

LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. EL DERECHO DE RETRACTO¹⁻²

THE RIGHTS OF PASSENGERS IN THE CONTRACT OF AIR TRANSPORTATION THE RIGHT OF WITHDRAWAL

Manuel Guillermo Sarmiento García³

RESUMEN:

La opinión de un sector de la doctrina colombiana considera el derecho de retracto consagrado en el estatuto del consumidor, como un ejercicio abusivo del derecho, posición que el autor no comparte, ya que el derecho de retracto, si bien se trata de una terminación unilateral, sus causas están claramente establecidas en la ley, la que ha establecido que, respecto de ciertos contratos, donde la posición del consumidor resulta débil, debe protegerse su autonomía privada, con la posibilidad de retractarse de su compromiso, cuando evalúa con más calma y prudencia las obligaciones que asumió, por eso la ley no ha establecido el derecho de retracto para todo tipo de contratos, sino sólo para aquellos donde la libertad contractual del consumidor está más restringida, y lo puede llevar a cometer equivocaciones, error que es excusable y que por ningún motivo puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa por parte de las aerolíneas.

ABSTRACT

The opinion of a sector of Colombian doctrine considers the right of withdrawal enshrined in the consumer's statute, as an abusive exercise of the right, a position that the author does not share, since the right of withdrawal, although it is a unilateral termination, its causes are clearly established in the law, which has established that, with respect to certain contracts, where the consumer's position is weak, their private autonomy must be protected, with the possibility of retracting their commitment, when they evaluate more calmly and prudence the obligations assumed, that is why the law has not established the right of withdrawal for all types of contracts, but only for those where the consumer's contractual freedom is more restricted, and can lead him to make mistakes, an error that is excusable and that for no reason can give rise to an enrichment without just cause on the part of the airlines.

1 Esta ponencia desarrolla similares planteamientos a los expuestos por el autor en el trabajo: "El derecho de retracto de los pasajeros en el transporte aéreo", presentado en el seminario "Le condizioni generali di trasporto del vettore aereo", celebrado en la Universidad de Roma "La Sapienza" el 12 de mayo de 2.016..

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

3 Miembro de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial; Profesor de la Universidad Externado de Colombia; Director del Centro de Estudios de Derecho del Transporte de la Universidad Externado. manuel.sarmiento@uexternado.edu.co

PALABRAS CLAVE: Transporte Aéreo, Derechos del Consumidor, Derecho de retracto.

KEY WORDS: Air Transport, Consumer Rights, Right of withdrawal.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar permítanme agradecer personalmente y en representación de la Universidad Externado de Colombia, al Doctor MARIO FOLCHI, Presidente de ALADA, lo mismo que al Rector y al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cuyo y a todos los miembros de la comisión organizadora, por la invitación que me han formulado para participar como conferencista en estas XL Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial y tener la feliz oportunidad de conocer esta bella ciudad de Mendoza.

Como lo afirmé recientemente en un seminario sobre transporte aéreo en la Universidad de Roma "La Sapienza",⁴ resulta incuestionable que en las últimas décadas el derecho de los contratos ha sufrido una importante evolución, especialmente aquellos vínculos contractuales donde las relaciones de consumo ocupan un lugar destacado, me refiero fundamentalmente a los contratos que conllevan la prestación de un servicio público, donde los usuarios o consumidores como parte contratante tienen una posición privilegiada frente a la ley, que desborda muchas veces la regulación legal contenida en las normas de derecho privado que tipifican este tipo de contratos, que al tener por objeto la prestación de un servicio público, dan lugar a un consumo masivo por parte de los ciudadanos, que por su impacto socio-económico, ha dado lugar a un proteccionismo de los intereses de los usuarios⁵, que las empresas prestadoras de los servicios juzgan exagerado.

Es por ello que actualmente los derechos de los usuarios constituyen un tema importante en el análisis de los contratos, donde las relaciones de consumo influyen en forma determinante en el vínculo contractual, como sucede con la regulación del contrato de transporte aéreo, en la cual los derechos de los pasajeros se han convertido en uno de los aspectos fundamentales con miras a establecer las condiciones generales de dicho contrato.

En el desarrollo de esta ponencia, me propongo presentar a Ustedes la situación actual que en materia de derechos de los pasajeros en el transporte aéreo sucede actualmente en Colombia, haciendo una breve comparación con la normatividad establecida en algunos países latinoamericanos y de la Unión Europea, básicamente en lo que se refiere al derecho de retracto que tiene el pasajero, para desistir de la celebración del contrato, especialmente cuando este se perfecciona a través de métodos no tradicionales de venta, utilizando la plataformas de internet de las aerolíneas o sus "call center".

