades – juez, profesor o abogado en ejercicio – requiere para una sólida eficacia en sus resultados, el estudio permanente. Como decía Couture, el abogado que deja de estudiar es cada día menos abogado...

Resumen: El presente dictamen tiene como principal objetivo, ofrecer un análisis y una postura jurídica teniendo en cuenta los sólidos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales imperantes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Aeronáutico y Marítimo.

En el caso concreto, se abordará especialmente el *transporte aéreo de personas*, de acuerdo a los principios especiales, entendidos éstos como las ideas básicas a partir de las cuales se forma la materia, la integralidad y armonización de las normas, el particularismo, la autonomía del Derecho de la Navegación, el diálogo de las fuentes y los caracteres, como elementos distintivos de la disciplina y que hacen a su esencia.

Palabras claves: Transporte aéreo de personas – Diálogo de las fuentes – Autonomía disciplinar.

Abstract: The main objective of this opinion is to offer an analysis and a legal position taking into account the solid doctrinal and jurisprudential foundations prevailing in the national and international legal system of the Comprehensive Navigation Law of Aeronautical and Maritime Law. In the specific case, the air transport of people will be especially addressed, according to special principles, understood as the basic ideas from which the subject is formed, the comprehensiveness and harmonization of the rules, particularism, autonomy of the Right of Navigation, the dialogue of the sources and the characters, as distinctive elements of the discipline and that make up its essence.

Key words: Air transport of people - Dialogue of sources - Disciplinary autonomy.

I) INTROITO

MOTIVOS. OBJETIVOS

El presente dictamen tiene como principal objetivo, ofrecer un análisis y una postura jurídica teniendo en cuenta los sólidos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales imperantes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Aeronáutico y Marítimo.

En el caso concreto, se abordará especialmente el *transporte aéreo de personas*, de acuerdo a los principios especiales, entendidos éstos como las ideas básicas a partir de las cuales se forma la materia, la integralidad y armonización de las normas, el particularismo, la autonomía del Derecho de la Navegación, el diálogo de las fuentes y los caracteres, como elementos distintivos de la disciplina y que hacen a su esencia.

La trascendencia de la temática planteada en el presente, resulta de la importancia a nivel nacional e internacional de la propia "actividad", es decir, el transporte aéreo en su máxima expresión, ya que constituye un motor imprescindible e insustituible en el desarrollo de la actividad humana y de un país en su conjunto como política de desarrollo sustentable vinculado al turismo, al comercio y al mero traslado de personas y/o mercaderías entre otras cosas.

La labor realizada, surge debido a la preocupación por esta parte, en la interpretación de las normas jurídicas de la judicatura en el ámbito federal y de los tribunales ordinarios de la Provincia de Córdoba, en dos ejes temáticos vinculados en GENERAL, al Derecho Aeronáutico y EN ESPECIAL, al transporte aéreo de personas, en cuanto a **la competencia federal en razón de la materia y el alcance de las normas que tutelan los derechos del consumidor en su vinculación con el derecho aeronáutico, de acuerdo a lo establecido en el actual anteproyecto de ley de defensa del consumidor.**

Desde una primera aproximación, la simple lectura de los fallos testigos traídos a colación, pareciera una solución justa a los casos planteados, pero, desde un análisis integral del conjunto de normas que se aplican a los casos concretos, los mismos, a nuestro entender, no se ajustan a derecho.

Por ello, se trae bajo análisis dos sentencias de Cámara, la primera en el ámbito federal, autos **"L.O.H c/ LATAM s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaria II, Sala A de fecha 26 de Septiembre del año 2018, la segunda, los autos caratulados **"DI TELLA, BELEN MARIA Y OTRO c/ LATAM AIRLINES GROUP SA y/o LAN AIRLINES S.A. – ABREVIADO" – EXPTE 6231615** de la Excm. Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, Sentencia Nº 28 de fecha 22 de Abril de 2019.

II) ANALISIS PREVIO

Antes de ingresar al análisis de los casos en concreto y en particular, es importante destacar los lineamientos doctrinarios y jurídicos de los elementos configurativos del Derecho Aeronáutico, pilares fundamentales y fundacionales de la materia, los que se fueron gestando desde hace años conformando el Derecho de la Navegación.

Los caracteres, son los elementos constitutivos que sirven para definir y lograr una mayor precisión en cuanto a la esencia de la materia y de una disciplina. En el tema bajo análisis, resulta de trascendental importancia valorar adecuadamente como lo ha expresado la mayor, mejor y más calificada doctrina en el ámbito nacional e internacional, sobre la AUTONOMÍA del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Marítimo y Aeronáutico, y los caracteres de INTERNACIONALIDAD, INTEGRALIDAD, REGLAMENTARISMO y POLITICIDAD.

En el entendimiento razonado de los principios especiales de la disciplina, el particularismo, la autonomía, y los caracteres, nos permiten llegar a la adecuada comprensión de esta rama jurídica y su marco regulatorio, sin que eso implique la negación de la aplicación de otras normas del derecho común y los principios jurídicos que lo conforman.

Es de destacar, que la temática del Derecho de la Navegación opera con independencia frente a otras ramas del derecho, al estar formada por principios especiales que comprenden al hecho técnico de la navegación, ya sea por agua o por aire, como así también las características especiales y particulares en los hechos, del desarrollo de la actividad que han requerido en la formación en el tiempo y en el espacio, de soluciones singulares congruentes con la fenomenología típica de la

actividad.

Cuando hacemos referencia a la autonomía, quiere señalarse que el sector jurídico de que se trate, “merece ser sistematizado, regulado jurídicamente, aplicado por órganos especializados y enseñado con cierta independencia del resto del ordenamiento total”.¹⁷⁶

No es el Derecho de la Navegación como un todo, o una parte del mismo, el llamado Derecho Marítimo, algo distinto del resto del orden jurídico. Sólo tenemos su “relatividad”¹⁷⁷ como premisa de los análisis a emprender, se ayuda a despejar el marco interpretativo.¹⁷⁸

Los autores franceses como Pardessus, Ripert y Danjon fueron elaborando conceptos propios, característicos de la actividad navegatoria, la marítima, a la que se llamó *particularismo*.

Como señala Simone, “particularismo” y “autonomía” constituyen nociones distintas aunque no excluyentes.¹⁷⁹

Mientras el “particularismo” de un ordenamiento jurídico, pone de resalto sus instituciones originales, sus modalidades, que lo distinguen de otros ordenamientos, tanto en el tiempo como en el espacio, vale decir caracteres propios más o menos constantes, “... la “autonomía” de una rama jurídica se dirige directamente a conformar la plenitud del sistema que ese ordenamiento pretende lograr a través de una adecuada estimativa jurídica. Equivale a la forma de integrarse para llenar sus propios vacíos, sus propias lagunas y así lograr la plenitud del sistema al que está dirigido”.¹⁸⁰

La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios especiales propios, resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional. La autonomía procede del particularismo que destacan las relaciones jurídicas – en nuestro caso las relaciones de conducta relacionadas con la navegación -. Los principios generales permiten que una disciplina encuentre sus propias soluciones, o sea que se integre en la práctica institucionalmente sin tener que acudir a criterios fundantes de soluciones de otras disciplinas, que podrían afectar sus modalidades diferenciadas. Descuidar tales características puede implicar la consagración de valoraciones inadecuadas que conducen a soluciones injustas¹⁸¹.

Lo expuesto por el gran maestro Jorge Bengolea Zapata, no puede pasar desapercibido por el intérprete en el ejercicio de sus funciones, en razón de que no contemplar y o descuidar la correcta interpretación con el alcance adecuado de los lineamientos doctrinarios expuestos, podría en todo caso, llegar a soluciones inadecuadas e injustas.

Bengolea Zapata expresa: “...La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios generales propios resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional, y así como los ordenamientos jurídicos contienen los principios generales del derecho, las disciplinas particulares que han obtenido su autonomía tienen los propios, en el ámbito más restringido de su esfera. La autonomía implica -un deslinde siempre relativo - dentro del ordenamiento jurídico, un sistema de derecho que contiene soluciones para colmar sus lagunas, sin

176 RAY JOSÉ D., “El Derecho de la Navegación y el orden jurídico”. Anticipos de “Anales”, 2ª época, año XX, número 15, pág. 27.

177 BRUNETTI, ANTONIO, “Derecho Marítimo Privado Italiano”. (Venecia, 1928). Trad. De Gay de Montellá. (Barcelona, 1948). Tomo I, pág. 13.

178 ROMERO BASALDÚA, LUIS C. Derecho Marítimo 1. Pág. 30. Editorial Marcos Lerner. 1996

179 SIMONE, OSVALDO BLAS. “Compendio de Derecho de la Navegación”, ed. 1987, pág. 86.

180 SIMONE, OSVALDO BLAS, “La Autonomía del Derecho de la Navegación y sus principios generales”, en Segunda Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, Nov. de 1975, pág. 22.

