

**AÑO 8 \_ N° 8**

**Diciembre 2021**

**ISSN** (Ver. impresa): 2362-5325



REVISTA *de*

# **Derecho Privado**

JOURNAL OF PRIVATE LAW



REVISTA *de*

# Derecho Privado

---

## SALA DE DERECHO CIVIL

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)*  
*UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA*

---

*Año 8 · Nro. 8 · Diciembre 2021 // ISSN (Versión impresa): 2362-5325*



# REVISTA *de* **Derecho Privado**

---

## ***Consejo Editorial***

- **Director:** *Domingo Antonio Viale* (UNC - UBP)
- **Director asociado:** *Alejandro E. Freytes* (UNC - UBP)
- **Secretario:** *Guillermo C. Ford Ferrer* (UBP - UCC)

## ***Consejo Científico***

- **Juan Manuel Aparicio** (UNC - UBP - AND)
- **Néstor Pisciotta** (UBP)
- **María Cristina Plovánich** (UNC - UBP)
- **Ricardo Francisco Seco** (UCC - UBP)
- **Carlos Echegaray de Maussion** (UNC - UBP)
- **José Carlos Fernández Rozas** (UNIDROIT - IHLADI)

## ***Diseño y Diagramación***

- **Mauricio Tagliavini**, DG

---

La Revista de Derecho Privado es una publicación anual con referato realizada por la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal UBP.

El Consejo Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.

---



Copyright © 2021 by Editorial UBP  
Todos los derechos reservados

Director  
Néstor Pisciotta  
Av. Donato Álvarez 380  
CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
Argentina  
Tel: 54 (0351) 414-4444  
Para mayor información  
contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

Publicación editada e impresa en  
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
ya sea total o parcial, en forma idéntica  
o con modificaciones, escrita a máquina  
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,  
impreso, etc., que no fuera autorizada por  
Editorial UBP, es violatoria de derechos  
reservados. Su infracción está penada por  
las leyes 11.723 y 25.446.  
Toda utilización debe ser solicitada con  
anterioridad.

#### **Revista Derecho Privado**

Publicación anual de la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [carrerasjuridicas@ubp.edu.ar](mailto:carrerasjuridicas@ubp.edu.ar)

ISSN (Versión impresa): 2362-5325

La Revista Derecho Privado no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

# ÍNDICE

---

## ESTUDIOS DE DOCTRINA

### LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PASAJERO DEBIDA A LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

*THE EXPANSION OF THE PASSENGER CONCEPT DUE TO THE INFLUENCE OF THE CONSUMER CONCEPT*

**Mercedes Zubiri de Salinas** ..... 11

### GIURISDIZIONE E COMPETENZA NELLA CONVENZIONE DI MONTREAL DEL 1999

*JURISDICTION AND COMPETENCE IN THE MONTREAL CONVENTION OF 1999*

**Michelle M. Comenale Pinto** ..... 28

### EL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO EN EL TRANSPORTE AÉREO

*THE LEGALLY TUTORED PROPERTY IN AIR TRANSPORTATION*

**Miguel H. Mena Ramírez** ..... 42

### LA MEDICINA FRENTE AL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

*MEDICINE AND THE AIR TRANSPORTATION CONTRACT*

**Carlos María Vassallo** ..... 74

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

*AIR TRANSPORTATION CONTRACT, THE CONTRACTUAL LIABILITY AND REMEDY FOR DAMAGE*

**Emilio Romualdi** ..... 110

### LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. EL DERECHO DE RETRACTO

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

**Manuel Guillermo Sarmiento García** ..... 138

### ASPECTOS JURÍDICOS PRINCIPALES DE LAS AERONAVES NO TRIPULADAS. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

*MAIN LEGAL ASPECTS OF UNMANNED AIRCRAFT. CRITICAL CONSIDERATIONS*

**Marco Fábio Morsello** ..... 149





---

*ESTUDIOS  
DE DOCTRINA*

---



# LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PASAJERO DEBIDA A LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR<sup>1</sup>

---

## THE EXPANSION OF THE PASSENGER CONCEPT DUE TO THE INFLUENCE OF THE CONSUMER CONCEPT

---

**Mercedes Zubiri de Salinas<sup>2</sup>**

---

### RESUMEN:

Los conceptos de consumidor y pasajero no son coincidentes en esencia, pero son conceptos interrelacionados desde antiguo puesto que el fundamento de esta obligación tuitiva del transportista sobre el pasajero es común a la política de protección de los consumidores en general. Dichos conceptos son dinámicos en cuanto que se encuentran en constante evolución y expansión. Ello se pone de manifiesto cuando se observa que la noción de consumidor se va extendiendo a las personas jurídicas y no solo a la persona física. Este concepto se amplía todavía más en el sector de transporte como se ha evidenciado en el estudio de las normas sobre viajes combinados que se ha efectuado. De tal manera que, como ocurre en otras cuestiones de Derecho privado, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro. Me estoy refiriendo a materias como la responsabilidad civil y el seguro en las que, a medida que se iba permitiendo asegurar la responsabilidad, se iba objetivando la misma. La espiral responsabilidad civil-seguro-responsabilidad civil iba generando que, a nuevos riesgos, mayor aseguramiento y la aparición de nuevos tipos de seguros de responsabilidad civil generaban nuevos criterios de imputación de la responsabilidad cada vez más objetivos. Para el sector aéreo la protección del pasajero está en la base de funcionamiento del propio mercado de transportes independientemente de la condición de consumidores o no. Para que el mercado funcione y siga habiendo demanda de los servicios de transporte es necesario que las compañías amparen a sus viajeros, independientemente de que sean o no consumidores. Asimismo, sería interesante para el propio sector modificar sus normas para tratar de manera distinta solo a aquellos que se encuentran en pie de igualdad en la contratación.

---

<sup>1</sup> 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 autora, y las actualizaciones pertinentes insertadas por la aludida

<sup>2</sup> Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza, Juez en excedencia. Contacto: mzubiri@unizar.es

## ABSTRACT

The concepts of consumer and passenger do not coincide in essence, but they are interrelated concepts since ancient times since the basis of this protective obligation of the carrier over the passenger is common to the consumer protection policy in general. These concepts are dynamic in that they are constantly evolving and expanding. This becomes evident when it is observed that the notion of consumer is being extended to legal persons and not only to the natural person. This concept is extended even more in the transport sector as has been evidenced in the study of the rules on package travel that has been carried out. In such a way that, as in other matters of private law, as one of them expands, it generates a greater scope of application of the other. I am referring to matters such as civil liability and insurance in which, as liability was allowed to be insured, it was being objectified. The spiral civil responsibility-insurance-civil liability was generating that, with new risks, greater insurance and the appearance of new types of civil liability insurance generated new criteria for attributing liability that were increasingly objective. For the airline sector, passenger protection is the basis for the operation of the transport market itself, regardless of whether they are consumers or not. For the market to function and demand for transport services to continue, it is necessary for companies to protect their travelers, regardless of whether they are consumers or not. Likewise, it would be interesting for the sector itself to modify its rules to treat differently only those who are on an equal footing in hiring..

**PALABRAS CLAVE:** transporte aéreo, pasajero, consumidor, Comunidad Europea.

**KEY WORDS:** air transport, passenger, consumer, European Community.

## I. INTRODUCCIÓN

La problemática que suscita la diferencia entre los conceptos de pasajero y consumidor, ha tenido como consecuencia una interrelación entre ambos de manera que el pasajero abarca en el presente un perímetro más amplio que el contenido tradicional en el Derecho aéreo. Partiendo de los textos internacionales reguladores del transporte aéreo el concepto que en los mismos se utiliza es el de pasajero como una de las partes del contrato de pasaje aéreo. Sin embargo, a partir de los años 60 del siglo pasado irrumpe en las relaciones comerciales el concepto de consumidor, como la persona que utiliza para su particular interés los diferentes bienes y servicios. Dicha configuración pretende ser tuitiva de los intereses del mismo, empezando a reconocerse una serie de reglas y mecanismos de protección de los consumidores orientados hacia el reconocimiento de sus derechos y de vías extrajudiciales o judiciales que pretenden facilitar su ejercicio.

Este movimiento protector de los derechos de los consumidores alcanza reconocimiento constitucional en la mayoría de los ordenamientos de los países desarrollados y se extiende a actividades económicas de todo tipo, entre ellas el transporte de personas por los distintos medios. De tal manera que su influencia implica la calificación de los sujetos que intervienen en estas relaciones jurídicas, habitualmente contractuales, como relaciones de consumo. Ello supone, en muchos casos, la admisión de una suma de derechos añadidos a los que el sujeto posee como consecuencia de esa relación contractual. En

nuestra materia, a los derechos como pasajeros se añaden los derechos como consumidor o, en ciertos casos, se mantienen los mismos derechos, pero se modifica la óptica utilizada. De manera que el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas reguladoras de la relación se tamiza y estos derechos se interpretan de forma que resulten más favorables al sujeto que tiene dicha condición de consumidor.

Sin embargo la realidad pone en evidencia que dicha situación no siempre es coincidente, o, por indicarlo de otra manera, que la consideración del pasajero como consumidor puede tener un amplio espacio de coincidencia (personas a las que se les podría aplicar ambas condiciones) pero también hay personas que no cumplen estrictamente los requisitos para recibir la calificación de consumidores, pero pueden estar asimismo huérfanos de tutela (por ejemplo, la persona que realiza el viaje por motivos profesionales, laborales, etc.) e incluso aquel que contrata para otro dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional.

Esta situación se reconoce por primera vez en una norma de ámbito europeo cual es la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, en la que, por primera vez en el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE), se extiende el concepto de consumidor a pequeños empresarios que adquieran los viajes combinados para sus empleados en el ejercicio de su actividad. Esto puede afectar asimismo al concepto de pasajero en un transporte aéreo ya que parte del viaje combinado puede estar conformado por un transporte por aire.

La determinación de estos círculos concéntricos hace que debamos fijar cuál debe ser el perímetro coincidente entre ambos y si con esa distorsión del concepto de pasajero no sería conveniente que se acogiera también en las normas reguladoras del contrato de pasaje. Algo parecido a lo que ocurre en otros sectores como el Derecho de seguros en los que podemos distinguir normas tuitivas que se aplican per se al asegurado, de manera indiferente a si es o no consumidor, frente a las situaciones en las que el asegurado tiene un régimen dispositivo por encontrarse en pie de igualdad con la compañía aseguradora.

La pregunta clave que queremos responder en este estudio es si esta solución debe aplicarse también al sector del transporte aéreo estimando que la protección debe ser en todo caso como pasajero siendo indiferente el que concurra su condición como consumidor o si son dos condiciones y vías que deber yuxtaponerse.

El trabajo se estructura en dos partes. La primera pretende delimitar a quién se debe considerar consumidor y poner de relieve que es un concepto dinámico y en constante evolución y, en la segunda, cómo se confronta este concepto con el de pasajero o viajero, término utilizado por el Derecho del transporte, en general, y por el Derecho aeronáutico, en particular.

## II. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor en sus orígenes proviene de la ciencia económica puesto que es el que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares, pretendiendo hacerse con

el valor de uso de lo adquirido<sup>3</sup>. Desde los orígenes del Derecho de consumo se tiene conciencia de que nos encontramos con un tema en el que confluyen normas de Derecho privado y de Derecho público de manera que ambos ámbitos jurídicos se diluyen y es difícil considerar que la protección del consumidor pueda efectuarse solo con normas de uno u otro carácter. Por otra parte se constata que el Derecho de consumo es una manifestación de la generalización del Derecho mercantil como derecho profesional y de una publicización del Derecho privado fruto de la penetración de ideas sociales y de la progresiva intervención del Estado en ámbitos de actuación tradicionalmente reservados a la autonomía privada<sup>4</sup>.

El concepto de consumidor parte del afianzamiento de la sociedad de consumo en las sociedades occidentales y de su crisis. Las palabras del Presidente de los Estados Unidos JF Kennedy (*Consumer Advisory Council, First Report, executive office of the President*, octubre de 1963); el *Molony Report* inglés de 1962<sup>5</sup> y los movimientos de protesta de los consumidores en países como EEUU o Japón, pusieron de manifiesto que no se estaban reconociendo derechos de los individuos, a nivel individual, valga la redundancia, sino intereses de clase. El consumidor es un sujeto digno de protección porque los intereses en conflicto son intereses públicos, de la colectividad, que el Estado debe proteger y tutelar. Ya en este primer momento se evidencia también que los intereses deben ser, no los de todo consumidor, sino “los del consumidor medio, de ingresos relativamente modestos, no muy amplio discernimiento y que procede sin gran atención”<sup>6</sup>.

Por otra parte, es preciso destacar que ya desde sus inicios no existe una única noción de consumidor sino diversas nociones en función de la finalidad de la norma que incorpora esa noción. Siguiendo al Prof. BERCOVITZ se empieza a distinguir entre una noción “abstracta” y una o varias nociones concretas. En el primero de los aspectos, el concepto abstracto de consumidor comprende a todos los ciudadanos en cuanto que aspiran a una adecuada calidad de vida<sup>7</sup>. Esta noción permite el reconocimiento de derechos generales como el derecho a la educación, a la información o derecho de asociación. Esta configuración estaría en relación con lo que hemos indicado anteriormente de que se refiere a unos derechos de “clase” más que a la posibilidad de reconocer determinados derechos subjetivos.

Sin embargo, existen nociones concretas que reconocen derechos individuales y que se configuran de manera diferente en función de las distintas normas que las recogen<sup>8</sup>. La normativa básica española en materia de consumo, la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (en lo sucesivo LGDCU), contiene una noción legal general que a su vez ha tenido una evolución sustancial desde su primera redacción en 1984 hasta el momento presente. La primera LGDCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, contenía una noción

---

3 BOTANA GARCÍA, G. “Comentario al art. 1 de la LGDCU” en AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coor.) Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, p. 60

4 POLO, E. La protección del consumidor en el Derecho privado, Cuadernos Civitas, Madrid 1980, P. 23.

5 Fruto de la Comisiones de encuestas británicas se publica en el verano de 1962 el Final Report of the Committee on Consumer Protection, en el que se afirma la idea de que “todos somos consumidores” “the consumer is everybody all the time”.

6 POLO, op. Cit. nota 35 pág. 41 citando a BERNITZ Der Verbraucherschutz in Schweden, en Z.H.R. 1974, p. 339.

7 Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores en cuyo nº 3 se indica: “En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”.

8 Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor” en AAVV Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid 2006, p. 19-21.

legal de consumidor que se basaba en la condición de destinatario final de los bienes o servicios<sup>9</sup>. Por tal se debe entender todas aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren los bienes o servicios y no los vuelven a reintroducir en el mercado. Noción que constituye una ficción legal que incluye a todos los que puedan incluirse en tal concepto, independientemente de la condición sociológica del sujeto y de la necesidad de protección frente a la otra parte, empresario o profesional. Pero a su vez las normas de consumo contuvieron diversos conceptos de consumidor más o menos amplios en función de su respectivo ámbito de aplicación. Así la Ley de crédito al consumo contiene un concepto más estricto porque deja fuera a las personas jurídicas (art. 2 Ley 7/1995 de 23 de marzo) o en la normativa sobre viajes combinados a la que más tarde haremos referencia.

En esta evolución de la norma general de consumo en el Derecho español ha influido la sin duda el Derecho de la UE<sup>10</sup> puesto que las sucesivas directivas comunitarias que regulan diversos aspectos en los que se requería la protección del consumidor se inclinaban por el concepto de que es consumidor el que actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional<sup>11</sup> excluyendo a las personas jurídicas y determinando la aplicación de manera exclusiva a las personas físicas<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> El art. 1, 2 de la Ley de 1984 indicaba:

“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

Lo cual se completaba con el nº 3 en el que se decía que:

“No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

<sup>10</sup> A partir de la Carta del Consumidor de 1973 del Consejo de Europa que indica que “consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado”. La ausencia de referencia en el denominado Derecho de los tratados a los consumidores es evidente en los primeros textos de Mercado Común. Así, en el Tratado de Roma de 1957 no se hace referencia alguna al consumidor sino únicamente al adquirente, aunque se le mencione, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia (art. 85 y 86) en la que se observa una concepción de consumidor como potencial cliente de las empresas que debe ser tenido en cuenta y protegido como forma de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado.

El Acta única Europea de 1986 es la primera que hace alusión a la protección de los consumidores en su art. 100 A. 3, lo cual se consolida en el Tratado de Maastricht de 1992, que ya introduce la protección de los consumidores en el art. 3 del Tratado de la Comunidad Europea, y, posteriormente, en el Tratado de Ámsterdam de 1997. El art. 3 del Tratado de la Comunidad Europea a la hora de enumerar las acciones que deben emprenderse para alcanzar los objetivos de la Comunidad, la incluía una letra t) en la que se preveía la contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores.

En este sentido, y tomando como base el art. 153, se elaboraron una serie de directivas que pretendían contribuir al funcionamiento del mercado interior. Dentro de ellas debemos mencionar la directiva relativa a los viajes combinados (Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio) de especial relevancia para el tema que estamos tratando.

Los Tratados de Niza (2001) y Lisboa (2007) continúan reconociendo la protección de los consumidores y usuarios. Este último modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que, desde ese momento, se conoce como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este, en su art. 4, establece la competencia compartida entre la Unión y los Estados en materia de la protección de los consumidores y dedica su TÍTULO XV, específicamente, a la protección de los consumidores, que contiene un único artículo, el art. 169 (antiguo artículo 153 TCE), en el que se establece:

“1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.”

Con relación a la política de protección de los consumidores, interesa destacar que se extiende a las PYMES de tal manera que se orienta a la creación de un mercado único para la Europa del siglo XXI, con mayores competencias para los mismos. En este sentido REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> J. Manual de derecho privado de consumo, La Ley, 2<sup>a</sup> Ed. Madrid 2012, p. 72.

Esta política de protección se concreta a nivel europeo a partir de 1975 mediante una serie de Programas de política de protección de los consumidores. Para más información sobre esta evolución Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. Manual sobre protección de los consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, Dykinson, Madrid 2003, p. 15-22 y GUILLÉN CARAMÉS, J. El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración, Civitas, Madrid 2002, p. 74 y ss.

<sup>11</sup> Empezando por la más antigua, la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. También la Directiva 1987/102/CEE, de 22 de diciembre, sobre Crédito al consumo, la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 1997/77/CEE, de 20 de mayo, en materia de contratos a distancia; la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, y la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales, por citar solo las más significativas.

<sup>12</sup> STJCE de 22 de noviembre de 2001 (Caso Cape/Idealservice)

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) vino a reorganizar las normas contenidas por el primitivo texto legal en materia de consumo en España, -la Ley 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios- y el desarrollo llevado a cabo con posterioridad por diversas leyes especiales, dictadas, habitualmente, con la finalidad de incorporar directivas comunitarias que contenían aspectos concretos de protección del consumidor. Dentro del TRLGDCU el concepto de consumidor experimentó un cambio “formal”, y, a su vez, este texto refundido también ha experimentado alguna modificación importante, como es la generada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que transpone al Derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. En fechas recientes y debido a la situación de pandemia mundial producida por el COVID-19 también se ha modificado nuevamente el concepto, para adaptarse a las situaciones de especial desvalimiento, mediante la introducción del término de consumidor especialmente vulnerable. El art. 3 se refiere al concepto “general” de consumidor y de usuario.

### **Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.**

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad<sup>13</sup>.

La definición tradicional recogida en la Ley de 1984 partía de la caracterización del consumidor como el que era el destinatario final de los bienes o servicios. La norma actual española, recogiendo la definición que se había adoptado por el Derecho europeo, se fija en el criterio de que actúe al margen o con un propósito ajeno a la actividad profesional, con la finalidad de estar en consonancia con las directivas comunitarias que habían sido previamente transpuestas al Derecho interno español<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Se ha modificado por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

El texto original incluido en el TR de 2007 no poseía el segundo de los párrafos del número 1 en el que se especifica la consideración de consumidor “persona jurídica”. Esta modificación se introduce por el art. Único 2 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La primera redacción del Texto Refundido decía: “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”

<sup>14</sup> En la modificación de 2014 se acogió la dicción que expresamente incluía la Directiva 2011/83/UE, objeto de transposición. Redacción que fue criticada como redundante porque ciertamente añade poco desde el punto de vista conceptual vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al Capítulo I TRLGDCU” en AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 60.



Sin embargo, se mantiene la diferencia de permitir la inclusión de la persona jurídica exigiendo no solo que actúe fuera de la actividad profesional, sino que no tenga ánimo de lucro. Esto es una posibilidad bastante restrictiva puesto que tienen que cumplirse ambos requisitos, lo que significa que la aplicación quedaría limitada a asociaciones, cooperativas<sup>15</sup> y fundaciones.

Es importante recalcar que la condición de consumidor no otorga un *status* subjetivo permanente, como es el de empresario o comerciante en los códigos decimonónicos, de manera que implica el cumplimiento de determinadas obligaciones (obligación de contabilidad en el momento presente), sino que significa el reconocimiento de determinados derechos atribuidos por el hecho de ser consumidor en cada tipo de relaciones concretas<sup>16</sup> frente a alguien que sea empresario o profesional, no cuando la otra parte tenga una condición así mismo de consumidor.

Como características de esta noción concreta de consumidor podemos indicar las siguientes:

- El consumidor como cliente. Como características de estas nociones concretas se puede tener en cuenta su relación con otros conceptos como el de cliente. En este sentido el consumidor es todo cliente, como cualquier persona que interviene en las relaciones jurídicas situándose como solicitante o demandante de bienes o servicios en un hipotético y convencional vínculo con el titular o responsable de la oferta. Así se suele hablar del cliente bancario en la normativa sectorial de transparencia bancaria. De esta manera se incluye a todo el que contrata con la empresa no siendo relevante el destino de los bienes y servicios objetos de adquisición. Se trataría de un concepto amplio de consumidor como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada<sup>17</sup>. Esta concepción de consumidor es importante en el ámbito del transporte que estamos analizando puesto que el pasajero será el demandante de los servicios de transporte de la compañía aérea. No obstante, debe especificarse que consumidor y cliente no son nociones que se puedan identificar. No es lo mismo ser consumidor que ser cliente ya que por tal, en un sentido estricto, se entiende al que demanda "habitualmente" bienes o servicios de un empresario.
- El consumidor jurídico. Otro factor del concepto de consumidor es que podemos calificarlo de consumidor jurídico<sup>18</sup> cuando es el que contrata. Este es un concepto por oposición al de consumidor material, que es el que, sin ser el adquirente de la cosa, puede utilizarla.
- El consumidor pequeño empresario. Otra concepción más amplia de consumidor concreto es la que extiende el beneficio de la protección a pequeñas empresas, pe-

15 Lo cual se pone en duda en algunos supuestos como las cooperativas de consumidores BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al Capítulo I TRLGDCU", cit. P. 63.

16 BERCOVITZ, op. Cit. P.35; LASARTE op. Cit. P. 61.

17 LASARTE, op. Cit. P. 61-62. En este mismo sentido, y calificándolo expresamente de noción concreta amplia, LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J.M. Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de consumo, ESIC, Madrid 2006, p. 40-41. Estos autores establecen, por otra parte, una noción restringida en la que exigen no solo el uso privado sino una situación de desigualdad o desequilibrio que justifica la protección otorgada por la norma de defensa de consumidores y usuarios (p. 45). Este tipo de nociones se antojan muy inseguras desde el punto de vista jurídico puesto que exigen, en cada caso, efectuar un doble juicio de valor. En primer lugar, acerca de si la adquisición se efectúa para un uso privado o distinto de la actividad empresarial y, además, que no hay desequilibrio por ser un empresario. Esta situación de equilibrio no se infiere por el hecho de que ambas partes sean empresarios. En el Derecho español cada vez en más ocasiones se arbitran normas que protegen a los pequeños empresarios frente a la otra parte contratante que puede tener una situación prevalente frente a él. En este sentido la Ley de ordenación del comercio minorista, Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, protege al proveedor frente a la gran superficie (art. 17); o la Ley de morosidad en las relaciones comerciales, Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que protege al acreedor en caso de morosidad comercial (art. 9), entre otras.

18 CALAIS-AULOY, J. y STEINMETZ, F. Droit de la Consommation, 4º Ed. París, 1996, p. 4-5.

queños comercios o profesionales cuando adquieren bienes o servicios para necesidades de su actividad económica a las grandes empresas de producción o de distribución o a los grandes prestatarios<sup>19</sup>. La consideración de consumidor empresario ha sido controvertida y se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia su exclusión o no exclusión especialmente en las denominadas actuaciones mixtas en las que el empresario actúa en parte para su actividad y en parte para un uso privado. Hay autores que se muestran restrictivos al estimar que solo se merece la protección propia de los consumidores cuando el destino “manifiestamente predominante del bien o servicio” sea particular y el profesional o empresarial sea manifiestamente menor o residual<sup>20</sup>. Este criterio no deja de ser inseguro puesto que tendrá que analizarse caso por caso para saber si estamos ante un consumidor o no<sup>21</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista clásico, la legislación de protección de los consumidores trata de compensar la desigualdad en la capacidad negociadora de los consumidores frente a las empresas, pero no tiene como finalidad proteger a la parte débil en la contratación<sup>22</sup>. En consecuencia, sus normas no están pensadas para proteger a las PYMES. El cambio sustancial que se empieza a vislumbrar es justamente que el concepto de consumidor se amplía para ir acogiendo a los pequeños empresarios en determinados supuestos en los que se empiezan a encontrar en situaciones de desigualdad frente a la otra parte contratante (empezando por normas como la legislación de condiciones generales de la contratación y la ley del comercio minorista, especialmente). Esta tendencia se observa asimismo en el ámbito de los viajes combinados y la cuestión es si puede resultar extensiva a los pasajeros en los contratos de transporte, aunque no se haya contratado un viaje combinado. Esto nos hace entrar en la segunda parte de este trabajo.

### III. LA NOCIÓN DE PASAJERO EN EL CONTRATO DE PASAJE AÉREO Y EN LAS NORMAS SOBRE VIAJES COMBINADOS

El Derecho de transportes se encuentra dentro de uno de los sectores en los que el Estado interviene prontamente, aunque sea bajo la vigencia del principio de autonomía de la voluntad propio de la codificación decimonónica, imponiendo a las compañías la obligación de contratar fundamentalmente porque se explotan servicios públicos y, además, hasta fechas bien recientes, porque dichas empresas actuaban en régimen de monopolio. De ahí que ya en los albores del Derecho de consumo se mencionaba específicamente la responsabilidad objetiva del transportista aéreo como una manifestación de la protección del consumidor y usuario en las Leyes especiales<sup>23</sup>.

En el Derecho de transportes se utiliza como denominación clásica la de pasajero identificando a la persona que efectúa el viaje y a favor de la cual se expide el documento de transporte. Pero resulta curioso al examinar las normas, tanto internacionales como

19 BOTANA op. cit. P. 63 citando a FALLON, M. Some thoughts on non-community law initiatives as methods for european integration in consumer matters in *European consumer Law*, Louvaine-La-Neuve, 1982, p. 42; BERNITZ, U. “The consumer concept and consumer protection priorities” *JCP*, 1978, p. 215.

20 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al Capítulo I TRLGDCU”, cit. p. 66.

21 Así se recogió en la STJCE de 20 de enero de 2005, en un supuesto de un agricultor que adquirió una partida de tejas para retejar su granja, pero también la utilizó para su vivienda. Esta tendencia inspira a la Directiva 2011/83/UE (párrafo 17 del su Exposición de Motivos).

22 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15ª Ed. Cizur Menor 2014, p. 642. En su 22ª ed. de 2021 no recoge especialmente esta aseveración, pero no podemos confundir la protección de los consumidores con la protección de la parte débil en la contratación, ya que esta puede inspirar otras normas que no se apliquen a estos sujetos de manera exclusiva.

23 POLO, E. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Madrid 1980, P. 59 lo menciona específicamente junto a la legislación sobre arrendamientos urbanos y la ley de venta a plazos, en el sector de la contratación en el que en ese momento las normas de consumo no habían tenido especial incidencia. A estos efectos cita la obra de QUINTANA CARLO, I. *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Salamanca 1977.

nacionales, que no encontramos noción legal de pasajero. El Convenio de Montreal no lo define (vid. Art. 3 y art. 17 CM<sup>24</sup>), aunque hay que recalcar que tampoco esta es su misión en tanto en cuanto no regula el contrato de transporte sino la responsabilidad del transportista aéreo. Por lo que se refiere a la norma interna española la Ley de navegación aérea de 1960 utiliza casi de manera indistinta los términos viajero y pasajero pero no los define en ningún momento (vid. Art. 92 a 101 cuando se refiere al contrato de transporte de viajeros mientras que en los art. 115 a 117 al tratar la responsabilidad en caso de accidente se refiere exclusivamente al viajero).

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, el Reglamento comunitario (Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente utiliza el término y define a las “personas con derecho a indemnización” (art. 2, 1)<sup>25</sup> a las que considera “el pasajero o cualquier persona con derecho a reclamar respecto de dicho pasajero, de conformidad con la normativa aplicable”. Tampoco nos da luz a la hora de definir al pasajero el Reglamento (CE) n° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo en el que se define a la “persona con discapacidad” o “persona con movilidad reducida” como “toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal) discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros” (art. 2, letra a). Este precepto nos define el adjetivo (persona con discapacidad o movilidad reducida) pero no el sustantivo porque sigue siendo un pasajero.

Sin embargo, sí que encontramos una definición en otras normas comunitarias relativas al aseguramiento. El Reglamento (CE) n° 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos en su art. 3 nos define al pasajero como “toda persona presente en un vuelo con el consentimiento de la compañía aérea, excluidos los miembros de la tripulación y el personal de cabina que estén en servicio”. A efectos del seguro se parte de un dato fáctico que es que la persona se encuentre presente en el vuelo y que la compañía aérea lo haya admitido.

Ante la ausencia de un concepto normativo podemos considerar con carácter general y de acuerdo con la interpretación clásica que el pasajero es la persona trasladada de un punto a otro por medio aéreo mediante un contrato de pasaje. Esto no significa que el pasajero tenga que ser, necesariamente, el que contrate el transporte, ya que entonces quedarían excluidos los que carecen de capacidad de obrar, como los menores e incapaces. La existencia de contrato implica que se deba excluir del concepto de pasajero al polizón, pero abarca a los pasajeros que no abonon remuneración, como en el transporte gratuito o interesado.

---

24 Tampoco lo hacía el Convenio de Varsovia, cuyo art. 1 se refería al transporte de personas, contenía una definición de viajero (art. 30) relativo a los transportes sucesivos en el que determinaba que la legitimación la tenía el viajero, y, en el supuesto de muerte de este, sus causahabientes.

25 El Reglamento (CE) 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente que es el que tenemos en el presente en vigor y el que introdujo en la UE el sistema de Montreal, modifica este precepto únicamente pasando del plural al singular e indicado, por consiguiente, “persona con derecho a la indemnización” (vid. Art. 1).

El hecho de haber contratado el transporte y haberse colocado en disposición de ser trasladado implica, normalmente, el pago del precio del transporte. Esto no significa que no se puedan considerar pasajeros, y amparados por la cobertura del contrato, las personas que viajan gratuitamente. Dentro de estos hay que distinguir: los menores de edad que viajan acompañados de un mayor y aquellos que hubieran efectuado un contrato gratuito (como los empleados de la empresa o familiares de los mismos que son transportados gratuitamente). En ambos casos se les debe considerar pasajeros. En el primero porque su relación con el transportista trae causa de una relación contractual que media entre el transportista y el progenitor o persona mayor a cuya custodia viaja el menor. Normalmente el menor exento totalmente de pagar el precio del transporte es aquel que no ocupa plaza independiente. Entonces, el título por el que se halla en el medio de transporte es la existencia de un contrato con la persona cuya plaza comparte. En cuanto al transporte gratuito, está claro que la gratuidad no elimina el convenio entre las partes.

Si el contrato tiene algún tipo de bonificación (familia numerosa<sup>26</sup>, mayor de sesenta y cinco años, transporte de grupo, viaje de ida y vuelta, etc.) pero existe pago del precio, aunque no cubra la totalidad de la prestación efectuada por el transportista, no por ello pierde el carácter de contrato oneroso.