4 SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. "El derecho de retracto de los pasajeros en el transporte aéreo". Ponencia presentada en el Seminario "Le condizioni generali di trasporto del vettore aereo", celebrado en la Universidad de Roma "La Sapienza" el 12 de mayo de 2.016.

5 En este sentido MAZEAUD, Denis. "Las reformas del derecho francés de contratos", Estudios de Derecho Civil. En memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2.014, pág. 255, sostiene: " No hay duda de que la imposibilidad de negociar el contenido de sus contratos en la cual a menudo se encuentran los consumidores motivó al legislador a protegerlos contra las cláusulas abusivas que, con frecuencia, se caracterizan por otorgar un poder unilateral y exorbitante al profesional sobre la suerte del contrato, o por una desproporción entre los poderes y las posiciones contractuales, pero no afectan el equilibrio de las prestaciones".

Nos ocuparemos en primer lugar de analizar los conflictos de leyes que existen en Colombia, respecto de la regulación del derecho de retracto, que a su vez ha desatado un conflicto de competencias de las autoridades encargadas de aplicarlas, ya que las normas de derecho privado contenidas en el Código de Comercio y en las normas aeronáuticas, chocan con las normas de derecho público consagradas en el estatuto del consumidor, habiéndose inclinado los Tribunales, especialmente la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por aplicar el estatuto del consumidor, para resolver los conflictos que se han presentado entre las aerolíneas y los pasajeros respecto al ejercicio del derecho de retracto, imponiéndole a los transportadores aéreos cuantiosas multas por la violación de las normas de consumo en la ejecución del contrato de transporte aéreo.

Este análisis del conflicto de leyes y competencias en materia regulatoria nos conduce finalmente al estudio de la reciente reglamentación de la autoridad aeronáutica, donde se hace una diferencia entre los derechos de retracto y desistimiento, cuyo contenido, alcance y efectos, resulta fundamental en la configuración de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo y su aplicación a las condiciones generales del contrato, que constituye la segunda parte de esta ponencia.

II. CONFLICTO DE LEYES Y COMPETENCIAS EN COLOMBIA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN EL TRANSPORTE AÉREO.

Tradicionalmente en Colombia las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control de la actividad aeronáutica en general y el transporte aéreo en particular se encuentran en cabeza de la Autoridad Aeronáutica, de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio, en la ley 336 de 1.996 y en los reglamentos aeronáuticos, que a su vez son expedidos por dicha autoridad.

El Código de Comercio expedido en el año 1.971 y la ley 336 de 1.996, mediante la cual se expidió el estatuto nacional del transporte, contienen una regulación muy exigua de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, limitándose la legislación comercial a establecer los elementos básicos de la responsabilidad civil del transportador aéreo derivada del retardo en el cumplimiento de sus obligaciones y asignándole a la autoridad aeronáutica la facultad de expedir los reglamentos aeronáuticos (artículo 1.782), mientras la ley 336 en su artículo 68, le otorga a dichos reglamentos la categoría de fuente normativa del derecho aeronáutico, derogando de esta manera un antiguo concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, que había sostenido la tesis en virtud de la cual estos reglamentos sólo podían referirse a aspectos técnicos de la navegación aérea y por lo tanto la autoridad aeronáutica no tenía competencia para regular aspectos de orden jurídico vinculados con la actividad aeronáutica y la industria del transporte aéreo.

En consecuencia, la mayor parte de la regulación referida a los derechos de los pasajeros ha sido responsabilidad de la autoridad aeronáutica, quien ha expedido una reglamentación amplia y detallada del contenido y alcance de dichos derechos.

Así tenemos que los reglamentos aeronáuticos de Colombia, conocidos por la sigla RAC, en su parte tercera contiene la normatividad aplicable a las relaciones contractuales entre los transportadores aéreos y los pasajeros respecto a la celebración y ejecución del contrato, describiendo en forma pormenorizada tanto los derechos de los pasajeros

y los correlativos deberes de los transportadores, como los derechos de estos y los respectivos deberes de los pasajeros.