181 BENGOLEA ZAPATA, JORGE. Instituciones del Derecho de la Navegación. Pág. 171. Editorial Marcos Lerner. 2014.

acudir a criterios fundantes de soluciones en otras disciplinas¹⁸².

Los autores italianos son los que centraron el problema jurídico de la determinación de la “autonomía del Derecho de la Navegación en torno a la existencia de principios propios del mismo que conducen a soluciones distintas a las resultantes en la simple aplicación del Derecho Común, destacándose el problema práctico resultante del asunto, en la interpretación de la ley”.¹⁸³

La llamada Escuela Napolitana del Derecho de la Navegación, encabezada por Antonio Scialoja, en argumentaciones que posteriormente desarrolló y amplió Spasiano, llegó más allá en su pensamiento científico y con una visión unitaria y jurídica del hecho navegatorio, sostuvo que las peculiaridades que se quieren ver en el Derecho Aeronáutico, son las mismas del Marítimo, porque constituyen aspectos del hecho técnico de la navegación, motivo por el cual reclama autonomía para el Derecho de la Navegación, integrado también por las normas jurídicas relativas a la aeronavegación¹⁸⁴.

La debida comprensión e interpretación de los elementos que configuran y conforman el Derecho de la Navegación, del Derecho Aeronáutico, nos llevan indefectiblemente, al conocimiento de los principios jurídicos especiales que, en su originalidad, tienen que ser interpretados por el operador en el marco armonioso con otras normas del sistema legal en su totalidad.

Ya sea que nos coloquemos en la posición de la Escuela Napolitana que considera al Derecho de la Navegación como disciplina que incluye al derecho marítimo y aeronáutico, o en la escuela autonomista que le otorga autonomía científica al Derecho Aeronáutico, llegaremos a igual conclusión dada la particularidad que presenta *per se* la actividad aeronáutica y que conforma una construcción jurídica que se auto integra con sus propias normas y las demás del sistema jurídico.

Los elementos mencionados que conforman el Derecho de la Navegación, que comprende tanto a la actividad navegatoria realizada en el aire como en el agua, llevan a la autonomía de esta rama del derecho, comprensiva de la novedad orgánica, principios especiales que lo gobiernan y distinguen, y tendencia a la completividad, es decir, que presenta en su contenido tanto normas de derecho público como privado.

Lo expuesto se podría resumir, a que toda cuestión que involucre temas vinculados a la navegación aérea y a la aeronáutica civil en su más amplia significación, la solución al caso debe buscarse dentro del sistema, ya que es orgánico, se basta a sí mismo, posee homogeneidad y unidad. Por eso se ha dicho que el Derecho de la Navegación es “especial” y “autónomo”. Lo expresado, no significa que no se considere el resto del ordenamiento jurídico (derecho común y especial, códigos, leyes, etc) en cuanto a su aplicabilidad en forma “concurrente” en todas aquellas cuestiones que no han sido adecuadamente o suficientemente protegidas (como bien jurídico) en función de las nuevas tendencias imperantes, como, por ejemplo, las normas de protección al consumidor.

El presente correlato, surge de los arts. 1 y 2 del C.A., sobre la regulación de la Aeronáutica Civil y la completividad reconocida a la disciplina, respectivamente. Al respecto el Código Aeronáutico de la República Argentina Ley 17.285 expresa: *TITULO I – Generalidades Art. 1° - Este Código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. A los efectos de este Código, aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares. Art. 2° - Si una*

182BENGOLEA ZAPATA, JORGE, “Autonomía y Principios Generales del Derecho de la Navegación” en Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación. Bs As, Nov. 1975, pág. 1.

183ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. Pág. 32. Editorial Marcos Lerner. 1996

184ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. Pág. 35. Editorial Marcos Lerner. 1996

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.

Es de destacar que alguno de los proyectos de modificación al Código Aeronáutico Ley 17285 como, por ejemplo, el de la Dra. Griselda Capaldo y del Dr. Mario Folchi, siguen los lineamientos establecidos en la legislación actual como se explicará posteriormente.

III) EL ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA FEDERAL Y SU CARÁCTER LIMITADO Y EXCEPCIONAL.

Se destaca el *origen* constitucional de la competencia federal, lo cual significa, que al organizarla el Congreso no ha ejercido una facultad, sino que ha cumplido una obligación, de modo que no podría suprimirla por una ley ni alterar su competencia sin violar el principio constitucional.

Esto se relaciona íntimamente con el sistema político federal de la República Argentina establecido en nuestra Carta Magna, por el cual las provincias son entes políticos preexistentes que constituyeron el gobierno central y al cual le delegaron materias.

La C.N. dispuso una cláusula general de distribución de competencias entre la Nación y la Provincias en el art. 121 que dice: *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.*

Desde el ámbito judicial, se ha consagrado expresamente las atribuciones de la Justicia Federal en los arts. 116 y 117 y que el Congreso de la Nación puede reglamentar.

Se ha establecido que la competencia federal es limitada y de excepción, es decir requiere mención expresa y de interpretación restrictiva.

Los artículos de la Constitución Nacional donde se determina la competencia federal, tanto originaria y exclusiva de la C.S.J.N., como la *apelada* (arts. 116 y 117 C.N.), han sido reglamentados en el año 1863 por la Ley 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales y que en forma desordenada (cierta casuística) ha pretendido incluir todo hecho o contrato concerniente a la navegación marítima.

En su art. 2, la Ley 48 reglamenta la competencia *apelada*, en virtud de la cual, *“los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes:”*

De manera general, el inc. 1 reza *“las que sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras”.*

Es clásica la clasificación doctrinal de las leyes en: 1) locales, 2) comunes y 3) federales. En ese sentido no cabe duda, que este inciso descarta la apertura del fuero federal en causas de derecho común (art. 75 inc. 12 C.N.), y de derecho local, por no ser *especialmente* regidas por la Constitución Nacional. En cambio, se refiere claramente, a leyes federales en sentido amplio (Constitución, ley, etc.). Este punto es en el cual, la doctrina calificada abraza en los temas del Derecho de la Navegación y su vinculación con la competencia federal. Ninguna provincia podría dictar normas vinculadas a la aeronáutica, ni a la navegación por agua, salvo algunos temas de mero orden administrativo en general ni en particular, por no estar dentro de su ámbito legisferante.

En los incisos 7, 8 y 9, el Congreso Nacional, de manera casuística, reglamenta causas relacionadas con la actividad marítima, que, por su mayor o menor gravedad, generan o podrían generar el entorpecimiento de la actividad.

A nuestro modo de ver, estos incisos son meramente ejemplificativos, y los que, por un prurito formal, quieran aferrarse al carácter excepcional de la competencia federal, se verán en el escollo insalvable de cómo trasladar dichos ejemplos al ámbito aeronáutico. Por lo demás, semejante interpretación desnaturalizaría el inciso primero, que es el verdadero faro para el intérprete teniendo en cuenta el carácter de Internacional de la disciplina.

La ley federal nº 13.998/50, regulatoria de la Organización de la Justicia Nacional y adecuando las competencias a la Constitución de 1949, confirma lo establecido en la ley 48. En efecto: el art. 55 inc. b, en forma categórica, determina la competencia federal para los *“hechos, actos y contratos concernientes a los medios de transporte terrestre...; y a los regidos por el derecho de la navegación y por el derecho aeronáutico”*, estableciendo la competencia federal en *hechos, actos y contratos regidos por el derecho marítimo y aeronáutico* (art. 42 inc. b, y art. 52. inc. b). De una sana hermenéutica debemos colegir que esta ley tiene preeminencia frente a la ley 48, ya que es posterior.

Si bien esta ley constituye una fuente formal de derecho federal, para que lo dispuesto en la disposición transcrita pueda subsumirse en el art. 116 C.N., es necesario tener en cuenta una de las atribuciones que la Carta Magna concede al Congreso Nacional, esto es, la denominada *“cláusula comercial”* (art. 75 inc. 13 C.N.); la cual implica la atribución de regular el comercio interjurisdiccional, ya sea internacional o interprovincial.

Nótese, que, a diferencia de la actividad marítima, la actividad aeronáutica no está contemplada de manera expresa por el art. 116 C.N., sin embargo, en ambos casos, es necesario que estemos frente a una actividad incluida en una atribución delegada por las provincias a la Nación y de ahí se desprende en el sentido anteriormente expuesto sobre la navegación aérea y marítima constitutiva del Derecho de la Navegación.