No tenemos, por consiguiente, un concepto legal y general de pasajero. A este concepto, acuñado por la práctica contractual, hay que añadir otro, el de turista, con el que está relacionado desde la aparición del fenómeno turístico y de los viajes combinados. Pero tampoco es único e inmutable. La importancia de la actividad turística en la realidad económica actual, y especialmente en países como España, hace que se haya desarrollado el concepto de turista que también ha ido evolucionando y que tiene relevancia a la hora de poder modificar la concepción clásica de pasajero que hemos comentado. En un principio, la condición de turista estaba unida a aquel que era el promotor de su propio viaje (típico caso del que solicitaba de la agencia de viajes la elaboración de un viaje “a medida”) pero la evolución llevó a la aparición y consolidación de una actividad económica vinculada a la prestación de servicios turísticos por parte de empresas dedicadas a ello específicamente (*touropedor*) y entre estos servicios una de las prestaciones normales es el transporte. De ahí el enlace de ambos conceptos en la realidad práctica. Ello es así porque el elemento característico de dicha concepción es justamente que se trata de actividades que se relacionan con el desplazamiento y la permanencia de la persona fuera de su domicilio<sup>27</sup>, no considerándose determinante la motivación por la que dichas actividades se efectúan (motivaciones lucrativas) puesto que la concepción de turismo y de turista no puede descansar en la motivación subjetiva del viajero<sup>28</sup>. De tal manera, y en ello coincide con la idea de pasajero, será turista cualquiera que reciba un servicio turístico sin que tenga que tener una finalidad de entretenimiento o recreo puro, sino que puede ser un turismo de negocios, de congresos, etc. y no por ello dejará de ser turista. A este turista se le aplica la normativa de defensa de consumidores y usuarios porque se estima que, en todo caso, tiene dicha condición haciendo abstracción de la actuación en su propia actividad profesional o no. Por consiguiente, se asimila al consumidor, aunque

26 El R.D. 1621/2005, de 30 de diciembre, que desarrolla la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas, estableció, por primera vez para el transporte aéreo en España, las bonificaciones que pueden disfrutar las familias numerosas para el transporte nacional por ese medio.

27 FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “El turismo como fenómeno objeto de regulación” en AAVV, FRANCH FLUXÁ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015, p. 34.

28 Idem, citando a AURIOLES.

no coincida con su nota característica fundamental de realizar la actividad fuera de su ámbito profesional.

Otra característica común entre pasajero y turista es que en ambos casos nos encontramos con situaciones de especial vulnerabilidad en la medida que la persona se encuentra fuera de su lugar de residencia habitual y sometida a un medio que puede resultarle extraño o incluso hostil (muchas personas padecen miedo a volar). Ello hace que desde antiguo se haya considerado que el transportista asume un deber de protección del viajero mientras se encuentra en el medio de transporte por haber quedado bajo su dirección, lo que nos lleva a afirmar que al pasajero se le considera con carácter general consumidor por el hecho de que tiene que tener ese mínimo de protección<sup>29</sup>.

Pero estos conceptos también se matizan por la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados, por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo supone un cambio de orientación considerable en la concepción del viajero. La norma europea ha dado lugar a una nueva redacción del Libro IV del TRLGDCU que se produjo como consecuencia del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, que incorporó al Derecho español el régimen contenido en la misma si bien con un considerable retraso<sup>30</sup>.

Resulta interesante resaltar el considerando 7 del texto de la Directiva (UE) 2015/2302, en el que se indica:

“La mayoría de los viajeros que contratan viajes combinados o servicios de viaje vinculados son consumidores en el sentido del Derecho de la Unión en materia de defensa de los consumidores. Al mismo tiempo, no siempre es fácil distinguir entre los consumidores y los representantes de las pequeñas empresas o profesionales que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores. Dichos viajeros necesitan a menudo un nivel de protección similar. En cambio, hay empresas u organizaciones que elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general, celebrado a menudo para múltiples fórmulas de viaje para un período específico, por ejemplo, con una agencia de viajes. Este último tipo de fórmulas de viaje no requiere el nivel de protección previsto para los consumidores. Por lo tanto, la presente Directiva solo debe aplicarse a los viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general. Para evitar la confusión con la definición del término «consumidor» utilizado en otros actos legislativos de la Unión, procede referirse a las personas amparadas por la presente Directiva como «viajeros».”

En congruencia con este planteamiento, el art. 2, 2 letra c de la Directiva excluye del ámbito de aplicación de la misma solo “los viajes combinados y los servicios de viajes vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines

29 PUETZ, A. y BLEDA RODRÍGUEZ, J. “Los contratos de transporte de pasajeros” en AAVV, FRANCH FLUXÁ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015, p. 138.

30 Acerca de la adaptación vid. ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión”<sup>31</sup>. De tal manera que los empresarios o profesionales que contraten utilizando las vías propias de los consumidores quedarán amparados por la normativa de los mismos<sup>32</sup>.

La norma opta por el término “viajero” al que define en el art. 3. 6 como “toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”. En idéntico sentido el art. 151, 1 letra f del actual TRLGDCU. Por lo que en el momento presente la norma europea y la española comprende en la definición de viajero tanto al que contrata<sup>33</sup> como el que efectúa de hecho el viaje y en todas estas acepciones el viajero tiene la consideración de consumidor o usuario<sup>34</sup>. En este concepto amplio se encontraría amparado todo aquel que contrata el viaje, independientemente del motivo por el que lo hace, siendo indiferente que sea por un motivo de puro ocio o por cualquier otra razón. Ello supone que el concepto de consumidor se amplía en este ámbito de los viajes combinados de manera que va más allá de la configuración prevista con carácter general en la norma española (art. 3 del TRLGDCU), y podría abarcar a las personas jurídicas que contraten el viaje para un empleado suyo, aunque sea con un motivo profesional. En consecuencia, se reconoce en esta materia de los viajes combinados un concepto especial y con un périmetro de aplicación mayor que el concepto legal y general de consumidor, porque no exige que se actúe en un ámbito distinto de la actividad profesional.

Por otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad, la Directiva (UE) 2015/2302 modifica el criterio anterior relativo a los viajes combinados. Tanto la Directiva de 1990 sobre viajes combinados (art. 5) como la LGDCU de 2007 (en su versión anterior a la reforma de 2018) en su art. 162, fijaban la responsabilidad de organizadores y detallistas “en función las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión de los viajes combinados”<sup>35</sup>. La nueva directiva concentra la responsabilidad en el organizador por la ejecución de los servicios.

En este sentido el art. 13 de la Directiva (UE) 2015/2302 indica que:  
“Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios

31 En el mismo sentido se establece en el art. 150.2, letra c del TRLGDCU español.

32 En este punto la norma discrepa de lo reconocido en otros ámbitos como, por ejemplo, ocurre en materia de contratación electrónica en la que se determina la falta de aplicación de determinadas normas de protección cuando la contratación se ha efectuado entre empresarios. La norma reguladora del comercio electrónico en España excluye la necesidad de enviar comprobante de la contratación por medio de correo electrónico (art. 28 LSSICE Ley 34/2002, de 11 de julio) o la información previa a contratar (art. 27) cuando “ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor”. Es curioso que una norma que regula, específicamente, el comercio electrónico considere innecesarias la adopción de determinadas cautelas justamente porque no es un consumidor. Sin embargo, serán precisas estas acciones de protección si es el contratante de un viaje o servicio combinado, aunque sea un empresario. Es particularmente resaltable la diferencia, si tenemos en cuenta que el origen de la nueva directiva sobre viajes combinados fue justamente adaptar esta normativa a la nueva situación creada por la masiva utilización de Internet a la hora de contratar viajes y la sustitución de las labores propias de las tradicionales agencias de viajes por la elección y contratación de los “paquetes turísticos” por los propios viajeros. En este sentido vid. PEINADO GRACIA, J.I. “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en AAVV GUERRERO LEBRÓN, Mª J. (Dir) La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 514 y ss. La Directiva establece un sistema de mayor protección para los viajes combinados que se aplica una vez efectuada la transposición al Derecho interno español.

33 La redacción anterior de la norma española denominaba “el contratante principal”. La primitiva directiva de 1990 (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) efectuaba esa triple distinción, y así fue acogida por la normativa interna española que distinguía entre el “contratante principal”: la persona que contrata el viaje combinado con la agencia que puede ser una persona física o jurídica pero el viaje siempre lo tiene que efectuar una persona física; el “beneficiario” que es la persona física a cuyo nombre o a favor de la cual se realiza el contrato; y el “cesionario” que será el que efectuará el viaje en lugar de la persona inicialmente prevista siempre que se den las circunstancias previstas en la propia norma jurídica.

34 El art. 3 de la LGDCU al que hemos aludido supra establece un concepto general “sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto”, por lo que el concepto de consumidor de viajes combinados coincide con el de viajero.

35 El art. 5 de la Directiva de 1990 se refería a la “responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista con independencia de que dichas obligaciones las deba ejecutar él mismo u otros prestadores y sin perjuicio de poder actuar contra ellos”.

de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje”.

En definitiva, el criterio es el de la responsabilidad del organizador frente al viajero. Ello es así sin perjuicio de que pueda repetir contra el prestador culpable, aunque la nueva norma comunitaria no lo menciona expresamente a diferencia de lo que hacía la Directiva de 1990, de manera que el organizador queda obligado personal y directamente como una obligación propia y no subsidiaria del ejecutor de la prestación.

La reforma de la norma española, fruto de la adaptación al Derecho europeo, recoge este mismo criterio, pero sigue involucrando a los minoristas (es decir, a las agencias de viajes), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre ambos. En el art. 161 del TRLGDCU se indica que: “1. Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores”.

Sin perjuicio de que expresamente se sigue reconociendo que ambos pueden repetir contra los causantes del incumplimiento o defectuoso cumplimiento. Sigue indicando el precepto: “Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado”. Esta extensión está permitida por la norma europea pero estimo que la adaptación extensa adoptada por el ordenamiento español puede haberse extralimitado y derivar efectos que pueden resultar perjudiciales para las agencias minoristas<sup>36</sup>.

En consecuencia, con este sistema de responsabilidad la directiva de 2015 proclamó su compatibilidad con los derechos de los viajeros reconocidos en los reglamentos comunitarios, en especial, el reglamento (CE) nº 261/2004 y el reglamento (CE) nº 1371/2007. En el mismo sentido se adoptó por el Derecho español en la redacción del art. 162 del TRLGDCU. De manera que se reconoce que los viajeros la doble vía para poder presentar sus reclamaciones (al amparo de la Directiva o las normas internas sobre viajes combinados o de los reglamentos y convenios internacionales). Para evitar posibles enriquecimientos injustos, la indemnización que reciba el reclamante en virtud de cada una de estas normas se deducirá la una de la otra para evitar el exceso de indemnización. Es importante caer en la cuenta de que en el Derecho europeo el tipo de norma que habitualmente se utiliza para la protección de los consumidores ha sido la directiva. Sin embargo, en materia de transportes la norma usada por el legislador comunitario para la protección del viajero ha sido el reglamento. Ello se debe posiblemente a que la protección del consumidor se ha considerado como parte accesorio de otra política comunitaria: la de transporte<sup>37</sup>. Pues bien, en la regulación sobre viajes combinados se enlazan ambas normas con la finalidad de evitar posibles enriquecimientos injustos.

Una vez examinada la regulación de los viajes combinados tanto a nivel de Derecho euro-

36 Vid. En este sentido de manera más extensa mi opinión en ZUBIRI DE SALINAS, M. “La responsabilidad del organizador y del minorista del viaje combinado” en ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.p. 188- 193.

37 GUILLÉN CARAMÉS, op. Cit. P. 127.



peo como español, el siguiente paso es observar en qué medida esta concepción del viajero ha influido en el Derecho de transportes y, especialmente, en el Derecho aeronáutico. A este respecto resulta de sumo interés la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016 a cuyo comentario voy a dedicar la última parte de mi trabajo.

Esta sentencia declara aplicable el Convenio de Montreal, y, por tanto, al transporte aéreo, a un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros. Con su criterio la resolución de Tribunal de Justicia de la UE se adelantó al momento de la necesaria aplicación de la Directiva 2015/2302 que era el 1 de julio de 2018 (art. 28, 2 Directiva 2015/2302) y además aplicó este criterio a un transporte aéreo, aunque no era combinado. Sin duda es una manifestación más la orientación del Derecho europeo de ir ampliando el concepto de consumidor y/o viajero propio de la protección de los consumidores a otros ámbitos y entre ellos al Derecho de transportes.

El supuesto de hecho que analiza la sentencia parte de un litigio entre Air Baltic Corporation AS y el Servicio Especial de investigación de la República de Lituania en la que esta última había contratado el transporte de dos de sus agentes por motivos laborales desde Vilnius (Lituania) a Baku (Azerbaiyán). Los agentes tuvieron que prolongar la duración de su desplazamiento laboral como consecuencia de haber llegado a destino con retraso y, como consecuencia de ello, la demandante tuvo que pagar una retribución adicional a los mismos en concepto de gastos de viaje y cotizaciones a la seguridad social. Esto es lo que reclama a la empresa transportista. La demanda es estimada por el tribunal de primera y segunda instancia lituano pero, al recurrir la empresa transportista al Tribunal Supremo de Lituania, este decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la interpretación de los art. 19, 22 y 29 del CM y si deben interpretarse en el sentido de que un transportista está obligado a responder frente a terceros, en particular en el caso planteado frente al empleador de un pasajero, por los desembolsos adicionales que haya tenido que soportar como consecuencia de un retraso.

La sentencia se pronuncia en sentido afirmativo partiendo de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, que el art. 19 del CM establece el deber de indemnizar todo “daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga”. A juicio del tribunal el precepto tipifica el perjuicio indemnizable en función del hecho causante “pero no hace ninguna precisión en cuanto a la persona perjudicada” (28). De ello deduce que “puede interpretarse en el sentido de que no solo comprende el daño ocasionado a un pasajero, sino también el sufrido por un empleador” (29). Esto lo entiende así porque interpreta que la norma se refiere en sus versiones inglesa, española y rusa, al “daño causado por retraso” más que al daño “sufrido por los pasajeros” de la versión francesa del texto.

En segundo lugar, porque el art. 1 del CM relativo al ámbito de aplicación establece que se aplicará a todo transporte internacional de personas, entendiendo como tales personas a los pasajeros transportados. Este artículo del CM lo interpreta en relación con el párrafo tercero del preámbulo del convenio en el que destaca la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional, “partiendo de la base de que el concepto de “usuario” a los efectos del Convenio, no equivale necesariamente al de “pasajero” sino que incluye, en su caso, a personas que no tienen el carácter de pasajeros porque no son transportadas” (38). De ello deduce que, del hecho de que el CM no incluya a las personas que contratan los servicios de un transporte aé-



reo internacional para transporte de sus empleados, no cabe inferir que dicho convenio no sea aplicable a tales empleadores y concluye que los daños sufridos por estas personas tienen cabida en el CM.

Esta sentencia puede tener sin duda una influencia importante para las compañías aéreas porque dicha interpretación “forzada” de las normas del CM puede tener consecuencias económicas cuantiosas para las mismas. Indudablemente, las cantidades abonadas a los trabajadores como consecuencia del retraso podrían haber sido reclamadas por los trabajadores/pasajeros a la compañía sin que hubiera planteado problema a la transportista acerca de su responsabilidad. Pero se trata de reclamación de pequeñas cantidades cuyas acciones no se ejercitarían en muchos casos por los particulares. Estos preferirían y verían satisfechos sus emolumentos acudiendo a reclamar a los empleadores y con base, posiblemente en las normas laborales, antes que tener que demandar al transportista. Sin embargo, si la indemnización se abona por la empresa que ha contratado el transporte a sus trabajadores (como ha sido el caso estudiado) y es ella la que reclama al transportista, será mucho más fácil que se ejerciten las acciones por parte de los empleadores, aunque sean reclamaciones de pequeña cuantía económica. E, indudablemente, muchas pequeñas pueden generar al final indemnizaciones muy grandes.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podríamos indicar que los conceptos de consumidor y pasajero no son coincidentes en esencia, pero son conceptos interrelacionados desde antiguo puesto que el fundamento de esta obligación tuitiva del transportista sobre el pasajero es común a la política de protección de los consumidores en general.

En segundo lugar, dichos conceptos son dinámicos en cuanto que se encuentran en constante evolución y expansión. Ello se pone de manifiesto cuando se observa que la noción de consumidor se va extendiendo a las personas jurídicas y no solo a la persona física. Este concepto se amplía todavía más en el sector de transporte como se ha evidenciado en el estudio de las normas sobre viajes combinados que se ha efectuado. De tal manera que, como ocurre en otras cuestiones de Derecho privado, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro. Me estoy refiriendo a materias como la responsabilidad civil y el seguro en las que, a medida que se iba permitiendo asegurar la responsabilidad, se iba objetivando la misma. La espiral responsabilidad civil-seguro-responsabilidad civil iba generando que, a nuevos riesgos, mayor aseguramiento y la aparición de nuevos tipos de seguros de responsabilidad civil generaban nuevos criterios de imputación de la responsabilidad cada vez más objetivos.<sup>38</sup>

La interrelación entre los conceptos de consumidor y pasajero supone que, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro y esto lo vemos reflejado en el concepto de viajero de la Directiva 2015/2302, que se ha visto reflejado en el Derecho español. Un tipo de consumidor (el viajero) amplía el concepto general de consumidor y su inercia extiende también el concepto de pasajero. Por tal se entenderá no es solo al que viaja materialmente sino el que contrata el transporte, aunque sea alguien que lo haga dentro de su actividad.

La responsabilidad será del organizador y, en el caso del Derecho español, también del

---

<sup>38</sup> En este sentido ya me pronuncié en mi obra *El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005, p. 58-59.

minorista (agencias de viajes) de forma solidaria. En estos casos, se amplía y facilita al viajero la determinación del responsable que en todo caso será el organizador. Pero si se reclama contra el transportista (que haya ejecutado la parte del viaje combinado que haya resultado incumplida) tendrán que coordinarse las indemnizaciones para evitar posibles enriquecimientos injustos.

Por consiguiente, en un caso como el planteado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016 si lo contratado hubiera sido un viaje combinado el Servicio Especial de Investigación de la República de Lituania podría reclamar contra la empresa organizadora del viaje los perjuicios causados con base en la directiva o en la norma interna lituana sobre viajes combinados. También estaría abierta la vía de la reclamación de los propios trabajadores (como viajeros) y con base en el CM y se les deduciría la indemnización que hubieran recibido por la otra vía de reclamación. Quid iuris si reclama el empresario por las normas de la Directiva y el trabajador pasajero por el reglamento comunitario. De reconocerles indemnización a ambos los perjuicios se pagarán dos veces y el que haya tenido que pagar resultará con una disminución patrimonial de difícil resarcimiento porque no habrá coincidencia de los que las han cobrado. Bien es verdad que la legitimación de la empresa solo surgirá si ha tenido que abonar, como ocurría en el caso de la sentencia, gastos e indemnizaciones a sus trabajadores. Ello permite sugerir que la norma debería prever no solo las acciones sino también la coordinación de las posibles excepciones del sujeto responsable.

Otra tercera idea que me parece interesante resaltar es que, en el sector aéreo, a pesar de que expresamente no se piense en el consumidor, el nivel de protección del viajero debe ser semejante al del consumidor justamente por el propio interés y funcionamiento del mercado de transportes. Para el sector aéreo la protección del pasajero está en la base de funcionamiento del propio mercado de transportes independientemente de la condición de consumidores o no. Para que el mercado funcione y siga habiendo demanda de los servicios de transporte es necesario que las compañías amparen a sus viajeros, independientemente de que sean o no consumidores. Si además lo son es cuando se podría aplicar, como una adición, las normas de protección específicas de los consumidores. Esto llevaría a que no fuera necesaria la extralimitación de las reglas de transporte como se manifiestan en la sentencia comentada.

Por último, indicar que quizá fuera interesante para el propio sector modificar sus normas para tratar de manera distinta solo a aquellos que se encuentran en pie de igualdad en la contratación, es decir, adoptar a nivel de la regulación del transporte de personas el mismo criterio de excluir expresamente los viajes contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, como indica la Directiva 2015/2302 en su considerando 7 y en el art. 2, 2 letra c. A modo de lo que se prevé para los vuelos chárter pero regulándolo específicamente para los viajes regulares<sup>39</sup>.

---

39 En este sentido, ver DÍAZ RAFAEL, Gema; "La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios" 18-08-2016; Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico; Número 32 - Agosto 2016 Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- AAVV Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid 2006.
- AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Dir. CALZADA CONDE, M<sup>a</sup> A. Dir. Adj.) Contratos Mercantiles Tomo I, 5<sup>a</sup> Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coord.) Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005.
- AAVV, FRANCH FLUXÁ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015.
- AAVV, PORTO CORTÉS, A. Coord. Guía práctica sobre derechos de consumo, Thomson-Reuters, Valladolid 2012.
- BARBA DE VEGA, J. y CALZADA CONDE, M<sup>a</sup> A., Introducción al derecho privado del turismo, Aranzadi Thomson-Reuters, 4<sup>a</sup> Ed. Cizur Menor 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El concepto de consumidor" en AAVV Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid 2006, p. 17-37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Apuntes de Derecho Mercantil, 15<sup>a</sup> Ed. Cizur Menor 2014 y 22<sup>a</sup> Ed, 2021.
- BOTANA GARCÍA, G. "Comentario al art. 1 de la LGDCU" en AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coord.) Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, p. 39-107.
- DÍAZ RAFAEL, G. "La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios" 18-08-2016; Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico; Número 32 - Agosto 2016 Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>
- GUILLÉN CARAMÉS, J. El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración, Civitas, Madrid 2002.
- LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J.M. Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de consumo, ESIC, Madrid 2006.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. Manual sobre protección de los consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, Dykinson, Madrid 2003.
- POLO, E. La protección del consumidor en el Derecho privado, Cuadernos Civitas, Madrid 1980.
- REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> J. Manual de derecho privado de consumo, La Ley, 2<sup>a</sup> Ed. Madrid 2012.
- TORRES LANA, J.A., TUR FAUNDEZ, M<sup>a</sup> N.; JANER TORRENS, J.D. La protección del turista como consumidor, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. "El contrato de pasaje" en AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Dir. CALZADA CONDE, M<sup>a</sup> A. Dir. Adj.) Contratos Mercantiles Tomo II, 5<sup>a</sup> Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 507-577.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. "La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo", Revista de Derecho de Transporte (Rdt) n<sup>o</sup> 4; 2010, p. 67 – 100.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

# GIURISDIZIONE E COMPETENZA NELLA CONVENZIONE DI MONTREAL DEL 1999<sup>1</sup>

---

## JURISDICTION AND COMPETENCE IN THE MONTREAL CONVENTION OF 1999

---

**Michelle M. Comenale Pinto<sup>2</sup>**

---

### RESUMEN:

El trabajo se centra en el problema de la jurisdicción dentro de las disposiciones específicas dictadas por el régimen de ley uniforme para el transporte aéreo, específicamente al régimen del Convenio de Montreal del 28 de mayo de 1999 y a las correspondientes soluciones del Convenio de Varsovia del 12 de octubre de 1929, que constituyeron el trasfondo. Estas normas se refieren específicamente a las acciones de responsabilidad contra la compañía aérea que se rigen por los textos de ley uniforme que las contienen, pero no las que puedan ejercitarse por otro motivo, o contra distintos sujetos, ni las que el propio transportista pueda ejercitar contra el remitente, o contra el pasajero que le causó daño con su propio comportamiento.

### ABSTRACT

The work focuses on the problem of jurisdiction within the specific provisions dictated by the uniform law regime for air transport, specifically the regime of the Montreal Convention of May 28, 1999 and the corresponding solutions of the Warsaw Convention of 12 October 1929, which formed the background. These rules specifically refer to liability actions against the airline that are governed by the uniform law texts that contain them, but not those that can be exercised for any other reason, or against different subjects, nor those that the carrier itself may exercise against the sender, or against the passenger who caused him harm with his own behavior.

**PALABRAS CLAVE:** Jurisdicción, Transporte Aéreo, responsabilidad, daños a los pasajeros.

---

**KEY WORDS:** Jurisdiction, Air Transport, responsibility, damages to passengers.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Profesor Ordinario de Derecho de la Navegación de la Universidad de Sassari, República de Italia; miembro de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA).

## I. AMBITO DELL'INDAGINE E SUE CONSEGUENZE SUL PIANO SOSTANZIALE.

Il mio discorso sarà incentrato sul problema della giurisdizione nell'ambito delle disposizioni specifiche dettate dal regime di diritto uniforme del trasporto aereo. Mi riferirò essenzialmente alla disciplina della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 e alle corrispondenti soluzioni della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929, che ne hanno costituito l'antefatto. Tali norme riguardano specificamente le azioni di responsabilità contro il vettore aereo disciplinate nei testi di diritto uniforme che le contengono, ma non quelle esperibili ad altro titolo <sup>(3)</sup>, o contro soggetti diversi <sup>(4)</sup>, né quelle che possa proporre il vettore stesso contro il mittente o contro il passeggero che gli abbiano cagionato danni con propri comportamenti <sup>(5)</sup>. Né il foro individuabile come competente rispetto ad un altro soggetto, potenzialmente responsabile per la medesima vicenda può assorbire la competenza giurisdizionale rispetto all'azione contro il vettore aereo <sup>(6)</sup>, così come non possono essere invocate ragioni di connessione fra le domande dei danneggiati, per giustificare, a fronte della sussistenza della giurisdizione di un determinato Stato per alcuni passeggeri per l'azione contro un vettore di uno Stato terzo, l'estensione di quella giurisdizione anche per gli altri passeggeri <sup>(7)</sup>.

Va puntualizzato che la soluzione di inserire in un testo di diritto uniforme norme specifiche sulla giurisdizione non è comune a tutte le convenzioni in materia di trasporto. In tal senso, hanno operato ad esempio, peraltro con soluzioni meno favorevoli all'attore che nelle convenzioni aeronautiche, le convenzioni ferroviarie CIV e CIM, oggi incorporata nella COTIF 1999 [Convenzione sui trasporti internazionali per ferrovia (COTIF), di Vilnius del 3 giugno 1999] (cfr. art. 57 CIV, nel testo COTIF 1999, e art. 46 CIM nel testo COTIF 1999). In campo marittimo, per quanto riguarda il trasporto di passeggeri, la disciplina sulla giurisdizione applicabile dettata dalla Convenzione PAL 2002 [Convenzione d'Atene del 13 dicembre 1974 relativa al trasporto per mare di passeggeri e dei loro bagagli, come modificata dal Protocollo di Londra del 1° novembre 2002] appare in gran parte ispirata a quella delle convenzioni di Varsavia del 1929 e di Montreal del 1999 (cfr. art. 17) <sup>(8)</sup>. Taceva invece sul punto la precedente Convenzione di Bruxelles del 29 aprile 1961 sull'unificazione di alcune regole in materia di trasporto di passeggeri per mare, che aveva ottenuto ben poco successo di ratifiche. Lo stesso può dirsi sulle convenzioni sul trasporto marittimo di merci del sistema della Convenzione di Bruxelles del 1924 sull'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico, contrariamente a quanto è avvenuto con le Regole di Amburgo del 1978 [Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto di merce per mare, firmata ad Amburgo il 30 marzo 1978] (cfr. art. 21), e con le regole di Rotterdam del 2009 [Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti per il trasporto internazionale di merci in tutto

3 E così, in particolare, quelle per far valere i diritti dei passeggeri alla stregua del Regolamento Ce 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91: C. giust. Ce 9 luglio 2009, in causa C-204/08, in Riv. dir. int. priv., 2009, 1025, nonché in Dir. trasp., 2010, 101, con nota di M. MASOTTI, Volo cancellato: si può ricorrere al giudice del luogo di partenza o di arrivo, ivi, 106. V. amplius: E. G. ROSAFIO, Contrattazione on line, trasporto low cost e tutela del consumatore, in Riv. dir. nav., 2013, 667, ivi, 680 s.

4 Ma, nel senso che ai preposti del vettore si applicherebbero anche le regole sulla giurisdizione, v. G. RINALDI BACCELLI, La responsabilità extracontrattuale del costruttore di aeromobile, Padova, 1987, 41.

5 S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, in Trasporti, 82/2000, 45, ivi, 49.

6 Cass. fr. 11 luglio 2006, Gulf Air Company c. GIE Airbus, M. El D. et autres, in Rev. fr. dr. aér., 2006, 319 e Cass. fr. 11 luglio 2006, 221, nonché Cass. fr., 12 novembre 2009, M. Y. C. Gulf Air, in Rev. fr. dr. aér., 2009, 447. Nella medesima linea, più recentemente, con riferimento ad un'azione in garanzia contro il costruttore dell'aeromobile: Cass. fr., 4 marzo 2015, Airbus c. Armavia Airlines, in Rev. fr. dr. aér., 2015, 92.

7 Cass. fr., 5 dicembre 2012, Consorts X et autres c. Air Algérie, in Rev. fr. dr. aér., 2012, 429.

8 Non è quindi condivisibile l'affermazione di M. LOPEZ DE GONZALO, The international regime of carriage of passengers, in Dir. comm. internaz., 2014, 673, ivi, 694 «All uniform law instruments include provisions on jurisdiction, the purpose of which is to enhance the protection afforded to passengers by giving them a wide range of alternative, easily accessible, jurisdictions where an action can be brought», a cui pure segue una rassegna di disposizioni in tema di giurisdizione negli strumenti di diritto uniforme sul trasporto di passeggeri.

o in parte via mare, aperta alla firma a Rotterdam il 21 settembre 2009 ] (cfr. artt. 66/74). La previsione di regole in tema di giurisdizione nell'ambito di un testo di diritto uniforme implica che gli Stati parti della Convenzione siano obbligati a riconoscere le pronunzie rese nell'ambito di una giurisdizione individuata alla stregua della Convenzione medesima <sup>(9)</sup>. Altro corollario è che i giudici degli Stati membri debbano astenersi dal conoscere cause rispetto alle quali siano carenti i criteri di collegamento giurisdizionale applicabili <sup>(10)</sup>.

Le regole sulla competenza giurisdizionale stabilite in una Convenzione di diritto uniforme, possono non coincidere in misura più o meno larga con quelle che sarebbero applicabili nel singolo ordinamento nazionale <sup>(11)</sup>.

In effetti, va detto, con riferimento al diritto dell'Unione europea, che una disciplina sulla competenza giurisdizionale finisce per incidere sulle competenze concorrenti attribuite all'Unione sullo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 4, § 2, lett. j, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea); del resto, l'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (corrispondente all'art. 65 del Trattato sulla Comunità europea), al § 1, prevede una cooperazione fra gli Stati membri, intesa al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie; il medesimo art. 81 del Trattato sul funzionamento, al § 2, lett. c, prevede che l'Unione possa adottare norme finalizzate ad assicurare «la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione». Sono questi alcuni dei più significativi presupposti sulla base dei quali l'allora Comunità europea ha propugnato l'affermazione dello *jus contrahendi* delle organizzazioni di integrazione regionale con riferimento alle convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporto <sup>(12)</sup>, in effetti affermato nell'art. 53, § 2, e che in concreto l'hanno portata alla ratifica, fra l'altro, della Convenzione di Montreal del 1999 <sup>(13)</sup>.

Non tratterò, salvo qualche cenno necessario a stabilire i limiti della mia esposizione, i problemi di giurisdizione riferiti alle ipotesi che non ricadono nel campo di applicazione della nozione di «trasporto aereo internazionale», ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, e dell'art. 1 della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929, così come quelli riferiti alle ipotesi non disciplinate nelle medesime convenzioni internazionali <sup>(14)</sup>. In ambito euro-unitario, per queste ultime, si pone il problema dell'assoggettamento, dapprima, al c.d. regolamento «Bruxelles I» (reg. Ce n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ed oggi del regolamento di rifusione, c.d. regolamento «Bruxelles I bis» (reg. Ue n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012). <sup>(15)</sup> Qui mi limito

9 Cfr. T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, cit., 686.

10 Trib. Viterbo, 2 maggio 1968, in Riv. dir. nav., 1969, II, 425; in Dir. aereo, 1969, 285; in Foro it., 1968, I, 2896.

11 V. al riguardo, a suo tempo, per l'Italia, riferiti alla fase precedente all'introduzione di regole eurounitarie sulla giurisdizione, i puntuali rilievi di G. ROMANELLI, *Le norme regolatrici del trasporto aereo internazionale nell'ordinamento italiano*, in Riv. dir. nav., 1954, I, 166, ivi, 174.

12 Cfr. in generale, anche per riferimenti bibliografici, sia pure riferiti alle regole di Rotterdam del 2009, S. ZUNARELLI – M. M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, ed. III, Padova, 2016, 58.

13 Cfr. in generale M. BRIGNARDELLO, *Problematiche relative alla firma e alla ratifica della Convenzione di Montreal del 1999 da parte della Comunità europea*, in Dir. mar., 2001, 3.

14 Le norme sulla giurisdizione in esame non sono applicabili ai trasporti che non ricadono nella nozione di «trasporto aereo internazionale», ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Varsavia, o dell'art. 1 della Convenzione di Montreal: cfr. C. giust. Ue, 9 settembre 2015, in causa C-204/08, in Riv. dir. nav., 2015, 771, con nota di G. PRUNEDDU, *Spunti in tema di trasporto non assoggettato al regime della Convenzione di Montreal*, ivi, 783.