Esta reglamentación, que influyó a su vez en la normatividad expedida por la Comunidad Andina de Naciones, antiguo Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión 619 de 2.005, se refiere en forma específica a todas las fases de celebración y ejecución del contrato de transporte aéreo, desde la reserva del boleto o tiquete hasta el cumplimiento total de las obligaciones de resultado y garantía a cargo de los transportadores aéreos, reglamentando en forma detallada todo lo relacionado con la solicitud de reserva, el record de reserva, su confirmación y reconfirmación por parte del pasajero y las consecuencias que tiene la omisión de la misma, la protección de la información entregada por el pasajero, el respeto de la reserva, la información sobre cambios a la reserva que debe suministrar la aerolínea, la adquisición del tiquete, su vigencia, el pago del mismo, el derecho que tiene el pasajero a desistir del viaje y sus efectos, el cumplimiento de las promociones ofrecidas por los transportadores, especialmente de los denominados “paquetes todo incluido”, y en general todo lo relacionado con la expedición del pasabordo, el aviso para embarque, la admisión del pasajero, las facilidades para el embarque y desembarque, la conducción y tratamiento al pasajero, la reglamentación especial sobre pasajeros especiales: enfermos, dementes o menores, mujeres en estado de embarazo, las cancelaciones, interrupciones y demoras en los vuelos o sobreventas de boletos o tiquetes y las compensaciones a favor de los pasajeros en el caso que se presenten dichas situaciones, de tal forma que en principio parecería que esta reglamentación expedida por la autoridad aeronáutica en cumplimiento de sus facultades legales, fuera suficiente para regular las relaciones contractuales entre los transportadores aéreos y los pasajeros.

Sin embargo como son los hechos sociales los que determinan fundamentalmente el contenido del derecho, como su principal fuente material⁶, los cuales avanzan más rápidamente que las fuentes formales, especialmente la ley, los reglamentos aeronáuticos no previeron una de las grandes revoluciones del transporte aéreo en su historia, como lo fue el boleto o tiquete electrónico, que junto con el paso del avión de pistón a turbina y los sistemas computarizados de reservas, han constituido las grandes transformaciones del transporte aéreo, que lo han impulsado para convertirse en el medio de locomoción más importante del siglo XXI.

La expedición de un boleto o tiquete electrónico por parte de las aerolíneas, que ya había sido previsto tanto en el Protocolo de Guatemala de 1.971⁷, como en el Convenio de Montreal de 1.999⁸, ha sido posible por la utilización de mecanismos de venta no tradicionales o a distancia, gracias a la aplicación de nuevas tecnologías, como son las plataformas de internet y los “call centers”, que se han convertido en los principales canales de distribución de sus productos por parte de las aerolíneas, desplazando a las tradicionales agencias de viaje.

Al no haberse previsto en los reglamentos aeronáuticos estos mecanismos de venta

6 En este sentido: LEGAZ y LACAMBRA, Luis. “Filosofía del Derecho”. Quinta Edición. Bosch, Barcelona, 1.979, pág. 514, sostiene: “Como el Derecho tiene una dimensión existencial, las fuentes materiales del mismo han de ser también realidades existenciales, pues de lo contrario no podrían infundirle realidad y permanecería en estado de “pensamiento”, es decir, no sería derecho”.

7 El artículo II del Protocolo de Guatemala de 1.971 establece que el documento de transporte individual o colectivo se puede sustituir por cualquier otro medio, siempre que se deje constancia de los requisitos exigidos para su expedición.

8 El artículo 3º del Convenio de Montreal de 1.999 reprodujo exactamente la disposición del Protocolo de Guatemala de 1.971, anteriormente citado.

de boletos o tiquetes aéreos por métodos no tradicionales o a distancia, este vacío de reglamentación fue llenado en Colombia por la Ley 1480 de 2.011, que contiene el estatuto del consumidor, el cual le asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de regulación, inspección, control y vigilancia de todas las actividades relacionadas con las relaciones de consumo, regulando en forma específica las ventas de productos o servicios a través de mecanismos de venta no tradicionales o a distancia, así se desprende claramente de lo estipulado en el artículo 2º de la Ley 1480 de 2.011, que al establecer el ámbito de aplicación del estatuto del consumidor dispone que el mismo será aplicable de manera general a todas las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía, salvo cuando exista una regulación especial, caso en el cual se aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas del estatuto.

Queda entonces claro, que al no haber contemplado los reglamentos aeronáuticos las ventas de boletos o tiquetes aéreos a través de mecanismos no tradicionales o a distancia, se aplicaba en forma suplementaria el estatuto del consumidor en lo referente al ejercicio del derecho de retracto en este tipo de ventas, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la ley 1480 de 2.011.

Se presentó entonces con ocasión de la expedición del estatuto del consumidor un primer conflicto de leyes y de competencias respecto a la regulación de los derechos de los pasajeros, por una parte la autoridad aeronáutica con fundamento en lo establecido en el Código de Comercio y en la Ley 336 de 1.996 y en el mismo estatuto del consumidor, afirma su competencia exclusiva para regular a través de los reglamentos aeronáuticos todas las actividades relacionadas con el transporte aéreo, y por otra parte la Superintendencia de Industria y Comercio, que igualmente con fundamento en la Ley 1480 de 2.011 y en ejercicio de las funciones jurisdiccionales allí previstas, viene aplicando el estatuto del consumidor a las relaciones de consumo derivadas de los vínculos contractuales establecidos entre los transportadores aéreos y los pasajeros, concretamente en lo que se refiere al derecho de retracto que tiene todo consumidor de productos o servicios para dar por terminado unilateralmente el contrato.