Al respecto Lino Enrique Palacio expresa: *“El art. 55 inc. b de la ley Nº 13.998 atribuye a los jueces federales con asiento en las provincias competencia para conocer de los hechos, actos y contratos regidos por el derecho aeronáutico” agregando que es requisito de esa competencia, “que se trate de aeronavegación internacional o interprovincial, es decir, que se realiza respectivamente, entre un aeródromo de la república y otro extranjero...”*.¹⁸⁵

Por otro costado, en el Derecho Aeronáutico el actual art. 198 establece: *“Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”*. Dicha norma establece en forma clara la jurisdicción federal *“rationae materiae”*.

Sobre la presente norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: *“en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. C.S.J.N., 326:4598; 328:4090).”*, *“En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf. Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213).*

185PALACIO, LINO ENRIQUE. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Lexis- Nexis - Abeledo – Perrot.

En los dos fallos bajo análisis, en relación al primero sobre los *“daños sufridos por un pasajero en las operaciones de embarque y desembarque”*, como el *“incumplimiento del contrato de pasaje aéreo”* en el segundo, resulta claro que comprende situaciones no sólo bajo la norma del art. 198 del Código Aeronáutico sino que también con los lineamientos expuestos por la C.S.J., es de advertir que ambos supuestos están descriptos normativamente por las normas específicas del Derecho Aeronáutico, arts. 113, 139, 150, art. 12 de Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación, el Convenio de Varsovia de 1929 y Montreal del año 1999 ratificado por la R.A. por ley 26.451 del 22.02.09.

Es de señalar, que los fallos analizados niegan la situación fáctica que sea comprensiva y alcanzada por las normas del Derecho Aeronáutico, lo cual constituye un grueso error conceptual y hermenéutico.

IV) PRIMER FALLO.

El Sr. Juez Eduardo Ávalos y la Sra. Juez Graciela S. Montesi de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II, Sala A, de manera coincidente con el dictamen del Fiscal General, votaron desestimando la pretensión de apertura del fuero federal por falta de encuadramiento de la causa en el art. 116 de la Constitución Nacional.

Si bien se afirma que, según las circunstancias fácticas, *“no se ha visto conculcados intereses federales alguno”*, en rigor, existen dos lineamientos argumentales diferentes, el primero implícito, y el segundo expreso.

Siguiendo el orden expositivo del preopinante, en primer lugar, sostiene, que el interés federal invocado no tiene la suficiente entidad y, en segundo lugar, que ni siquiera hay interés federal, ya que el hecho dañoso aconteció fuera de la zona de desembarque, ergo, se trata de un caso de derecho común.

En rigor, el orden sería el siguiente: no existe interés federal por tratarse de una causa de derecho común, pero si fuera federal, el interés federal invocado no tiene envergadura, ergo, se lo considera inexistente.

No resulta lo mismo en el plano argumental, que, a los ojos del intérprete, el interés federal sea débil, que lisa y llanamente no exista. Si fuera lo mismo, nos preguntamos el para qué de la doctrina que, de manera sistemática, afirma que el interés federal invocado debe ser de *entidad*.

Lo expresado se corrobora cuando se dice *“no advierto que el hecho denunciado, guarde vinculación con la seguridad, el comercio, los intereses de la aeronavegación o con las normas federales de derecho aeronáutico”*.

En relación a este primer argumento, sostenemos que, si cada reclamante, a falta de reglas legislativas o judiciales (fallos plenarios) tendría que *“adivinar”* cuando un interés federal presenta la suficiente entidad como para justificar la apertura del fuero federal, la seguridad jurídica y el derecho de peticionar ante las autoridades podrían verse afectados, máxime cuando la competencia federal en razón de la materia es improrrogable a los tribunales provinciales.

Una situación admisible sería que el Congreso Nacional restrinja la competencia federal en orden a la falta de envergadura del interés federal invocado, siempre con la anuencia expresa o tácita del último guardián e intérprete de la Constitución Nacional, la CSJN., pero otra muy distinta, que ello dependa del mero arbitrio judicial.

Para nosotros, si el hecho dañoso aconteció durante la vigencia del contrato aeronáutico y se trata de una actividad interjurisdiccional, el interés federal debe considerarse siempre de entidad, o lo que es lo mismo, es el predominante.

Respecto al segundo argumento, si se trata de un caso de derecho común, la regla es que corresponde la competencia provincial por imperio del art.75 inc. 12 C.N.

Si, como piensan los vocales del voto mayoritario, el daño se produjo fuera de la zona de desembarque, seríamos contestes en coincidir en que, por ser un caso de derecho común, no corresponde la justicia federal.

Pero justamente, para nosotros y según lo probado en el expediente, el daño se produjo en la zona de desembarque, y considerando que se trataba de un vuelo internacional proveniente de los Estados Unidos de América, y que tenía por destino final la Ciudad de Córdoba de donde es oriundo el pasajero, corresponde tener en cuenta a la hora de fallar, la normativa internacional que rige la materia. Por tal motivo, el Juez Federal debió aplicar el Convenio de Montreal de 1999, ratificado por nuestro país, y el cual contempla la situación en su Capítulo Tercero, titulado Responsabilidad del Transportista y Medida de la Indemnización por Daño, Artículo Nro. 17 Muerte y lesión de los pasajeros.

El presente caso, nos hace pensar en la necesidad de contar con un foro especializado, con jueces expertos en la materia.

El desconocimiento de la temática que conforma al Derecho Marítimo y Aeronáutico con sus caracteres y particularismo expuesto más arriba, al expresarse que *“no afecta dicho caso un interés federal”*, resultando todo lo contrario, en razón de que dichos casos versan en forma directa y principal sobre el contenido del Derecho Aeronáutico, predomina la causa federal, su entidad y el interés federal. Las normas del Derecho Aeronáutico tratan, comprenden y regulan en forma clara y precisa las cuestiones fácticas de los casos concretos bajo análisis. El desconocimiento específico de la regulación legal, que no constituyen ningún vacío legal y/o laguna normativa, significa por parte de la judicatura ir más allá de lo establecido por el Derecho.

El artículo 17 del Convenio de Montreal expresa: *“El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque”*.

Asimismo, el art. 139 del Código Aeronáutico dice: *“El transportador es responsable de los daños y perjuicios causados por muerte o lesión corporal sufrida por un pasajero, cuando el accidente que ocasionó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarco o desembarco”*.

Al respecto y después de lo estipulado en el ámbito doméstico como en el internacional, la doctrina ha definido sobre qué comprende un “accidente” desde el punto de vista del Derecho Aeronáutico y las operaciones de “embarque y desembarque”.

Sobre el tema se ha dicho. El maestro Videla Escalada, nos enseñó que la responsabilidad del operador aeronáutico “...comprende a todos los supuestos en que un sujeto de derecho debe responder frente a la comunidad o frente a otra persona en virtud de hechos o situaciones en los se

ha producido algún daño y en los que el ordenamiento jurídico considera que ha habido una manifestación antijurídica...”¹⁸⁶

También, podemos citar a Goedhuis¹⁸⁷, que fue quien luego de realizar todo un análisis interpretativo, teniendo en cuenta la Convención de Varsovia de 1929 y lo tratado en el Segundo Comité de CITEJA, llegó a una conclusión respecto de qué se entiende por “operaciones de embarque y desembarque”.

El autor, refiere que son aquellas maniobras realizadas desde que el pasajero sale del edificio del aeropuerto a tomar el avión, hasta que entra al edificio del aeropuerto de destino. Considera, que, si bien esta definición tiene sus fallas, resulta la más acertada y debería distinguirse dos situaciones. Por un lado, la primera situación sería, si el pasajero es acompañado a tomar el avión (o abandonarlo) con un dependiente del transportador, y es allí cuando ocurren los daños. En este caso, el transportador no será responsable si prueba haber tomado las medidas necesarias para que el daño no ocurriera. La otra situación sería si el pasajero no es acompañado por un dependiente del transportador, ni tampoco tiene posibilidades de hacerlo, ni tampoco de colocar el avión cerca. Para dicho autor, en este caso significaba que el transportador había tomado las medidas necesarias, pese a su imposibilidad, y por lo que no sería responsable. Por tanto, Goedhuis afirma, que la responsabilidad de transportador empieza cuando el pasajero pisa la loza de fin para dirigirse al avión del transportador a los fines de realizar el viaje y termina cuando el pasajero abandonó la loza del de destino.

Sin perjuicio de ello, recurriendo al derecho comparado, resulta importante citar jurisprudencia internacional, precisamente las consideraciones de los tribunales norteamericanos, los cuales continúan fieles a la jurisprudencia iniciada por el caso “*Buronocore v. Trans World Airlines, Inc.*”¹⁸⁸ que fue en donde se sentaron las bases para establecer una serie de factores que deben tomarse en cuenta para determinar si los hechos ocurrieron “en el curso de las operaciones de embarque o desembarque”. Estos factores son: a) la actividad del pasajero en el momento del accidente, b) las restricciones impuestas por la empresa aérea a su movimiento, c) la inminencia del momento de embarque o desembarque, y, d) la proximidad física del pasajero a la puerta de salida/entrada ¹⁸⁹.