15 Con riferimento al diritto euro-unitario, va sottolineato che si dovrà fare riferimento alla disciplina generale in tema di giurisdizione, essendo esclusa l'applicazione delle giurisdizioni speciali dei consumatori ai contratti di trasporto che non prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio per un prezzo globale (cfr. l'art. 17 reg. Ue n. 1215/2012, sulla scia dell'art. 15, § 3, del reg. Ce n. 44/2001): v. per tutti E. G. ROSAFIO, *Contrattazione on line, trasporto low cost e tutela del consumatore*, cit., 677 s.

ad osservare che si tratta comunque di ipotesi non marginali, che comprendono, fra l'altro, per restare al diritto dell'Unione, le cause relative alla disciplina di cancellazione e negato imbarco, oggi dettata dal reg. Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 «che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento Cee n. 295/91»<sup>(16)</sup>. Per di più, su tutta la questione aleggia il problema della pretesa «esclusività dell'azione», che in vari ordinamenti, specialmente di tradizione anglosassone od extraeuropea, tende (a mio avviso, non condivisibilmente) a far discendere dalle previsioni dell'art. 24 della Convenzione di Varsavia, ovvero dell'art. 29 della Convenzione di Montreal: a seconda della giurisdizione, certe cause potranno o meno essere proposte con qualche possibilità di successo<sup>(17)</sup>.

E, di fronte alla pluralità di fori che possono essere oggetto di scelta dell'attore, alla stregua dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia, ovvero dell'art. 33 della Convenzione di Montreal (su cui ovviamente dovrò tornare nel prosieguo più ampiamente), accade che per il medesimo episodio possano esserci soluzioni non coincidenti, se non diametralmente opposte, per danneggiati che abbiano adito giurisdizioni diverse, pur in un quadro di formale affermazione generalizzata dell'esigenza di dare interpretazione uniforme al diritto uniforme, recepita anche nei singoli ordinamenti nazionali<sup>(18)</sup>.

Non sembra inutile richiamare l'attenzione sul rilievo che l'individuazione della giurisdizione competente anche sul termine per l'esercizio dell'azione, ai sensi dell'art. 29 della Convenzione di Varsavia o dell'art. 35 della Convenzione di Montreal: sembrerebbe da escludere l'effetto interruttivo di tale termine<sup>(19)</sup>, a seguito della proposizione dell'azione di fronte ad una giurisdizione non competente<sup>(20)</sup>. D'altronde sono le stesse norme sulla giurisdizione nell'ambito della disciplina uniforme del trasporto aereo ad essere oggetto di sensibili divergenze di interpretazione<sup>(21)</sup>.

Mi sembra opportuno, al riguardo, fare allusione a qualche vicenda in cui la scelta della giurisdizione è stata non indifferente rispetto a soluzione data dalla Corte adita: un esempio piuttosto eclatante, e non particolarmente risalente nel tempo, è quello dei passeggeri di un volo British Airways, che, durante un scalo non previsto a Kuwait City, erano stati privati della loro libertà personale, ed avevano anche subito ulteriori danni materiali, ad opera dei militari iracheni che avevano invaso l'Emirato. La Cassazione

16 Nella letteratura italiana; la materia è ampiamente considerata in un importante studio di E. G. ROSAFIO, *Giurisdizione nel trasporto aereo e nei pacchetti turistici*, in Riv. dir. nav., 2016, 107.

17 V., anche per riferimenti: E. G. ROSAFIO, *Riflessioni in margine all'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999*, in Dir. turismo, 2006, 124.

18 Alla questione allude A. ZAMPONE, *Spunti di riflessione su alcune questioni di giurisdizione e di competenza nella Convenzione di Montreal 1999*, in Dir. trasp., 2010, 47. V. già, a suo tempo, T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988, 686; M. LITVINE, *Droit Aérien. Notions de droit belge et droit international*, Bruxelles, 1970, 278. Rileva S. M. CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999*, in Riv. dir. int. priv., 2010, 5: «l'adeguatezza e la correttezza della determinazione del danno del passeggero dipendono, in grande misura, dai criteri in concreto impiegati dal giudice adito per liquidare l'importo del risarcimento».

19 È incidentalmente da avvertire che neanche questa conclusione pacifica in tutti gli ordinamenti legati alla Convenzione di Varsavia o quella di Monte. Ad esempio in Francia si ritiene che il termine biennale in questione sia comunque assoggettato alle cause di sospensione e di interruzione della prescrizione previste dal diritto comune: v. per tutti, anche per riferimenti giurisprudenziali, S. PIEDELIÈVRE – D. GENCY-TANDONNET, *Droit de transports*, Paris, 2013, 486.

20 Per una recente vicenda giudiziaria in cui si è ritenuto che il termine biennale per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 29 della Convenzione di Varsavia fosse insuscettibile di interruzione attraverso la domanda proposta davanti ad un giudice incompetente (peraltro appartenente alla medesima giurisdizione che avrebbe dovuto pronunciarsi) v. Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, 21 maggio 2015, affaire «Luxair». È incidentalmente da avvertire che nella giurisprudenza comunitaria si è ritenuta legittima l'applicazione dell'art. 29 della Convenzione di Varsavia anche ai trasporti internazionali operati fra Stati membri dell'Unione: C. giust. Ce, 22 ottobre 2009, in causa C-301/08, in Foro it., 2010, IV, 326.

21 V. (con riferimento all'art. 28 della Convenzione di Varsavia, ma le conclusioni sono estensibili anche all'art. 33 della Convenzione di Montreal) M. DE JUGLART, *Traité de droit aérien*, I, a cura di E. Du Pontavice, J. Duheil de la Rochère, G. Miller, Paris, 1989, 979.



francese aveva ritenuto ammissibile contro la compagnia aerea l'azione dei passeggeri per danni, che era stata invece esclusa dalla Camera dei Lords inglese, sull'assunto che non era riferita a lesioni personali subite dai passeggeri tra il momento dell'imbarco e quello dello sbarco. Anche più eclatante è il contrasto con il regime di diritto uniforme delle misure previste dal regolamento comunitario 261 del 2004, ed ancor di più la lettura lata della nozione di «cancellazione del volo», ai sensi del medesimo regolamento, offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, che ha consentito di riconoscere il diritto all'indennizzo forfettario anche per situazioni che si risolvono comunque in ritardi all'arrivo particolarmente rilevanti. Un altro aspetto molto delicato è quello del rapporto fra diritto uniforme e disciplina della tutela del consumatore, elevata in Brasile al rango di norma di norma costituzionale, ma di cui si è esclusa la prevalenza sulle limitazioni risarcitorie previste dalla Convenzione di Varsavia o dalla Convenzione di Montreal <sup>(22)</sup>.

Il quadro descritto porta forse a doversi interrogare sull'opportunità di richiamare le proposte già formulate negli anni '30 del secolo scorso da Albert de Geouffre de La Pradelle di istituzione di una Corte internazionale aeronautica <sup>(23)</sup>. Sulla scia, in maniera più o meno consapevole, sembrano porsi anche studi più recenti. Rispetto ad una siffatta soluzione, potrebbe porsi l'alternativa di ribadire, nell'ambito dei singoli corpi di diritto uniforme, l'esigenza di tenere conto delle interpretazioni seguite negli altri ordinamenti. Infine, si potrebbe anche immaginare, nei testi delle future convenzioni internazionali, di adattare una tecnica normativa più dettagliata, come ad esempio è avvenuto nel campo del trasporto marittimo di merci, dove, a fronte dei soli 26 articoli delle originarie Regole dell'Aja [Convenzione internazionale su l'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico, firmata a Bruxelles, 25 agosto 1924], le più sopra richiamate Regole di Rotterdam del 2009, che (forse, non a caso) fino a questo momento non hanno raccolto un adeguato successo di ratifiche, contano disposizioni ordinate in ben 96 diversi articoli. Resterà tuttavia da vedere se all'incremento numerico delle disposizioni potrà corrispondere effettivamente una maggiore uniformità di applicazione.

## **II. Le soluzioni in tema di competenza giurisdizionale adottata dalla Convenzione di Varsavia e dalla Convenzione di Montreal.**

La disciplina in tema di competenza giurisdizionale dettata dalla Convenzione di Varsavia e dalla Convenzione di Montreal (rispettivamente, all'art. 28 ed all'art. 33) è alquanto complessa.

Entrambe le convenzioni prevedono la possibilità dell'attore di far valere la pretesa a sua scelta nei distinti fori, quattro o dei cinque fori (a seconda che sia applicabile la prima o la seconda) indicati dal legislatore di diritto uniforme. In ogni caso, per la Convenzione di Varsavia, si deve trattare di fori situati nel territorio di una delle parti contraenti. Una previsione di analogo tenore si rinviene anche nella Convenzione di Montreal, che non ammette deroga neanche per l'azione proposta contro il vettore di fatto, che, oltre a poter essere convenuto nei medesimi fori previsti per il vettore contrattuale, può essere chiamato a rispondere davanti all'autorità giudiziaria dello Stato contraente in cui ha la

22 V., anche per riferimenti, M. F. MORSELLO, Responsabilidade civil no Transporte Aéreo, São Paulo, 2006, 390 ss. Con una decisione del Supremo Tribunal Federal del Brasile del 25 maggio 2017, RE 636331/RJ si è affermata la prevalenza del diritto uniforme s

23 Il riferimento è ad una proposta presentata nell'ambito della XXXVIII conferenza di Budapest del 1934 dell'International Law Association, su cui v. A. GIANNINI, Sulla istituzione di una corte internazionale marittima ed aeronautica, in *Dir. maritt.*, 1953, 965; J. P. HONIG, Legal Status of Aircraft, *The Hague*, 1956, 122. V. anche, per considerazioni in direzione analoga, O. RIESE, Une juridiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié, in *Rev. internat. dr. comp.*, 1961, 717. Più recentemente, v. D. HWAN KIM, Proposal for Establishing an International Court of Air and Space Law, in *Z.L.W.*, 2010, 362.



sua residenza o la sede principale della sua attività (art. 46 Conv. Montreal, con previsione che discende dall'art. VIII della Convenzione di Guadalajara del 18 settembre 1961) <sup>(24)</sup>.

La Convenzione di Varsavia, in un'ottica di *favor actoris*, o se si preferisce, in una prospettiva «*victim oriented*» (in quanto affermava l'esperibilità dell'azione di fronte al tribunale più vicino agli interessi del soggetto danneggiato), prevedeva per l'attore una pluralità di fori tra i quali scegliere quello dove instaurare il giudizio; d'altra parte, l'indicazione di questi fori sembra pacificamente da intendersi come tassativa, con esclusione di ogni applicazione estensiva (e tale conclusione, lo anticipo, vale anche rispetto alla Convenzione di Montreal) <sup>(25)</sup>.

In effetti è peculiare che una Convenzione di diritto uniforme preveda più di una giurisdizione applicabile, con il rischio di alimentare il fenomeno del forum shopping <sup>(26)</sup>: sotto questo profilo, mi sembra poco più che un'affermazione di principio quanto si legge nella giurisprudenza statunitense a proposito della presunta *ratio* di tale disciplina, di circoscrivere l'ambito delle giurisdizioni competenti <sup>(27)</sup>. Ad ogni modo non sembra potersi dubitare che «la norma internazionale, se ammette la pluralità di giurisdizioni, non intende egualmente ammettere la pluralità di contemporanei processi per la decisione della medesima lite» <sup>(28)</sup>; insomma, vale il principio «*Electa una via, non datur recursus ad alteram*» <sup>(29)</sup>.

La Convenzione di Varsavia, all'art. 28, prevedeva, peraltro attraverso una formulazione piuttosto poco dettagliata <sup>(30)</sup> quattro fori:

1. *tribunal du domicile du transporteur*,
2. *[tribunal] du siège principal de son exploitation ou*
3. *[tribunal] du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu*
4. *tribunal du lieu de destination*.

Fra i contenuti innovativi del Protocollo di emendamento di Guatemala City dell'8 marzo 1971, mai entrato in vigore, era l'inserimento della cosiddetta «quinta giurisdizione». L'art. XII di tale protocollo, infatti, aveva previsto l'inserimento nell'art. 28 della Convenzione di Varsavia di un secondo paragrafo che, per le azioni relative ai danni da morte e lesioni personali subite dal passeggero, prevedeva la possibilità per l'attore di agire anche

24 Nella giurisprudenza italiana, v. Cass., sez. un., 29 luglio 2003, n. 11647, in Int'l Lis, 2004, 33, con nota di P. BERTOLI, Incidenti aerei, danni alla persona, criteri di competenza giurisdizionale e possibilità di forum shopping (in margine al disastro del «Catallo»); Cass., sez. un., ord. 29 luglio 2003, n. 11648, in Dir. maritt., 2005, 180.

Per un caso di applicazione, con riconoscimento della giurisdizione del tribunale del luogo in cui il vettore contrattuale aveva la propria sede principale (ed in cui comunque era stato concluso il contratto di trasporto), con riferimento ad un trasporto di merci: Rechtbank Van Koophandel Te Brussel, 4 marzo 1991, in E.T.L., 1991, 556. La Convenzione di Montreal ha confermato espressamente la soluzione cui si era pervenuti in via interpretativa, sul fatto che anche i fori aggiuntivi dovessero comunque essere collocati nell'ambito di uno Stato parte della Convenzione: cfr. S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, cit., 47.

25 S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, cit., 49 s.

26 In effetti, già rispetto alla soluzione dei quattro fori della Convenzione di Varsavia, autorevole dottrina non aveva mancato di esprimere le proprie ragioni di perplessità, in ragione delle incertezze giuridiche che alimentava: F. N. VIDELA ESCALADA, Derecho aeronáutico, IV.B, Buenos Aires, 1976, 1025. Su questo aspetto, con riferimento specifico al lievitare delle azioni davanti ai tribunali statunitensi, v. le lucide considerazioni di P. S. DEMPSEY, All Along The Watchtower: Forum Non Conveniens In International Aviation, November 18, 2016, consultabile al sito web <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2692669>, ivi, spec. 23.

27 Il riferimento è a Boyar vs. Korean Air Lines, 664 F. Supp. 1481 (D.C. 1987) - District Court, District of Columbia, 27 febbraio 1987, dove si legge testualmente che «Article 28 was intended to limit rather than broaden the jurisdiction of the nations adhering to the Warsaw Convention».

28 G. MORELLI, Diritto processuale civile internazionale, ed. 2, Padova 1954, 231. Conf. S. M. CARBONE, Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999, cit., 10.

29 Conf. M. J. MORILLAS JARILLO - M. V. PETIT LAVALL - M. J. GUERRERO LEBRÓN, Derecho aéreo y del espacio, Madrid, 2015.

30 Se non, addirittura, eccessivamente laconica: cfr. A. ARCHINARD, Quelques réflexions concernant l'application des articles 28 et 32 de la convention de Varsovie dans le transport contractuel par air des marchandises, in Dir. aereo, 1971, 314, ivi, 315; conf. F. N. VIDELA ESCALADA, Derecho aeronáutico, IV.A, Buenos Aires, 1976, 537.

davanti «*le tribunal dans le ressort duquel le transporteur possède un établissement, si le passager a son domicile ou sa résidence permanente sur le territoire de la même Haute Partie Contractante*» <sup>(31)</sup>.

Tale soluzione è stata poi sostanzialmente ripresa dalla Convenzione di Montreal del 1999, il cui art. 33, ai quattro fori previsti dalla Convenzione di Varsavia nel testo originario, ha aggiunto, al § 2, il foro di residenza del passeggero, sia pure a determinate condizioni, meglio precisate nel § 3.

Si è trattato di una soluzione di compromesso, rispetto alla tesi, fortemente caldeggiata dagli Stati Uniti d'America, ma foriera di perplessità fra molti degli Stati che partecipavano ai lavori di redazione della nuova Convenzione aeronautica, di affermare, appunto, l'esperibilità dell'azione nel luogo di residenza del passeggero. La questione che si poneva appariva in effetti piuttosto delicata, in considerazione dell'abbandono dei limiti risarcitori per i danni alle persone e della tendenza in certe giurisdizioni ad accordare risarcimenti particolarmente elevati, anche in considerazione dei livelli di reddito (c.d. «*high compensation countries*»). Si trattava di evitare di assoggettare le compagnie aeree a rischi che ragionevolmente non avevano avuto modo di pianificare: in altri termini, sembrava iniquo che una compagnia aerea che avesse operato collegamenti soltanto fra Stati appartenenti ad aree ancora in via di sviluppo, potesse trovarsi a dover risarcire un passeggero di uno Stato con alti redditi *pro capite*, sulla base dei livelli risarcitori praticati nella giurisdizione del proprio domicilio o residenza, senza aver ragionevolmente potuto tenere conto di tale rischio, o comunque doversi procurare coperture assicurative adeguate a tale rischio, anomalo rispetto al mercato in cui opera <sup>(32)</sup>. La soluzione di compromesso è stata quella di ancorare l'esperibilità dell'azione nello Stato di residenza del passeggero, al fatto che il vettore comunque vi operasse, sia direttamente, sia indirettamente, anche attraverso accordi commerciali. Secondo l'opinione più diffusa, per integrare questa condizione sarebbe sufficiente che il vettore operi un'offerta nello Stato di residenza anche soltanto attraverso accordi di *code sharing* <sup>(33)</sup>.

Con riferimento tanto all'art. 28 della Convenzione di Varsavia che all'art. 33 della Convenzione di Montreal, si è stigmatizzata come peculiare la mancata previsione, fra i possibili fori per l'esercizio dell'azione, del luogo in cui si sia verificato il danno <sup>(34)</sup>. A me, però, pare che la soluzione sia coerente con l'inquadramento della responsabilità vettoriale per le ipotesi previste dalla Convenzione nell'ambito della responsabilità contrattuale. In ogni caso, non sembra privo di fondamento il rilievo che il luogo dell'incidente, tenuto conto della capacità di muoversi su lunghe distanze propria dei moderni aeromobili, abbia potenzialmente pochi collegamenti con gli interessi dell'attore, e che, ove fosse possibile instaurare l'azione in tale sede, potrebbero derivarne gravi difficoltà sul piano pratico <sup>(35)</sup>.

31 S. POLLASTRELLI, Il rimedio della quinta giurisdizione e dell'efficacia sulla tutela dell'utente-consumatore, in Studi in memoria di Elio Fanara, I, a cura di U. La Torre, G. Moschella, F. Pellegrino, M. P. Rizzo, G. Vermiglio, Milano, 2006, 335, ivi, 337. S. M. CARBONE, Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999, cit., 8. Con riferimento alla quinta giurisdizione nel Protocollo di Guatemala City del 1971, v. G. RINALDI BACCELLI, Analisi critica del Protocollo di Guatemala 1971, in Dir. aereo, 1971, 181, ivi, 223 ss.

32 Cfr. M. BRIGNARDELLO – E. G. ROSAFIO, Il contratto di trasporto aereo di persone, ne I contratti del trasporto, a cura di F. Morandi, I, Bologna, 2013, I, ivi, 10;

33 M. M. COMENALE PINTO, La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999, in Riv. dir. comm., 2002, I, 67, ivi, 117; A. ZAMPONE, Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale, in Dir. trasp., 2000, 7, ivi, 18.

34 M. J. MORILLAS JARILLO – M. V. PETIT LAVALL – M. J. GUERRERO LEBRÓN, Derecho aéreo y del espacio, Madrid, 2015, 596.

35 E. MAPELLI LOPEZ, El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia, Madrid, 1968, 252.

Nondimeno, sembra che l'originale soluzione dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia fosse stata dettata soltanto sull'assunto che l'incidente potesse essere capitato «in un territorio la cui giustizia non dà alcun affidamento e può essere anche sottoposto alla sovranità di uno stato non contraente»<sup>(36)</sup>.

Anche come delimitato dalle disposizioni in tema di competenza giurisdizionale dettate dalle convenzioni di diritto uniforme in tema di trasporto aereo, il campo della mia indagine mi porta comunque ad affrontare non poche questioni, tenuto conto della non univocità delle interpretazioni che sono state date nell'ambito della giurisprudenza aeronautica internazionale, conducendo ad un effetto paradossale, tenuto conto del rilievo che ad esse è stato attribuito dal legislatore di diritto uniforme, che le ha dichiarate normativa inderogabile, escludendo la validità di ogni accordo volto a modificare previamente la giurisdizione, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Varsavia e dell'art. 49 della Convenzione di Montreal<sup>(37)</sup>. Va esclusa in particolare la legittimità anche di quelle clausole che circoscrivano la giurisdizione ad alcune soltanto fra le ipotesi previste dal legislatore di diritto uniforme, sebbene nell'ottica di soddisfare obiettivi pur apprezzabili, come la prevedibilità, sicurezza ed uniformità, sull'assunto che il diritto alla scelta del foro (fra quelli ammessi) competa esclusivamente all'attore che agisca contro il vettore<sup>(38)</sup>. Partendo dai medesimi presupposti, a mio avviso, e seguendo l'impostazione della giurisprudenza francese<sup>(39)</sup>, non può ritenersi evocabile la dottrina del «*forum non conveniens*», per escludere una delle giurisdizioni che possono essere adite dall'attore contro il vettore, alla stregua della disciplina di diritto uniforme<sup>(40)</sup>. La soluzione trova il conforto, nel sistema euro-unitario, anche della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (oggi della Corte di giustizia dell'Unione europea) che aveva espressamente escluso il ricorso alla dottrina del *forum non conveniens* rispetto alle giurisdizioni previste da una Convenzione di diritto uniforme (nella specie si trattava della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza

36 A. GIANNINI, Nuovi saggi di diritto aeronautico, I, Milano, 1940, 106; F. N. VIDELA ESCALADA, Derecho aeronáutico, IV.A, Buenos Aires, 1976, 542 s., che comunque ritiene preferibile la soluzione adottata, pur contestando il fondamento della ragione che a suo tempo l'aveva ispirata.

37 S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, cit., 48.

38 Cass. fr., 7 dicembre 2011, n. 1201, Antoine X et autres c. la société Newvac corporation et autres, in Rev. crit. DIP, 2012, 138. Si legge nella motivazione (riferita all'art. 33 della Convenzione di Montreal): «l'option de compétence ouverte au demandeur par les textes susvisés s'oppose à ce que le litige soit tranché par une juridiction, également compétente, autre que celle qu'il a choisie ; qu'en effet, cette option, qui a été assortie d'une liste limitative de fors compétents afin de concilier les divers intérêts en présence, implique, pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché, sans que puisse lui être opposée une règle de procédure interne aboutissant à contrarier le choix impératif de celui-ci». Va incidentalmente segnalato che clausole di siffatto tenore si rinvenivano effettivamente ancora nelle condizioni generali di varie compagnie aeree, fra cui quelle di un noto vettore low cost, a cui fa riferimento E. G. ROSAFIO, Contrattazione on line, trasporto low cost e tutela del consumatore, cit., 683 s., sub nt. 41, evidenziandone i profili di illegittimità, anche per quanto concerne la disciplina euro-unitaria della giurisdizione, riferendosi agli aspetti che non ricadono sotto la normativa di diritto uniforme.

39 Cass. fr., 7 dicembre 2011, n. 1201, Antoine X et autres c. la société Newvac corporation et autres, in Rev. crit. DIP, 2012, 138.

40 Non manca una casistica statunitense che, viceversa, tende ad ammettere tale eccezione, a partire dal caso In re Air Crash Disaster Near New Orleans, Louisiana On July 9, 1982, 821 F.2d 1147, United States Court of Appeals, Fifth Cir., 21 luglio 1987. Particolarmente significativo, per la contrapposizione con la Francia (v.): In re West Caribbean Airways, 2012 WL 1884684 (S.D. Fla. 2012) – U. S. District Court, District of Southern Florida, 16 maggio 2012. Per una sintesi della posizione statunitense, e sul conflitto negativo di giurisdizione fra Stati Uniti e Francia, v. A. I. MENDELSON – J. RUIZ, U. S. Court Rebuffs French High Court's Attack on Forum Non-Conveniens Doctrine, in Air & Sp. L., 2012, 325. Sulla diversa prospettiva seguita in proposito dalla giurisprudenza statunitense, rispetto a quella francese, sulla compatibilità della dottrina del forum non conveniens rispetto alle giurisdizioni individuate alternativamente dalle convenzioni di diritto uniforme, cfr. S. ADELIN, The forum non conveniens doctrine put to the test of uniform private international law in relation to air carriers' liability: lack of harmony between US and French decisional outcomes, in Rev. dr. unif., 2013, 313. Analoga questione si è posta, in campo marittimo, per la vicenda del naufragio della nave da crociera «Costa Concordia», di bandiera italiana, rispetto alla quale non era di per sé applicabile alcun regime di diritto uniforme. Sono state proposte azioni anche collettive davanti a Corti statunitensi federali e statali, convenendo (anche) la società Carnival, capo-gruppo della compagnia armatrice Costa, è stata esclusa la giurisdizione, sulla base della dottrina del forum non conveniens: Giglio Sub s.n.c. v. Carnival Corp., (11th Cir. 2012), 2012 AMC 2705; Warrick v. Carnival Corp., No. 12-61389 (S.D. Fla., 2013, 2013 AMC 1053, Abaid-Saba v. Carnival Corp., No. 12-26076-CA01 (Fla. Cir. Ct. July 19, 2013) salvo che per una causa, in cui la Corte dello Stato della Florida, investita del caso, ha ritenuto di potersi pronunciare sulle domande dei cittadini degli Stati Uniti, ma non su quelle di stranieri [Scimone v. Carnival Corp., No. 12-26072-CA 02 (Fla. Cir. Ct. July 19, 2013)].

giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale)<sup>(41)</sup>. Peraltro, nella drammatica vicenda dell'incidente sul Lago di Costanza (Überlingen), dell'urto fra due aeromobili, fra le cui concause si era assunto il malfunzionamento del sistema anticollisione, dopo il rigetto dei tentativi dei superstiti di proporre un'azione legale negli Stati Uniti, dove aveva sede il produttore del sistema ACAS<sup>(42)</sup>; la questione, per tali profili di danno, è poi approdata di fronte alla giurisdizione spagnola, per le azioni proposte dai familiari delle vittime spagnole, con competenza territoriale individuata sulla base del luogo di destinazione (Barcellona) dell'aeromobile passeggeri entrato in collisione con un volo cargo<sup>(43)</sup>.

È invece ammessa la deroga convenzionale successiva. Non è chiaro se la deroga convenzionale successiva possa essere stabilita al di fuori delle giurisdizioni individuate dal legislatore di diritto uniforme. Sul punto, non mi costa una casistica, ed è comprensibile che sia così, tenuto conto che l'individuazione del foro nel quale agire spetta all'attore, e che la disciplina di diritto uniforme è, come si vedrà, tendenzialmente caratterizzata da un *favor actoris*. Sembra, del resto, almeno improbabile che ciascuna delle parti possa accettare *ex post* di agire o di essere convenuta in un foro a lei potenzialmente più sfavorevole, sia in termini di utilità sostanziale della sentenza attesa, sia in termini di agevole difesa della propria posizione. Ad ogni modo, può essere interessante osservare come, in campo marittimo, la Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto marittimo di passeggeri, come risulta alla stregua del protocollo di emendamento del 2002 (c.d. «PAL 2002»)<sup>(44)</sup>, che in tante soluzioni si è ispirata alla Convenzione di Montreal, appare sul punto anche più possibilista: l'art. 17, al § 3, prevede infatti che: «*After the occurrence of the incident which has caused the damage, the parties may agree that the claim for damages shall be submitted to any jurisdiction or to arbitration*». Per come la disposizione è formulata, sembra non presupporre neanche il rispetto della condizione a cui sono assoggettate le altre giurisdizioni individuate dal § 1 del medesimo art. 17, circa la necessità «*that the court is located in a State Party to this Convention*».

Va peraltro sottolineato che lo stesso ricorso all'arbitrato, ammesso esclusivamente per il trasporto di merci, è condizionato allo svolgimento in una delle giurisdizioni individuate alla stregua delle corrispondenti menzionate previsioni di diritto uniforme, di cui all'art. 28 della Convenzione di Varsavia, ovvero all'art. 33 della Convenzione di Montreal (art. 32 della Convenzione di Varsavia e art. 34 della Convenzione di Montreal). Tuttavia, mentre la Convenzione di Varsavia nulla dispone sulla forma di tale clausola, la Convenzione di Montreal richiede espressamente, all'art. 33, § 4, la forma scritta ad substantiam: è stato osservato che, su tale base, va escluso il ricorso alla procedura arbitrale contro il

41 C. giust. Ce 1° marzo 2005, in causa C-281/02, in Riv. dir. internaz. priv., 2005, 508; in Int'Lis, 2006, 15, con nota di M. A. LUPOI, Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?

42 Cfr. M. HERRANZ BALLESTEROS, Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair, in Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), 592, ivi, 600 ss.

43 Le carenze del dispositivo ACAS erano state evidenziate nel rapporto dell'inchiesta tecnica dell'Agenzia per la sicurezza aerea tedesca BFU del maggio 2004. La vicenda è stata decisa da STS 181/2015 del 13 gennaio 2015 - ECLI:ES:TS:2015:181, che ha parzialmente confermato la decisione assunta da Aud. Prov. Barcelona núm. 230/2012, del 7 maggio 2012, ES:APB:2012:6351. Come legge sostanziale applicabile è stata individuata quella degli Stati del New Jersey e dell'Arizona, sulla base della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto. Si sono comunque applicati i limiti della Convenzione di Varsavia. Sul contesto, cfr. H. SCHEBESTA, Risk Regulation Through Liability Allocation: Transnational Product Liability and the Role of Certification, in Air & Sp. Law, 2017, 107, ivi, 111 ss.

44 In vigore, a livello internazionale, dal 23 aprile 2014, ma, ad oggi, non ratificata dall'Italia. Tuttavia, la parte sostanziale di tale convenzione (che non include la disciplina della giurisdizione di cui all'art. 17 della PAL 2002) è stata introdotta in Italia, come in tutta l'odierna Unione europea, attraverso il reg. (CE) 392/2009 del 23 aprile 2009 relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente (su cui v. in generale M. M. COMENALE PINTO, Le tendenze unificatrici nella disciplina del trasporto di persone, in Dir. mar., nun. spec. in onore di Francesco Berlingieri, 2010, 385, ivi, 387 ss. M. LOPEZ DE GONZALO, La responsabilità del vettore marittimo di persone dal codice della navigazione al regolamento (CE) 392/2009, in Dir. mar., 2012, 756).

vettore di fatto<sup>(45)</sup>. Peraltro, i criteri di determinazione della competenza giurisdizionale dettati dall'art. 33 della Convenzione di Montreal, così come quelli di cui all'art. 28 della Convenzione di Varsavia, si applicano alle azioni per i danni da ritardo basate sui testi di diritto uniforme in questione, ma non per un'azione con la quale un passeggero faccia valere il diritto alla compensazione forfettaria della cancellazione del volo, ai sensi dell'art. 7 del reg. (CE) n. 261/2004 dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, che resta invece assoggettata ai criteri ordinari di determinazione della competenza giurisdizionale, oggi dettati in ambito eurounitario dal reg. (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012<sup>(46)</sup>. Tuttavia, nel caso sussistano congiuntamente i presupposti per l'azione volta a far valere i diritti del passeggero di cui al reg. (CE) n. 261/2004, sia quelli per il ritardo rilevante ai sensi della Convenzione di Montreal, prevale la rilevanza dell'art. 33 della Convenzione di Montreal del 1999<sup>(47)</sup>,

### III. COMPETENZA GIURISDIZIONALE E COMPETENZA INTERNA.

Uno dei punti più controversi già nell'applicazione della Convenzione di Varsavia, su cui la Convenzione di Montreal non ha fornito elementi di chiarimento, è quello dell'ambito di efficacia delle norme di individuazione del foro davanti al quale proporre l'azione: se esse siano limitate solo all'ambito della competenza giurisdizionale, o se viceversa possano essere intese anche come attributive di una competenza sul piano del diritto interno; in altri termini, se esse si limitino ad individuare la giurisdizione, lasciando poi al diritto interno dello Stato in cui va instaurata l'azione l'individuazione in concreto dell'autorità giudiziaria da adire, ovvero se vadano applicate anche a quest'ultimo fine<sup>(48)</sup>. A quest'ultimo proposito, come per l'indirizzo prevalente negli Stati Uniti d'America<sup>(49)</sup>, in Italia, si è a lungo ritenuto che le regole in tema di foro competente dettate dalla Convenzione di Varsavia e/o dalla Convenzione di Montreal fossero riferite esclusivamente alla giurisdizione internazionale, senza incidere sulla competenza interna, territoriale, per materia, o per valore, con soluzione che è stata condivisa anche da ampia parte della dottrina<sup>(50)</sup>, e che è sembrata a suo tempo

45 S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, cit., 49.

46 Per l'affermazione dell'applicabilità dell'art. 5 del reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 (c.d. «Regolamento Bruxelles I»), punto 1, lett. b, secondo trattino (corrispondente all'art. 7, punto 1, lett. b, secondo trattino, del reg. (UE) di rifusione n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c. d. «Regolamento Bruxelles I bis»); cfr. C. giust. CE, 9 luglio 2009, in causa C-204/08, ECLI:EU:C:2009:439, in Riv. dir. int. priv., 2009, 1025, oppure in Dir. trasp., 2010, 101, con nota di M. MASOTTI, Volo cancellato: si può ricorrere al giudice del luogo di partenza o di arrivo, ivi, 106. In tema, v. G. SERRANÒ, Cancellazione del volo e giurisdizione in materia di trasporto aereo: il caso Air Baltic, ivi, 2010, 77. Più recentemente: C. giust. UE 26 marzo 2020, in causa C-215/18, ECLI:EU:C:2020:235.