Han sido precisamente los casos de venta de boletos o tiquetes aéreos por parte de aerolíneas colombianas a través de sus portales de internet, los que han suscitado la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio y la aplicación del estatuto del consumidor a las relaciones contractuales del transporte aéreo.

Por razones de tiempo solo me voy a referir a dos de estos casos, uno se presentó contra la aerolínea LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. que vendió a través de su portal de internet dos boletos o tiquetes aéreos al señor FRANCISCO ARMANDO HERNANDEZ BARACALDO en la ruta Santa Marta-Bogotá-Santa Marta, quien al momento de la compra se equivocó al indicar la ruta, ya que lo que realmente quería era viajar en la ruta Bogotá-Santa Marta-Bogotá, razón por la cual se retractó de dicha compra, exigiendo el reembolso del boleto, a lo cual la aerolínea se negó, alegando que el procedimiento de retracto no se había hecho en forma correcta, aun cuando posteriormente cuando el caso ya se encontraba en conocimiento de la Superintendencia, acepto hacer el reintegro del valor de los boletos o tiquetes aéreos.

De igual forma durante el proceso judicial adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio y en la etapa de alegatos de conclusión, el apoderado de la

aerolínea defendió la tesis en virtud de la cual los transportadores aéreos estaban sometidos a las normas contenidas en los reglamentos aeronáuticos y no era aplicable el estatuto del consumidor, y que en este caso específico por tratarse de un boleto o tiquete no reembolsable, no procedía el reintegro de su valor, por cuanto el reglamento aeronáutico contemplaba en forma expresa esta excepción..

La Superintendencia en su decisión judicial⁹ no aceptó la defensa de la aerolínea y considero que esta había vulnerado los derechos de información y ejercicio del derecho de retracto del pasajero, contemplados en los artículos 23 y 47 de la Ley 1480 de 2.011, y le ordeno a la aerolínea reintegrar el valor del boleto o tiquete, por la suma de \$ 712.060.00, más los intereses causados por la utilización de la tarjeta de crédito, mediante la cual había sido adquirido, imponiéndole a la aerolínea una multa a favor de la Superintendencia por la suma de \$ 6.160.000.00, es decir, nueve veces más de lo que le habría costado el reembolso del boleto.

El otro caso se presentó contra la aerolínea AVIANCA que vendió a través de su portal de internet un boleto o tiquete aéreo al señor DAVID OSORIO ORTIZ en la ruta Cartagena-Medellín-Cartagena, quien al momento de la compra se equivocó al indicar la ruta, ya que lo que realmente quería era viajar en la ruta Medellín-Cartagena-Medellín, razón por la cual se retractó de dicha compra, exigiendo el reembolso del boleto, a lo cual la aerolínea se negó, alegando que debía pagar una penalidad y la diferencia de tarifa, en caso de que aplicará, para efectos de proceder al cambio del tiquete aéreo.

Durante el proceso judicial adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el pasajero demandante alego que la aerolínea había vulnerado su derecho a retractarse de la compra, el cual se había ejercido de conformidad con lo establecido en el estatuto del consumidor y por lo tanto tenía derecho a que se le reembolsara el valor del boleto o tiquete, mientras que la aerolínea si bien no ejerció su derecho de defensa durante el trámite del proceso al no contestar la demanda, en respuesta a un derecho de petición formulado por el pasajero, manifestó que el estatuto del consumidor no era aplicable a la venta de tiquetes aéreos, ya que para estos efectos las aerolíneas estaban sometidas a las normas contenidas en el Código de Comercio y en los reglamentos aeronáuticos, que no consagraban el derecho de retracto por parte del pasajero.

La Superintendencia en su decisión judicial¹⁰ considero que la aerolínea había vulnerado el derecho de retracto del pasajero, consagrado en el artículo 47 de la ley 1480 de 2.011, y que no era de recibo la tesis de la aerolínea sobre las normas especiales que regulan el transporte aéreo, ya que se aplicaba el principio de interpretación favorable al consumidor, establecido en el artículo 34 de la ley 1480 de 2.011, por lo tanto decreto la resolución del contrato de transporte aéreo celebrado entre el pasajero y la aerolínea, y le ordeno a esta reintegrar el valor del boleto o tiquete, por la suma de \$ 117.880.00, debidamente indexada, imponiéndole a la aerolínea una multa a favor de la Superintendencia por la suma de \$ 61.600.000.00, es decir, seiscientos veces más de lo que le habría costado el reembolso del boleto.