Videla Escalada define al accidente: “...como un hecho ocurrido al pasajero, que puede ser totalmente distinto de un accidente de aviación”; “... más aún, el accidente en la manera como el Convenio de Varsovia emplea el término, no puede ser relacionado exclusivamente con la aeronave ni siquiera con el viaje, sino que se refiere a un acontecimiento cuyas consecuencias experimente el pasajero directamente en su persona.”¹⁹⁰

“A los fines de los arts. 17 del Convenio y 139 del Código, es accidente todo acontecimiento súbito que no depende de la voluntad del transportador ni sus dependientes o altera el normal desarrollo de un transporte aéreo por determinar daños derivados de la muerte o lesión corporal de algún pasajero.”¹⁹¹

186VIDELA ESCALADA, FEDERICO. Manual de Derecho Aeronautico. Buenos Aires: Zavalia, 2007.

187MARTINEZ MARTINEZ, ESUTAQUIO. Jurisprudencia Internacional sobre la Convencion de Varsovia de 1929, referente a la responsabilidad civil del porteador aéreo. [aut. libro] Goedhurs. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1962.

188BURONOCORE V. TRANS WORLD AIRLINES, Inc. 900 F.2d 8, 10, 2d Cir. Estados Unidos: United States Court of Appeals, Second Circuit, 1990.

189CAPALDO, GRISELDA. cedaonline.com. [En línea] Powered by WordPress.com, 11 de 07 de 2013. [Citado el: 05 de 03 de 2019.]

190FEDERICO VIDELA ESCALADA. Manual de Derecho Aeronáutico pág. 630.

191LENA PAZ, JUAN. Código Aeronáutico comentado– Abeledo Perrot, pág. 139).

Ni el sistema Varsovia de 1929 – La Haya de 1955, ni Montreal 1999 han establecido qué comprenden las operaciones de *embarque* y *desembarque* en cuyo ámbito temporal, comprende la responsabilidad del transportador. Es por ello, que como se expresa, dichos Convenios han dejado al criterio de los tribunales y la doctrina la determinación de dicho ámbito de responsabilidad. En líneas generales, es determinar cuándo empieza la obligación de seguridad por parte del transportador y como elemento de discernimiento se utiliza el criterio de la obligación de guarda, custodia, cuidado y acompañamiento del pasajero por parte del personal de la línea aérea hasta los lugares seguros.

Para Tapia Salinas, se trata de un período asimilado al transporte. *“Las operaciones anteriores y posteriores al transporte en sí mismo prolongan, evidentemente, la vigencia de éste y su duración respecto al contrato. Ahora bien, esta extensión no puede ser apreciada con un carácter desorbitado. Puede estimarse lógico y natural que desde el momento en que el pasajero se ponga a disposición del transportista en el aeropuerto de salida y obedeciendo sus instrucciones, comienza la operación de embarque, que termina cuando, una vez en tierra, la aeronave se dirija con los pasajeros, siempre obedeciendo instrucciones del transportista, a lugar seguro en el aeropuerto de llegada”*. Para Rodríguez Jurado, queda, sin embargo, por aclarar también, lo mismo que con respecto a los pasajeros, debe ser la interpretación estricta del concepto de operaciones de embarque y desembarque propiamente dicho. *“En cuanto a los pasajeros entiendo -dice- que ese período se inicia cuando bajo la conducción del personal del transportador aéreo, o comisionado por él, salen de la "sala de embarque" para dirigirse a la aeronave para ascender a ella; y termina cuando, después del aterrizaje en el aeropuerto de destino, el personal a las órdenes del transportador deja a los pasajeros en la "sala de recepción del edificio aeroportuario”*.¹⁹²

También se ha dicho: *“DETERMINACION DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA LAS OPERACIONES DE EMBARCO Y FINALIZAN LAS OPERACIONES DE DESEMBARCO: 1) “Es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias de cada caso, si bien puede decirse en términos generales, que el embarco se inicia cuando el pasajero, por indicación del transportador, abandona las dependencias administrativas del aeropuerto para dirigirse al lugar en que debe abordar el avión, o bien cuando es colocado bajo la conducción de una dependiente del transportador que ha de llevarlo hasta la aeronave, ya que a partir de alguno de esos momentos comienza la ejecución del contrato, asumiendo el transportador todas las responsabilidades que le incumben en virtud de la obligación de seguridad contenida en el respectivo contrato de transporte. A su vez el desembarco solamente finaliza cuando el pasajero, habiendo llegado a destino, desciende de la aeronave y siguiendo las indicaciones del transportador, llega a los lugares del aeropuerto destinado al uso del público.”*¹⁹³

“Esta variada gama de situaciones fácticas, ha sido matizada por la doctrina judicial, la que ha definido con cierta uniformidad los alcances de la interpretación normativa. Así se ha declarado que la responsabilidad del transportador cubre los daños ocasionados durante el descenso en la escalerilla, en la pista de aterrizaje, durante las operaciones de desembarque y en el sector de la Aduana cuando el pasajero transitaba conducido por un funcionario de la línea aérea. Idéntico criterio fue sustentado, cuando el pasajero que sufrió la lesión, fue dirigido por un empleado del

192 Tapia Salinas, Luis. “La duración del transporte aéreo a efectos, de la responsabilidad”. Inserto en “Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio”. Madrid. 1978, &. 137. Agustín Rodríguez Jurado, Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, pág. 238 – 239).

193 LENA PAZ, JUAN Código Aeronáutico comentado– Abeledo Perrot pág. 139).

porteador, en unión de los demás que componían el grupo, hacia los locales de la Aduana del Aeropuerto, en atención a que estas operaciones forman un todo con el transporte aéreo".¹⁹⁴

"... Se considera que el desembarque finaliza cuando el pasajero deja el área de aterrizaje, o sea, cuando, una vez detenida la aeronave en tierra, los pasajeros, abandonan el terreno donde hay desplazamiento de las máquinas y arriban a los edificios del aeropuerto, que constituyen un lugar seguro".¹⁹⁵

Lo expuesto, nos permite aseverar la incorrecta apreciación de los hechos realizada por el Tribunal interviniente, y como consecuencia de ello, el derecho aplicable y la resolución arribada. Ya que, como se dijo anteriormente, el pasajero se encontraba realizando "operaciones de desembarco" de la aeronave, y bajo las órdenes y custodia del transportador, quien debió tomar las medidas necesarias para evitar que se produjeran los daños acaecidos.

Estos lineamientos, a nuestro criterio que no han sido debidamente y adecuadamente meritados por la judicatura, configuran la aplicación por parte del Juez de la discreción judicial en un caso, en vez de encontrar la respuesta correcta a la situación planteada dentro del sistema normativo especial que lo comprende.

Para Hart H. L. A. (El concepto de derecho), en los casos difíciles o complejos, considera que la función judicial es discrecional y entiende por discreción un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección. De allí la importancia de redefinir o determinar los alcances de los conceptos vertidos en la norma.

Esta situación que pudiera ocasionar la discreción judicial por la vaguedad del lenguaje, ha sido superada en razón de que la indeterminación semántica ha sido eliminada por la definición (jurisprudencial y doctrinal) sobre operaciones de "embarque o desembarque", comprendido en las normas jurídicas como se demostrara más arriba.

El autor norteamericano Ronald Dworkin, (Los derechos en serio. Capítulo: El modelo de las normas y Los Casos Difíciles), sugiere que en los casos difíciles, como a nuestro criterio son lo que se les puede presentar al Juez en estos temas por la especialidad y el particularismo de la disciplina, se debe recurrir a argumentos de principio y no a argumentos de políticas en las decisiones judiciales, ello porque los primeros justifican una decisión al mostrar que la misma respeta algún derecho individual o de un grupo, mientras que los segundos justifican una decisión al mostrar que la misma protege algún fin colectivo de la comunidad en su conjunto, aunque se vulnere algún derecho individual. Los jueces, si tienen discreción, estarían aplicando retroactivamente derecho (ex post facto), estarían creando una norma nueva (la sentencia) e imponiendo derechos y obligaciones que no existían cuando el hecho se produjo. También el autor rechaza la discrecionalidad por razones políticas, si el juez tiene poder creador de derecho discrecional, tiene entonces poder político y todo ello llevaría a lo siguiente: aceptar discrecionalidad supone retroactividad y en consecuencia los derechos de los individuos estarían a merced de los jueces. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno de la mayoría y sacrificar alguno de estos derechos no se justifica, aunque ello redunde en mayor beneficio de una mayoría.