47 Cass., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3561, in Resp. civ. prev., 2020, 1217, con nota di S. VERNIZZI, Trasporto aereo internazionale e giurisdizione italiana secondo il nuovo orientamento del Supremo Collegio, ivi, 1218, oppure in in Giur. it., 2020, 2148, con nota di A. REINALTER - A. REINSTADLER, Trasporto aereo e giurisdizione internazionale, ivi, 2150.

48 Quest'ultima tesi, a lungo minoritaria in Italia, è stata sostenuta, con riferimento alla competenza territoriale, da C. MEDINA, Appunti di diritto aeronautico, Torino, 1983, 102 ss., e più recentemente da S. BUSTI, I fori competenti per l'azione in responsabilità contro il vettore aereo internazionale, cit., 59. Nella letteratura argentina, esclude il rilievo sul piano interno dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia: F. N. VIDEA ESCALADA, Derecho aeronáutico, IV.A, Buenos Aires, 1976, 544.

49 L'indirizzo giurisprudenziale negli Stati Uniti d'America non è stato sempre costante (nondimeno, nel senso dell'irrelevanza sul piano interno della disciplina di diritto uniforme, ai fini della competenza, v. già A. F. LOWENFELD - A. I. MENDELSON, The United States and the Warsaw Convention, in Harvard Law Review, 80, 1967, 497, ivi, 523), anche se è andato a consolidarsi nel senso dell'esclusione di ogni rilevanza sul piano interno dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia, ed oggi dell'art. 33 della Convenzione di Montreal (registra la già allora consolidata posizione della giurisprudenza statunitense, in contrapposizione a quella viceversa seguita in Francia: M. DE JUGLART, Traité de droit aérien, I, cit., 980). Probabilmente, la più significativa delle prime decisioni dell'indirizzo poi consolidatosi negli Stati Uniti è la celebre pronunzia sul caso Mertens, v. Flying Tiger Line, Inc., del 1965, resa dalla corte d'appello per il Secondo Circuito (Frederic T. Mertens, Sr., Individually and As Administrator of the Estate of Frederic Thorn Mertens, Deceased, and Margaret S. Mertens, v. Flying Tiger Line, Inc., 341 F.2d 851 (2d Cir. 1965) - U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 16 febbraio 1965. Conf.: Smith v. Canadian Pacific Airways, Ltd., 452 F.2d 798 (1971) - U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 6 dicembre 1971). Tale impostazione si contrapponeva però a quella seguita dalla decisione sul caso Berner et al. v. United Airlines, resa da una Corte statale (Boyar vs. Korean Air Lines, 664 F. Supp. 1481 (D.C. 1987) - District Court, District of Columbia, 27 febbraio 1987).

50 Conforme, escludendo nettamente qualsiasi dubbio al riguardo: S. M. CARBONE, Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999, cit., 10. V. anche M. BRIGNARDELLO - E. G. ROSAFIO, Il contratto di trasporto aereo di persone, cit., 11.

anche a me preferibile<sup>(51)</sup>, anche perché apparentemente confortata dall'affermazione che il procedimento debba essere retto dalle regole processuali nazionali, contenuta nell'art. 29, § 2, della Convenzione di Varsavia, e ripreso dall'art. 33, § 4, della Convenzione di Montreal, posto che le regole distributive della competenza sul piano territoriale e funzionale, siano tipicamente regole di procedura. Ed in effetti la giurisprudenza italiana di legittimità si era attestata in tal senso<sup>(52)</sup>.

D'altra parte, la soluzione di segno opposto era seguita in altri ordinamenti, fra cui la Francia. Può essere interessante al riguardo osservare come nella giurisprudenza francese, assunta la rilevanza anche a livello interno della disciplina di diritto uniforme sull'individuazione del foro, si è ritenuto che il luogo di destinazione, ai fini del quarto criterio di collegamento giurisdizionale, dovesse essere individuato alla stregua non già della effettiva collocazione dell'aeroporto di arrivo, ma di quanto indicato sul biglietto: a tali fini, ha escluso la competenza del tribunale nella cui giurisdizione concretamente si trovava l'aeroporto per affermare, viceversa, quella di Parigi, indicata appunto come meta finale del trasporto<sup>(53)</sup>.

Da ultimo, l'affermazione della rilevanza dei criteri stabiliti dall'art. 33 della Convenzione di Montreal per l'individuazione, anche a livello interno, della competenza territoriale è stata fatta propria dalla Corte di giustizia dell'Unione<sup>(54)</sup>. Occorre sottolineare il rilievo della decisione, tenuto conto che la Convenzione di Montreal è diritto dell'Unione europea, in ragione della ratifica a suo tempo operata ai sensi dell'art. 53, § 3.<sup>(55)</sup> A seguito della pronuncia della Corte di giustizia, si è registrato altresì un mutamento d'indirizzo della giurisprudenza italiana di legittimità, con l'affermazione della rilevanza dell'art. 33 Convenzione anche per l'individuazione della competenza territoriale a livello interno<sup>(56)</sup>.

51 M. M. COMENALE PINTO, Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo, in *Dir. mar.*, 2000, 798, ivi, 815; ID., Reflexiones sobre la nueva Convención de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo, in *Revista de derecho privado*, 2000, 183, ivi, 197.

52 Nel senso dell'irrelevanza sul piano interno delle norme sulla competenza dettate dalle convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporto aereo, in Italia può citarsi da ultimo una pronunzia resa a Sezioni Unite dalla Suprema Corte di cassazione, peraltro in un caso di trasporto di merci (Cass., Sez. un., 17 ottobre 2014, n. 22035, in N.G.C.C., 2015, I, 337, con nota di F. FALCONI, La giurisdizione in materia di trasporto aereo internazionale: l'interpretazione dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia al vaglio delle sezioni unite, ivi, 344), e ribadita, per escludere una competenza per materia del tribunale (invocata alla stregua di un falso argomento letterale, fondato sul tenore del testo francese dell'art. 33 della Convenzione di Montreal, corrispondente all'art. 28 della Convenzione di Varsavia) (in effetti, nel testo francese, come in quello spagnolo, si legge «Tribunal», ma nel testo in lingua inglese (facente parimenti fede) della Convenzione di Montreal, l'espressione è impiegata piuttosto «Court»), da una successiva sentenza a sezione semplice della stessa Corte di cassazione, riferita al trasporto di persone (Cass., 4 maggio 2016, n. 8901. V. anche Cass., 15 luglio 2005, n. 15028, in *Dir. trasp.*, 2007, 151, con nota di D. RAGAZZONI, Competenza giurisdizionale e competenza territoriale nel trasporto aereo, nota a Cass. 15 luglio 2005, n. 15028, ivi, 154. Nella giurisprudenza di merito: Giud. Pace Crotone, 28 novembre 2005, in *Dir. trasp.*, 2007, 185; Giud. Pace Pistoia, 31 ottobre 2009, in *Riv. dir. nav.*, 2011, 741, con nota di B. COSSU, La tutela del passeggero nel trasporto aereo internazionale in caso di ritardo e perdita del bagaglio, ivi, 745; Giud. Pace Pozzuoli, 23 giugno 2010, in *Giud. Pace*, 2011, 132, con nota di G. MANCA, Foro competente per perdita o ritardata consegna del bagaglio da parte del vettore aereo e risarcimento del danno patrimoniale e morale per vacanza rovinata. Contra: Giud. Pace Catania 18 ottobre 2005, in *Dir. trasp.*, 2006, 999; Giud. Pace Roma, sez. Ostia-Fiumicino, 14 luglio 2004, in *Dir. turismo*, 2005, 156, con nota critica di A. COLAVOLPE, L'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 1929 e l'asserita incompetenza «funzionale» del Giudice di pace). L'esclusione del rilievo sulla competenza interna delle norme di diritto uniforme sul trasporto aereo è seguita da una pluralità di decisioni, tanto di merito, quanto di legittimità (Cass., Sez. un., 15 giugno 1993 n. 6630, in *Giust. civ.*, 1994, I, 755; in *Dir. trasp.*, 1994, 195; Cass., Sez. un., ord. 26 maggio 2005, n. 11183, in *Dir. mar.*, 2007, 1147, con nota critica sul punto di C. MEDINA, Giurisdizione e competenza nel diritto internazionale uniforme del trasporto aereo; Cass., 15 luglio 2005, n. 15028, cit. (le ultime due sentenze sono leggibili anche in *Int' Lis*, 2006, 139, con nota di P. BERTOLI, Competenza giurisdizionale e competenza territoriale nelle Convenzioni di Varsavia e Montreal sul trasporto aereo internazionale). Nella giurisprudenza di merito, v. Giud. Pace Bari 13 ottobre 2011, in *Giurisprudenzabarese.it*; Giud. Pace Porto Torres, 25 maggio 2016, in *Riv. dir. nav.*, 2017, 275, con nota di A. DASARA, Negato imbarco di minore non accompagnato: una responsabilità precontrattuale del vettore, ivi, 282). Per quanto mi consta, la medesima impostazione è stata seguita univocamente dalla giurisprudenza federale brasiliana, che esclude l'incidenza delle disposizioni di diritto uniforme in materia di foro competenze sull'individuazione, nell'ambito della giurisdizione individuata alla stregua di tali regole, dell'autorità giudiziaria concretamente chiamata a decidere dell'azione.

53 Tribunal de grande instance d'Evry-Corbeil, 3 ottobre 1975, *Veuve Aufrère de La Preugne c. Cie Varig*, in *Rev. fr. dr. aé.*, 1976, 270.

54 C. giust. UE, 7 novembre 2019, in causa C-213/18, *ECLIEU:C:2019:927*, in *Dir. mar.*, 2019, 779.

55 Cfr. M. BRIGNARDELLO, Problematiche relative alla firma e alla ratifica della Convenzione di Montreal del 1999, in *Dir. mar.*, 2001, 3.

56 Cass., ord. 5 novembre 2020, n. 24632



#### IV. DIFFORMITÀ DI SOLUZIONI INTERPRETATIVE ANCHE RISPETTO ALLE SINGOLE IPOTESI DI COLLEGAMENTO GIURISDIZIONALE PREVISTE NEL DIRITTO UNIFORME.

Non univoche sono anche le soluzioni interpretative offerte in relazione alle singole ipotesi di collegamento giurisdizionale. Certamente va dato atto, come già segnalato in dottrina, che molte delle questioni sorte con riferimento a tale specifico criterio, sono destinate a perdere rilievo, almeno per quanto concerne le azioni relative ai danni per morte e lesioni personali subite dai passeggeri, in corrispondenza dell'affermarsi della «quinta giurisdizione», finalmente introdotta dalla Convenzione di Montreal del 1999<sup>(57)</sup>, nella misura in cui nel luogo di residenza del passeggero la compagnia aerea operi quanto meno attraverso accordi commerciali. A quest'ultimo proposito, sembra da escludere che il criterio possa essere integrato rispetto alla semplice presenza nello Stato di un agente che possa emettere biglietti<sup>(58)</sup>.

La Convenzione di Montreal non ha risolto i problemi interpretativi che erano sorti a proposito del primo criterio di collegamento giurisdizionale e della nozione di «*domicile*» impiegata nell'art. 28 della Convenzione di Varsavia, e ripresa sic et simpliciter nel testo in lingua francese del suo art. 33, a cui corrisponde, anche in lingua inglese, «*domicile*», e «*domicilio*» in lingua spagnola. Sennonché, ci troviamo di fronte a quelli che i linguisti chiamerebbero «falsi amici»: il *domicile* di una società, negli ordinamenti di *common law*, è il luogo della sua *incorporation*, mentre negli ordinamenti di diritto continentale la portata dell'espressione è molto più ristretta<sup>(59)</sup>.

Vari problemi interpretativi sono sorti anche in relazione al terzo criterio di collegamento giurisdizionale. Si segnala anche una difformità di letture circa la nozione di «sede secondaria», a seconda degli ordinamenti in cui si presenti la questione, anche per la tendenza a voler fare eccessivamente riferimento al corrispondente concetto di diritto interno<sup>(60)</sup>. Ad esempio, nella giurisprudenza statunitense, si è ritenuto che la nozione fosse tale da essere integrata anche nella struttura del *partner* di un'alleanza commerciale vincolato ad eseguire le istruzioni della compagnia aerea e a rappresentarla nella conclusione dei contratti di trasporto<sup>(61)</sup>. Va esclusa, viceversa, la identificabilità dell'agente IATA che abbia emesso il biglietto come sede secondaria ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Montreal<sup>(62)</sup>. Ed è appena il caso di evidenziare che non basta che nello Stato ci sia una sede secondaria; per integrare il criterio, occorre anche provare che il contratto sia stato effettivamente concluso attraverso quella sede secondaria<sup>(63)</sup>.

Tanto la nozione di sede secondaria è stata ritenuta ambigua che nella soluzione

57 N. E. LUONGO - A. PIERA, La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros, in R.D.T., 4/2010, 115, ivi, 149. Ma, nel senso che comunque la quinta giurisdizione non sia di per sé sufficiente a garantire il passeggero-consumatore: S. POLLASTRELLI, Il rimedio della quinta giurisdizione e dell'efficacia sulla tutela dell'utente-consumatore, in Studi in memoria di Elío Fanara, I, a cura di U. La Torre, G. Moschella, F. Pellegrino, M. P. Rizzo, G. Vermiglio, Milano, 2006, 335.

58 Cfr. ex plurimis, Cass., Sez. un., 14 giugno 2006 n. 13869, in Giust. civ., 2007, I, 173.

59 Cfr. S. M. CARBONE, Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999, cit., 9.

60 Annotavano così A. F. LOWENFELD - A. I. MENDELSON, The United States and the Warsaw Convention, in Harvard Law Review, 80, 1967, 497, ivi, 523. «There is, of course, no problem if the carrier on which the accident occurs flies to the United States. Clearly, operating an airline constitutes doing business, and airlines specifically qualify to do business in those places where they maintain services or office».

61 Polanski v. Klm Royal Dutch Airlines, 78 F.Supp.2d 1222 (2005) - U. S. District Court, District of California, 7 luglio 2005. Su tale tipologia di accordi, v., anche per riferimenti, M. MUSI, I rapporti di collaborazione tra vettori, Roma, 2014, 19 ss.

62 Nella giurisprudenza italiana: Cass., Sez. un., 14 giugno 2006 n. 136889, in Giust. civ., 2007, I, 173, con nota di M. M. COMENALE PINTO, Giurisdizione ed effettività della tutela del passeggero, ivi, 175, nonché in Dir. traspr., 2007, 849, con nota di C. VAGAGGINI, I fori competenti nel trasporto aereo internazionale e la nozione di stabilimento.

63 Nella giurisprudenza francese, con riferimento ad un trasporto di merci: Cass. fr. com., 8 novembre 2011, Merial c. DHL, in Rev. crit. DIP 2012, 607.

di compromesso che ha portato all'affermazione della quinta giurisdizione nella Convenzione di Montreal del 1999, si è ritenuto opportuno astenersi dal far riferimento ad essa, preferendo invece valorizzare l'elemento dei collegamenti commerciali <sup>(64)</sup>, comunque avvertito come equo, tenuto conto che implica l'accettazione da parte della compagnia aerea di trovarsi assoggettata ai livelli risarcitori della specifica giurisdizione in cui, in nome della residenza del passeggero, può essere instaurata l'azione <sup>(65)</sup>.

L'individuazione della giurisdizione competente, alla stregua del terzo criterio di collegamento, implica anche l'individuazione del momento della conclusione del contratto. Il problema si è presentato, in particolare, rispetto all'emissione dei biglietti prepagati. In un caso, deciso da una Corte distrettuale, era capitato che una signora residente negli Stati Uniti avesse acquistato per un proprio congiunto residente nella Repubblica di Corea, tramite la sede statunitense di una compagnia aerea coreana, un biglietto per un proprio congiunto, e che tale biglietto fosse stato emesso e consegnato al passeggero in Corea: è stato esattamente puntualizzato che l'emissione del biglietto non corrisponde alla conclusione del contratto, ma ne costituisce soltanto una prova, come del resto era ben chiaro nel testo della Convenzione di Varsavia, che faceva discendere dalla mancata emissione la sanzione in capo al vettore della decadenza dal beneficio della limitazione <sup>(66)</sup>. D'altronde, nella Convenzione di Varsavia <sup>(67)</sup>, come nella Convenzione di Montreal <sup>(68)</sup>, è ben esplicitato che l'inosservanza delle disposizioni in materia di documentazione del contratto di trasporto di persone, ivi compresa la mancata emissione del biglietto, non pregiudica né l'esistenza né la validità del contratto stesso <sup>(69)</sup>. Va al riguardo puntualizzato che, per il trasporto aereo di merci, la semplice presa in carico delle cose da trasportare, non coincide di per sé con il momento della conclusione del contratto <sup>(70)</sup>.

Le nuove possibilità aperte per la conclusione del contratto di trasporto dalla diffusione delle carte di credito e dei mezzi telematici hanno aperto, in particolare per il trasporto di passeggeri, nuove questioni per l'applicazione della terza giurisdizione. Sono stati puntualmente segnalati gli aspetti problematici della contrattazione via Internet, in cui il passeggero che proceda alla conclusione del contratto di trasporto mediante tale tecnologia, non ha in realtà un'idea concreta della effettiva collocazione fisica del proprio interlocutore telematico. Nelle vicende relative a rapporti perfezionati tramite Internet, si è ritenuta sussistente la giurisdizione nello Stato in cui il biglietto era stato emesso <sup>(71)</sup>. È stato posto in evidenza, però, come la soluzione del problema dipende dalla teoria adottata nello specifico ordinamento circa il momento ed il luogo della conclusione dei contratti a distanza <sup>(72)</sup>. Nella giurisprudenza italiana la questione è stata risolta

64 Cfr. S. M. CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999*, cit., 8.

65 Cfr. S. M. CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999*, cit., 9.

66 *Boyar vs. Korean Air Lines*, 664 F. Supp. 1481 (D.C. 1987) - District Court, District of Columbia, 27 febbraio 1987. Cfr., in proposito, N. E. LUONGO - A. PIERA, *La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros*, in R.D.T., 4/2010, 115, ivi, 127.

67 Convenzione di Varsavia, art. 3, § 2. La sanzione della decadenza del beneficio della limitazione risarcitoria nella responsabilità vettoriale è prevista nell'ultima parte di tale disposizione.

68 Convenzione di Montreal, art. 3, § 4.

69 La Convenzione di Montreal, diversamente dalla Convenzione di Varsavia, fa salva l'applicazione della sua disciplina, ivi compreso il diritto del vettore ad avvalersi delle limitazioni previste. È appena il caso di sottolineare, però, che con la Convenzione di Montreal è venuto meno in generale il limite risarcitorio per i danni alle persone.

70 Conf., nella giurisprudenza francese, con riferimento ad un trasporto di merci: Cass. fr. com., 8 novembre 2011, cit.

71 Cfr., ad esempio, *Polanski v. Klm Royal Dutch Airlines*, 78 F.Supp.2d 1222 (2005), cit.

72 G. DEIRÓ, *Jurisdiction and Conflicts of Laws in Contracts of International Carriage by Air*, in *Air & Sp. L.*, 2008, 337, ivi, 345.



affermando la giurisdizione dello Stato da cui il passeggero ha operato l'acquisto del biglietto via Internet, in quanto luogo di perfezionamento del rapporto contrattuale <sup>(73)</sup>.

D'altra parte, non è inutile sottolineare che una problematica analoga si pone per tutti quei casi in cui il passeggero entri in contatto con la compagnia aerea attraverso un centro di gestione telefonico della clientela, magari esternalizzato e delocalizzato (ovvero, gestito in *outsourcing* da un'impresa collegata all'estero). La questione appare di particolare interesse rispetto all'attività delle compagnie aeree «*low cost*», la cui politica aziendale, incentrata sul risparmio dei costi, esclude sistematicamente l'istituzione di sedi secondarie negli Stati in cui operano <sup>(74)</sup>, anche se va sottolineato come non sia scontata una simile opzione neanche da parte delle compagnie aeree tradizionali (ex «di bandiera»).

Per quanto concerne il luogo di arrivo a destinazione, non è chiaro se si debba intendere il luogo di arrivo della singola tappa, ovvero il luogo di destinazione finale e, in particolare, rispetto a tale ipotesi, se nei viaggi circolari e andata e ritorno la giurisdizione si instauri nel luogo di partenza. Quest'ultima soluzione, in assenza di una definizione normativa nel sistema di diritto uniforme, appare accreditata dalla nozione di trasporto «internazionale» accolta in tale ambito, ed alla lettura più accreditata che ne è stata data <sup>(75)</sup>. In tale direzione si è pronunciato, ad esempio, il Tribunale supremo spagnolo <sup>(76)</sup>: manca, invece, una pronuncia espressa nella giurisprudenza italiana <sup>(77)</sup>. Certamente va rigettata la tesi che vorrebbe identificare il luogo di destinazione, ai fini dell'instaurazione della giurisdizione, con quello della singola tratta in cui si verifica il danno <sup>(78)</sup>. Ponendosi nella prospettiva del rilievo del tragitto complessivo previsto nel biglietto, va escluso che possa incidere in qualsivoglia maniera la volontà del passeggero di non avvalersi di una tratta, quale che ne sia la ragione, come è stato affermato espressamente nella giurisprudenza statunitense <sup>(79)</sup>. In realtà, deve sempre tenersi conto di quelle che sono state le pattuizioni fra le parti <sup>(80)</sup>.

73 Cass., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3561, cit.

74 Cfr. A. ZAMPONE, Criticità nell'affermazione dei diritti del passeggero nei confronti dei vettori low cost, in *Dir. trasp.*, 2012, 423, ivi, 424.

75 G. DEIRÓ, Jurisdiction and Conflicts of Laws in Contracts of International Carriage by Air, cit., 334; G. M. MILLER, Liability in International Air Transport, Deventer, 1977, 38; R. H. MANKIEWICZ, The liability regime of the international air carrier - A Commentary on the present Warsaw System, Deventer, 1981, M. M. COMENALE PINTO, Giurisdizione ed effettività della tutela del passeggero, nota a Cass., Sez. un., 14 giugno 2006 n. 13689, in *Giust. civ.*, 2007, I, 175, ivi, 178. Sul concetto di «trasporto aereo internazionale», con specifico riferimento alla Convenzione di Varsavia, v. A. ARENA, Il concetto di trasporto aereo internazionale ai fini della responsabilità del vettore nella Convenzione di Varsavia e nel Protocollo dell'Aia, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, Milano 1978, 29; G. ROMANELLI, Il trasporto aereo di persone. Nozione e disciplina, Padova, 1959, 71 ss.; K. M. BEAUMONT, Notes on Some Aspects of the Legal Position of International Air Carriers, in *I.L.Q.*, 3, 1950, 360, ivi, 363; N. M. MATEESCO MATTE, *Treatise on Air-Aeronautical Law*, Montreal-Toronto, 1981, 387. Con riferimento alla Convenzione di Montreal, v. M. M. COMENALE PINTO, La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 67, ivi, 100 s. In particolare sul problema dell'applicabilità della Convenzione al viaggio circolare, v. M. GUINCHARD, La notion du «Transport international» d'après la Convention de Varsovie, commento a Trib. conrm. Marseille 3 novembre 1955, in *Rev. fr. dr. aér.*, 1956, 1.

76 TS, Sala 1ª, de lo civil, 17 dicembre 1990, Núm. 801, in *Estudios sobre consumo*, 26/1993, 87. Conf. G. DEIRÓ, Jurisdiction and Conflicts of Laws in Contracts of International Carriage by Air, cit., 345.

77 Non è stata nemmeno prospettata una simile soluzione, pur ricorrendone i presupposti di fatto, nella vicenda decisa da Cass., Sez. un., 14 giugno 2006 n. 13689, cit.

78 La tesi è richiamata come espressa dalla giurisprudenza di merito, senza riferimenti specifici, e condivisibilmente stigmatizzata da A. ZAMPONE, Spunti di riflessione su alcune questioni di giurisdizione e di competenza nella Convenzione di Montreal 1999, in *Dir. trasp.*, 2010, 47, ivi, 48.

79 *Klos v. Polskie Linie Lotnicze LOT*, 133 F. 3d 164 (1997) - U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 8 dicembre 1997. Nella medesima direzione, v. *Swaminathan v. Swiss Air Transport Company Ltd.*, 962 F. 2d 387, United States Court of Appeals, Fifth Cir., 13 maggio 1992.

80 S. M. CARBONE, Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: la soluzione della Convenzione di Montreal del 1999, cit., 10.

# EL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO EN EL TRANSPORTE AÉREO<sup>1</sup>

## THE LEGALLY TUTORED PROPERTY IN AIR TRANSPORTATION

---

Miguel H. Mena Ramírez<sup>2</sup>

---

### RESUMEN:

El crecimiento del transporte aéreo internacional ha determinado que las cuestiones relacionadas con el retraso sean las que más a menudo afectan a los usuarios del servicio. La legislación de los Estados debe ser consistente y coherente con los Tratados Internacionales respecto de la responsabilidad de las aerolíneas establecida por el Convenio de Montreal de 1999. La escasa regulación de protección al consumidor en el transporte aéreo internacional de pasajeros en Latinoamérica es dispar entre los países y ajenas a las normas de carácter internacional que regulan los derechos de protección al consumidor. No debe haber discusión alguna entre la seguridad y la protección de los derechos de los pasajeros para exonerar a las aerolíneas de responsabilidad por retrasos o cancelaciones causados por circunstancias de seguridad. Ello en razón que el bien jurídicamente protegido es la seguridad de vuelo. Los progresos que se logren deben en materia de protección al consumidor no deben afectar indebidamente a las aerolíneas, de cuya prosperidad también depende la prestación de un servicio adecuado para el consumidor. Existen un sinnúmero de circunstancias y procesos que escapan al control de las aerolíneas, no pareciendo razonable que, en estos casos, deban responder civilmente. Adoptar una posición contraria solamente contribuye a generar costos adicionales y a incrementar el costo del servicio, dificultado su acceso para aquellos usuarios quienes presenten mayor sensibilidad a la elasticidad de la demanda.

### ABSTRACT

The growth of international air transport has determined that delay issues are the ones that most often affect service users. The legislation of the States must be consistent and coherent with the International Treaties regarding the responsibility of airlines established by the Montreal Convention of 1999. The scant regulation of consumer protection in international passenger air transport in Latin America is uneven among the countries. countries and

---

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

2 Abogado; Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho del Transporte del Colegio de Abogados de Lima; Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y del Espacio ALADA, Sección Peruana; Asociado Senior de Grau Abogados, Jefe del Área de Derecho Aeronáutico; Miembro del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo - GEPEJTA de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil - CLAC; Profesor de Derecho Aeronáutico de la Universidad de Lima; y Profesor de Derecho del Transporte de la Universidad San Ignacio de Loyola. miguel.mena@cms-grau.com

outside the international standards that regulate consumer protection rights. There should be no discussion between safety and the protection of passenger rights to exonerate airlines from liability for delays or cancellations caused by safety circumstances. This is because the legally protected asset is flight safety. Progress in consumer protection must not unduly affect airlines, on whose prosperity the provision of adequate consumer service also depends. There are countless circumstances and processes that are beyond the control of the airlines, and it does not seem reasonable that, in these cases, they should respond civilly. Adopting a contrary position only contributes to generating additional costs and increasing the cost of the service, making access difficult for those users who are more sensitive to the elasticity of demand.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Civil, obligaciones, sumas de dinero, Código Civil Francés.

**KEY WORDS:** Civil Law, obligations, sums of money, French Civil Code.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Quienes hemos viajado en avión generalmente no somos conscientes de todo lo que existe detrás de la operación de las aerolíneas (seguridad en primer término, regulaciones, control sistemático, gestión de servicios, marketing, servicios aeroportuarios, servicios de tránsito aéreo, congestión de los aeropuertos, tarifas, planeamiento, costo del combustible, sistemas de reservas computarizados, etc.).

Simplemente nos embarcamos en la aeronave y esperamos que el servicio sea idóneo para llegar rápidamente a nuestro destino.

En el curso de los últimos tres años la discrepancia entre el gremio de la industria aerocomercial nacional e internacional y la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte<sup>3</sup> del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI se ha visto agravada por el exceso de regulación y sanciones en contra de las aerolíneas, en especial como consecuencia de los retrasos y/o cancelaciones de los vuelos hacia destinos nacionales e internacionales.<sup>4</sup>

Como se publicó en el Diario El Comercio el 2 y el 11 de enero pasado (*"Ajústense los cinturones, INDECOPI lo hará despegar"* y *"Lo sentimos, su vuelo ha sido cancelado"*), una representante del gremio aerocomercial y el secretario técnico de la CLN llevaron a los medios<sup>5</sup> la notable discrepancia que existe entre el órgano de protección al consumidor y las aerolíneas que sirven a destinos nacionales e internacionales.

3 Esta Comisión (CLN) tiene jurisdicción y competencia respecto a las denuncias y/o reclamos que formulen los pasajeros usuarios del servicio de transporte aéreo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

4 Ver [http://elcomercio.pe/economia/peru/ajustese-cinturones-indecopi-lo-hara-despegar-opinion-noticia-1866646?ref=nota\\_economia&ft=mod\\_leatambien&e=titulo](http://elcomercio.pe/economia/peru/ajustese-cinturones-indecopi-lo-hara-despegar-opinion-noticia-1866646?ref=nota_economia&ft=mod_leatambien&e=titulo), 2 de enero de 2016. y <http://elcomercio.pe/economia/peru/lo-sentimos-su-vuelo-ha-sido-cancelado-opinion-noticia-1869861>, 11 de enero de 2016

5 Ver también [http://elcomercio.pe/economia/peru/investigan-peruvian-airlines-cancelacion-vuelo-cusco-noticia-1889309?ref=nota\\_economia&ft=mod\\_leatambien&e=titulo](http://elcomercio.pe/economia/peru/investigan-peruvian-airlines-cancelacion-vuelo-cusco-noticia-1889309?ref=nota_economia&ft=mod_leatambien&e=titulo), PERUVIAN, 25 de marzo de 2016.

<http://elcomercio.pe/economia/peru/indecopi-investiga-cancelacion-y-retrasos-10-vuelos-noticia-1890961>, PERUVIAN y LC Perú, 1 de abril de 2016

2. La posición de las aerolíneas se resume en lo siguiente:

*En materia aeronáutica, la Comisión de Protección al Consumidor Lima Norte (CLN) inicia cada vez más procedimientos sancionadores de oficio contra las aerolíneas, imponiendo multas que sobrepasan los S/.100.000. En este contexto es válido preguntarnos: ¿INDECOPI está ejerciendo adecuadamente su potestad sancionadora? Es correcto sancionar cuando existe una infracción. El castigo desincentiva conductas indeseadas. La coerción tiene como fin lograr un cambio positivo en el proveedor. Pero es nocivo que se sancionen conductas que no califican como infracción o se impongan sanciones arbitrarias o desproporcionadas. La CLN ha iniciado de oficio diversos procedimientos contra las aerolíneas por retraso, reprogramación o cancelación de vuelos. Su posición es que, en cualquier supuesto, los vuelos deben partir o llegar exactamente en el horario programado. La aerolínea solo podrá eximirse de sanción si acredita caso fortuito, fuerza mayor o hecho de terceros. Suená completamente razonable. Pero esta perspectiva no considera la realidad de la industria aeronáutica.*

3. Por su parte, el 11 de enero la posición del ente gubernamental se basó en lo siguiente: *INDECOPI rechazó los cuestionamientos en su contra por las sanciones que imparte a las líneas aéreas en caso de retraso y cancelación de vuelos injustificados. Sus decisiones han sido calificadas como "arbitrarias" e incluso se ha dicho que dicha institución prefiere la puntualidad antes que la seguridad de los pasajeros. El Secretario técnico de la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte, descalificó dichos cuestionamientos y precisó que el retraso y la cancelación de vuelos son, simple y sencillamente, el incumplimiento de un contrato que celebra el pasajero con la aerolínea para ser transportado del aeropuerto de partida al aeropuerto de destino, un día y hora determinados. Entre el 2011 y el 2014, más de 75 mil pasajeros han sido afectados por vuelos retrasados o cancelados en el aeropuerto Jorge Chávez, de acuerdo con las investigaciones del INDECOPI. Un artículo publicado el sábado 2 de enero en el diario El Comercio cuestionó las decisiones del INDECOPI en esta materia. Señaló también que el organismo protector exige que, bajo cualquier circunstancia, las aeronaves despeguen, prefiriendo así la puntualidad antes que la seguridad de los pasajeros. "Esta afirmación es arriesgada e inexacta. En primer lugar, la finalidad en estos casos es la protección a los consumidores, lo que implica que el servicio se brinde de manera segura y conforme ha sido contratado. Por tanto, cuando una aerolínea incumple con lo ofrecido a sus clientes –ya sea porque retrasó, canceló o sobrevendió el vuelo– debe responder por ello..."* Esta polémica no tendría mayor relevancia como sucede con otras noticias, sino fuera porque efectivamente hasta el momento las autoridades, no sólo del INDECOPI, no han efectuado un análisis exhaustivo de los hechos relacionados con esta industria ni tienen en consideración la notable importancia que tiene el transporte aéreo nacional e internacional en el desarrollo del país y su calidad de actividad económica sui generis, como se explica en este ensayo.