En varios foros académicos y declaraciones de prensa¹¹ la autoridad aeronáutica defendió

9 Ver sentencia de 23 de enero de 2.014 proferida por la Delegada para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

10 Ver sentencia de 28 de Julio de 2.014 proferida por la Delegada para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

11 En declaraciones para el periódico Portafolio el 22 de Julio de 2.014, el Director de la Aerocivil sostuvo que el derecho de retracto en el transporte aéreo

su competencia exclusiva para regular, vigilar y controlar todas las actividades vinculadas con el transporte aéreo, y concretamente frente a las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, planteo la tesis de la diferencia conceptual entre el desistimiento y el retracto, afirmando que respecto de las condiciones generales del contrato de transporte aéreo, sólo resultaba aplicable el desistimiento y que este estaba regulado expresamente en el Código de Comercio y en los reglamentos aeronáuticos, por lo tanto no resultaba aplicable el derecho de retracto consagrado en el estatuto del consumidor.

Las decisiones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio aplicando el estatuto del consumidor a las condiciones generales del contrato de transporte aéreo, especialmente en lo referente al ejercicio del derecho de retracto por parte del pasajero, preocupó mucho a la industria del transporte aéreo, quien impulso en el Congreso de la República una ley que resolviera el conflicto de leyes y de competencias en esta materia, que no solo era entre la autoridad aeronáutica y la Superintendencia de Industria y Comercio, sino también se sumaba la Superintendencia de Transporte,¹² quien tiene facultades legales para inspeccionar, vigilar y controlar todos los modos de transporte, incluyendo el aéreo.

Finalmente el Congreso expidió la ley 1558 de Julio 10 de 2.012, conocida como Ley de Turismo, que como lo comentamos en otra oportunidad, pretendió solucionar los conflictos de competencia entre la autoridad aeronáutica y la Superintendencia de Industria y Comercio.¹³

Resulta importante destacar que la ley 1558 de 2.012 y en especial el artículo 25 de la misma, que fue objeto del análisis anterior, fue reglamentada por el Decreto 1097 de 2.014, estableciendo los requisitos que deben cumplir los consumidores de servicios turísticos y aéreos para formular la reclamación directa ante los prestadores de dichos servicios, cuando se vulneren sus derechos como consumidores, afirmando dicho decreto reglamentario la competencia que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor previstas en el artículo 56 de la ley 1480 de 2.011.

Ante la solución poco ortodoxa y atropellada del legislador colombiano consagrada en el artículo 25 de la ley 1558 de 2.012, para dirimir el conflicto de leyes y competencias en materia de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo¹⁴, le correspondió a la

no aplica para tarifas promocionales, y refiriéndose a las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, afirmo categóricamente que la Aerocivil era la única entidad competente para dirimir los conflictos entre las aerolíneas y los pasajeros.

12 Ver SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo, "Los conflictos de regulación de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo". Estudios de Derecho Civil. En memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2.014, págs. 539 y ss.

13 En este sentido SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo, "Los conflictos de regulación de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo". Estudios de Derecho Civil. En memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2.014, pág. 550 sostuvo: "Este conflicto de leyes en materia reguladora de los derechos de los pasajeros y de competencias entre las entidades administrativas encargadas de su aplicación lo intentó solucionar el legislador al expedir la reciente Ley 1558 de 10 de Julio de 2.012, conocida como Ley de Turismo, que establece en su artículo 25 que al sector del transporte aéreo en Colombia, solo le eran aplicables las normas de carácter aeronáutico contenidas en el Código de Comercio y en los reglamentos aeronáuticos, excluyendo expresamente de su aplicación las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor expedido mediante la ley 1480 de 2.011.

"Este artículo 25 de la Ley de Turismo ha sido objeto de muchas críticas, incluso algunos lo han calificado como un clásico "mico", que en el argot parlamentario colombiano consiste en incluir en una ley una materia completamente ajena al objeto de regulación de la misma, que en el caso de la Ley 1558 de 2.012 es la regulación de los servicios turísticos, los cuales deben diferenciarse de los servicios aéreos, así los usuarios de estos, en algunos casos sean igualmente turistas.

"Por otra parte si se revisa cuidadosamente el inciso 2º de la disposición mencionada, allí solo se hace referencia a "los proveedores y comercializadores de servicios aéreos", excluyendo expresamente a los usuarios, por lo tanto, atendiendo los principios que gobiernan la hermenéutica jurídica, habría que concluir que en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo le son aplicables también las normas del estatuto del consumidor".