194 COSENTINO T. EDUARDO. Régimen jurídico del transportador aéreo. Abeledo Perrot, pág. 128).

195 FEDERICO VIDELA ESCALADA. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 632.

Lo contrario, aceptar que no triunfe, sería no tomarse los derechos en serio (de aquí el título de su obra). El autor propone una función judicial garantizadora y no creadora de derechos.

También se ha expresado en relación al art. 198 del Código Aeronáutico: *“Toda actividad sobre la base del empleo de aeronaves en aptitud y función de vuelo, debe someterse al juzgamiento de la justicia federal. Para desecharla, el argumento de que la acción se funda en disposiciones generales del Código Civil es inoperante, si se pretende así escapar a la competencia federal – que incluso puede ser declarada de oficio.”*¹⁹⁶

*“O sea que en Derecho Aeronáutico es competente, por razón de la materia, la Justicia Federal, solución acertada desde todo punto de vista”*¹⁹⁷

V) SEGUNDO FALLO

En el segundo fallo, se relata que con fecha 03/09/2016 los actores contrajeron matrimonio y con motivo de ello deciden realizar un viaje de bodas eligiendo como destino la Ciudad de Orlando, EEUU; que por diversas razones la fecha de partida de la misma fue programada para el día 13/10/2016 saliendo desde la Ciudad de Buenos Aires (Ezeiza), por lo que los actores compraron dos pasajes (ida y vuelta) BUE/ORL, acompañando documentación al respecto.

Dado que los actores se domicilian en la ciudad de Córdoba, relatan que con fecha 19/09/2016 compran a través de la web site de la demandada Latam, dos pasajes aéreos ida y vuelta Cba./Buenos Aires.

El día 13/10/2016 los actores tenían que estar en el aeropuerto internacional de Ezeiza antes de las 17 hs para hacer el correspondiente check in para su vuelo BUE/ORL; por lo que -sostienen- que anticipándose a cualquier eventualidad eligieron uno de los primeros vuelos del día 13/10/2016 para dirigirse a la Ciudad de Buenos Aires desde la Ciudad de Córdoba de modo que de presentarse algún imprevisto tuviesen tiempo como para resolver cualquier inconveniente. Así resalta que el vuelo LA 4201 COR/BUE salía del aeropuerto de Córdoba a las 8:55 hs.-

Así las cosas, el día 13/10/2016 y al llegar al aeropuerto de Córdoba se anuncian que su vuelo LA 4201 COR/BUE estaba cancelado y como derivación de ello la luna de miel corría el riesgo de frustrarse; señala que no ocurría lo mismo con los vuelos de las otras aerolíneas que seguían operando con normalidad.

Señalan que es a partir de este momento en que comienzan un peregrinaje, difícil de describir y que involucra sensaciones de impotencia, bronca y de todo tipo de tensiones y discusiones, pero sobretodo sensación de desprotección y de total incertidumbre, concretamente de no saber qué pasaría con la luna de miel planeada y el inminente riesgo de perderlo.

En el presente fallo, sobre el “incumplimiento del contrato de pasaje aéreo en el ámbito local” (vuelo de cabotaje), dentro de unos de los argumentos más llamativos por parte del Juez interviniente en primera instancia y los Sres. Jueces de la Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, radica en no considerar “pasajeros” a los actores en los autos mencionados, por no haber podido realizar el viaje. La sentencia de primera instancia dice: *“Pasajero – desde el punto de vista semántico – es quien viaja. De modo que todo perjuicio sufrido por una persona que ha contratado un viaje, pero que no ha partido o que ya ha concluido, no es un*

196ROMERO BASALDUA, LUIS. Temas de derecho de la navegación, marítima y aérea. Marcos Lerner Editores, pág. 96.

197VIDELA ESCALADA, FEDERICO. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 804.

pasajero en vuelo”.

La mencionada concepción, obtenida de una definición de la R.A.E., dista mucho de la que debiera aplicarse y ser comprensiva del caso concreto planteado en esos autos para ajustarse a derecho, toda vez que por las normas del Derecho Aeronáutico, la Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación define al PASAJERO en el artículo 1º diciendo: *“PASAJERO: es toda persona, excepto miembro de la tripulación, con derecho a ser transportado en una aeronave, en virtud de lo establecido en un contrato de transporte”.* Lo expuesto, demuestra una inconsecuencia *per se*.

En las condiciones Generales de la I.A.T.A., aprobadas en la Conferencia de Tráfico de la I.A.T.A. celebrada en Ginebra desde el 12 de noviembre de 1970 al 17 de febrero de 1971, artículo 1º, Definiciones, se expresa: *“PASAJERO: cualquier persona transportada o que haya de ser transportada en una aeronave con el consentimiento del transportador”.*

“El viajero es un vocablo más genérico, que se refiere a todo aquel que pudiera acceder a un vuelo comercial o de cualquier naturaleza. La locución “pasajero”, en cambio está reservada al elemento personal que en condición de titular forma parte de un contrato de pasaje. Bajo esta perspectiva el pasajero puede o no transformarse en viajero. Si se convierte en tal, se habrá ejecutado la obligación contraída por el transportador. Si por el contrario no alcanza este carácter, no pierde su condición de pasajero, pudiendo hacer valer los derechos que le competen por incumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió la otra parte en la relación jurídica concertada.”¹⁹⁸

Lo expuesto, demuestra que, del fallo comentado, queda bajo la órbita del derecho aeronáutico, porque existe la relación jurídica a través del art. 113 del Código Aeronáutico, es decir, el contrato de pasaje (billete de pasaje).

Ello no implica la negación de la aplicación de las normas del derecho común, pero sí desde el orden contemplativo de los actos regidos por la materia en cuanto a su especialidad y su concurrencia con las demás normas del sistema.

La Cámara 8º Civil y Comercial de esta ciudad, en Sentencia N° 73 del 12/6/14, autos “LONGUI, FRANCO EMILIO C/ LAN ARGENTINA S.A.- ABREVIADO- EXPTE. 2321608/36”, *“Sin perjuicio de lo establecido por el Cód. Aeronáutico en su art. 198 que reza “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”, cabe subrayar que la interpretación de la Corte Suprema de la Nación en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. CSJN, 326:4598; 328:4090).”, “En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf. Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213). De ello surge que se declara la competencia federal “frente a una acción referida a la responsabilidad por el equipaje transportado en un viaje aéreo, y, por lo tanto, se trata de una cuestión contemplada por el Título VII, Capítulo I, del Código Aeronáutico, que específicamente trata sobre la responsabilidad por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercaderías transportadas (art. 140*

198Cosentino, Eduardo T. Régimen Jurídico del Transportador Aéreo, pág. 108. Ed. AbeledoPerrot 1986).

y concordantes del código citado)” (Conf. C.S.J.N., in re “Lo Manno, Marcelo F. c/ V.A.S.P. Líneas Aéreas y otro”, 30/05/2001, La Ley Online: AR/JUR/5368/2001).”

En el fallo de 1º instancia en los autos Di Tella se ha dicho: *“Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales Inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”,* si bien de su interpretación literal podría inferirse que el caso referido se encuadraría en dicho supuesto; tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha establecido el carácter restrictivo, limitado y de excepción a la competencia federal *“... se ha señalado que no obstante la imprecisión de la norma, únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional, excluyéndose aquellos procesos fundados en el derecho privado que corresponden a la competencia ordinaria, como aquellos en que se invoquen disposiciones del derecho común”.* (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II 31/03/2005 en autos:” Novoselitchi, Cristian E. J. c. Aero Baires S.A.C.I.”, publicado en la ley on line AR/JUR/499/2005).

Se podría llegar al absurdo, en función de cierta argumentación de logicidad de la exclusión, que, si se pretendiera escapar de una determinada competencia judicial en razón de la pretensión planteada en una demanda, en caso, reclamar daños y perjuicios regulados en el derecho común, y que eso implique la dirección de intervención de la judicatura y la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, sería vulnerar y desvirtuar el principio *iura novit curia*

En función de la interpretación de lo establecido en los fallos precedentes, queda suficientemente claro que la competencia federal en razón de la materia, corresponde en ambos casos la intervención del fuero federal, debido a que los hechos abarcan la aplicación en forma directa de la legislación aeronáutica, daños y perjuicios en las “operaciones de embarque y desembarque”, como en el “incumplimiento del transporte de pasaje aéreo”.

Tanto la legislación internacional, Convenio de Montreal de 1999, el Código Aeronáutico, la Resolución 1532/98 contemplan ambos casos. Los fallos son extremadamente claros en que *“...únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional...”.*

Por otro lado, los casos bajo análisis, *afectan directamente la navegación y el comercio aéreo, y se ven afectados intereses federales o la prestación del servicio.* El interés federal afectado es cierto, real, objetivo, legítimo, concreto y con suficiente entidad, la causa predominante es federal, un interés federal ya que afecta y se analiza directamente al transporte aéreo, a la aeronavegación, a la aeronave, a la responsabilidad etc. Es decir, siempre se analiza y se trata de normas de carácter nacional, federal, establecidas en nuestra Carta Magna. Lo contrario, hubiese significado que en los casos bajo análisis y en los fallos mencionados no se habría tratado la normativa aeronáutica y solamente se hubiese justificado la argumentación y fundamentación de los mismos, con sólo las normas del derecho común, sin siquiera abordar en el mínimo el análisis de las normas especiales de la disciplina aeronáutica.