4.-Dentro del campo general de la temática relacionada al contrato de transporte aéreo y la responsabilidad del transportista ha cobrado importancia en el ámbito del Derecho Aeronáutico contemporáneo el denominado estatuto del pasajero o los llamados derechos de los pasajeros,<sup>6</sup> o su versión más acabada que resulta ser la protección del consumidor en el transporte aéreo. El desarrollo de las normas relacionadas con el estatuto del pasajero y el transporte aéreo no tienen más de 25 años de vigencia.

En otras palabras, el acelerado desarrollo de la industria aerocomercial ha obligado a que

6 PARDO Tovar Diego, La Regulación Andina sobre los Derechos de los Pasajeros, en Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López, Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial – ALADA, Pág. 475, Buenos Aires, 2007

la regulación del servicio tenga como protagonista principal al pasajero como consumidor.

La normativa vinculada a la protección del consumidor en el transporte aéreo ha evolucionado en Europa, Estados Unidos y especialmente Latinoamérica.

## II. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

1. Como sabemos, en el derecho del consumidor prevalece la protección del sujeto más débil dentro de una relación contractual caracterizada por la asimetría entre las partes (una fuerte y otra débil) y abarca diversas materias de tratamiento común como son los casos de servicios bancarios y financieros, centrales privadas de información de riesgos, agencias de cobranza, AFPs y planes de pensiones, empresas aseguradoras y servicios de seguros, venta de electrodomésticos, servicios médicos, servicios legales, servicios educativos, promoción de espectáculos artísticos, servicios inmobiliarios, servicios de transporte público urbano e interprovincial, servicios de transporte aéreo, agencias de viajes, servicios de hospedaje, servicios profesionales, reparación de automóviles, lavandería, servicios postales, servicios de estacionamiento, servicios de alimentos y bebidas, etiquetado y rotulado de productos, servicios educativos, editoriales, actividades deportivas y espectáculos.<sup>7</sup>

Tal como se aprecia, las normas de protección al consumidor engloban al universo de actividades comerciales sin diferenciar en algunos casos las características propias de cada industria específica como es el caso del transporte aéreo, existiendo en algunos casos, un desconocimiento de figuras propias de la industria.

2. El ámbito de protección al consumidor es relativamente nuevo y está vinculado al concepto de empresa como ente acotador del comercio y el desarrollo del tráfico mercantil masivo a nivel nacional e internacional. Es una rama científica del Derecho que tiene poco más de cincuenta años de vigencia.

En efecto, la iniciativa para proteger al consumidor se remonta al 15 de marzo de 1962 cuando el Presidente John F. Kennedy mencionó en un discurso ante el Congreso de Estados Unidos de América cuatro derechos a favor de los consumidores: Derecho a productos y servicios seguros, Derecho a ser informado, Derecho a elegir, Derecho a ser escuchado.

La frase que enunció Kennedy ante el Congreso: *“Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos”*, determinó la fecha elegida para celebrar el Día Mundial de los Derechos del Consumidor. La decisión la tomó como suya la Organización Internacional de Consumidores (IOCU), actualmente Consumers International (CI), en 1983 y la razón fundamental que esgrimió fue el histórico discurso que pronunció el mandatario norteamericano veinte años antes.

El Presidente Kennedy dijo en su discurso: *“Los consumidores son el grupo económico más grande, afectado por casi cada decisión económica privada y pública. No obstante, es el*

---

7 Ver Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Comisión de Protección al Consumidor, Lineamientos sobre Protección al Consumidor, aprobados por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de julio de 2001. En igual sentido, los Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor, aprobados por Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, publicada en la página web del INDECOPI, [www.indecopi.org.pe](http://www.indecopi.org.pe). En MENA Ramírez Miguel, La Protección del Consumidor en el Transporte Aéreo, publicado en Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial publicado por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y del Espacio; FOLCHI Mario y GUERRERO LEBRÓN María J. (Coordinadores) Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

*único grupo importante...cuyas opiniones a menudo no son escuchadas*". Por lo tanto, cada uno de nosotros, consumidores, debemos tener presente que debemos exigir el justo intercambio, que tenemos el derecho de reclamar cuando no se dé así y que tenemos una ley y procuraduría que nos protege y representa. También debemos ser conscientes del poder que como grupo tenemos y que es nuestra responsabilidad usarlo en forma adecuada.<sup>8</sup>

3. El líder norteamericano lanzó en ese momento afirmaciones que hoy permanecen plenamente vigentes –"somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero también el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados", aseveró – y fijó, gracias a su exposición, un inequívoco punto de partida para las legislaciones sobre los derechos del consumidor por llegar.

Su iniciativa se produjo mucho antes de que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobara, un 9 de abril de 1985, las directrices para la Protección de los Consumidores, que dotaban a sus derechos de reconocimiento y legitimidad internacional. Los consumidores, explicó el mandatario, debían tener derecho a la seguridad, a la información, a la libre elección, a la existencia de competencia de precios y a ser escuchados por los gobiernos en la formulación de sus políticas de consumo. Toda una declaración de intenciones que generó normas a favor de un sector hasta entonces en situación de inferioridad respecto a las empresas y mejoró su calidad de vida.

4. La evolución histórica de la Protección al Consumidor en nuestro país es algo más tardía, pero en cierta forma muy similar. En el Perú, la protección al consumidor encuentra sus orígenes legales en el D.S. 036-83-JUS del año 1983, es decir, con posterioridad al proceso de industrialización de la actividad económica impulsado durante el Gobierno Militar. No obstante, como en el caso norteamericano, la "explosión" adolescente de la protección al consumidor llegará en la década de los 90 con la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor y la creación del INDECOPI, es decir, luego de las reformas promulgadas en dicha década que marcan el viraje de una sociedad con fuerte énfasis centralista hacia un modelo predominantemente de mercado, que privilegia la leal y honesta competencia en beneficio del consumidor.<sup>9</sup>

En el caso específico de la protección al consumidor en el transporte aéreo, podemos apreciar que las normas son más recientes y están relacionadas al crecimiento exponencial que ha tenido la actividad aerocomercial, por la liberalización de los derechos de tráfico, el acceso de la población a los servicios de transporte aéreo por el consumo masivo, la privatización de aerolíneas estatales y el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria por concesiones privadas, conforme se expone en este ensayo.

### III. EL TRANSPORTE AÉREO.

1.- Esta industria se incrementó en forma exponencial a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, en 1945 viajaron por vía aérea 9 millones de pasajeros. Ello representaba menos del 0.5% de población mundial en ese momento. En

8 SOLANO Méndez Roberto, La Protección al Consumidor y Kennedy, en [blogudlap.mx/blog/2012/3/la defensa de los derechos del consumidor](http://blogudlap.mx/blog/2012/3/la-defensa-de-los-derechos-del-consumidor), 15 de marzo de 2012

9 ARAUJO Morales Cristian, El surgimiento de la protección al consumidor en Revista Jurídica de Cajamarca, en [www.derechoycambiosocial.com.RJC/Revista1/ARAUJO.htm](http://www.derechoycambiosocial.com.RJC/Revista1/ARAUJO.htm).

aquella época un avión de línea ordinario, un DC – 3, disponía de 28 asientos, volaba a 320 kilómetros por hora y tenía una autonomía de 3,400 kilómetros.

Sólo el tráfico aerocomercial de pasajeros, incluyendo equipajes, en toneladas – kilómetro realizado creció en más de 1,100% (mil cien por ciento) en el período comprendido entre 1958 y 1978.

En 1993, se transportaron más de 1,170 millones de pasajeros, lo cual equivalía a aproximadamente al 25% de la población mundial. En 1994, un Boeing 747 podía llevar 400 pasajeros, volaba a aproximadamente a 910 kilómetros por hora con una autonomía de más de 11,000 kilómetros.

En los primeros 55 años de vida de la OACI, la tasa promedio de crecimiento del transporte aéreo fue de aproximadamente un 11%.<sup>10</sup>

La creciente demanda global por transporte aéreo, vinculado a las políticas de liberalización en algunas regiones del mundo, ha otorgado más opciones a disposición de los consumidores. Los pasajeros pueden elegir entre una variedad de modelos de servicios de aerolínea, que van desde empresas tradicionales de servicio completo que pueden ofrecer una tarifa todo incluido, hasta aerolíneas del nuevo modelo (“bajo costo”) que pueden ofrecer servicios auxiliares u opcionales con cargo adicional. La mera existencia, éxito y ahora la convergencia de estos modelos alrededor del mundo muestra la demanda de los clientes por estas opciones diferentes.

2. Conforme lo señaló el Director General de Aeronáutica Civil del Perú en el año 2013, los pronósticos estiman un incremento sostenido del tráfico aéreo mundial durante los próximos 20 años, impulsado por el crecimiento de la economía mundial.

América Latina crecerá por encima de las regiones del orbe, a una media anual de 6.9% entre 2013 y 2032, sólo superada por Medio Oriente – Asia Pacífico.<sup>11</sup>

La industria aérea requerirá 35,280 nuevas aeronaves entre 2013 y 2032, para las cuales las aerolíneas deberán realizar inversiones por un monto de 4,840 billones de dólares. América Latina requerirá el ingreso de 2,900 nuevas aeronaves en el mismo período, lo cual implicará inversiones por un monto de 550 billones de dólares.<sup>12</sup>

El mercado mundial demandará 498,000 nuevos pilotos en los próximos 20 años. En América Latina la cifra asciende a 48,600 pilotos, lo que representa casi el 10% del mercado mundial. De igual modo, el mercado mundial demandará 556,000 nuevos técnicos de mantenimiento en los próximos 20 años. En nuestra región la cifra asciende a 47,600 pilotos.<sup>13</sup>

3. Los resultados del sector del transporte aéreo dependen de los mismos factores

---

10 Evaluación propia y recopilación de diversos textos de investigación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y del Espacio – ALADA. Organización de Aeronáutica Civil – OACI y Asociación Internacional de Transporte Aéreo – IATA

11 Dirección General de Aeronáutica Civil – DGAC, Perspectiva de la Aviación Peruana, Exposición efectuada con ocasión del día de la Aviación Civil, setiembre de 2013, Lima, Págs. 2 y 3.

12 DGAC, Ob. Cit. Págs. 7 y 8

13 DGAC, Ob. Cit. Págs. 9 y 10.

generales que determinan los resultados económicos: por ejemplo, el crecimiento del producto bruto interno (PBI), el crecimiento del comercio internacional de bienes y servicios, y el crecimiento de otros sectores que utilizan el transporte aéreo como modo de transporte de mercancías y personas. En este contexto, el sostenido crecimiento económico registrado por la economía mundial en los dos últimos decenios y los sólidos resultados del comercio internacional se han traducido en una firme tendencia positiva del tráfico internacional.<sup>14</sup>

Actualmente, la competencia y el crecimiento de la industria son enormes. En Singapur, por ejemplo, 90% de los pasajeros viajan en rutas operadas por dos o más aerolíneas. En Europa, el número de rutas con dos o más aerolíneas se triplicó entre 1992 y 2009.

4. De acuerdo a datos de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo – IATA,<sup>15</sup> la actividad aerocomercial genera los siguientes datos económicos que demuestran la importancia y la globalización de la industria:

- 265 aerolíneas miembros de IATA.
- 10,000 aeropuertos.
- 1,700 millones de pasajeros transportados anualmente (5 millones de pasajeros diarios en promedio).
- 30 millones de toneladas de carga al año.
- 21,000 aeronaves comerciales.
- 22 millones de vuelos de itinerario al año.
- 40% de las exportaciones mundiales (de alto valor) son transportados por vía aérea.
- 200 asociados (GDS, Sistemas Computarizados de Reservas, etc.).
- 90,000 agentes.

5. Sin embargo, los datos proporcionados por IATA en el 2005 se han visto opacados por la data reciente.

La magnitud del sector transporte aéreo a nivel global es enorme. Si la actividad aerocomercial fuera un país, equivaldría a la décima novena (19) economía mundial. En el año 2013, los datos sobre la industria representaban las siguientes cifras:<sup>16</sup>

- 2,800 millones de pasajeros.
- 1,568 aerolíneas comerciales.
- 3,846 aeropuertos con vuelos regulares.
- 56.6 millones de empleos (directos e indirectos).
- 3.5% del PBI mundial.
- 539,000 millones de Dólares de Estados Unidos de América en ingresos.

De igual modo, la magnitud del transporte aéreo en Latinoamérica es notable, de acuerdo a los siguientes datos:<sup>17</sup>

- 146 millones de pasajeros internacionales.
- 227 aerolíneas comerciales.
- 521 aeropuertos comerciales.

<sup>14</sup> Organización Mundial de Comercio – OMC, Informe Sobre el Comercio Mundial 2005, Comercio de Servicios de Transporte Aéreo, Pág. 238.

<sup>15</sup> Asociación Internacional de Transporte Aéreo – IATA, Exposición de sus representantes ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Lima, mayo de 2005, Págs. 5, 6, y 7.

<sup>16</sup> DGAC, Ob. Cit. Pág. 11.

<sup>17</sup> DGAC, Ob. Cit. Pág. 12.



- 1.2 millones de empleos (directos e indirectos).
- 5% de contribución a la economía mundial.
- 48,000 millones de Dólares de Estados Unidos de América en ingresos.

Los datos en mención demuestran que se trata de una industria totalmente globalizada, vinculada mediante su propia estructura como es el principio interlineal, los contratos de cooperación, los sistemas de reserva computarizados, la utilización de boletos electrónicos, los pasajes en conjunción o conexión, etc. Aunque la compilación de datos sobre el comercio internacional de servicios de transporte aéreo está aún en sus principios, los datos disponibles revelan que el transporte aéreo es un elemento importante del comercio mundial.<sup>18</sup>

6. En el caso del Perú, el crecimiento ha sido notable en las tres últimas décadas pese a ser un mercado muy pequeño, tal como lo señala el Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI en su Estudio *Situación y Perspectivas del Mercado Aero comercial Peruano*.<sup>19</sup>

El mercado es reducido por una serie de aspectos estructurales como el limitado poder adquisitivo de la población para utilizar servicios aerocomerciales, el poco interés del sector privado en invertir en empresas de transporte aéreo, la informalidad en los procesos de distribución, la falta de modernización legislativa, así como el retraso del desarrollo turístico por la falta de infraestructura, pese a que el Perú tiene extraordinarios atractivos.

No obstante, dentro de la región el desempeño de la industria en nuestro país ha sido muy importante. En el año 2012 se transportaron 14 millones de pasajeros. Durante el período comprendido entre el año 2003 al 2012, el tráfico doméstico y el internacional tuvieron un crecimiento sostenido a una tasa promedio anual de 13%. El tráfico se incrementó de 4.1 millones de pasajeros a 14 millones.<sup>20</sup>

De acuerdo a las cifras de LAP, concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cerró el 2012 con 13.3 millones de pasajeros, completando 10 años de crecimiento consecutivo (2003 – 2012) a una tasa promedio de 12%. El crecimiento promedio de los vuelos en conexión en el mismo período ha sido de 21.8%.<sup>21</sup>

7. El sector del transporte aéreo posee una serie de características estructurales distintas a otras actividades económicas que determinan sus resultados. En primer lugar y, sobre todo, la existencia de un conjunto de obstáculos a la entrada en el sector, tanto estructurales como normativos. En segundo lugar, la naturaleza de la competencia misma: el transporte de pasajeros o carga de un lugar a otro entraña una serie de decisiones, de las que no es

---

18 Puede verse que los servicios de transporte aéreo representan el 10 por ciento aproximadamente del comercio mundial de servicios. En el caso de algunos países en desarrollo, como el Pakistán, el transporte aéreo representa no menos del 43 por ciento de las exportaciones de servicios. OMC, Informe Sobre el Comercio Mundial 2005, Ob. cit. Pág. 243.

19 "Gracias a los avances tecnológicos, la industria aerocomercial ha crecido a pasos agigantados en las tres últimas décadas, constituyéndose en base esencial para el desarrollo mundial. El incremento en la capacidad de espacio y potencia de los aviones, la reducción de precio en los pasajes, el uso de sistemas de navegación satelital y de reserva automática de pasajes, entre otros avances, ha permitido que, en 1999, en el mercado interno peruano se haya transportado 5'491,000 pasajeros y 55,881 toneladas de carga." INDECOPI, Ob. cit.

20 DGAC, Ob. Cit. Págs. 16 y 18.

21 DGAC, Ob. Cit. Págs. 20 – 21

la de menor importancia el par de destinos que se han de atender (o rutas). Una vez hecho esto, hay que decidir la capacidad de la aeronave y la frecuencia de los vuelos.<sup>22</sup>

8. El transporte aéreo es un sector sui generis porque en esta actividad no se puede acumular stocks, es decir, el asiento o bodega que no se ocupa al cierre de las puertas de la aeronave para el despegue de un vuelo, afecta directamente en forma negativa, los estados financieros de una aerolínea. Como toda actividad económica tiene limitaciones que se generan en la propia industria y otras que derivan de la acción de terceros.

Las principales limitaciones que tiene el transporte aéreo, se pueden clasificar en cuatro grandes categorías:

i) Técnicas: Tipos o modelos de aeronave, alcance, performance, capacidad, etc.

Esta limitación depende del tráfico que explote cada empresa. Por ello las áreas de planeamiento de las aerolíneas eligen el modelo de aeronave conforme a la ruta que se requiere explotar (nacional, regional, largo alcance o intercontinental).

ii) Operativas/Infraestructura: Tipos de aeropuertos, largo de la pista, radio ayudas, servicios en tierra, facilitación, comunicaciones, etc.

Esta categoría es mucho más compleja porque las características de la infraestructura están vinculadas a la política de cada Estado sobre los servicios aeroportuarios y a la infraestructura que brindan los concesionarios de aeródromos y aeropuertos, como sucede en el caso peruano, ya que el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez tiene el 80% del tráfico y el desarrollo de los servicios en otros departamentos ha sido lento, pese a la inversión en los 19 aeropuertos que se han otorgado en concesión.

iii) Económico/Financieras: Baja rentabilidad de la industria, tecnología de alto costo, adquisición y arrendamiento financiero muy elevado de aeronaves, comercialización y sistemas de distribución costosos (comisiones, SRC, GDS).

El costo de una aeronave de última tecnología es sumamente oneroso.<sup>23</sup>

iv) Regulatorias y/o burocráticas: Derechos de tráfico, otorgamiento de permisos administrativos, trámites, licencias, etc.

La actividad aerocomercial se desarrolla en base al otorgamiento de las libertades del aire (derechos de tráfico) que se otorgan los Estados recíprocamente, dependiendo de la política aerocomercial de cada uno y el transporte aéreo es la actividad más regulada por requerimientos de seguridad de vuelo y seguridad de la aviación (AVSEC).

9. En esta industria no se dan las condiciones de competencia perfecta. Ello en razón de que, si bien se ha liberalizado el entorno regulatorio del sector, es decir, derechos de tráfico, tarifas y barreras de entrada, en general, no ha sucedido lo mismo respecto del carácter monopólico de los mercados de insumos que son básicos para su funcionamiento. En efecto, en el caso de la adquisición de insumos, se puede afirmar que las aerolíneas enfrentan verdaderos carteles. A título de ejemplo, en la actualidad sólo existen dos grandes fabricantes de aeronaves (Boeing y Airbus), sólo tres o cuatro empresas de leasing

<sup>22</sup> OMC, Ob. cit. Pág. 244.

<sup>23</sup> De acuerdo a consultas efectuadas a las aerolíneas más importantes de Latinoamérica el costo de las aeronaves que se utiliza en la región es aproximadamente el siguiente:

- Boeing 737-700 de 155 pasajeros, 52 millones de Euros;
- Boeing 737-800 de 189 pasajeros, 65 millones de Euros;
- Airbus A 319 de 150 pasajeros 52, millones de Euros;
- Airbus A 320 de 180 pasajeros 61, millones de Euros;
- EMBRAER 190 de 114 pasajeros, 28 millones de Euros.

de aeronaves, cuatro grandes abastecedores de combustible, y más aún, los monopolios naturales que resultan ser los servicios aeroportuarios y de ayuda a la navegación.

Es una actividad económica diferente por las características propias de la industria. Además de lo señalado, esta industria es una actividad de poca rentabilidad económica, muy voluble, sujeta a crisis cíclicas, derivadas del alza de los combustibles, costos de distribución, gastos de infraestructura, seguros y epidemias como el SARS, AH1N1, fenómenos meteorológicos y de los atentados terroristas o de piratería aérea.

Pese a los atentados del 11 de setiembre de 2001 y al miedo que existe a volar, el transporte aéreo sigue siendo el medio de transporte más seguro del mundo. Es irónico que en el Perú haya más víctimas por accidentes de tránsito y de carreteras que las que fallecen en accidentes aéreos a nivel mundial.

El bajísimo rendimiento de la industria aérea, cuando se obtiene, no permite asumir una pérdida grande por los altos costos que asume el sector (servicios aeroportuarios, gastos de distribución, costo de las aeronaves, combustible, seguros, etc.) y por factores exógenos a la propia industria, como pueden ser los casos de los volcanes Eyjafoil en Islandia, Tungurahua en Ecuador y Puyehue en Chile, que obligaron a suspender vuelos en Europa y en Latinoamérica durante varios días, ocasionando más pérdidas a las aerolíneas que los atentados de Nueva York y Washington.

#### IV. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL TRANSPORTE AÉREO.

1. El Convenio de Montreal de 1999, ratificado por 119 de los 191 Estados miembros de la OACI,<sup>24</sup> y que reemplaza el régimen de Varsovia – La Haya, creó un marco jurídico uniforme y exclusivo para la responsabilidad del transportista aéreo en el transporte aéreo internacional de pasajeros y equipaje, incluidos los daños causados por retrasos en los vuelos.

Hasta hace poco se consideraba que el llamado sistema de Varsovia, por una parte, y luego Montreal de 1999, por la otra, más las condiciones generales de transporte de la IATA, los contratos de transporte que figuran en los tickets, las regulaciones locales sobre el contrato de transporte aéreo, así como las prácticas de las empresas, para atender a los pasajeros, eran el marco suficiente para regular el marco del transporte aéreo de pasajeros.<sup>25</sup> Sin embargo, ello no era así y la protección del consumidor en el transporte aéreo se fue desarrollando en forma notable en diversas latitudes.

2. Actualmente, el sistema de protección al consumidor en el transporte aéreo está regido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, de fecha 2 de setiembre de 2010, que derogó al Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor,<sup>26</sup> el Reglamento de la Unión Europea 261/04<sup>27</sup> y la Decisión 619 de la

<sup>24</sup> Este Convenio entró en vigencia el 4 de noviembre de 2003 y sustituyó en la gran mayoría de países al Sistema Varsovia – La Haya.

<sup>25</sup> PARDO T. D. Ob. cit. Pág. 477

<sup>26</sup> El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de enero de 2009, aprobado en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1045, que aprobó la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, publicado el 26 de junio de 2008. Esta norma fue sustituida por el Código y tiene un efecto especial en el transporte aéreo nacional (Anotación mía).

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, sustituyó al TUO del D. Legislativo 716 y fue fruto del consenso entre consumidores, asociaciones de consumidores, empresas proveedoras y especialistas en la materia. Sin embargo, en el tema aerocomercial generó una expectativa contraproducente para los consumidores de transporte aéreo nacional (Artículo 66.7).

<sup>27</sup> Reglamento 261 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y

Comunidad Andina de Naciones (CAN),<sup>28</sup> que regula las relaciones de consumo en el transporte aéreo en la Subregión.

Adicionalmente a ello, mediante Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI aprobó los Lineamientos sobre Protección al Consumidor 2006.

3. Los lineamientos en materia transporte aéreo en resumen son los siguientes:

- a) Responsabilidad de la línea aérea por la pérdida del equipaje entregado por los consumidores (Inciso a) del Numeral 6.5.1).
- b) Medidas correctivas a otorgarse en el caso de pérdida o demora en la entrega del equipaje (Inciso b) del Numeral 6.5.1).
- c) Obligación de informar sobre las escalas programadas en un viaje (Inciso a) del Numeral 6.5.2).
- d) Responsabilidad de las aerolíneas derivada de la sobreventa (“overbooking” o “denegatoria de abordaje”) (Inciso b) del Numeral 6.5.2).
- e) Derechos del consumidor frente al retraso o cancelación de los vuelos (Inciso c) del Numeral 6.5.2).
- f) Responsabilidad de las aerolíneas por la información que se brinda en el counter (Inciso d) del Numeral 6.5.2).
- g) Responsabilidad de las aerolíneas en el caso de vuelos bajo la modalidad de transporte sucesivo (Inciso e) del Numeral 6.5.2).
- h) Responsabilidad de las aerolíneas por la información respecto a las restricciones a las que se encuentra sujeto el transporte aéreo (Inciso f) del Numeral 6.5.2).

Como se puede apreciar de los lineamientos de protección al consumidor son específicos con relación al transporte aéreo y regulan supuestos que a su vez se encuentran normados en el Convenio de Montreal de 1999 y en la Ley de Aeronáutica Civil N° 27261 y su Reglamento.

Adicionalmente a ello, el artículo 197 del Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil,<sup>29</sup> dispone que la publicidad y la venta de los servicios de transporte aéreo, sea que el vuelo se efectúa con escalas, con conexión, con código compartido o bajo cualquier otra modalidad prevista o permitida por la Ley, está limitada únicamente a aquellos destinos expresamente autorizados en el respectivo permiso de operación, permiso de vuelo, o autorización correspondiente o en su caso, a lo establecido en los convenios internacionales aplicables.

La infracción de lo dispuesto en la norma en mención se rige por las normas de publicidad, competencia desleal, y protección al consumidor que aplica el INDECOPI.

No obstante, la infracción también podría ser investigada y sancionada por la Junta de Infracciones de la DGAC, que actúa en primera instancia administrativa, salvo lo referido a publicidad comercial, regulada por el Código de Protección al Consumidor.

4. Los derechos y obligaciones de los consumidores en general se encuentran recogidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571.

asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y deroga el Reglamento (CEE) 295/01.

28 Publicada en la Gaceta Oficial 1221 de la Comunidad Andina de Naciones, el 15 de julio de 2005

29 Aprobado por el Decreto Supremo 050-2001-MTC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de diciembre de 2001.

El Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código (Artículo II).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 1.1 del citado Código, se reconoce a los consumidores los siguientes derechos:

- a) A una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física;
- b) A acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;
- c) A la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios;
- d) A un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;
- e) A la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias;
- f) A elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta;
- g) A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.
- h) Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita;
- i) A la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del Código y a la normativa civil sobre la materia;
- j) A asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo;
- k) Al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

5. En lo que se refiere a las sanciones que se pueden imponer a los proveedores de bienes o servicios respecto a la infracción al derecho de los consumidores, el artículo 100 establece expresamente que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las normas contenidas en el Código.

La norma en mención señala que *el proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía*

*jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del Código y otras normas complementarias de protección al consumidor.*<sup>30</sup>

6. De igual modo, los proveedores infractores pueden ser sancionados administrativamente, conforme lo señala el artículo 104 del Código.

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18 del Código.

7. De acuerdo a lo previsto en el artículo 110 del Código se puede imponer sanciones administrativas, que se incrementaron con relación al régimen del Decreto Legislativo 716.

La norma en mención dispone que el INDECOPI pueda sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 del Código con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que dicte el INDECOPI y de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder.<sup>31</sup>

8. Las medidas correctivas pueden consistir en cualquier acto que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta hubiera ocasionado o evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. En el caso de retraso o pérdida de equipaje en el transporte aéreo la información relevante resultan ser los límites de responsabilidad que se establecen en el Convenio de Montreal, o la Ley de Aeronáutica Civil, razón por la cual debe ser entregada al usuario o consumidor.

9. El artículo 66 establece la garantía de protección a los usuarios de servicios públicos regulados. El numeral 66.7 tiene especial relevancia para el transporte aéreo nacional. En efecto, la norma mención dispone que *los consumidores del servicio de transporte nacional en cualquier modalidad pueden endosar o transferir la titularidad del servicio*

<sup>30</sup> Artículo 100 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

<sup>31</sup> Último párrafo del artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

*adquirido a favor de otro consumidor plenamente identificado o postergar la realización del servicio en las mismas condiciones pactadas, pudiendo ser considerado como parte de pago según lo pactado, debiendo comunicar ello de manera previa y fehaciente al proveedor del servicio con una anticipación no menor a veinticuatro (24) horas de la fecha y hora prevista para la prestación del servicio, asumiendo los gastos únicamente relacionados con la emisión del nuevo boleto, los cuales no deben ser superiores al costo efectivo de dicha emisión.*

Esta disposición es única en el mundo y ha sido materia de gran debate porque termina perjudicando a los usuarios del servicio de transporte aéreo y resulta particularmente cuestionable pues puede generar efectos adversos en el sector al limitarse o disminuir la oferta de boletos a precios bajos o la creación de mecanismos informales de intermediación o “reventa” de boletos. En síntesis, la norma afecta la elaboración de ofertas con tarifas rebajadas, que de acuerdo a lo expuesto son de naturaleza inflexibles y generalmente son no endosables ni reembolsables.

10. Inclusive el mismo gobierno que fomentó la modificación y promulgó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dando señales políticas equívocas, promulgó un Decreto de Urgencia con la finalidad de mediatizar los efectos adversos del numeral 66.7, que si bien se refiere a los usuarios del servicio de transporte nacional en cualquier modalidad sólo tiene eficacia respecto al transporte aéreo porque el servicio de transporte terrestre de pasajeros no tiene el control que se ejerce sobre dicha actividad.

En efecto, el Decreto de Urgencia 061, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 5 de setiembre de 2010 estableció los alcances del numeral 54.1 del artículo 54 y del numeral 66.7 del artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, dicho Decreto de Urgencia fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 4 de abril de 2011.<sup>32</sup>

Más aún, la Asociación Peruana de Empresas Aéreas – APEA planteó una acción de amparo para que no se aplique el numeral 66.7 como consecuencia de las investigaciones de oficio iniciadas contra LAN Perú (Expediente 812-2011/CPC) y TACA Perú (Expediente 863-2011), que fue desestimada como improcedente en todas las instancias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.<sup>33</sup>

## **V. EVOLUCIÓN DE LAS NORMA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN RELACIÓN CON EL TRANSPORTE AÉREO.**

1. Durante la década del noventa y lo que va del siglo XXI se han expedido en Latinoamérica diversas normas de protección al consumidor, con la finalidad de asistir a la parte más débil de la contratación en masa que es un fenómeno de nuestros tiempos.

Como se indicó en líneas precedentes, esta área del Derecho es relativamente nueva y novedosa. Por ejemplo, la regulación de la sobreventa en el Perú es regulada a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Aeronáutica Civil 27261, en cuyos artículos 125.4 y 125.3 se estableció la regulación de esta institución, propia del Derecho Aeronáutico.

32 Ver Expediente 00028-2010-AI, Acción de Inconstitucionalidad presentada por Congresistas de la República contra el Decreto de Urgencia 061-2010

33 Ver Expediente 2077-2013-PA/TC, Acción de Amparo planteada por APEA contra INDECOPI por la amenaza y/o vulneración del principio de legalidad y de los derechos a la libre competencia, a la libertad de contratación, a la libertad de comercio e industria, de propiedad y a la no modificación de los contratos. Resolución (Auto) del Tribunal Constitucional de fecha 3 de setiembre de 2015.