14 En este sentido SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo, "Los conflictos de regulación de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo". Estudios de Derecho Civil. En memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2.014, pág. 551, sostuvo que la Ley 1558 de

autoridad aeronáutica en ejercicio de sus facultades legales, expedir una reglamentación especial sobre la venta de boletos o tiquetes aéreos por parte de las aerolíneas a través de mecanismos no tradicionales o a distancia, como los portales de internet y los “call centers”, consagrando en forma específica el derecho de retracto por parte de los pasajeros, al cual se había opuesto, con el argumento de que ya existía la posibilidad de desistimiento.

Esta reglamentación está contenida en la Resolución número 01375 del 11 de junio de 2.015 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, incorporada a los reglamentos aeronáuticos, la cual, en su artículo segundo, que modifica el numeral 3.10.1.8 del RAC, establece las diferencias entre desistimiento y retracto, a lo cual nos vamos a referir en la segunda parte de esta ponencia.

Recientemente en el Congreso de la República se tramita un proyecto de ley que pretendía recoger las normas aeronáuticas anteriormente mencionadas, incorporándolas a una norma de mayor jerarquía que los reglamentos aeronáuticos, con la finalidad fundamental de solucionar de una vez por todas, tanto los conflictos de leyes como de competencias, que analizamos anteriormente, sin embargo este proyecto de ley, fue objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, el pasado 11 de Julio del año en curso, al considerar que se tramita equivocadamente ante las comisiones terceras de ambas cámaras que no tienen la competencia constitucional para regular las materias consagradas en el proyecto de ley, en estas circunstancias al ser objetado el proyecto, le corresponde al Congreso volver a tramitarlo en la próxima legislatura, mientras tanto se seguirán aplicando las normas vigentes, con los problemas en materia de conflictos tanto de leyes como de competencia que hemos analizado anteriormente.

III. DESISTIMIENTO Y RETRACTO Y SU APLICACIÓN A LAS CONDICIONES GENERALES DEL TRANSPORTE AÉREO EN COLOMBIA.

La resolución número 01375 del 11 de Junio de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica al adicionar la parte correspondiente de los reglamentos aeronáuticos que regulan los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, establece en su artículo 2º una distinción conceptual entre las figuras del desistimiento y el retracto, que si bien producen las mismas consecuencias desde el punto de vista de los efectos finales del contrato, obedecen a diferentes causas y se ejercen en condiciones distintas.

Por una parte la nueva reglamentación del desistimiento conserva los mismos lineamientos establecidos en el Código de Comercio¹⁵ y en el reglamento anterior¹⁶, como una forma de terminación unilateral del contrato de transporte aéreo por parte del pasajero, quien tiene la facultad exclusiva de desistir del viaje antes de su iniciación, dando aviso al transportador o a la agencia de viajes, a través de la cual se celebró el contrato, con una antelación no inferior a veinticuatro (24) horas a la realización del vuelo.

Este desistimiento del pasajero da lugar a la resolución del contrato de transporte aéreo, la cual trae como consecuencia el reembolso del valor del boleto o tiquete aéreo por

2.012, corre el grave riesgo de ser declarada inconstitucional al violar el principio de la unidad de materia, que ha venido siendo aplicado permanentemente por la Corte Constitucional.

15 El artículo 1.878 del Código de Comercio dispone lo siguiente: “En los casos de desistimiento del viaje por parte del pasajero, las empresas de transporte público podrán fijar porcentajes de reducción en la devolución del valor del pasaje, conforme a los reglamentos de la empresa, aprobados por la autoridad aeronáutica”.

16 Numeral 3.10.1.8 de los Reglamentos Aeronáuticos.

parte del transportador o de la agencia de viajes en su caso, quienes tienen la facultad de efectuar una retención de dicho valor, de conformidad con el porcentaje acordado, que en todo caso no puede ser superior al diez por ciento (10%) del valor recibido por concepto de tarifa, excluyendo tasas, impuestos y tarifa administrativa. Este reembolso debe hacerse en un término no mayor de treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha del desistimiento.

Sin embargo este reembolso tiene una excepción, y no aplica cuando se trata de tarifas promocionales, que ya estaba prevista en el reglamento anterior, pero que el nuevo reglamento le agrega dos condiciones para su funcionamiento, primero, que no obstante se trate de tarifas promocionales el transportador haya ofrecido el reembolso, y segundo que esas tarifas promocionales para poder ser publicadas y ofrecidas se deben haber registrado ante la Oficina de Transporte Aéreo de la autoridad aeronáutica, condición esta que ya había sido prevista en la resolución número 2591 de 6 de Junio de 2.013.