Lo expuesto, se reitera, no significa la no aplicabilidad de las normas del derecho común en todas aquellas circunstancias no debidamente o adecuadamente tuteladas por la legislación aeronáutica, de ahí la “conurrencia” e “integralidad” del sistema normativo.

Para profundizar más en el tema, como se expresará anteriormente, los proyectos de modificación del Código Aeronáutico de la Dra. Capaldo y el Dr. Folchi establecen claramente estos lineamientos en relación a la Jurisdicción y Competencia. El de la Dra. Capaldo lo hace en el capítulo

II, ley aplicable, jurisdicción y competencia en los arts. 7 y 8 los cuales tratan y remiten a los arts. 1, 2, 3 y 4 del mismo cuerpo legal ¹⁹⁹y el del Dr. Folchi en el art. 3²⁰⁰.

Por lo que estos principios, aún con las nuevas modificaciones y tendencias, permanecen inmutables.

A modo de conclusión, estamos en el convencimiento que en los casos que caigan bajo la normativa aeronáutica, la competencia es de la justicia federal.

VI) ALCANCE DE LAS NORMAS QUE TUTELAN LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO AERONÁUTICO, DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL ACTUAL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

i) Introducción

En el nuevo anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo de fecha 27/03/2019, se observa una modificación sustancial en relación al transporte aéreo.

El art 4 del anteproyecto expresa: *“Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación”.*

199 CAPÍTULO II Ley aplicable, jurisdicción y competencia

Nota al Capítulo II: Se ha introducido una variante metodológica, pues lo atinente a las cuestiones jurisdiccionales y legales es incorporado como un Capítulo independiente dentro del Título I, relativo a las Disposiciones Generales. En la ley 17.285 estos temas eran regulados en el Título XI, artículos 197 a 201. Los Anteproyectos de Código Aeronáutico del año 2000 y del año 2006 preparados por la Subsecretaría de Transporte Anteproyecto y el del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, son los antecedentes de esta novedad metodológica.

ARTÍCULO 7: Declarase materia de legislación nacional lo concerniente a la regulación de: a) el conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; b) la seguridad operacional y la seguridad de la aviación; c) la circulación aérea en general, el funcionamiento de los aeródromos, especialmente aquellos destinados a la navegación aérea internacional o interprovincial o a servicios aéreos conectados con éstas y de los lugares denunciados como aptos; d) la actividad de los clubes aéreos en sus distintas especialidades de la aeronáutica civil como así también de las escuelas relacionadas a esas especialidades, sean o no parte de dichos clubes aéreos; e) la incidencia ambiental de la infraestructura, los servicios y operaciones vinculados al conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; Autor: Griselda D. Capaldo PROYECTO ICAO-ARG/07/803 33 Página 33 de 183 f) el otorgamiento de las certificaciones de idoneidad del personal aeronáutico, así como la matriculación y certificación de aeronavegabilidad y de tipo de las aeronaves; g) el otorgamiento de los permisos de operación de transporte y de trabajo aéreos.

Conc.: art. 197 de la ley 17.285. Nota: Se fijan las materias que serán objeto de legislación nacional, y por lo tanto quedan excluidas de la potestad legislativa de las provincias. Tiene modificaciones conceptuales y semánticas. La cláusula ambiental del inc. e), extensiva a las actividades mencionadas en los incisos previos, es novedosa y carece de correlato con normas aeronáuticas previas a la sanción de este Código. Su antecedente es el Anteproyecto del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, recogido luego por el Anteproyecto de Código Aeronáutico del año 2006 preparado por la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial.

ARTÍCULO 8: Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre aquellas cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación establecido en los artículos 1, 2, 3 y 4 de este Código, así como de las faltas y delitos que se relacionan con ellas y puedan afectarlas.

Conc.: art. 198 de la ley 17.285. Nota: Tiene modificaciones semánticas y conceptuales para precisar que la competencia de la Corte Suprema coincide con el ámbito de aplicación de este Código.

200 Artículo 3.- El conocimiento y decisión de las causas que versen sobre Aeronáutica Civil y los delitos que se relacionen con la misma es de jurisdicción y competencia de los Tribunales en lo Civil y Comercial Federal y en lo Penal Federal de la Nación.

La ley 24240 modificada por la 26361, en su art 63 establece una aplicación supletoria al “contrato de transporte aéreo”, estableciendo una primacía del Código Aeronáutico y los Tratados internacionales. El art. 63 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor dispone: *“Para el supuesto de contrato de transporte aéreo se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”*.

En los Considerando del Decreto 565/2008 de fecha 03/04/2008 que observa al art 32 de la ley 26361, expresa *“que estas nuevas leyes no constituyen normas de fondo, sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenidas en los códigos de fondo y la legislación vigente”*

Se establece que los derechos de los usuarios del transporte aerocomercial están reglamentados en la Resolución 1532 de fecha 27 de noviembre de 1998 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Condiciones del contrato de Transporte Aéreo.

Que los países de mayor tráfico aéreo a nivel mundial, también se rigen por reglamentos que sólo complementan las normas aeronáuticas comerciales, como suceden en Europa a través del Reglamento Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11/02/2004 y que son complementarias de la norma de fondo, el Convenio de Montreal de 1999.

Se resalta los principios de autonomía, integralidad, uniformidad e internacionalidad del derecho aeronáutico y que tienden armonizar las normas y evitar distorsiones en la regulación nacional e internacional.

Entre otras apreciaciones sobre cuestiones constitucionales, sobre inseguridad jurídica y valoración de fallos internaciones, se observa el art 32 de la ley 26361.

En el anteproyecto de ley de defensa del consumidor, se ha optado por dejar de lado la aplicación supletoria de dicha ley al transporte aéreo y establecer la aplicación concurrente y de acuerdo con su materia, del Código Aeronáutico, los Tratados internacionales y la propia ley.

La norma introducida, constituye un importante avance en cuanto a la debida protección de los derechos de los pasajeros usuarios del servicio de transporte aéreo, ya que, si bien la situación de los pasajeros está contemplada en la normativa especial del Derecho Aeronáutico, no posee los alcances adecuados en determinados casos de acuerdo a las tendencias modernas del resarcimiento integral.

Aunque se observa que la jurisprudencia ha avanzado en la protección de los consumidores en cuestiones vinculadas al transporte aéreo, más allá de la mentada supletoriedad, de la interpretación en la aplicación de las normas vigentes, resulta discutible en algún aspecto esa protección de situaciones de hecho en la actividad aeronáutica y con ello, lleva a la discrecionalidad judicial y a la inseguridad jurídica, lo cual negamos por las razones expuestas anteriormente.

La gran labor a realizar, será tratar de establecer en función de la aplicación de las normas vigentes protectoras de los derechos del consumidor, y las que regulan el derecho aeronáutico, el equilibrio necesario para llegar al imperativo categórico del valor justicia.

ii) Aplicación supletoria y aplicación concurrente

Ha quedado suficientemente claro y establecido el carácter de contrato de consumo que reviste el contrato de transporte aéreo de pasajeros. La relación de consumo queda conformada por los pasajeros como “usuarios” frente a una aerolínea, “proveedora” de servicios aéreos. La presente

relación más allá de las normas especiales del Derecho Aeronáutico, queda al amparo de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

El anteproyecto, como se expresara, establece una aplicación *concurrente* de las normas del Código Aeronáutico, los Tratados internaciones y la propia ley de consumo, de acuerdo con su materia. Pareciera entonces, la existencia de normas contrapuestas y no adecuadas en cuanto a su tutela y alcance, ya que, por un lado, en función del sistema de responsabilidad establecidos en el Código Aeronáutico y algunos tratados internaciones, la responsabilidad es subjetiva y limitada y por otro lado en la LDC la responsabilidad es objetiva e integral.

Ante la nueva modificación establecida en el anteproyecto de LDC, será importante lograr determinar el alcance de la *conurrencia* en la aplicación e interpretación en ambos sistemas normativos especiales, tratando de equilibrar los derechos, obligaciones e intereses de las partes.

En un primer análisis, el ordenamiento aeronáutico y las normas del consumidor en los casos cuya aplicabilidad comprenda ambos espectros normativos, surge la complementación de las normas, tendientes a la integralidad, lo que significaría una remisión a la concurrencia de cada uno y de acuerdo a su materia (normas del derecho aeronáutico y normas del consumidor), pero colocando al damnificado en la mejor posición y de esta manera, llegando a una solución más justa, al caso en particular.