2. De acuerdo a lo señalado por IATA, ha habido una proliferación de regímenes de derechos de los pasajeros nacionales en años recientes. *A la fecha, más de 50 países disponen ya de algún régimen de derechos de los pasajeros específicos de la aviación; 30 países han introducido regímenes en los últimos siete años. Un desafío importante es el planteado por respuestas regulatorias contradictorias adoptadas por diferentes Estados.*

*En ciertos casos, las regulaciones se aplican dependiendo del estado en donde la aerolínea haya sido inscrita; en otros, se aplican a vuelos desde y hacia el territorio de un estado. Esta situación crea dificultades para las aerolíneas y confusión para los pasajeros. Por ejemplo, un pasajero al que una aerolínea europea le niega embarcar su avión saliendo de un puerto de EEUU y conectando en algún punto de la Unión Europea (UE) en ruta hacia Israel, podría reclamar una indemnización bajo tres regímenes diferentes de derechos de los pasajeros: la Ley del Consumidor de EEUU, la Norma 261-2004 de la UE, y la Ley de Servicios Aeronáuticos de Israel.<sup>34</sup>*

3. De las normas latinoamericanas sobre protección al consumidor, sólo cuatro legislaciones se refieren específicamente al transporte aéreo.<sup>35</sup> Ello se ha dado porque este servicio es una industria distinta donde no se dan las condiciones de competencia perfecta y el control y fiscalización deben efectuarse en concordancia los aspectos económicos y fácticos de la industria.

4. La legislación de los Estados debe ser consistente y complementaria con el régimen de los Tratados Internacionales respecto de la responsabilidad de las aerolíneas establecida por el régimen de Varsovia - La Haya y del Convenio de Montreal de 1999. Los regímenes de derechos de los pasajeros generalmente consideran regulaciones a favor de ellos en caso de eventos como la denegación de embarque, cancelaciones y retrasos de vuelos. Algunos regímenes contienen disposiciones que tienen la consecuencia indeseada de incrementar los inconvenientes para los pasajeros. *Por ejemplo, requerir una indemnización por un retraso de un cierto número de horas, causado casi siempre por demoras generadas por el control del tráfico aéreo, tiene el efecto desfavorable de causar más cancelaciones de vuelos, por lo tanto, incrementando las serias inconveniencias a los pasajeros en lugar de protegerlos. Las aerolíneas no tienen incentivo alguno para retrasar un vuelo en lugar de cancelarlo, debido a que un retraso le implica costos, (no así una cancelación de un vuelo). Pero, incuestionablemente, la cancelación de un vuelo es una experiencia mucho más estresante e incierta para el pasajero. Si se retrasa un vuelo temprano en el día, los pasajeros normalmente tendrán la posibilidad de volar una vez que se resuelva el problema. En cambio, si el vuelo se cancela, los pasajeros del vuelo original sólo podrían viajar de haber cupos de asientos en vuelos posteriores o en otras aerolíneas. Según el Gobierno de Estados Unidos y la Oficina de Rendición de Cuentas, luego de la entrada en vigencia de las regulaciones de EEUU para retrasos sobre el tarmac, la probabilidad que un vuelo fuese cancelado antes de dejar su puerta de salida aumentó en 24%. Lo anterior hizo que los tiempos de viaje y el estrés de los pasajeros también aumentarían.<sup>36</sup>*

5.- Numerosas disposiciones contenidas en algunas normas nacionales de protección de los derechos de los pasajeros agregan costos significativos y complejidad operacional

34 ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO – IATA, Nota de Estudio presentada ante la Trigésima Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA/30), Nota 4, Pág. 2, 29 – 31 de enero de 2013, Lima

35 Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, de fecha 15 de octubre de 1993 de la República Argentina; Ley de Protección al Consumidor, Ley 19.946, de fecha 7 de marzo de 1997 de la República de Chile; Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Decreto N° 6.092, de fecha 27 de mayo de 2008 de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, de fecha 2 de setiembre de 2010 de la República de Perú.

36 IATA, GEPEJTA, Ob. Cit. Pág. 2.



a las aerolíneas. Estos costos van desde disposiciones para exigir indemnizaciones desproporcionadas, en algunos casos mayores al precio pagado por el pasaje, hasta requerir que las aerolíneas mantengan personal dedicado y recursos para cumplir con los requisitos de información impuestos por el gobierno y así poder cumplir con la multitud de semejantes regímenes.<sup>37</sup> Precisamente la introducción de este ensayo se inicia por el debate existente entre las aerolíneas y la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte del INDECOPI.

6.- Los regímenes de derechos de los pasajeros tienen profundas implicancias de costo tanto para los pasajeros como para las aerolíneas. *Por ejemplo, IATA estima que el cumplimiento del Reglamento 261-2004 de la Unión Europea le costará 4 billones (miles de millones) de euros al año a las aerolíneas. En consecuencia, tanto pasajeros como embarcadores enfrentarán mayores costos, en la medida que las aerolíneas le traspasen los costos de este cumplimiento a los pasajeros.*<sup>38</sup> Como se indicó en líneas precedentes, el transporte aerocomercial es un negocio con márgenes de utilidad estrechos y el costo de cumplir con múltiples normas de protección de los consumidores puede afectar la competitividad haciendo que haya rutas no rentables, reduciendo la conectividad y sus beneficios asociados para las economías y las sociedades (Brasilia es un ejemplo notable, pese a ser una de las ciudades más importantes de Brasil, por ser la sede del Poder Ejecutivo tiene severos problemas de conectividad). La existencia de regímenes superpuestos añade confusión e incertidumbre a los pasajeros respecto de qué derechos son aplicables en un determinado escenario.

7.- La infraestructura del transporte aéreo no se ha mantenido a la par con el crecimiento de la industria, resultando en restricciones en la capacidad de un número cada vez mayor de lugares en el mundo.<sup>39</sup> El ejemplo de esta afirmación señalada IATA, es precisamente el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que tiene un retraso en la construcción de su segunda pista y probablemente reciba este año 2016 el doble de pasajeros que puede tener esta infraestructura, que está afectando la competitividad de Lima como destino turístico y fue materia de comentario en el último seminario de IATA en Santiago de Chile.<sup>40</sup> *Esto ha llevado a retrasos y cancelaciones debido a restricciones de control del tráfico aéreo u otras cuestiones de gestión de capacidad que pueden repercutir en los aeropuertos por días después de ocurrido un evento de esta naturaleza. De hecho, la mayoría de los retrasos que ocurren hoy en día están fuera del control de las aerolíneas.*<sup>41</sup>

8.- La mayoría de los retrasos escapan al control de las aerolíneas. En Europa, por ejemplo, 60% de los retrasos son atribuibles al clima, al control de tráfico aéreo y a otros factores. Esta proporción, sin embargo, ha variado sustancialmente desde la promulgación del Reglamento 261-2004 de la Unión Europea.<sup>42</sup>

Este aspecto no es entendido por las autoridades en Latinoamérica y precisamente en nuestro caso ha sido la fuente de debate durante los últimos tiempos entre el gremio aerocomercial, la Comisión de Protección al Consumidor y el Ministerio de Transportes en el Perú.

37 IATA, GEPEJTA, Nota 5, Ob. Cit. Pág. 2.

38 IATA, GEPEJTA, Nota 6, Ob. Cit. Pág. 2.

39 IATA, GEPEJTA, Nota 7, Ob. Cit. Pág. 3.

40 IATA, WINGS OF CHANGE, Seminario organizado por IATA en Santiago de Chile, 29 – 31 de marzo de 2016

41 IATA, GEPEJTA, Nota 7, Ob. Cit. Pág. 3.

42 IATA, GEPEJTA, Nota 9, Ob. Cit. Pág. 3.

9.- Los regímenes de derechos de los pasajeros aplicables a otras modalidades de transporte no son comparables con los regímenes relacionados con la aviación, de manera tal que, si dichos regímenes fuesen aplicados a la aviación, esa práctica redundaría en un trato desigual que iría en detrimento de la aviación. Por ejemplo, en la Unión Europea, las regulaciones relativas a la indemnización o cuidado y asistencia en caso de denegación de abordaje, cancelación o retrasos para pasajeros que viajan por vía férrea o por mar no se han mantenido a la par de las regulaciones relativas a la aviación.<sup>43</sup>

En el caso de Perú el artículo 66.7 del Código de Protección y Defensa del Consumidor sólo ha sido aplicado al transporte aéreo nacional y no existe ningún reclamo oficial ante los órganos de protección por el transporte interprovincial de pasajeros por ómnibus, que es sumamente informal y que en el curso del año 2016 ha ocasionado más de 500 muertos en las carreteras del país.

Adicionalmente a lo señalado, en el Perú hay una diferencia notable entre el régimen tributario para el transporte de pasajeros vía carretera y el transporte aéreo. Este último está gravado con el Impuesto General a las Ventas – IGV y el transporte por ómnibus no tiene dicha carga. Por ejemplo, Brasil y Chile no gravan con el Impuesto al Valor Agregado al transporte aéreo y ello tiene como consecuencia que los modos de transporte sean competitivos y puedan enfrentar el mercado por modos de transporte y no por beneficios que se otorgan por consideraciones políticas y no técnicas que afectan a la competencia.

10.- La legislación de protección al consumidor específicamente en el transporte aéreo en Latinoamérica es escasa y no considera las normas de carácter internacional que regulan los derechos de protección al consumidor en el transporte internacional de pasajeros y de carga.

En algunos países de Latinoamérica se protege de manera oportuna al consumidor, en otras se da completa libertad al mercado para regular el servicio de transporte aéreo (Chile, Panamá), en otras es excesiva siendo la autoridad gubernamental totalmente intervencionista perjudicando a los operadores del transporte aéreo (Brasil).

En efecto, a continuación, detallamos cuales son las normas nacionales de protección al consumidor que incluyen al transporte aéreo dentro del régimen general de protección:

- a) Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, de fecha 15 de octubre de 1993 de la República Argentina;
- b) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Decreto N° 6.092, de fecha 27 de mayo de 2008 de la República Bolivariana de Venezuela; y
- c) El artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Numeral 66.7), Ley N° 29571, de fecha 2 de setiembre de 2010 de la República de Perú.

11.- Como se ha señalado en líneas precedentes, la legislación de protección al consumidor en Latinoamérica está muy diferenciada y salvo las normas indicadas en el numeral anterior, las demás legislaciones no se refieren al transporte aéreo que debe tener un tratamiento especial por ser una industria sui generis, como se ha expuesto en este ensayo en el capítulo referido al transporte aéreo.

---

43 IATA, GEPEJTA, Nota 11, Ob. Cit. Pág. 3.

Las legislaciones que han sido materia de consulta son las siguientes:

11.1.- *Ley Colombiana de Protección al Consumidor, Ley 1480*, de fecha 12 de octubre de 2011. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos (Artículo 1°).

La citada norma no contempla aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

11.2.- *Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, de fecha 15 de octubre de 1993 (Argentina).

La ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (Artículo 1°).

Esta norma está referida a los derechos del consumidor de transporte aéreo en los siguientes artículos:

*a. Artículo 40.- Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (Artículo incorporado por el Art. 4° de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998).*

*b. Artículo 63.- Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales y, supletoriamente, la presente Ley. (Artículo derogado por Art. 32 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008, este último Artículo fue observado por Art. 1° Decreto N° 565/2008 B.O. 7/4/2008).*

11.3.- *Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 9 8078*, de fecha 11 de setiembre de 1990 (Brasil).

El Código establece normas de protección y defensa del consumidor de orden público e interés social, en los términos de los Artículos 5°, inciso XXXII, 170, inciso V de la Constitución Federal, y Artículo 48° de sus Disposiciones Transitorias (Artículo 1°).

El Código no contempla aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

11.4.- *Ley de Defensa del Consumidor, Ley N° 17.250*, de fecha 17 de agosto de 2000 (Uruguay).

La ley es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo, incluidas las situaciones contempladas en el inciso segundo del Artículo 4° (La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparán a las relaciones de consumo).

Esta norma no contempla aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor en el transporte aéreo.

11.5.- *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley N° 2000-21*, de fecha 8 de marzo de 2001 (Ecuador).

El objeto de esta ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes (Artículo 1°).

No regula aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

11.6.- *Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, Ley N° 1334*, de fecha 27 de octubre de 1998 (Paraguay).

La ley regula las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos (Artículo 1°).

No establece aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

11.7.- *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Decreto N° 6.092*, de fecha 27 de mayo de 2008 (Venezuela).

El Decreto con rango, valor y fuerza de ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, así como regular su aplicación por parte del Poder Público con la participación activa y protagónica de las comunidades (Artículo 1°).

Esta ley se refiere a los derechos del consumidor de transporte aéreo en los artículos 101 y 109, señalando que:

*a. Artículo 101.- Son competencias del Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios:*

(...)

*9. Establecer centros de información y atención al público en terminales de transporte aéreo, terrestres y marítimos.*

*b. Artículo 109.- Las funcionarias o los funcionarios autorizados por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, dispondrán de amplias facultades de fiscalización para comprobar y exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, pudiendo especialmente:*

(...)

*9. Practicar fiscalizaciones en los medios de transporte ocupados o utilizados por cualquier*

*título, por cualquiera de los sujetos de la cadena de producción o consumo a cualquier hora habilitándose el tiempo que fuere menester para practicarlas.*

11.8.- *Ley de Derechos de los Consumidores, Decreto Supremo N° 0.065*, de fecha 3 de abril de 2009 (Bolivia).

El Decreto Supremo tiene por finalidad normar la defensa, la protección efectiva y la promoción de los derechos de las consumidoras, consumidores, usuarias y usuarios, así como establecer los procedimientos para la admisión, gestión y seguimiento de las denuncias por incumplimiento de normas y regulaciones en la prestación de servicios y suministro de productos tanto del sector regulado, como del no regulado, con la finalidad de contribuir al Vivir Bien (Artículo 1°).

Este Decreto no regula aspectos relacionados a condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

11.9.- *Ley Federal de Protección al Consumidor, de fecha 24 de diciembre de 1992* (México).

El objeto de esta norma es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores (Artículo 1°).

Al igual que la mayoría de legislaciones de Latinoamérica no regula las condiciones, tarifas y/o derechos del consumidor de transporte aéreo.

## **VI. PROBLEMÁTICA ACTUAL – TRATAMIENTO DE LOS RETRASOS Y/O CANCELACIONES.**

1. Las aerolíneas que operan en el Perú tienen múltiples investigaciones de oficio y/o procesos sancionadores iniciados por la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte del INDECOPI como consecuencia de los retrasos y/o cancelaciones de vuelos de itinerario y esa problemática permite debatir sobre la existencia de bienes jurídicos protegidos como la seguridad de vuelo y la protección del consumidor. Nos interesa definir aspectos cruciales de la actividad aerocomercial para llegar a una solución que permita operar a las aerolíneas brindando seguridad en primer término y ofreciendo un servicio idóneo.

2. El contrato de transporte aéreo de pasajeros, como es bien sabido, es una especificación dentro del género más amplio del “contrato de transporte aéreo”. En efecto, mientras que éste tiene lugar “cuando una parte se obliga a trasladar personas o cosas, de un lugar a otro en aeronave y por vía aérea, y la otra a pagar un precio como contraprestación,”<sup>44</sup> el primero tiene lugar cuando la referida actividad se limita al transporte de pasajeros. Empero, como bien señala Cosentino, se trata de un contrato que reviste matices propios inherentes a las características del sujeto beneficiario del traslado que suministra el transportador.<sup>45</sup>

Una característica habitual en ambos supuestos contractuales - a punto tal que hoy en día podemos decir que se ha transformado en una verdadera condición esencial del

44 VIDE LA ESCALADA, F.N. Tratado de Derecho Aeronáutico, t. III, núm. 375, Buenos Aires, Víctor P. de Zavala, editor, 1969, Págs. 358 – 359, citado por LUONGO Norberto en El Régimen de Responsabilidad por Daños por Retraso en el Transporte Aéreo de Pasajeros, en GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Directora), La Responsabilidad del Transportista Aéreo y la Protección de los Pasajeros, Editorial Marcial Pons, Pág. 95

45 CONSENTINO, E.T. Régimen Jurídico de Transportador Aéreo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 103, citado por LUONGO N. Ob. Cit. Pág. 95

mismo - es que el transporte sea cumplido con sujeción a días y horarios especificados al momento de celebración del contrato. Cuando esta obligación asumida por el transportista no se cumple adecuadamente, hablamos de “retraso”, el cual puede tener lugar al comienzo del transporte (la partida), a su finalización (el arribo) o comenzar a producirse en medio de ambos extremos.

En materia de transporte aéreo el retraso en sentido amplio (al igual que en cualquier otro medio de transporte) consiste en una “dilación temporal con respecto al cumplimiento de los horarios (y llegado el caso también fechas) para la llegada al punto de destino previsto en el contrato que instituye el transporte en cuestión.”<sup>46</sup>

Es decir que el punto neurálgico de la cuestión lo constituye el incumplimiento del plazo previsto para el arribo, por cuanto es éste un elemento esencial del contrato de transporte, lo cual es particularmente notorio en el transporte aéreo. Ello es así por cuanto en no pocas oportunidades la velocidad con la que se desarrolla el transporte en las aeronaves comerciales constituye un elemento diferenciador único, haciendo que aquél no pueda ser sustituido por otro transporte que se desarrolle en un medio distinto del aéreo sin acarrear inconvenientes o perjuicios de tal magnitud que directamente lo tornen inviable para el pasajero.<sup>47</sup>

Dicho en otras palabras, muchas veces la velocidad de transporte aéreo es condición decisiva en la elección de dicho medio de transporte por parte del usuario. En consecuencia, va de suyo que si el factor puntualidad no se cumple (al menos razonablemente), se pierde en muchos casos la razón de ser de tal elección. Por idéntico motivo, no puede menos que afirmarse que cuando el transportista se compromete al cumplimiento de un determinado plazo de arribo está asumiendo una obligación de resultado y no de medios. Precisamente esa es la característica jurídica del contrato de transporte aéreo, que se trata de una obligación de resultados.

En definitiva, como acertadamente señala la Dra. María Jesús Guerrero Lebrón: *La mayoría de los autores y la doctrina jurisprudencial consolidada lo define (al retraso) como “llegada impuntual al lugar de destino” (...) pero con esta formulación, como puede comprobarse, no se hace más que desplazar el problema hacia la definición de voz “impuntual”. A la hora de interpretar el término “impuntual” hay que valorar la circunstancia de que los pasajeros eligen el transporte aéreo porque es más rápido que otros medios de transporte y que por esa razón pagan varias veces lo que cuesta el transporte en esos otros medios,<sup>48</sup> lo que nos obliga a considerar la llegada a tiempo como un factor de suma importancia para el cumplimiento adecuado del contrato.*<sup>49</sup>

La decisión del consumidor o pasajero se funda a su vez en la particular naturaleza del transporte aéreo, que con sus características de internacionalidad y dinamismo muchas veces se transforma en un medio de transporte insustituible; por ejemplo, viajar en Brasil de un Estado a otro; o viajar de Lima a Barcelona. Ello ha tenido como consecuencia, que la falla del transportista en brindar un servicio idóneo a este elemento del contrato

46 LUONGO N. Ob. Cit. Págs. 95 - 96

47 LUONGO N. Ob. Cit. Pág. 96.

48 Cita omitida

49 GUERRERO LEBRÓN, María J., La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, Págs. 187-188.

celebrado con el pasajero haya sido desde hace mucho tiempo objeto de interés tanto de la doctrina como de la normativa aplicable y de la jurisprudencia desarrollada.

3.- Como se indicó en la introducción de este ensayo y en líneas precedentes, en el curso del último año, el Tribunal de INDECOPI ha sancionado a las siguientes aerolíneas de acuerdo al siguiente detalle:

3.1.- AIR EUROPA multa de 25.48 UIT por el retraso de 3 vuelos y cancelación de un vuelo, mediante Resolución 206-2015-SPC-INDECOPI del 26 de enero de 2015, lo que equivale a la suma de S/. 96,696.00.

INDECOPI inició de oficio un procedimiento sancionador en contra de Air Europa, debido a las cancelaciones, demoras y reprogramación de cinco de sus vuelos en distintas fechas durante el 2013. La aerolínea afirma que las incidencias mencionadas se deben a mantenimiento de la aeronave, motivos operacionales y cambio de aeronave.

Los vuelos afectados fueron:

1. Vuelo UX076, con fecha 20 de abril de 2013, demorado por mantenimiento de aeronave.
2. Vuelo UX076, con fecha 10 de junio de 2013, reprogramado por mantenimiento de aeronave.
3. Vuelo UX076, con fecha 24 de junio de 2013, demorado por motivos operacionales.
4. Vuelo UX076, con fecha 25 de octubre de 2013, cancelado por motivos operacionales.
5. Vuelo UX075, con fecha 27 de diciembre de 2013, demorado por cambio de aeronave.

Air Europa señaló que ninguno de los pasajeros presentó reclamo debido a la efectiva respuesta con la protección de conexiones, hospedaje, entre otras prácticas para aminorar el impacto de dichos sucesos.

Por lo contrario, el INDECOPI estableció lo siguiente:

- Respecto a las causas del retraso de tres vuelos:
  - Vuelo UX076 del 20 de abril de 2013: La Sala observó que si bien Air Europa adjuntó documentación que daría cuenta de la existencia de un AOG (Aircraft on Ground), razón por la cual tuvieron que enviar otra aeronave produciéndose el retraso, los documentos presentados constituyen informes elaborados por el área de mantenimiento de la aerolínea, es decir, se trata de documentos internos que por sí solos no generan la certeza suficiente para determinar que el evento señalado constituya un hecho imprevisible y de carácter fortuito.
  - Vuelo UX076 del 24 de junio de 2013: La sala advirtió que, aun cuando el “Informe de Deficiencia Técnica Inesperada” señale que hubo un fallo en la indicación de puerta abierta, lo cierto es que (como el caso anterior) al tratarse de un documento propio no genera convicción para establecer las circunstancias del evento.
  - Vuelo UX076 del 27 de diciembre de 2013: Dicho Colegiado consideró que el informe del área de mantenimiento de Air Europa, donde se señala que el motor N°1 estaba sin indicación de vibraciones, no puede demostrar por sí mismo que dicha falla califique como un evento imprevisible de carácter fortuito, haciendo énfasis en “más aún si dicho informe ha sido elaborado por la Dirección de Mantenimiento de Air Europa (documento de parte)”.

- Respecto a las causas de reprogramación de un vuelo:

- Vuelo UX076 del 10 de junio de 2013: La Sala consideró que los informes del área de mantenimiento de Air Europa no generan certeza para determinar que la circunstancia de la avería tenga el carácter de fortuito o de naturaleza imprevisible, señalando que “tales documentos no constituyen pruebas suficientes para acreditar la ruptura del nexo causal”. Señalando que, en caso distinto, la aerolínea debió presentar documentación de un tercero independiente que explique y señale la naturaleza del evento y las circunstancias en que se produjeron.

- Respecto a las causas de la cancelación de un vuelo:

- Vuelo UX76 del 25 de octubre de 2013: Si bien las alternativas de solución brindadas los pasajeros para que no se vean perjudicados, tales medidas no pueden incidir que el motivo de la cancelación del vuelo se llevó por causas no imputables.

3.2. AMERICAN AIRLINES multa de 40.3 UIT por el retraso de 13 vuelos y cancelación de 4 vuelos, mediante Resolución 2191-2015-SPC-INDECOPI del 13 de julio de 2015, lo que equivale a la suma de S/. 159,185.

INDECOPI inició de oficio un procedimiento sancionador debido a las cancelaciones, demoras y reprogramación de 17 de sus vuelos en distintas fechas durante el 2013. La aerolínea afirma que las incidencias mencionadas se deben a causas no imputables a su empresa.

De acuerdo a los descargos de la aerolínea, las cancelaciones y retrasos en los vuelos no fueron imputables a su empresa, por el contrario, constituyen eventos extraordinarios, pues a pesar que la aeronave se encontraba operativa y contaba con un certificado de aeronavegabilidad, el equipo aeronáutico estaba expuesto a riesgos, y, por ende, presentó problemas técnicos. Asimismo, indicó que los reportes de defectos y las bitácoras de vuelos que aportó al procedimiento acreditaban las fallas presentadas y que algunas de las cancelaciones y retrasos se originaron por incidentes en vuelos originarios, no siendo posible que su empresa disponga de otro avión para la prestación del servicio.

En este caso INDECOPI (nuevamente) indicó que las pruebas presentadas por American no logran acreditar la imprevisibilidad de las fallas técnicas detectadas, pues solo dan cuenta de su ocurrencia, mas no determinan la naturaleza de las mismas. Afirmó también, que pese a que American tuvo un plazo suficiente para solicitar opinión a la autoridad competente o presente un informe técnico por un tercero autorizado que pudiera corroborar que la existencia y naturaleza de las fallas presentadas en las aeronaves que operaron el servicio de transporte eran imprevisibles. Al no hacerlo, resulta ineficiente la mera afirmación genérica de que se presentaron fallas no imputables a su empresa.

3.3. LAN PERÚ multa de 50 UIT por la cancelación de 13 vuelos nacionales y retraso de 30 vuelos, mediante Resolución 1920-2015-SPC-INDECOPI de fecha 16 de junio de 2015, lo que equivale a la suma de S/. 197,500.

INDECOPI inició de oficio este procedimiento sancionador en contra de LAN Perú debido a las cancelaciones y retrasos 43 de sus vuelos en distintas fechas durante el 2014. La aerolínea solicitó que se declare improcedente el procedimiento iniciado en su contra, alegando (ya casi usual) el no reconocimiento del INDECOPI como órgano competente para sancionarla.



Respecto a las cancelaciones y/o retrasos en los vuelos implicados, se originaron en los actos realizados por los técnicos de mantenimientos adscritos al SITALANPE, quienes generaron reportes falsos a fin de dejar inoperativas las aeronaves que operarían los vuelos indicados, como método de presión en las negociaciones que venían sosteniendo con su empresa para la suscripción de un convenio colectivo.

Para el caso, la doctrina recogió la definición de “responsabilidad vicaria”, a través de la cual para que un tercero sea responsable de las conductas cometidas por éste, es que entre el agente y ese tercero exista una relación de subordinación en donde, más allá de los aspectos formales, el principal tenga efectivamente la dirección y la autoridad ya sea sobre el cargo, ya sea con relación al servicio específico, esto es, una relación vertical y jerárquica.

Al respecto, el INDECOPI afirmó que el proveedor no solo tiene el deber de elegir bien a sus dependientes, sino también el de vigilarlos en el ejercicio de sus funciones, de modo que no puedan cometer daño alguno, por lo que no exime a LAN de responsabilidad, al no podersele trasladar a estos últimos las externalidades negativas generadas por una incorrecta elección del personal contratado o por la falta de control en el desarrollo de sus actividades.

3.4. PERUVIAN AIRLINES multa de 41.94 UIT por la cancelación de 11 vuelos nacionales y retraso de 8, mediante Resolución 2551-2015-SPC-INDECOPI de fecha 18 de agosto de 2015, lo que equivale a la suma de S/. 165,663.

En este caso INDECOPI inició de oficio un procedimiento sancionador debido a la cancelación y retraso de 18 de sus vuelos en distintas fechas durante el 2013. La aerolínea afirmó en sus descargos que las incidencias mencionadas se deben a causas no imputables a su empresa.

La aerolínea, planteó en sus alegatos la competencia del INDECOPI y afirmó que las causas fueron por eventos ajenos a su control. Asimismo, indicó que es usual en el mercado, que se den desperfectos en las aeronaves, puesto que podrían mostrar imprevistos de último momento y que cumplir con el itinerario hubiese puesto en riesgo a los pasajeros.

La Sala indicó, que bien como se ha mencionado en otras oportunidades, las fallas o averías en los componentes o piezas de una aeronave, no constituyen eventos ajenos o extraños a la actuación de una aerolínea por lo que no quedaría eximida de responsabilidad por dichas cancelaciones y/o retrasos.

3.5. TACA PERÚ: El órgano regulador la sancionó con 30 UIT por el retraso de 25 y la cancelación de 18 vuelos.

En este caso INDECOPI inició de oficio el procedimiento sancionador debido al retraso de 25 vuelos, la cancelación de 18 y la reprogramación de un vuelo en distintas fechas durante el 2012.

La aerolínea basó su defensa en el hecho de que las incidencias mencionadas se deben a causas no imputables a su empresa.

La aerolínea en sus alegatos desconoció también la competencia del INDECOPI para poder sancionarla y presentó medios probatorios (una lista de motivos por cada vuelo) que buscaban acreditar los hechos imputables.

Al respecto, la Sala consideró que las acciones realizadas para efectuar una revisión preventiva de la nave, la falta de un avión, equipo o tripulación disponible, así como las fallas en los controles de vuelo y la demora en el traslado de los pasajeros a la aeronave para su abordaje constituyen eventos de naturaleza puramente interna, llevados a cabo por la empresa en el marco de la prestación del servicio ofrecido en el mercado, más no configuran una circunstancia o evento extraordinario, imprevisible e irresistible para ella, ni mucho menos un hecho realizado por un tercero.

3.6.- Recientemente la Comisión de Lima Norte del INDECOPI emitió una resolución que tiene relevancia por la decisión y fundamentos que utilizó para exonerar de responsabilidad AIR FRANCE por la cancelación de cinco vuelos en la ruta Lima – Paris. En el proceso sancionador contra AIR FRANCE seguido por la Comisión de Protección al Consumidor de la Sede de Lima Norte, Expediente N° 082-2015/ILN-CPC-SIA se emitió la Resolución Final 1075-2015-/ILN-CPC,<sup>50</sup> que resolvió disponer el archivo del procedimiento al no haberse verificado que la demora del vuelo AF 483, ruta Lima – Paris, del 10 de agosto de 2014 y la cancelación de los vuelos AF 483, rutas Lima – Paris del 18, 19, 21 y 26 de setiembre de 2014 resultaban atribuibles a la administrada.

Los fundamentos de la Comisión que resolvió archivar el procedimiento de investigación de oficio al no haberse verificado que la demora y cancelación de los vuelos implicados resultaban atribuibles a la administrada Air France, se basaron en los siguientes aspectos:

- a) Air France informó por escrito a la Comisión el 17 de abril de 2015 que:
  - El vuelo AF483, de la ruta Lima – Paris, del 10 de agosto de 2014, fue demorado debido a que el piloto de la aeronave sufrió un accidente que le ocasionó una lesión renal.
  - Los vuelos AF483, de la ruta Lima – Paris, de los días 18, 19, 21 y 26 de setiembre de 2014, fueron cancelados debido a la huelga del sindicato de pilotos de Air France en la ciudad de París, el cual se inició el 15 de setiembre de 2014 y tuvo una duración mayor a diez días.
- b) Para acreditar su alegación, presentó un informe médico del piloto asignado para el vuelo AF483 del 10 de agosto; imágenes de las cartas de información de la huelga de pilotos publicadas en el counter de una oficina comercial; copia de cargos de cartas dirigidas a pasajeros informando de la huelga de pilotos; información sobre el uso de su sistema Reservation Operational Center (ROC); copia de comprobantes de pago con relación a gastos y reembolsos de los vuelos AF483 de los días 10 de agosto y 19, 19, 21 y 26 de setiembre de 2014; copia de cartas dirigidas a diversos representantes de agencias de viaje con relación a los incidentes originados por la huelga de pilotos; entre otros.
- c) Asimismo, Air France además señaló el 12 de junio de 2015 que ninguno de los pasajeros de los vuelos afectados por la huelga laboral había presentado reclamo, lo

---

50 Resolución Final 1075-2015-/ILN-CPC, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, Sede Lima Norte, de fecha 25 de noviembre de 2015

que evidenciaría que adoptó las medidas necesarias para brindar un servicio idóneo, adjuntando los siguientes documentos:

- Copia de un comunicado con fecha 12 de setiembre de 2014, con el cual informaría a los pasajeros y público en general de la convocatoria a huelga por parte de los sindicatos de pilotos para el periodo del 15 al 22 de setiembre de 2014, así como las medidas dispuestas por la empresa;
- Copia de un comunicado de fecha 19 de setiembre de 2014, con el cual informaría a los pasajeros y público en general la prolongación de la huelga hasta el 26 de setiembre de 2014, así como las medidas dispuestas por la empresa; y,
- Copia de un comunicado de fecha 26 de setiembre de 2014, con el cual informaría a los pasajeros y público en general de la continuación de las negociaciones con los sindicatos de pilotos, así como las medidas dispuestas por la empresa.

d) La Comisión consideró que doctrinariamente la responsabilidad por el incumplimiento que tiene un transportista procede del riesgo creado por el mismo transportista. No obstante, afirma que el cumplimiento de una obligación por parte del proveedor puede responder a causas imputables y no imputables. Las causas no imputables son aquellas que se imponen como un límite a la responsabilidad por incumplimiento, en donde el esfuerzo requerido es el máximo y el proveedor no puede liberarse salvo que acredite la ruptura del vínculo causal, lo que determina la inexistencia del nexo o continuidad causal y, por tanto, la inexistencia de responsabilidad.

e) En lo que se refiere al vuelo AF483 del 10 de agosto de 2014, de acuerdo a la revisión del informe médico presentado por Air France, se advirtió que el piloto sufrió un accidente el 9 de agosto de 2014, motivo por el cual el médico encargado determinó su falta de condiciones para volar en la fecha mencionada, recomendándole reposo absoluto hasta el 13 de agosto del mismo año; quedando acreditado que escapaba totalmente de la esfera de control de la aerolínea este hecho imputable.

f) Sobre los vuelos AF483 del día 18, 19, 21 y 26 de setiembre de 2014 fueron cancelados debido a la huelga del sindicato de pilotos de Air France en París, que se inició el 15 de setiembre de 2014, y tuvo una duración mayor a los diez días. La norma francesa (LOI N° 2012-375) indica que los sindicatos deben de confirmar a la empresa donde laboran que irán a huelga con 48 horas de anticipación. El 12 de setiembre, Air France informó a los pasajeros y público en general de la huelga para el periodo del 15 al 22 de setiembre; siendo una vez confirmada la huelga, ésta adoptó las medidas necesarias para minimizar el impacto de ésta a fin de proteger a los pasajeros.

g) La aerolínea acreditó este hecho externo con los medios probatorios ya mencionados, en los cuales además, se aprecia que indicó a los pasajeros la recomendación de anticipar o postergar su boleto sin incurrir en un costo adicional, así como la recomendación de anticipar o postergar su boleto sin incurrir en un costo adicional, también brindando información para modificación de reservas a través de la Web, sitios móviles o agencias de viajes y brindando información sobre el cambio de origen o destino, o en caso no deseen viajar, de un bono no reembolsable válido por un año para viajar con Air France o KLM, así como el reembolso del valor de los pasajes, entre otros.

h) Luego de revisar los medios probatorios presentados por la aerolínea, la Comisión determinó que se dio la probanza de un evento determinado que tiene una característica de exterioridad respecto de él, por lo que Air France quedaba libre de responsabilidad al acreditar que la causa que originó las cancelaciones, fue un hecho externo a éste, por lo tanto, no son atribuibles a la administrada. Por ello la Comisión determinó archivar el procedimiento de oficio iniciado contra Air France y consecuentemente, no siguió con el procedimiento sancionador.