Esta novedad en la reglamentación del ejercicio del derecho al desistimiento es muy importante para la protección de los derechos de los pasajeros, ya que la aerolínea no puede acogerse a la excusa de que se trata de una tarifa promocional para no hacer la devolución del valor del tiquete, por el contrario, tiene la obligación de demostrar que dicha tarifa previamente había sido registrada ante la Oficina de Transporte Aéreo.

Pero lo más importante de esta resolución de la autoridad aeronáutica fue haber reconocido que además de la figura del desistimiento, también resultaba aplicable la del retracto, cuando se trate de ventas efectuadas a través de métodos no tradicionales o a distancia, establecidos en el Decreto 1499 de 2.014, que era la misma regulación establecida en el estatuto del consumidor que no había aceptado anteriormente.

Si bien desde el punto de vista semántico desistir y retractarse son dos conceptos idénticos, que además desde el punto de vista jurídico producen los mismos efectos ex tunc de resolución del contrato, como consecuencia de la terminación unilateral del mismo por parte del pasajero, la autoridad aeronáutica ha querido diferenciarlos, ya que provienen de causas diferentes y están sometidos a distintos requisitos.

Para el caso del desistimiento este se aplica a todo tipo de ventas de boletos o tiquetes aéreos, ya sea directamente por la aerolínea o a través de agencias de viaje, por mecanismos tradicionales o métodos no tradicionales o a distancia, siempre y cuando no se trate de tarifas promocionales, caso en el cual no se produce la resolución del contrato, y dará lugar a una novación de las obligaciones asumidas por los contratantes¹⁷, que implica una sustitución del boleto o tiquete, con el cobro de una penalidad y la diferencia de tarifa, si esta aplica.

En cambio, el retracto se aplica sólo para ventas de boletos o tiquetes aéreos efectuadas a través de métodos no tradicionales o a distancia previstos en el Decreto 1499 de 2.014, ya se trate de tarifas ordinarias o promocionales, que da lugar a la resolución del contrato y al consiguiente reembolso del valor del boleto o tiquete al pasajero.

Veamos entonces que diferencias importantes se presentan entre la regulación del

¹⁷ El artículo 1.697 del Código Civil Colombiano en materia de novación dispone lo siguiente: "La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida".

derecho de retracto establecida en el estatuto del consumidor y la consagrada en este nuevo reglamento expedido por la autoridad aeronáutica.

En el estatuto del consumidor se estableció el derecho de retracto para una clase determinada de contratos que tipifica el artículo 47 de la ley 1480 de 2.011, entre ellos aquellos que dan lugar a ventas por métodos no tradicionales o a distancia, que en forma general están descritas en el artículo 5º, numerales 15 y 16 de la mencionada ley, mientras que la resolución de la autoridad aeronáutica hace referencia al decreto 1499 de 2.014, reglamentario de la ley 1480, que en forma más amplia y pormenorizada describe este tipo de ventas, siendo las más utilizadas por las aerolíneas las realizadas a través de las plataformas de internet en sus páginas web o ventas telefónicas mediante sus call centers.

Sin embargo desde el punto de vista de su ejercicio, el derecho de retracto consagrado en el reglamento aeronáutico es mucho más restrictivo de los derechos del pasajero, que el establecido en el estatuto del consumidor, mientras en este último el término para ejercerlo es de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la celebración del contrato, el reglamento solo estableció un término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la operación de compra, con la condición además de que para su efectividad, solo puede ejercerse con una antelación no inferior a ocho (8) días calendario a la fecha prevista para el viaje, si se trata de vuelos nacionales, o de quince (15) días calendario, si son vuelos internacionales, de tal forma que si un pasajero compra un ticket aéreo cinco (5) días antes del vuelo, no puede ejercer el derecho de retracto, aspecto este que podría generar una nueva controversia entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la autoridad aeronáutica.

De igual forma en el reglamento aeronáutico se estableció una retención a favor de la aerolínea, de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) para tickets nacionales, y de cincuenta dólares americanos (U.S. \$ 50.00) para tickets internacionales, retención que no está prevista en el estatuto del consumidor en ningún caso a favor del prestador del servicio.

En lo que se refiere al plazo para efectuar el reembolso tanto el estatuto del consumidor como el reglamento aeronáutico establecen un término de treinta (30) días calendario, a partir de la comunicación del retracto.