En la norma del art 4 del anteproyecto, no existiría una prelación, es decir un orden sucesivo en cuanto a su aplicabilidad, a contrario de lo establecido en el actual art 63 de la ley 24240 (supletoriedad), ya que la concurrencia a nuestro modo de ver, sería la *coincidencia* de ambos ordenamientos especiales que regulan cuestiones empíricas con distinto alcance pero comprensiva de su especialidad y particularismo y tendientes a una cobertura integral y armónica de las normas que se apliquen al caso.

En las situaciones de hecho que no estarían comprendidas en el derecho aeronáutico, se aplican las normas del derecho del consumidor sin mayor inconveniente, ya que la supletoriedad, implica acudir a las normas brindadas por la LDC en aquellos supuestos no comprendidos en la normativa propia del derecho aeronáutico, lo que daría lugar a una aplicación complementaria de normas cubriendo lagunas normativas.

Otra situación que se podría plantear en cuanto a la aplicación de las normas concurrentes, sería el caso cuando ambos ordenamientos brindan soluciones diferentes u opuestas. En estos casos y de acuerdo a lo establecido en el art 4, debería acudirse por parte del intérprete (operación intelectual razonada), a lo establecido en cada materia al caso particular.

El gran desafío será, encontrar la integralidad normativa de los sistemas especiales en pugna, con un aditamento primordial, que será la aplicación e interpretación de las normas en el caso concreto con lo establecido en el art 28 del anteproyecto, el dialogo de fuentes, es decir tendiente a una reparación final integral y completa.

En relación a las fuentes, en el anteproyecto se expresa: *Sección 6ª - Diálogo de las fuentes*
ARTÍCULO 28. Diálogo de las fuentes. *Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes*

del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.

No estamos de acuerdo en considerar la posibilidad que, en determinados casos contemplados en la normativa aérea, sean inaplicables las normas aeronáuticas a la relación de consumo, por dos razones: 1) desvirtuaría todo el sistema normativo aeronáutico a nivel nacional e internacional, 2) no sería la voluntad del legislador, ya que si se pretendiera la inaplicabilidad de las normas aeronáuticas, se hubiese derogado o reformulado de alguna manera la redacción del art 4 dejando de lado la *conurrencia*, 3) no se respetaría el principio de integralidad que subyace y atraviesa en forma transversal a la norma que regula el diálogo de fuentes (art 28).

En los casos concretos vinculados a las normas del derecho aeronáutico y las normas del LDC en los convenios internacionales, tanto del sistema de Varsovia de 1929 como en el Acuerdo de Montreal de 1999 comprenden y abarcan los supuestos de lesiones o muerte del pasajero; pérdida, demora en la entrega o daños al equipaje, y retraso.

En los supuestos de lesiones o muerte del pasajero, el Convenio de Varsovia establece la responsabilidad del transportador derivado de un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque. En el Convenio de Montreal se ha apartado de dicha fórmula y establece la responsabilidad por la sola razón de que el accidente haya ocurrido en cualquiera de dichas circunstancias. En el primero de los Convenios (Varsovia) la responsabilidad será siempre limitada, mientras que en el segundo (Montreal), la estructura de responsabilidad en materia de daños por muerte o lesiones, es de dos niveles de responsabilidad. En un primer nivel, circunscripto a los daños que no excedan de los 128.821 DEG es de base objetiva; en el segundo nivel, respecto de los daños que excedan esa cifra, es de base subjetiva. Es de recalcar, que así desaparece el límite de la responsabilidad en el contrato de pasaje, postura a la que adherimos.

En los casos de pérdida o daños al equipaje, la responsabilidad del transportador es de tipo subjetiva en el Convenio de Varsovia, y objetiva en el Convenio de Montreal (subjetiva solamente respecto al equipaje de mano). En ambos ordenamientos se prevé la limitación de responsabilidad del monto a resarcir.

En cuanto al retraso, en el transporte aéreo de pasajeros y sus equipajes el sistema de Varsovia como el de Montreal, establecen la responsabilidad de tipo subjetiva del transportador.

En el Código Aeronáutico de la República Argentina, siguiendo los lineamientos de las disposiciones de la Convención de Varsovia, se regula de la misma manera, con la distinción de la cuantificación de los montos correspondientes a los límites de responsabilidad. Así, en el título VII Responsabilidad, se trata la responsabilidad de las empresas de aeronavegación por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas. En todos los casos la responsabilidad es contractual, subjetiva con inversión de la carga de la prueba y limitada salvo dolo (art. 147), de acuerdo a los arts. 142 y 144.

La legislación aérea, trata ciertas situaciones que contemplan la relación contractual con el pasajero, de manera complementaria y conjuntamente con la resolución 1532/98 donde se aprueban las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo, que rige los servicios de transporte aéreo regular internos e internacionales. En la referida resolución, se destacan las definiciones, situación ésta, muy importante ya que permite disminuir la indeterminación semántica.

El sistema regulado en el Derecho Aeronáutico en su conjunto en nuestro país, comprende la prueba del transporte aéreo a través del billete de pasaje, su transmisión, validez, extensión, la

información al pasajero, tarifas, cargos y tasas, las reservas y sus características operativas, los horarios e itinerarios, el overbooking, los reintegros y los diferentes supuestos, montos, la equiparación del transportador de hecho al contractual a los efectos de determinar su responsabilidad (solidaria) frente a los usuarios, la constitución de seguros obligatorios, los plazos para efectuar protesta aeronáutica, la lesión o muerte del pasajero cuando el daño haya sido ocasionado por un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 139), la destrucción, pérdida o avería del equipaje en el art. 140, que impone la responsabilidad del transportador cuando el hecho que originó el daño haya ocurrido mientras el transportador haya tenido bajo su custodia dicho equipaje, el retraso de pasajeros, equipajes o mercancías, de acuerdo a lo que dispone el art. 141 del CA, nulidad de la cláusula eximente de responsabilidad en el art. 146 por lo cual se puede exigir la nulidad de cualquier cláusula cuyo objeto sea el de eximir al transportador de responsabilidad, o fijen un límite inferior al establecido por el Código.

En el régimen de las Cancelaciones en el Código Aeronáutico, se diferencia en este punto de los Convenios Internacionales y trata la cuestión de la cancelación del vuelo o interrupción del viaje. En tales supuestos, el art 150 otorga a los pasajeros el derecho al reembolso total del precio del pasaje en caso de cancelación, o de la parte proporcional por el trayecto no realizado, así como también pone en cabeza del transportador los gastos de desplazamiento y estadía desde el lugar de aterrizaje al lugar más cercano para poder continuar el viaje, cuando éste haya sido interrumpido; los reembolsos en caso de cancelación por parte del pasajero, cuando la aeronave partiese con todas las plazas ocupadas. Si bien el Código establece que el pasajero que no se presentase a tomar el vuelo (*no show*) o llegase a hacerlo con demora, no tendrá derecho a la devolución del precio del pasaje; también establece una excepción a favor del pasajero, otorgándole el derecho al reembolso del 80% en aquellos casos en que la aeronave partiese con la totalidad de sus plazas ocupadas.

Lo expuesto, se ajusta a las características propias y especiales del Derecho Aeronáutico y su regulación de armonización con normas de los convenios internacionales. Se destaca, que, si bien las normas del Derecho Aeronáutico regulan la aeronáutica civil en el ámbito de su aplicación, también contempla situaciones abarcativas de protección al pasajero que responde a los principios especiales del hecho navegatorio, pero que, en casos concretos, resultan insuficientes frente a la reparación integral de la LDC.

Asimismo, es claro que cada vez que las normas no resulten simplemente complementarias sino, por el contrario, devengan opuestas en la solución brindada de acuerdo con la materia, deberá acudir al principio *in dubio pro consumidor* para resolver la cuestión, donde operaría claramente el art 4 del anteproyecto en concordancia con el art 28 sobre el diálogo de fuentes, tendiente a una reparación más abarcativa e integral al pasajero.

Lo señalado debe interpretarse en el sentido que la LDC es una ley general posterior que no deroga a la ley especial anterior (conf. en ese sentido Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tº 1, págs. 55/56).

iii) Límite indemnizatorio y daños punitivos en los tratados internacionales

Otro tema de análisis, es la aplicación de los límites indemnizatorios y daños punitivos en los supuestos de transporte aéreo internacional regido por convenciones internacionales como el sistema de Varsovia de 1929 y Montreal de 1999.

Dejamos expresamente establecido que pregonamos la inconveniencia de la limitación cuantitativa de responsabilidad del transportador, no sólo en el Derecho Aeronáutico, sino también en el Derecho Marítimo, en razón de que las circunstancias y hechos que dieron origen al mismo, han desaparecido.