Esta resolución constituye una excepción a las establecidas por la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte y se fundamenta en un acto de tercero que no podía controlar la sucursal de Air France en el Perú.

Cabe destacar que, en muchas jurisdicciones, principalmente en Europa, el criterio general de protección al consumidor es que, aunque ciertos hechos pudieran ser considerados externos al agente que es la aerolínea, estos no son extraordinarios para dicho proveedor. Por el contrario, estos hechos constituyen un riesgo inherente al negocio. Por ello, no sólo deben tomar las previsiones para prevenirlos, sino que deben responder en el caso que se produzcan daños, independientemente al hecho que pudieron no haber tenido culpa en el suceso.<sup>51</sup>

Sin embargo, en el Perú el control sobre aspectos que no se producen bajo la esfera o el ámbito de la mayoría de sucursales de aerolíneas extranjeras, como es el caso de una huelga que se produce con 48 horas de anticipación, o un evento similar, debería tener un tratamiento más objetivo al momento de investigar la idoneidad del servicio por parte del INDECOP y sancionar a la aerolínea.

4.- El transporte aeronáutico tiene riesgos que deben ser mitigados inmediatamente, pues un error podría causar daños irreparables a la vida e integridad de los pasajeros. Si existe posibilidad de falla, aunque sea remota, la aeronave no puede ni debe volar, pues lo primordial es la seguridad de los pasajeros.

Al respecto, consideramos necesario señalar el ámbito de competencia de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), institución que de acuerdo al artículo 9° de la Ley de Aeronáutica Civil, dentro de sus principales competencias están su carácter regulatorio y/o normativo, la de certificación y autorización y la de vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción.

5.- Estas competencias se encuentran en armonía con la legislación nacional e internacional en materia aeronáutica, las mismas que guardan un estándar en función a los Convenios Internacionales, a la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), así como a las Decisiones de la Comunidad Andina.

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 7° de la Decisión 619 de la Comunidad Andina otorga la base legal para que la Dirección Aeronáutica Civil establezca la naturaleza de una circunstancia imprevista, fortuita o de fuerza mayor.

Dicho artículo señala lo siguiente:

*Se considerarán como causas no imputables al transportista aéreo, las circunstancias*

---

51 En igual sentido, ver PIERA Alejandro, La responsabilidad del transportista aéreo por hechos externos a su quehacer, en [www.linkedin/pulse/](http://www.linkedin/pulse/), Ob. Cit

*imprevistas, la fuerza mayor o el caso fortuito debidamente verificadas por la autoridad nacional competente. En este caso, el transportista quedará exonerado de las compensaciones establecidas en el artículo siguiente. (...)*

De esta forma, en virtud de dicho artículo, tenemos dos escenarios:

a) La autoridad competente en nuestro país para determinar qué situaciones se configuran como circunstancias imprevistas, de fuerza mayor o caso fortuito en casos de transporte aéreo es el Ministerio de Transporte y Comunicaciones,<sup>52</sup> cuya autoridad es ejercida por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC);

b) Respecto a las compensaciones o garantías legales establecidas en dicho artículo: solo en el caso del incumplimiento de dichas garantías legales en el servicio del transporte aéreo de pasajeros, la autoridad competente en nuestro país, sería INDECOPI.<sup>53</sup>

Respecto a las garantías legales en mención, las mismas se encuentran establecidas en el artículo 8° de la Decisión, cuyos derechos se reconocen a los usuarios en caso de responsabilidad del transportista.

Dicho artículo establece lo siguiente:

*Artículo 8.- Derecho a compensación.- En los casos de cancelaciones, interrupciones o demoras en que no haya tenido lugar el reembolso, o ante cualquier otro evento que sea imputable al transportista aéreo, (...) se procurará el transporte alternativo y, de no ser posible, se compensará al pasajero conforme a lo siguiente:*

*a) Retraso. Cuando haya retraso en la iniciación del vuelo (inicio del rodaje para decolar) y, por lo tanto, no se cumpla con el horario programado del vuelo autorizado, se observará lo siguiente:*

*- Cuando el retraso sea mayor de dos (2) horas e inferior a cuatro (4), se suministrará al pasajero un refrigerio y una comunicación gratuita por el medio más idóneo, equivalente a una llamada telefónica que no exceda de tres (3) minutos, al lugar de elección del pasajero;*

*- Cuando el retraso sea superior a cuatro (4) horas e inferior a seis (6), además de lo anterior, se deberá proporcionar al pasajero, alimentos (desayuno, almuerzo o comida, según la hora); y,*

*- Cuando el retraso sea superior a seis (6) horas, además de lo anterior, (...) el transportista aéreo deberá, adicionalmente, proporcionarle hospedaje en los casos en que sea necesario pernoctar, gastos de traslado, o el reembolso (inmediato de no estar en su lugar de residencia habitual), a elección del pasajero, a menos que el pasajero acepte voluntariamente prolongar la espera cuando sea previsible que el vuelo se vaya a efectuar dentro de un plazo razonable.*

6.- De acuerdo a la regulación nacional e internacional del transporte aéreo establece la preeminencia de la seguridad del vuelo sobre otro bien jurídico tutelado.

Por ello existen disposiciones en nuestra legislación como los Regulaciones Aeronáuticas Peruanas – RAP 43, 45 y 108, que establecen las normas de mantenimiento, seguridad de los productos y seguridad de vuelo que se basan en normas estándares internacionales.

<sup>52</sup> En concordancia con el artículo 8° de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

<sup>53</sup> Oficio N° 1029-2015-MTC/12 de fecha 27 de agosto de 2015 emitido por la DGAC.

En este sentido, consideramos de suma importancia dejar en claro que el cumplimiento de las normas de seguridad de vuelo no puede generar una sanción.

Lo que no aprecian las autoridades de protección al consumidor es que el bien jurídicamente tutelado en el contrato de transporte aéreo es la seguridad de los pasajeros, de la tripulación y de los terceros en la superficie, que se resume en la seguridad del vuelo en primer término. Si bien es cierto que hay que proteger los derechos de los pasajeros por infracción en el ámbito del consumo, debe quedar claro que primero es la seguridad del vuelo.

7.- Conforme a lo previsto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones Aeronáuticas, aprobado por la Resolución Ministerial 361-2011-MTC/02, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de mayo de 2011, la Dirección General de Aeronáutica Civil es la entidad encargada de cautelar la seguridad de vuelo.

Más aún, el artículo 5 del Reglamento en mención dispone que:

*Las sanciones que se impongan por las infracciones establecidas en el presente Reglamento, son aplicadas por la DGAC, conforme a la facultad dispuesta en el literal d) del artículo 9 y artículo 10 de la Ley y artículo 314 del Reglamento.*

En otras palabras, no se puede sancionar a las aerolíneas si lo que se ha cautelado es la seguridad del vuelo y el cumplimiento de las normas aeronáuticas, porque se estaría sancionando a una empresa por haber cumplido con las normas sectoriales que tienen como finalidad proteger la vida de los pasajeros.

8.- Conforme al numeral 19.2 del Reglamento en referencia constituye falta muy grave y sujeta a sanción de multa o suspensión de las autorizaciones operar con las aeronaves en mal estado de funcionamiento.

En efecto, el numeral 19.2.6 señala que es una falta muy grave:

*Operar la aeronave sin tener los motores, hélices, sistemas e instrumentos de vuelo, y/o equipo de seguridad y auxilio correspondientes, en correcto estado de funcionamiento; de acuerdo a las autorizaciones, limitaciones o restricciones aprobadas por la DGAC.*

Adicionalmente a ello, el numeral 19.2.12 también considera falta muy grave:

*Realizar operaciones aéreas con aeronaves, motores, hélices o componentes, sin cumplir con los trabajos de inspección y/o mantenimiento, en el tiempo y modo que señalan los manuales, los programas aprobados o las Regulaciones correspondientes*

9.- Si concordamos las disposiciones de los numerales 19.2.6 y 19.12 (faltas muy graves) con lo señalado en el numeral 3 del Reglamento referido a la condición de aeronavegabilidad, resulta evidente que las aerolíneas no pueden ser sancionadas por el cumplimiento de la norma de seguridad.

Por el contrario, resulta por demás evidente que las aerolíneas no pueden dejar de lados las disposiciones de seguridad.

En efecto, el numeral 3.3 dispone y define que:

*La condición de aeronavegabilidad, es la condición técnica que determina que las aeronaves y sus componentes están aptas para ser usadas con seguridad.*

10.- Las autoridades de protección al consumidor deben considerar que si la aeronave no está en condiciones de aeronavegabilidad no puede volar y consecuentemente no se pueden efectuar los vuelos como ha pretendido INDECOPI dentro de la lógica de la protección del consumidor. Ello en concordancia con las normas sectoriales, que constituyen la Ley de Aeronáutica Civil, su Reglamento y las Regulaciones Aeronáuticas Peruanas - RAPS, que además deben prevalecer sobre las disposiciones de protección al consumidor, como sucede en otros países.

11.- Adicionalmente a lo señalado, en virtud de la seguridad del vuelo una aerolínea puede incumplir los itinerarios, frecuencias y horarios autorizados.

En efecto, el numeral 19.3.8 del Reglamento dispone que es falta grave: *Incumplir de manera injustificada los itinerarios, frecuencias y horarios autorizados.*

Como consecuencia de lo señalado, si las aerolíneas tienen razones justificadas para suspender los vuelos, modificando así por causas de urgencia los itinerarios, por ello, no pueden ser sancionadas conforme lo ha hecho INDECOPI, excediéndose en sus facultades.

Considero que como el bien jurídicamente tutelado en el contrato de transporte aéreo es la seguridad de los pasajeros, de la tripulación y de los terceros en la superficie, que se resume en la seguridad del vuelo y si bien es cierto que hay que cautelar los derechos de los pasajeros por infracción en el ámbito del consumo, deberá prevalecer siempre la seguridad del vuelo.

## VII. A MODO DE CONCLUSIONES

1.- La regulación sobre la responsabilidad del transportista por retraso en el transporte aéreo de personas (así como también de equipaje y carga) estuvo presente desde el nacimiento mismo del Sistema de Varsovia, incorporada al texto del Convenio que le dio origen.<sup>54</sup>

Recordemos que si bien el punto de inicio de la aviación comercial se fija históricamente el 1 de enero de 1914, se trató de un hecho único y aislado, carente todavía de cualquier noción de servicio regular.<sup>55</sup> A la par de la evolución del transporte aéreo comercial, esta preocupación acompañó ininterrumpidamente y sin excepción todo desarrollo legislativo en la materia hasta nuestros días. Tal como hemos visto, ello comprende no sólo a los convenios internacionales, sino también a cuerpos normativos regionales, así como también legislación y la jurisprudencia nacional e internacional.

2.- El crecimiento exponencial que el transporte aéreo de pasajeros ha determinado que las cuestiones relacionadas con el retraso sean las que más a menudo afectan a los usuarios del servicio, en ocurrencias de alto número todos los días. Como hemos señalado en líneas precedentes, todos los pronósticos indican que tal desarrollo continuará a ritmo sostenido, lo que necesariamente implicará un incremento de la cantidad de situaciones descritas y de los reclamos contra las aerolíneas.

54 Más aún, la cuestión ya sido objeto de estudio por parte de la primera Conferencia Internacional de Derecho Privado Aeronáutico (Paris, 27 de octubre al 6 de noviembre de 1925), creadora del Comité Técnico Intencional de Expertos Jurídicos Aeronáuticos (CITEJA, por sus siglas en francés) y que dio origen a los trabajos que eventualmente llevarían a la redacción y adopción del texto del Convenio de Varsovia. Nota 108 a pie de Pág. En LUONGO N., Ob. Cit. Pág. 124.

55 Abram C. Pheil, ex alcalde de St. Petersburg (Florida, Estados Unidos), se convirtió en la primera persona en abordar -único pasajero- un vuelo contratado para fines comerciales. El vuelo con destino a Tampa (en el mismo Estado), tuvo una duración de 23 minutos.

3.- La legislación de los Estados debe ser consistente y estar de acuerdo con el régimen de los Tratados Internacionales respecto de la responsabilidad de las aerolíneas establecida por el Convenio de Montreal de 1999.

4.- La escasa regulación de protección al consumidor en el transporte aéreo internacional de pasajeros en Latinoamérica es distinta entre si, y mucho más aún ajenas con las normas de carácter internacional que regulan los derechos de protección al consumidor.

5.- No debe haber discusión alguna entre la seguridad y la protección de los derechos de los pasajeros para exonerar a las aerolíneas de responsabilidad por retrasos o cancelaciones causados por circunstancias de seguridad, dichas circunstancias deberían ser extraordinarias. Ello en razón que el bien jurídicamente protegido es la seguridad de vuelo.

6.- Puede afirmarse que los cambios en la protección al consumidor en el transporte aéreo, que no es otra cosa que la defensa de los intereses del pasajero en el contrato de transporte aéreo, están orientados a favor del usuario y contribuyen positivamente a determinar cuál es el contenido real de los derechos y deberes de las partes en el contrato. Sin embargo, los progresos que se logren deben obtenerse con especial cuidado de no afectar indebidamente a las aerolíneas, de cuya prosperidad también depende la prestación de un servicio adecuado para el consumidor.

7.- Existen un sinnúmero de circunstancias y procesos que escapan al control de las aerolíneas. No parece razonable que en estos casos deban responder. Adoptar una posición contraria solamente contribuye a generar costos adicionales y a incrementar el costo del servicio, dificultado su acceso para aquellos usuarios quienes presenten mayor sensibilidad a la elasticidad de la demanda. En otras palabras, para aquellos pasajeros que pudieran optar por no realizar un determinado viaje si se produjere un incremento en el precio del servicio.

---



---

**BIBLIOGRAFÍA**

- ARAUJO Morales Cristian, El surgimiento de la protección al consumidor en Revista Jurídica de Cajamarca.
- Asociación Internacional de Transporte Aéreo – IATA, Exposición de sus representantes ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Lima, mayo de 2005
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO – IATA, Nota de Estudio presentada ante la Trigésima Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA/30), 29 – 31 de enero de 2013, Lima.
- FOLCHI Mario, La reciente decisión de la Corte de Justicia Europea y el Convenio de Montreal de 1999, <http://www.aviaglobal.com>
- GUERRERO LEBRÓN. María J., Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005
- LUONGO Norberto en El Régimen de Responsabilidad por Daños por Retraso en el Transporte Aéreo de Pasajeros, en GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Directora), La Responsabilidad del Transportista Aéreo y la Protección de los Pasajeros, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MENA Ramírez Miguel, La Protección del Consumidor en el Transporte Aéreo, publicado en Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial publicado por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y del Espacio; FOLCHI Mario y GUERRERO LEBRÓN María J. (Coordinadores) Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PARDO Tovar Diego, La Regulación Andina sobre los Derechos de los Pasajeros, en Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López, Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial – ALADA, Buenos Aires, 2007.
- PIERA Alejandro, La responsabilidad del transportista aéreo por hechos externos a su quehacer, en [www.linkedin/pulse/](http://www.linkedin/pulse/) 21 de abril de 2016.
- RIZZI Luis Alejandro, ¿Son incompatibles Montreal 1999 y el Reglamento 261/04 de la Unión Europea?, en <http://www.aviaglobal.com>, 24 de febrero de 2006.
- SOLANO Méndez Roberto, La Protección al Consumidor y Kennedy, en [blogudlap.mx/blog/2012/3/la-defensa-de-los-derechos-del-consumidor](http://blogudlap.mx/blog/2012/3/la-defensa-de-los-derechos-del-consumidor), 15 de marzo de 2012.
- WINSTANLEY Patio Elizabeth, Análisis del Estado Actual de las Relaciones Aerocomerciales entre los Países de la Subregión Andina, JUNAC, Lima, agosto de 1989.

# LA MEDICINA FRENTE AL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO<sup>1</sup>

## MEDICINE AND THE AIR TRANSPORTATION CONTRACT

---

**Carlos María Vassallo<sup>2</sup>**

---

### RESUMEN:

El crecimiento exponencial de la cantidad de pasajeros que se transportan por vía aérea en el mundo, que este año 2016 superarán los 3.500 millones en más de cien mil vuelos diarios. Nos encontramos ante la masificación del transporte aéreo aparecida en la última parte de la década del 70 de la mano de la operación de los aviones de cabina ancha, tipo Boeing 747 JUMBO, y MCDouglas DC10, entre los más conocidos de esa época. Esas aeronaves elevaron la capacidad que hasta ese momento era de unos 170 pasajeros por avión, a más del doble, y actualmente con las súper aeronaves Airbus A380 y Boeing Dreamliner 787 a unos 600 pasajeros por vuelo cambiando la ecuación viaje - tarifa distancia recorrida- poniéndola accesible.

En la actualidad aviones como el Boeing 777 permiten optimizar el transporte con la unificación de pasajeros y carga en una sola y eficiente aeronave.

El advenimiento de Internet en la década del 90 integró al mundo y posibilitó en el transporte de pasajeros las reservas de plazas y compra de tkts con medios de pago y formato electrónico desde cualquier computadora, tableta o teléfono con acceso a internet las 24 hs del día y valiéndose con la ayuda de buscadores para elegir las distintas opciones de servicio, horarios, y tarifas disponibles.

En cuanto al transporte de carga aérea, también su curva es ascendente y su contrato también se encuentra ya digitalizado con una penetración global a marzo de 2015 de un 45%<sup>3</sup>, facilitando, a las Aduanas de salida y a todo organismo gubernamental de control sanitario, el despacho del vuelo, y en destino por el difundido sistema de información de carga anticipada permite ahorros considerables en depósitos fiscales y un rápido despacho a plaza, sobre todo en cargas sanitarias, medicamentos, vacunas, sangre, materiales y sustancias para estudios diagnósticos como también equipos y sus repuestos. Tema

---

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

2 Doctor en Ciencias Jurídicas (año 2021) Universidad del Salvador; Magister en Ciencias de la Legislación. Universidad del Salvador, especialista en Derecho del Transporte UBA; Asesor externo de la Administración Nacional de Aviación Civil 2017/18; Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Cámara de Compañías Aéreas en Argentina, 2008- 2015; Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Aeronáutico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador; Profesor Titular en Postgrado en el Instituto Nacional de Derecho aeronáutico y Espacial INDAE; Miembro del Comité Académico del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial 2018; Profesor de Postgrado Universidad Católica Argentina; Editor del sitio <http://www.cedaeonline.com.ar>; Miembro de ALADA.

3 IATA: actualización global a marzo 2015

colateral es el transporte de restos humanos.

En cuanto a los pasajeros con problemas psicológicos preexistentes, o aquellos que los evidencian por primera vez en vuelo, también la generalización del transporte ha trasladado a los aviones lo que sucede en tierra, y con ello la aparición del fenómeno de los pasajeros disruptivos o insubordinados, que perturban la tranquilidad a bordo hasta, en algunos casos, poner en peligro la seguridad del vuelo. Las últimas estadísticas exhiben unos 100 casos de pasajeros insubordinados graves por día a nivel global. Tan es así la gravedad de este tema que la OACI ha emitido la Circular 288 recomendando procedimientos de seguridad. Por otro lado, la Comunidad Internacional ha firmado recientemente el "Protocolo de Montreal de 2014 que Modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves sobre seguridad a bordo", sin haber alcanzado vigencia hasta el momento.

En cuanto a problemas físicos de pasajeros, el incremento de la edad del uso del medio aéreo ha llegado a contar en casi todos los vuelos con personas sanas, aunque con movilidad reducida –PMR- que necesitan asistencia especial para trasladarse en los aeropuertos, en su ascenso y descenso de grandes aeronaves comerciales de transporte aéreo regular, sobre todo en aquellos casos donde no se cuentan con "mangas" o "fingers" que faciliten la circulación de las personas hacia y desde la aeronave.

También nos referiremos informativamente a la problemática del transporte aéreo de personas con discapacidad, tema que merece un tratamiento muy especial, relacionando el concepto de seguridad operacional y de accesibilidad ante la eventualidad de una evacuación de emergencia y teniendo especialmente en cuenta los principios de no discriminación.

Impactan económicamente en la operación aérea y en los desvíos para aterrizaje de emergencia –QRF- la cantidad de episodios agudos, reacciones alérgicas, edema de glotis, falta de oxígeno en pasajeros afectados por "epoc", embarazadas, complicaciones en personas recientemente operadas que han ocultado su estado al momento de la reserva, infartos, personas que han hecho buceo dentro de las 24 hs previas a volar por complicaciones originadas en la retención de nitrógeno en sangre, entre otros tantos casos, todos estos generalmente no causados por la actividad de vuelo, no entrando en el concepto de "accidente" en sentido aeronáutico.

La casuística es enorme, y las Cías Aéreas agrupadas en IATA dedican esfuerzos permanentes en adoptar medidas comunes en cómo prevenir sucesos, qué medicamentos podrán ser provistos por la aerolínea en los vuelos y qué aparatología estará disponible a bordo, tal el caso tan debatido de los desfibriladores –RCP-.

Se implementaron protocolos cada vez más complejos en la forma en que debe actuar la tripulación de cabina, desde cómo pedir la asistencia de un médico pasajero hasta la realización de maniobras de resucitación. Ello supone un entrenamiento cada vez más complejo de los TCP.

Las aerolíneas comerciales regulares ya no pueden prescindir de contar con un departamento o gerencia médica que se ocupará preventivamente de realizar controles de

enfermedad de la tripulación, analizar los MEDIF<sup>4</sup> – informes médicos- correspondientes a las reservas condicionales de pasajeros especiales.

El objeto de estudio del aspecto médico del transporte aéreo es tan amplio que en este trabajo lo hemos recortado a los puntos enunciados en el sumario con un alcance descriptivo general que aporte claridad a la problemática, dejando la profundización de cada uno de los temas para la investigación específica.

#### ABSTRACT

The exponential growth of the number of passengers transported by air in the world, this 2016 exceeded 3,500 million in more than one hundred thousand daily flights. We are facing the mass of air transport that appeared in the latter part of the 70's together with the widebody aircraft operation such as Boeing 747 JUMBO, and McDouglas DC10 among the best known of the time. Those aircrafts raised the capacity that until that time was about 170 passengers per plane, to more than doubled and now with super aircrafts Airbus A380 and Boeing 787 Dreamliner about 600 passengers per flight by changing the equation trip – distance travelled rate – making it reachable.

Currently aircraft like the Boeing 777 enable to optimize the transport with the unification of passengers and load in a single and efficient aircraft.

The advent of the Internet in the 90 integrated the world and enabled bookings seats and purchasing TKTS in passengers transports with payment means and electronic format from any computer, tablet or phone with internet access 24 hours a day and using with the help of browsers to choose different service options, schedules, and available fares.

As for air cargo, also its curve is rising and the contract also is already digitized with a global penetration of 45% to March 2015 providing Customs offices of departure and all government agency for health control, clearance flight and destination for the widespread information system frontloaded allows considerable savings in fiscal deposits and rapid customs clearance, especially in health charges, drugs, vaccines, blood, materials and substances for diagnostic studies as well as equipment and spares. Side issue is the transport of human remains.

As for passengers with pre-existing psychological problems, or those who demonstrate for the first time in flight, also widespread transport has transferred to aircraft what happens on the ground, and thus the emergence of the phenomenon of disruptive passengers or insubordinate, which disturb the tranquility on board until, in some cases, put the flight safety in danger. The latest statistics exhibit about 100 cases of serious unruly passengers per day globally, so much so the seriousness of this issue that ICAO has issued Circular 288 recommended safety procedures. On the other hand the International Community has recently signed the "2014 Montreal Protocol amending the Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft safety on board."

As for physical problems passenger, the increasing age of the use of air means has come to count on almost all flights with healthy people but with reduced mobility who need special assistance to move at airports, in their rise and fall large commercial aircraft scheduled air transport, especially in those cases where not counted with "sleeves" or "fingers" to facilitate

---

<sup>4</sup> INCAD MEDIF, formulario IATA para información médica necesaria para el vuelo.

the movement of people to and from the aircraft.

We also refer informatively to the problems of air transport of persons with disabilities, an issue that deserves special treatment, linking security concept operational in the event of an emergency evacuation taking particular account of the principles of non-discrimination, of accessibility.

There is an economic impact in the air operation and the possibility of a diversion for emergency landing the number of acute episodes, allergic reactions, edema of the glottis, lack of oxygen to passengers affected by "COPD", pregnant woman, complications in people recently operated that have hidden their status at the time of booking, heart attacks, people who have made diving in pre fly arising complications nitrogen retention in blood, among many other cases, these are generally not caused by flight activity 24 hours, not entering the concept of "accident" in aeronautical purposes.

Casuistry is huge, and Air Companies grouped in IATA devote permanent efforts to adopt common measures on how to prevent events which medications may be provided by the airline on flights and appliances will be available on board, as in the case as discussed in the defibrillators. increasingly complex protocols were implemented in the way the cabin crew should act from how to request assistance from a passenger doctor to carry out resuscitation. This means an increasingly complex training of TPC.

Regular commercial airlines can no longer do without having a department or medical management that will address preventive controls to perform crew disease, analyze MEDIF - reports relating to medical-conditional reserves special passengers.

The object of study of the medical aspect of air transport is so broad that in this work we have cut to the points set out in the summary with a general descriptive scope to provide clarity to the issue, leaving the deepening of each of the topics for the specific research.

---

**PALABRAS CLAVE:** medicina, botiquines médicos, enfermos, discapacitados, personas con movilidad reducida, operados, embarazadas, disruptivos, episodios médicos agudos, MEDIF, carga sanitaria, trasplantes, INCUCAI, restos humanos.

**KEY WORDS:** medicine, medical kits, sick people, disabled people, reduced movility people, operated, pregnant woman, disruptive, acute medical episodes, MEDIF, health burden, transplants, INCUCAI, human remains.

## **I. MEDICINA, TRIPULACIÓN Y PASAJEROS. EQUIPOS MÉDICOS ABORDO. PSICOLOGÍA AERONÁUTICA**

La tripulación de una aeronave comercial se divide en "tripulación técnica" integrada por los que cumplen funciones en el copckit de comando, tales como Comandante<sup>5</sup>, el Piloto Segundo al mando, (en operaciones con tres o más pilotos<sup>6</sup> que asume las del Comandante en horario de descanso) y el Copiloto que será siempre el segundo al

---

<sup>5</sup> Habilitación TLA: corresponde a piloto transporte línea aérea

<sup>6</sup> Operación multipiloto, significa una operación que requiere al menos dos pilotos que usan técnicas de cooperación de la tripulación, en aviones de un solo piloto o de varios pilotos;

mando, y la “tripulación de cabina” (TPC<sup>7</sup>) integrada por el Jefe de Cabina, Comisarios y auxiliares.

Ambas tripulaciones tiene entrenamiento para emergencias médicas : la técnica para tomar las decisiones adecuadas a la gravedad de la situación a resolver a bordo, autorizados por reglamentaciones “..a seguir cualquier curso de acción que fuere necesario..”<sup>8</sup> vg. desvío a la alternativa programada por otra más adecuada a la situación, y la de cabina, en la conducta directa a tomar con el pasajero afectado.

Respecto al entrenamiento en emergencias médicas del TPC se realiza de acuerdo a normativa de fondo<sup>9</sup> tanto al ingreso como periódicamente, una vez por año.

Se realiza instrucción específica sobre el material, la que es brindada por instructores habilitados, médicos en este caso. Estos cursos están sometidos a evaluación final por la Autoridad de Aplicación y de su aprobación depende el otorgamiento del certificado de idoneidad.

Respecto de las tripulaciones técnicas y TPC, los Manuales de Operaciones del Explotador (MOE), reglamentan las precauciones médicas y sanitarias para tomar servicio, ingestas de comidas, medicamentos, ansiolíticos, drogas, donación de sangre, observancia de descansos previos etc.

El Estado de matrícula, observando el Convenio de Chicago de 1944, ejerce el control y habilitación de sus aeronaves<sup>10</sup> y de allí que la ANAC por medio de su Dirección Nacional de Aeronavegabilidad exija para otorgar el certificado de aeronavegabilidad el “Equipamiento –médico- de Aeronaves de Transporte Aéreo Comercial Regular y No Regular”<sup>11</sup>.

El avión estará equipado con: “...a) suministros médicos adecuados situados en lugares accesibles y apropiados al número de pasajeros que el avión está autorizado a transportar..”<sup>12</sup>

Las aeronaves deberán estar dotadas de dos botiquines cuya cantidad y contenido se ajustan a la normativa vigente.

El n° 1 “Botiquín de Emergencias Médicas” es obligatorio en aviones habilitados para transportar más de 250 pasajeros y contiene elementos médicos y medicamentos que pueden ser usados e indicados exclusivamente por un profesional médico. El n° 2 “Botiquín de Primeros Auxilios” se aborda en cantidad proporcional a los pasajeros

7 Habilitación TCP: tripulante cabina de pasajeros.

8 MOE AR 2.3.30

9 Certificado de idoneidad: art. 76 C. Aeronáutico Argentino: “Las personas que realicen funciones aeronáuticas a bordo de aeronaves de matrícula argentina, así como las que desempeñan funciones aeronáuticas en la superficie, deben poseer la certificación de su idoneidad expedida por la autoridad aeronáutica.”

10 Convención de Chicago de 1944 ratificada por Argentina por Ley 15.110/46, art. 31: “Toda aeronave que se dedique a la navegación internacional estará provista de un certificado de aeronavegabilidad expedido o validado por el Estado en que esté inscrita”

11 RAAC: integran el minimum equipment list

12 Dos botiquines: Uno de primeros auxilios para especial uso de la tripulación a bordo, cuyo contenido es: vendas de diferentes medidas, gasas, apósitos estériles, antisépticos, pomadas para quemaduras, curitas, tela adhesiva, tijeras, tablas para inmovilización de miembro superior o inferior, entre otras cosas. Y un segundo botiquín de emergencias médicas, para uso de un profesional a bordo que, además de repetirse el contenido anterior, dispone de: tensiómetro, estetoscopio, bajalenguas, linternas, lazo para hemostasia, diferentes tipos de sueros, medicación para suministrar por vía oral, tipo analgésicos, antieméticos, anticinéticos y un kit para cirugía menor, bolsas para descartar residuos patológicos, cajas para desechar elementos punzo cortantes utilizados por bioseguridad; kit para incidentes alimentarios a bordo, un pequeño manual de uso para los elementos, máscara para resucitación cardiopulmonar, bolsas para resucitación, guías para suero, catéteres y un innumerable número de medicamentos

autorizados conforme tabla<sup>13</sup>, y contienen elementos de uso común y pueden ser administrados por personal de la tripulación.