Con la expedición de este reglamento aeronáutico y la regulación que en él se hace del derecho de retracto para ventas de boletos o tickets aéreos, queda claro que la norma aplicable para el transporte aéreo es dicho reglamento y no el estatuto del consumidor, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la ley 1480 de 2.011, que al consagrar el principio de especialidad normativa, excluye del ámbito de aplicación del estatuto del consumidor los contratos de transporte aéreo, sin que resulte viable, en mi opinión, el principio de favorabilidad establecido en el artículo 34 del estatuto, que en algunas ocasiones ha sido mencionado por la Superintendencia de Industria y Comercio para hacer prevalecer las normas de la ley 1480 de 2.011 sobre regulaciones especiales de la misma materia.¹⁸

En lo que hace referencia al ámbito latinoamericano, la mayor parte de los países de esta área han expedido leyes sobre protección y defensa del consumidor, así tenemos que Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay, en su normatividad interna

18 Ver concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio de 28 de marzo de 2.014. Radicación: 14-032248-00001-0000.

consagran el derecho de retracto¹⁹, en cabeza del consumidor o comprador, con diferentes denominaciones, como revocar, resolver, desistir, rescindir, restituir, para ventas que se hacen a través de métodos tradicionales o no tradicionales, y ante la ausencia de leyes especiales en materia aeronáutica que regulen este derecho de los pasajeros, la jurisprudencia se ha inclinado por aplicar las normas sobre protección y defensa del consumidor.²⁰

Respecto a la Unión Europea, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2.011 sobre derechos de los consumidores, si bien consagra un derecho de desistimiento por parte de los compradores en el caso de ventas por métodos no tradicionales, otorgando un plazo de quince (15) días para ejercerlo, excluye en forma expresa del ámbito de aplicación de esta directiva al transporte de viajeros en todas sus modalidades por considerar que existen normas especiales sobre la materia, por lo tanto habría que remitirse al Reglamento 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Febrero de 2.004, que regula los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, en los casos de denegación de embarque, cancelación y retraso de vuelos, el cual no hace referencia al derecho de retracto en el caso de compra de boletos por métodos no tradicionales o a distancia, lo cual constituye un vacío en esta materia.

Finalmente quisiera referirme a la opinión de un sector de la doctrina colombiana que considera el derecho de retracto consagrado en el estatuto del consumidor, como un ejercicio abusivo del derecho²¹, opinión que no comparto, ya que el derecho de retracto no consiste, como este sector de la doctrina lo califica, en una terminación unilateral del contrato por parte del consumidor, sin justa causa, por el contrario, si bien se trata de una terminación unilateral, sus causas están claramente establecidas en la ley, quien ha establecido que respecto de ciertos contratos, donde la posición del consumidor resulta débil, debe protegerse su autonomía privada, con la posibilidad de retractarse de su compromiso, cuando evalúa con más calma y prudencia las obligaciones que asumió, por eso la ley no ha establecido el derecho de retracto para todo tipo de contratos, sino sólo para aquellos donde la libertad contractual del consumidor está más restringida, y lo puede llevar a cometer equivocaciones, como sucedió en los dos casos fallados por la Superintendencia de Industria y Comercio analizados en esta ponencia, donde los pasajeros al adquirir sus boletos o tiquetes aéreos a través de una compra en la página web de las aerolíneas, cometieron un error al establecer las rutas, error que es excusable y que por ningún motivo puede dar lugar a un enriquecimiento, en este caso sí, sin justa causa por parte de las aerolíneas.

19 En Argentina la Ley 23.361 de 1.993, modificada por la Ley 26.361 de 2.008, consagra un derecho de revocar la compra en un plazo de 10 días. En Brasil LA Ley 9.078 de 11 de septiembre de 1.990 consagra un derecho de desistir en un término de siete (7) días. En Chile la Ley 19955 de 1.997 establece un derecho de retracto en un plazo de 10 días. En Ecuador la ley orgánica de defensa del consumidor del 10 de julio de 2.000, consagra un derecho de devolución en un plazo de 3 días. En México la ley federal de protección al consumidor de 1.992, establece un derecho de revocar el contrato en un término de 5 días hábiles. En Perú el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 2.010, consagra un derecho de restitución del valor de la compra en un término de 7 días hábiles. En Uruguay la ley de relaciones de consumo y defensa del consumidor de 2.000, establece el derecho de rescindir o resolver el contrato en un plazo de 5 días hábiles.

20 Ver sentencias de la Cámara Sexta de Apelaciones de Córdoba de 10 de diciembre de 2.015 en el caso de Combina contra Viajes Falabella S.A.; del Superior Tribunal de Justicia de Formosa, Argentina de 8 de junio de 2.015 y Resolución No. 48037 de la Corte Suprema de Chile, Sala Primera (Civil), de 2 de abril de 2.015.

21 PABON ALMANZA, Camilo y MORA RAMIREZ, Andrea. "Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto. Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor". Con-Texto. Revista de Derecho y Economía. Universidad Externado de Colombia. Enero-junio 2.014. Págs. 67-86.