En la actualidad y por el desarrollo de la industria aeronáutica, y que, si bien los fundamentos de la limitación de responsabilidad siempre fueron económicos, no jurídicos, el mercado aéreo a nivel mundial y local, está suficientemente cubierto a través de los institutos de los seguros, co seguros y reaseguros.

En el ámbito interno, tratándose tanto el Código Aeronáutico como el Estatuto del Consumidor de leyes nacionales especiales, no habría ningún obstáculo a que mediante la aplicación concurrente prevista en el art. 4º en análisis, puedan dictarse indemnizaciones judiciales por encima de los límites indemnizatorios del Código Aeronáutico, como así tampoco no habría ningún obstáculo para la aplicación de daños punitivos si concurriesen los presupuestos que la normativa de consumo contempla. De todos modos, más allá de lo expuesto, es de resaltar que la moneda de cuenta establecida en el ordenamiento jurídico argentino en el transporte aéreo, el "argentino oro" (Ley 1130 de 1881) fijada la cotización por decreto 75/76 del BCRA, en la actualidad, dichos límites superan ampliamente los montos indemnizatorios establecidos actualmente por los tribunales nacionales. Situación ésta que también reviste la misma conclusión, en la aplicación de los convenios internacionales, con la unidad de cuenta el DEG (derechos especiales de giro) para el pago de indemnizaciones.

En un primer análisis cuya aplicación comprenda los límites indemnizatorios de los tratados de Varsovia o Montreal (en el caso de responsabilidad por daño, pérdida o retraso en mercaderías o equipaje); si bien pueden ser discutibles los argumentos vertidos más arriba en cuanto a su aplicabilidad, es de resaltar que también tendrían que superar el control de constitucionalidad al que están sujetos, toda vez que si bien los convenios internacionales tiene prioridad sobre las leyes ordinarias (art 75, inc. 22, párr. 1º, Const. Nacional), las reglas constitucionales prevalecen sobre cualquier convención internacional (art 31 de la CN).

En relación al daño punitivo establecido en la LDC, sería procedente si el tratado aplicable fuere el de Varsovia, toda vez que este no prevé ninguna prohibición de daños punitivos o no compensatorios, esto responde a que en el momento histórico de su creación (año 1929), los presupuestos a que dieran lugar este rubro, no se consideraban como elementos constitutivos en un reclamo ni tutelados por el ordenamiento jurídico.

En el anteproyecto en comentario, el daño punitivo establecido en la LDC ha sido previsto también para el supuesto de prácticas abusivas, entre las que se especifica expresamente la sobreventa en servicios de transporte aéreo de pasajeros (arts. 26 inc. 11 y 27).

Ante ello, es de resaltar que si se tratase de overbooking (sobre venta) en un transporte internacional que torne aplicable el Convenio de Montreal, la posible sanción de daños punitivos encontrará el obstáculo del art. 29 del citado convenio. En todo lo demás, la responsabilidad a cargo de la aerolínea se encontrará regida por la aplicación concurrente con la LDC.

Dispone el art. 29 del Convenio de Montreal: *"En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos*

derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria".

En consecuencia, en la medida en que resulten aplicables los tratados internacionales de Montreal o Varsovia, regirá la limitación de la responsabilidad de las compañías de transporte aéreo, salvo, claro está, que dichos convenios, como se dijera, no superen el control de constitucionalidad al que están sujetos a través de los mecanismos establecidos en de nuestra Carta Magna.

En relación a los daños punitivos, compartimos los lineamientos establecidos más abajo, elaborados por la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aplicabilidad al transporte aéreo, teniendo en cuenta el caso en particular y con los límites interpretativos del sistema normativo en su conjunto.

La Ley de Defensa del Consumidor incorpora el daño punitivo en el art. 52 bis, que establece: *"Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan."* *"Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley"*.

Nuestro máximo tribunal en el ámbito provincial ha señalado: *"Otra tesitura, que este Tribunal comparte y adhiere, considera que, si bien los daños punitivos tienen carácter sancionatorio, no obstante, no comparten la misma naturaleza que una sanción del Derecho Penal. Se trata de una sanción civil ajena al marco del Derecho Penal. "Tiene una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas similares" (Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "La naturaleza jurídica de los daños punitivos" obra cit. Revista de Daños, pág. 114/115." "Cabe admitir que la función de penalizar, en principio, sólo está reservada al Derecho Penal, pero el instituto de que se trata que contempla una sanción punitiva, no se corresponde necesariamente con el derecho ni el proceso penal, no advirtiéndose inconveniente en su carácter de multa civil de emplazarla en la esfera privada." "El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas." "Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizador, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores." "Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva)." "Y el propósito punitivo del instituto no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advierte inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada." "De otro costado, cuadra señalar que este tipo de punición en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión del delincuente." "La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor." "Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares"*

al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en "La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", en J.A., 2008-II-1198)." "Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos." (...) "En idéntica orientación se ha dejado en claro que no se está ante "...una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral..." (Álvarez Larrondo, Federico M., Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014, pág. 43)." "La prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños." "En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sección específicamente denominada "Función preventiva y punición excesiva", dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el "deber de prevención del daño". Por su parte el art. 1711 contempla una "acción preventiva" general aplicable a cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento." "La responsabilidad civil asume así una función tripartita: preventiva, reparatoria, y punitiva, dentro de las cuales el daño punitivo tiene un desempeño y rol primordial." (...) "Por otra parte, habiéndose establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en materia no criminal. En efecto, "la Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitivedamages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del derecho penal" (Pizarro, Ramón D. "Daños Moral, 2ª Edición, Hammurabi, 2004, pág. 539)." (Sent. Número 61 del 16. 10/5/16, autos "DEFILIPPO, DARIO EDUARDO y OTRO C/ PARRA AUTOMOTORES S.A. Y OTRO – ABREVIADO - CUMPLIMIENTO/ RESOLUCION DE CONTRATO - CUERPO DE COPIA - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD -EXpte 2748029/36)".

La Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial en Sent, 91 del 5/11/15, autos "GIMENEZ, CARLOS JAVIER C/ RED AUTOMÓVILES S.A. – ABREVIADO – OTROS –2625003/36), sostuvo: "...los daños punitivos son definidos por autorizada doctrina extranjera (DannDobbs) como "aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado" (citado por López Herrera, Edgardo, Los Daños Punitivos. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, Ley 24.240, Ed. AbeledoPerrot, 2º Ed., p.17). En nuestro país ha sido receptado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor incorporado a través de la ley 26.361, el cual sigue vigente como legislación complementaria de la Ley 26.994 que deroga el Código de Vélez Sarsfield, habiéndose señalado que "los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores consisten en un adicional que pueden concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder" (Mosset Iturraspe, J. –

Wajntraub, J., *Ley de defensa del Consumidor, Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361, Rubinzal-Culzoni Editores. Reimpresión, 2010, p.279). En segundo lugar, destaco también que las notas tipificantes para su procedencia son las siguientes: "1) la gravedad de la falta, 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido, 5) el carácter antisocial de la inconducta, 6) la finalidad disuasiva futura perseguida, 7) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, 8) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta del mercado, y 9) los sentimientos de la víctima, etc."* (Pizarro, Daniel R., *Daños Punitivos en: Derechos de Daños, Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 2000, p.301*)."

VII) CONCLUSIÓN:

Por las razones esgrimidas, se podría concluir:

- Nos parece errónea la interpretación arribada en los casos bajo análisis, en orden a una falta de encuadramiento en el art. 116. C.N.
- La ley federal 13998/50, de manera categórica, determina la competencia federal en materia aeronáutica.
 - Si bien lo que se pretende en los casos analizados, es un resarcimiento por daños y perjuicios, estamos en presencia de una causa predominantemente federal, por tratarse de hechos acaecidos durante la vigencia de un contrato de transporte aéreo de pasajeros, ya sea en el ámbito nacional o internacional; materia atribuida al Congreso de la Nación (art. 75 inc 13 C.N.).
 - Cuando se pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios que involucren rubros comprendidos en el Derecho Común (lucro cesante, daño moral, daño emergente, etc), o alcanzados por normas de protección a los consumidores (daños punitivos), y que dicho caso sometido bajo el juzgamiento jurisdiccional, contemple situaciones comprendidas en la legislación aeronáutica nacional y/o internacional, se deberá aplicar la concurrencia de los ordenamientos jurídicos especiales en pugna, logrando a través de la integralidad y la armonización, la solución del caso con una reparación integral, acorde a derecho y justa.
- La LDC si bien contiene normas protectoras y correctoras que vienen a complementar o a concurrir – no a sustituir – el ámbito de la protección a los consumidores de carácter general, la normativa aeronáutica a nivel nacional e internacional, también protegen a los pasajeros, en forma específica y de acuerdo a la realidad de la actividad del servicio.