El nivel reglamentario en derecho aeronáutico se advierte en estos casos hasta en los menores detalles, y es así que los botiquines completos y controlados por el servicio médico de la aerolínea tienen un precinto azul, y una vez usado la tripulación los cierra con precinto rojo para ser controlado ante un nuevo vuelo. Cada botiquín cuenta con lista de su contenido describiendo utilidad, cantidad y fecha de vencimiento de cada medicamento y una foto impresa del botiquín abierto donde está señalada la ubicación de cada elemento.

### Problemas psicológicos de pasajeros

En cuanto a la psicología de a bordo, el 20% de pasajeros de un vuelo tiene miedo a volar y son los más proclives a presentar conductas disruptivas.

Recientemente se ha incorporado al léxico aeronáutico-psicológico el concepto de “*Rabia Aérea*” que se refiere fundamentalmente a la transformación que experimentan algunos pasajeros psicológicamente normales al subir a un avión.

Hoy el pre-embarque en una moderna terminal aérea es un factor por demás estresante, controles de seguridad cada vez más exhaustivos, acarreo de equipajes por largos trayectos, largo período de tiempo entre la llegada al aeropuerto, el embarque mediando traslados en trenes que conducen a la puerta respectiva, y buses repletos de pasajeros en traslado hasta la aeronave, a la cual se accederá luego de una larga cola tanto fuera como dentro de la cabina, alteran la tranquilidad de los pasajeros.

Con esta cantidad de variables en la cabina de una aeronave, más los efectos del alcohol, el tabaquismo reprimido y actualmente las drogas, nos disponemos a iniciar vuelos de diferentes duraciones.

Ya en vuelo, afectan a pasajeros y tripulantes una baja presión barométrica, de presión de oxígeno, de humedad y los movimientos propios del avión por meteorología. Todo esto molesta a los pasajeros sanos y puede traer consecuencias inesperadas a los enfermos.

El marco legal por el cual la aerolínea, en Argentina, por medio de su personal de tierra tendrá derecho a denegar el transporte de personas por su inconducta es la Resolución 1532/98 MOE y OSP “Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo”<sup>14</sup> y en vuelo se fundan en el Código Aeronáutico Argentino art 81-autoridad del comandante-art. 217 pasajero que practique actos de depredación o violencia en una aeronave en vuelo y art. 218 ponga en peligro la seguridad. También están las conductas tipificadas del Código Penal<sup>15</sup> en base a la cual se encuentra procesada la pasajera Victoria Xipolitakis<sup>16</sup>.

A nivel internacional el tema de los pasajeros disruptivos es preocupación de la OACI por

13 Tabla equipamiento botiquines de primeros auxilios: 1 botiquín hasta 50 pax; 2 hasta 150 pax; 3 hasta 250 pax y 4 más de 250 pax.

14 Reso 1532/98 art. 8 a) II) “El transportador puede negar el transporte a cualquier pasajero...II) La conducta, edad o estado mental...cause malestar o resulta objetable a otros pasajeros u origine peligro o riesgo para sí mismo o para otras personas...no cumple con las instrucciones del transportador o se ha negado a cumplir con un control de seguridad.”

15 Código Penal Argentino arts 190, 194 y 198-

16 Ricardo Klass: Causa Xipolitakis. Conferencia del Dr. Ricardo Klass en universidad de Cuyo 3 de marzo 2015. <https://cedaonline.com.ar/2016/07/06/causa-xipolitakis-conferencia-del-dr-ricardo-klass-en-universidad-de-cuyo-3-marzo-2015/>

medio de su Circular 288 LE/<sup>17</sup> y Protocolo de Montreal de 2014<sup>18</sup>.

## **II. LA HABILITACIÓN DE LOS PILOTOS. AUTORIDAD DE APLICACIÓN. PLAN DE CONTROLES. LA RESPONSABILIDAD DEL EXPLOTADOR AÉREO.**

Las certificaciones de idoneidad aeronáutica consisten en instrumentos idóneos para acreditar la aptitud del personal para la tarea que se trate<sup>19</sup> convirtiéndose en garantía de seguridad para la operación.

Se clasifican en licencias y certificados de competencia<sup>20</sup>. Licencias aeronáuticas tendrán entonces los pilotos de avión, helicóptero, giroplano, aeróstato, planeador entre otros; los instructores de vuelo, mecánicos de a bordo, navegador y radioperador. "Licencia" es el documento que comprueba la autorización concedida por un término determinado al titular de una patente para el ejercicio de su profesión. La "patente" será el documento que acredita al titular la capacidad de ejercer a bordo de una aeronave civil y según las condiciones fijadas en la reglamentación las funciones consignadas."<sup>21</sup> Hasta aquí un breve introito teórico.

Luego de que el copiloto de Germanwings, Andreas Lubitz, estrellara deliberadamente el avión que piloteaba llevando a la muerte a más de 150 personas, aparece el fantasma de la falta de eficacia de los controles médicos a los pilotos.

Surgen entonces muchos interrogantes sobre las pruebas psicológicas que debe sortear el personal técnico de vuelo para adquirir o mantener vigente su licencia.

La obtención y el mantenimiento de la habilitación de las licencias para el personal aeronáutico se rigen por un conjunto de normas que detallan los procesos aplicables a los controles médicos que los solicitantes deben superar logrando la calificación sicofísica de "Apto"<sup>22</sup>. En EUA están reguladas por el DOT bajo normas de la Federal Aviation Administration (FAA)<sup>23</sup> en la UE por las dictadas por EASA (European Aviation Safety Agency)<sup>24</sup>.

En Europa para estar a los mandos de un avión de pasajeros, los pilotos deben someterse, anualmente, a un examen médico llamado "simple" que consta de un análisis de sangre, orina, pruebas de audición, oftalmológicas, y se les hacen test y preguntas sobre la salud mental del candidato.

No obstante, cada cinco años, los pilotos deben pasar por un examen "extenso" que incluye electrocardiogramas, test psicométricos y de personalidad, bajo normas de la

17 VASSALLO Carlos María: Aspectos Jurídicos sobre la Problemática de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores (Disruptivos) <https://cedaeonline.com.ar/2012/12/18/aspectos-juridicos-sobre-la-problematica-de-los-pasajeros-insubordinados-o-perturbadores-disruptivos/>

18 GOMEZ Hernán Adrian: Consideraciones jurídicas relativas a los oficiales de seguridad de abordaje. <https://cedaeonline.com.ar/2015/04/29/consideraciones-juridicas-relativas-a-los-oficiales-de-seguridad-de-a-bordo/>

19 VIDELA ESCALADA, Tratado Derecho Aeronáutico, Pag 351.

20 Decreto 1954/77 Reglamentación del artículo 76 del Cod. Aeronáutico.

21 Decreto 40.331/44-

22 Apto. "cumple con los requisitos medios requeridos para la certificación médica aeronáutica correspondiente al tipo de licencia, certificado de competencia o habilitación para ejercerla". RAAC versión 3 año 2008 Parte 67.1 a).

23 FAA : es una agencia del departamento de transporte con autoridad para reglamentar y supervisar todos los aspectos de la aviación civil única y exclusivamente en los Estados Unidos (autoridad nacional de vuelo).

24 La Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA) es un organismo de la Unión Europea (UE) con funciones reguladoras y ejecutivas en el campo de la seguridad en la aviación civil.



autoridad europea Joint Aviation Authorities (JAA). Estas pruebas mentales analizan la concentración y la respuesta emocional a distintas situaciones como también el tiempo de esa respuesta.

Los pilotos que participan en la explotación de determinadas aeronaves deben cumplir los requisitos esenciales que establece el anexo III del Reglamento (CE) n° 216/2008 y deben certificarse cuando se haya comprobado que cumplen esos requisitos esenciales.

Los pilotos también son evaluados en “simulador”<sup>25</sup> anualmente o con menores intervalos según las normas de la Cía explotadora permitiendo éstos contar con otras evaluaciones que evidencian diferentes enfermedades.

Los tripulantes de cabina que participen en la explotación de determinadas aeronaves deben cumplir los requisitos establecidos en el anexo IV del Reglamento (CE) n° 216/2008, es decir someterse periódicamente a una revisión a fin de determinar su aptitud psicofísica para desempeñar con seguridad las tareas de seguridad que tengan asignadas.

Los Estados miembros deben poder aceptar licencias expedidas por terceros países cuando pueda garantizarse un nivel de seguridad equivalente al que se especifica en el Reglamento (CE) n° 216/2008; deben establecerse las condiciones para la aceptación de las licencias expedidas por terceros países.

En Estados Unidos, para ser copiloto en compañías de pasajeros se requieren 1.500 horas de vuelo como mínimo. En Europa eso es lo que se pide para ser comandante. Lubitz era copiloto y contaba sólo con 630 horas de vuelo.

En Argentina el examen psicofísico de los pilotos lo hace cada seis meses la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) con los estándares de la JAA europea, conforme las RAAC<sup>26</sup> 65/67.

Existen dos tipos de evaluación médica para pilotos según la aeronave a dirigir; Clase I para licencia TLA (transporte de línea aérea) y aeroaplicador; Clase II para piloto comercial, piloto privado, de planeador, y de ultraliviano. La Clase I tiene validez de 6 meses y la Clase II de 1 año.

La Autoridad de Aplicación es la ANAC y los controles lo efectúan prestadores médicos entre los cuales hoy se encuentra el INMAE.

Para la Certificación Clase I, que es la habilitación TLA que interesa a este trabajo, “se exigirá que el solicitante se encuentre exento de toda incapacidad física, activa o latente, aguda o crónica, capaz de causar cualquier inaptitud funcional que pueda afectar el ejercicio de las atribuciones correspondientes a la licencia o certificado de competencia que solicita o ya posea comprometiéndolo la seguridad de la actividad aeronáutica”<sup>27</sup>.

25 Simulador de vuelo (FFS)» significa una réplica a escala completa del puesto de pilotaje de un tipo o marca, modelo y serie de aeronave, incluido el ensamblaje de todos los equipos y programas informáticos necesarios para representar la aeronave en operaciones en tierra y en vuelo, un sistema visual que proporcione una vista exterior al propio puesto de pilotaje y un sistema de movimiento que reproduzca las fuerzas.

26 RAAC: Regulaciones Argentinas de Aviación Civil.

27 RAAC 67.101-

Los controles abarcan: aparato ocular y anexos, aparato rinofaringolaríngeo y otovestibular, cardiovascular, examen médico general, sistema nervioso y estudio síquico.

En cuanto a este último, *“el solicitante debe encontrarse libre de afecciones mentales. Se exigirá capacidad intelectual y emotividad acorde a la actividad que se pretenda desempeñar. Deberá haber ausencia de vicios inveterados, de uso de sustancias psicoactivas, de uso problemático de ciertas sustancias y de toda alteración capaz de afectar su equilibrio síquico y comprometer la seguridad del vuelo. El examen deberá estar basado en el cuestionario siquiátrico que consta de antecedentes relacionados con la especialidad, y en base al cual deberá confeccionarse una prolija anamnesis”*<sup>28</sup>.

En Argentina en las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil (RAAC) en su Parte 67, y subparte A 1.13 prescriben el tiempo de vigencia de las mismas, siendo para los pilotos TLA mayores de 40 años de 6 meses de validez y para los menores de esa edad el de 1 año. En caso de que el piloto tuviera más de 60 años estará obligado además de contar con el CMA<sup>29</sup> presentar todos los estudios complementarios que considere necesario el AME o la Autoridad de Aplicación.

Los controles previstos por la norma argentina están a cargo de la ANAC<sup>30</sup> por su Departamento de Evaluación Médica, DEM, quien utilizaba solo como efectores a los CMAE<sup>31</sup> y los AME<sup>32</sup>, estos últimos sólo cuando no hubiere disponible un CMAE en el radio de 200 km<sup>33</sup>.

La norma argentina cambia coincidentemente post-accidente de Germanwings -24-3-2015- con la Resolución ANAC 168/2015 del 30-3-2015, en tanto la responsabilidad de habilitación pasan a tenerla los hasta ahora efectores, CMAE y AME, y la función de la ANAC sólo por registrar administrativamente las otorgadas por los médicos.

Diferente es el caso de ser denegada una habilitación por razones médicas, caso en el cual el DEM intervendrá en el pedido de reconsideración que resolverá. Si continuara siendo la calificación negativa se puede apelar al Comité del DEM y si este Comité mantuviera la denegatoria el piloto podrá interponer como última instancia un pedido de resolución del Presidente de la Junta Médica<sup>34</sup>.

Entonces, actualmente tanto un CMAE o un AME pueden otorgar la habilitación, pero tienen diferencias la actuación de uno u otro: 1- en cuanto a su complejidad médica, el primero es un centro integral, 2- los AME derivan estudios, no tienen capacidad para realizarlos en propio, 3- tienen diferentes tipos de atribuciones en tanto el AME sólo habilitará a pilotos de rango menor a TLA, 4-. En cuanto a la competencia territorial, la tiene el CMAE con la sola excepción ya explicada de una distancia mayor a 200 km.

En los estudios del estado sicofísico de los pilotos -clase I – se los evalúa con un gran nivel

---

28 RAAC 67.107-

29 CMA: Calificación Médica Aeronáutica.

30 ANAC: Administración Nacional de Aviación Civil de la R.A.

31 CMAE: Centro médico aeronáutico examinador. RAAC Parte 67.1 b)

32 AME: Médico examinador aeronáutico. Op.cit 67.1b )

33 RAAC 67.43 c).

34 RAAC 67 Subparte A Generalidades- Calificación del examen.

de exigencia pues el solicitante debe estar exento de toda incapacidad activa o latente, aguda o crónica, capaz de causar cualquier ineptitud funcional...que comprometa la seguridad en la actividad aeronáutica<sup>35</sup>.

Desde el punto de vista del siquismo, tan relevante luego del suceso del piloto suicida Andrea Lubic de Germanwings, el aspirante o quien revalida su licencia TLA, debe encontrarse libre de afecciones mentales. Se exige capacidad intelectual y emotiva acorde a la actividad. Deberá haber ausencias de vicios inveterados de uso de sustancias psicoactivas de uso problemático y de toda otra alteración capaz de afectar el equilibrio síquico comprometiendo la seguridad del vuelo.<sup>36</sup> Serán considerados causas para el "no apto" entre otras: la toxicomanía, excepto tabaco y cafeínas, y los trastornos de personalidad.

El piloto activo que es "observado" en cuanto a su aptitud psicofísica, debe entregar su CMA, que será retenida por el DEM hasta su Alta médica.

Ya habilitado y en operaciones, otro aspecto a señalar en este trabajo será la aptitud del piloto para resolver un problema inesperado médico-sanitario a bordo.

En cuanto a este aspecto los pilotos TLA tienen entrenamiento para tomar la decisión de desvío de la ruta del plan de vuelo realizando un procedimiento de aterrizaje de emergencia por cuestiones médicas a bordo, -QRF- Los Comandantes se encuentran autorizados para tomar tales decisiones y asumir en representación de su explotador los mayores gastos que ello implique.

### **III. LA HABILITACIÓN DE LOS TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS. CONTROLES Y ACTIVIDAD DEL EXPLOTADOR.**

El tripulante de cabina de pasajeros es el miembro de la tripulación que, en interés de la seguridad de los pasajeros, cumple con las funciones que le asigne el explotador o el piloto al mando de la aeronave, pero que no actuará como miembro de la tripulación de vuelo<sup>37</sup>. El término auxiliar de a bordo en la industria es tomado como un sinónimo.

Los TCP deben obtener un "certificado de competencia de tripulante de cabina" del tipo de avión a operar, y un certificado de habilitación psicofisiológica emitido a su nombre y en vigencia. Los TCP pueden estar habilitados para volar hasta en 3 tipos de avión y bajo ciertas condiciones incorporar una cuarta habilitación.

Dentro de las funciones y responsabilidades que le serán establecidas por el operador aerocomercial se encuentra la de uso del equipo de salvamento y de "primeros auxilios" y uso de equipos de oxígeno para operaciones a más de 10.000 pies, para la cual lo entrenará el explotador del cual dependerá y para el cual prestará servicios a bordo. La Autoridad Aeronáutica hará un último control para la habilitación.

Desde el punto de vista médico, el otorgamiento de la competencia está supeditado a certificar la aptitud Clase II regulado en la Parte 67 Subparte C RAAC y *"se exigirá que el solicitante se encuentre exento de toda incapacidad física, activa o latente, aguda o crónica, capaz de causar cualquier ineptitud funcional que pueda afectar el ejercicio de*

---

35 RAAC 67.101 Clase I.

36 RAAC 67.107. Siquismo.

37 RAAC 64.1-

*las atribuciones correspondientes a la licencia o certificado de competencia que solicita o ya posea comprometiendo la seguridad de la actividad aeronáutica*<sup>38</sup>.

Este examen médico con ciertos matices de exigencia, es similar en su estructura al Clase I, y abarca: aparato ocular y anexos, aparato rinofaringolaríngeo y otovestibular, cardiovascular, examen médico general, sistema nervioso y estudio síquico.

Su período de validez conforme tabla es de 1 año, y le es requerida una aptitud sicofísica exigente que no sea causa de compromiso de la seguridad del vuelo.

Desde el punto de vista de sus funciones a bordo, los TCP están entrenados para evaluar médicamente la situación del pasajero en “estado crítico”, y en su caso, si presenta signos vitales o no.

En cuanto al pedido de médico a bordo entre los pasajeros, tienen un briefing que indica la forma de llamada.

Manejan equipos de emergencia tal como el RCP, resucitador cardiopulmonar, botiquines de primeros auxilios, personas con discapacidad, y los temas vinculados con uso de oxígeno a bordo, todo para lo cual están entrenados y certificados una vez al año. Desde 2008 son obligatorios en normas argentinas contar a bordo con desfibriladores de uso médico, por su inclusión en MEL<sup>39</sup>.

Todos los eventos médicos que constituyan una emergencia, serán registrados en el libro de a bordo conforme disposición RAAC 121.715-

Tema de relevancia es la provisión de oxígeno suplementario tanto para primeros auxilios, 121.333, como oxígeno medicinal 121.574-

Los pasajeros que necesiten ventilación suplementaria, deberán hacerlo saber a la Cía. Aérea al momento de la reserva, completando por su médico tratante el formulario INCAD-MEDIF indicando en caso de llevar su propio concentrador de oxígeno tipo CPAP<sup>40</sup> o BiPAP<sup>41</sup> – muchos de ellos utilizados para insuficiencia en amneas de sueño- a fin de que se controle si es un equipo con homologación aeronáutica que permita autorizar o rechazar la reserva condicional de estos pasajeros.

Estos equipos toman aire del medio ambiente y liberan oxígeno en una concentración del 95%. Reemplazan a los tubos de oxígeno suplementarios. Deben ser autónomos con baterías con duración entre el 30 y el 50% más de la duración prevista del vuelo. Se deben usar en las Cías. americanas pues éstas no brindan el servicio.

#### **IV. SERVICIO MÉDICO DEL EXPLOTADOR. NECESIDAD DE MÉDICO A BORDO.**

Las Cías. aéreas generalmente cuentan con un Servicio Médico propio<sup>42</sup>, que interviene en cuanto a los pilotos, en oportunidad de su alta laboral, y ya en operación, en los

38 RAAC 67.201 Evaluación médica clase II.

39 MEL: minimum equipment list.

40 Presión positiva continua en la vía aérea (CPAP) en el que se proporciona un flujo constante de aire a través de una máscara facial.

41 La BiPAP es una abreviatura de marca registrada por el fabricante Respironics para la presión positiva de dos niveles de las vías respiratorias

42 RAAC 67.1 Médico Asesor de Empresa: debe contar con el título de Médico Examinador del personal aeronavegante. Función: asesorar al servicio médico de la empresa en cuestiones de la especialidad, hacer un seguimiento al personal con funciones aeronáuticas referido a la aptitud sicofísica.

casos de fatiga de vuelo<sup>43</sup> tanto agudo, acumulativo o crónico. También en afecciones menores como un resfrío, otitis etc. que le impedirán volar. Los médicos del explotador solo deben denunciar al DEM enfermedades que causen una disminución sicofísica vg. operado quirúrgico, internado por más de 24 hs, tratamientos de mediana duración o permanentes. Ello es causa de retención del CMA por el DEM.

El servicio médico del explotador también realiza exámenes preocupacionales y post-accidente e implementa capacitaciones preventivas concientizando al personal técnico de vuelo en ingesta de alcohol, fatiga y drogas, este último a través de la implementación del " Programa de Prevención por uso de sustancias psicoactivas en la aviación"<sup>44</sup>.

Otra función relacionada contra la seguridad operativa a cargo del Servicio Médico del Explotador es el control de la existencia y evaluación del Sistema Sanitario y de Riesgos Médicos en los aeropuertos y puntos de Destino, tal el caso de abrirse una nueva escala o de evaluar mantenerla. Este último caso es el que están relevando las Cías Aéreas que tiene escala en Caracas (CCS) ante la pública escases y faltantes de medicamentos. Se evalúa la situación de riesgo epidemiológico, el sistema asistencial desde el punto de vista de la complejidad disponible para poder atender cualquier evento que pudiese ocurrir en la escala, desde quemaduras, traumatismos hasta requerimientos mayores en urgencias etc.

### **Necesidad de médico a bordo**

El común de los pasajeros se pregunta ¿por qué las Cías. o los Estados no imponen la obligatoriedad de llevar un médico a bordo por vuelo?

Este tipo de evaluación se hace tomando en cuenta la proporción costo-siniestralidad, y posibilidad fáctica de hacerlo.

Para la primera parte de la pregunta la respuesta será un tema de frecuencia de casos médicos a bordo. Es así que para Cías. que transportan diez millones de pasajeros año sólo se registra un promedio de cinco muertes a bordo<sup>45</sup> y todas ellas provocadas por enfermedades preexistentes o agudas imprevisibles.

Los motivos habituales son cardiológicos o neurológicos, de casi imposible auxilio con éxito fuera de un centro médico especializado.

En cuanto a la posibilidad fáctica debemos partir de un primer cuestionamiento. ¿Qué especialidad de médico debería ir a bordo? La respuesta adecuada es un "emergentólogo".

Ahora bien, en el mundo se registran cien mil vuelos diarios. ¿Cuánta cantidad de médicos deberían estar afectados a tal tarea, teniendo en cuenta también para ellos un régimen de postas y descansos? Alrededor de quinientos mil.

La conclusión es que dadas estas premisas, nunca se consideró seriamente evaluar a nivel IATA tal posibilidad.

---

43 RAAC 67.108 k) Fatiga de vuelo: es un estado que consiste en un agotamiento físico y mental, falta de entusiasmo, imprecisión, laxitud, desinterés y bajo rendimiento que puede significar un riesgo para la actividad aeronáutica.

44 Proyecto RAAC 120 a LAR 120. Grupo PEL B.O. 29 de mayo de 2015. Resolución ANAC 331/2015

45 Estadística Aerolíneas Argentinas SA 2015.

No obstante, se está estudiando por las Cías., un servicio de “telemedicina” que brindaría conectividad online aire-tierra con un centro médico para atención a bordo mediante instrucciones a un médico o a un tripulante.

Este servicio se debería contratar con un proveedor internacional que garantizara la conectividad satelital y que cuente con médicos de todas las especialidades las 24 horas.

## **V. RITMO CIRCADIANO. REGÍMENES DE DESCANSOS Y POSTAS.**

El fenómeno denominado “jet lag” también conocido como descompensación horaria, disritmia circadiana o síndrome de los husos horarios, afecta a pasajeros y tripulaciones, y de allí la necesidad de cumplir el descanso estrictamente reglamentado por las Autoridades Aeronáuticas que habilitaron al piloto y que cumplan con los requerimientos mínimos de las normas de los Estados en donde vuelen en base a razones de seguridad.

El sueño es un estado que obedece a un ritmo biológico, llamado circadiano, relacionado con el ritmo día-noche, y que depende de la interacción de los estímulos externos, siendo el más importante la luz solar. Durante el sueño el nivel de vigilancia está disminuido y el individuo reposa o descansa. Es una necesidad absoluta y tiene una función restauradora para el organismo.

Pero aun cuando el hombre tenga sueño, puede voluntariamente no dormir, por ejemplo, por razones laborales, y allí aparecerá como factor de riesgo en la conducta profesional y que no se puede permitir en las tripulaciones técnicas de vuelo. Un mal descanso puede tolerarse mucho tiempo, pero a costa de fatiga crónica.

El estudio y conocimiento del comportamiento de los ritmos circadianos tienen una gran importancia adaptativa puesto que hacen que el organismo pueda prepararse para los cambios predecibles en el ambiente externo, tal el cumplimiento de descansos previos al vuelo.

Estos descansos estarán en relación a las horas de vuelo continuas y a la cantidad de ciclos que en el período anterior realicen. No es igual el stress de un piloto que volando en cabotaje haciendo varios vuelos cortos en un día y por ende sometido a varios decolajes y aterrizajes, que la misma cantidad de tiempo de operación de otro piloto en un vuelo largo intercontinental, con tripulación reglamentariamente reforzada con posibilidades de descanso a bordo<sup>46</sup>. Se ha determinado por la Comisión Europea que la “fase del ritmo circadiano” de mínimo rendimiento es el período comprendido entre las 2.00 y las 5.59 horas de la zona horaria en la que está aclimatado el miembro de la tripulación.

La Unión Europea ha puesto en vigencia a partir del 18 de febrero de 2016 el REGLAMENTO (UE) No 83/2014 DE LA COMISIÓN del 29 de enero de 2014.<sup>47</sup> No obstante, como es común en las normas aeronáuticas diferir su puesta en vigencia por temas de implementación, los Estados Parte podrán seguir aplicando las disposiciones nacionales existentes relativas al descanso en vuelo pero con fecha límite del 17 de febrero de 2017.

Esta norma tan reciente, aplica a alrededor del 35% de la aviación comercial mundial, y por ello es importante referirla. Es de compleja aplicación, tan es así que el piloto

46 VASSALLO Carlos María: El Jet Lag en los pasajeros y los descansos obligatorios de las tripulaciones. <https://cedaeonline.com.ar/2015/01/27/2987/>

47 <https://www.boe.es/doue/2014/028/L00017-00029.pdf>

européo tiene una aplicación en sus smart phones en donde cargan sus vuelos y les indica los tiempos de descanso que deben observar.

A efectos de las limitaciones del tiempo de vuelo, define el concepto de horario irregular, como el que perturba la posibilidad de dormir durante el período de sueño ideal por una actividad de vuelo.

Un miembro de la tripulación se considera “aclimatado” cuando el estado de su ritmo circadiano está sincronizado con la zona horaria en la que se encuentra, y sólo con una tolerancia de diferencia de hasta dos horas en relación con la hora local de su punto de partida. Contrariamente, cuando la hora local del lugar donde comienza la actividad difiere en más de dos horas de la del lugar donde empieza la siguiente actividad, se considera que el miembro de la tripulación está aclimatado, sólo si observa los valores predeterminados para el cálculo del período máximo diario de actividad de vuelo.

El horario definido como irregular podrá ser del “tipo temprano” – en tanto la actividad comience entre las 5.00 y las 5.59 de la zona horaria en la que el miembro de la tripulación está aclimatado- y del “tipo tardío” – en tanto la actividad termina entre las 0.00 y la 1.59 de la zona horaria en la que el miembro de la tripulación está aclimatado-. Estos conceptos fundamentales a la hora de la implementación de los horarios de vuelo del personal técnico serán aplicables a todos los operadores de transporte aéreo comercial bajo la supervisión de la Autoridad Europea. (EASA)

Para poder comprender la norma se deberá tener en cuenta el concepto que la misma da al “período de actividad”, en tanto prescribe que dará comienzo en el momento en el que un operador solicita a un miembro de la tripulación que se presente al servicio o a iniciar una actividad y termina cuando esa persona está libre de cualquier actividad, incluyendo la de post-vuelo.

Importante será distinguir el “período de actividad”, ya referido, con el “período de actividad de vuelo” que comienza cuando un miembro de la tripulación es requerido para presentarse al servicio, que incluye un sector o una serie de sectores, y termina cuando el avión se detiene completamente y se apagan los motores, al final del último sector en el que la persona actúa como miembro de la tripulación operativa.

Para mantener ininterrumpida la operación programada, los operadores aéreos tienen tripulaciones de reserva a las cuales también les afecta su período de descanso el hecho de estar disponibles, aunque pasivamente. Se entiende por “reserva” el período de tiempo durante el cual el tripulante debe estar a disposición del operador para que le asigne un período de actividad de vuelo, posicionamiento u otra actividad, previo aviso con al menos 10 horas de antelación. La reserva difiere de la llamada “imaginaria” que es el período de tiempo definido y notificado previamente durante el cual el miembro de la tripulación debe estar a disposición del operador para que le asigne un vuelo, posicionamiento u otra actividad, sin que medie un período de descanso.

Ese “período de descanso” debe ser ininterrumpido y es definido como: el tiempo durante el cual el miembro de la tripulación queda relevado de todo servicio, de la prestación de imaginaria en el aeropuerto.

Es cuestión de responsabilidad de los miembros de la tripulación el aprovechar al máximo las oportunidades e instalaciones que se les brindan para su descanso, y programar y utilizar sus períodos de descanso adecuadamente, evitando caer en “fatiga” que por reiterada puede convertirse en crónica y suspender la licencia del piloto.

Como en todas las cuestiones atinentes a seguridad operacional, aparecen los planes de gestión, en este caso riesgo de fatiga (FRM). La FRMS<sup>48</sup> deberá corresponder al esquema de especificación del tiempo de vuelo, a las dimensiones del operador y a la naturaleza y complejidad de sus actividades, teniendo en cuenta los peligros y riesgos asociados a esas actividades y el esquema de especificación del tiempo de vuelo aplicable.

Los operadores europeos implementarán y mantendrán, conforme a este nuevo Reglamento en vigencia los esquemas de tiempo de vuelo adecuados para los tipos de operaciones a realizarse, determinando los límites para las extensiones del período máximo diario de actividad de vuelo básico de acuerdo con las especificaciones de certificación aplicables para el tipo de operación, teniendo en cuenta el número de sectores volados, y la coincidencia con la fase de ritmo circadiano de rendimiento mínimo.

Al solo efecto de informar al lector, y que éste pueda analizar parámetros comparativos de la Reglamentación Europea con los vigentes en la República Argentina resumimos los tiempos de vuelo y períodos de actividad totales que pueden ser asignados a un miembro de la tripulación. Estos no podrán exceder de:

- 1) 60 horas de actividad en siete días consecutivos;
- 2) 110 horas de actividad en 14 días consecutivos, y
- 3) 190 horas de actividad en 28 días consecutivos, repartidas tan uniformemente como sea posible a lo largo de ese período.

El tiempo de vuelo total de los sectores asignados a un miembro de la tripulación operativa, no podrá exceder de:

- 1) 100 horas de tiempo de vuelo en 28 días consecutivos;
- 2) 900 horas de tiempo de vuelo en un año natural, y
- 3) 1 000 horas de vuelo en cualquier período de 12 meses consecutivos. c) La actividad post-vuelo se considerará actividad. El operador especificará en el manual de operaciones el período de tiempo mínimo para actividades post-vuelo.

La fatiga que experimentan las tripulaciones con motivo o en ocasión del vuelo, constituye un factor de fundamental ponderación respecto a la seguridad del mismo, a cuyo fin la norma reglamentaria argentina tal como lo vimos en la europea, debe necesariamente determinar los períodos de actividad del personal, en lo que atañe a los tiempos máximos de vuelo<sup>49</sup>, y de servicio de vuelo<sup>50</sup> y lapso máximo que dicho personal permanecerá fuera del lugar habitual de residencia.

Nace entonces como necesidad operativa el dictado de regulaciones referidas al descanso mínimo compatible con cada una de las situaciones contempladas, con el

48 FMRS: Fatigue Risk Management Systems

49 Tiempo de vuelo: Lapso total transcurrido desde el momento en que la aeronave comienza a moverse por su propia fuerza con el objeto de despegar y hasta el momento en que se detiene al finalizar el vuelo. (Este tiempo es sinónimo de “calza a calza”).

50 Tiempo de servicio de vuelo: Lapso necesario para preparar, ejecutar y finalizar administrativamente un vuelo. Se calculará, según el horario establecido o previsto, desde UNA (1) hora antes de la iniciación del vuelo o serie de vuelos, hasta media hora después de finalizado el o los mismos. En el período de VEINTICUATRO (24) horas la cantidad máxima será de SEIS (6) aterrizajes para la tripulación de vuelo.



objeto de asegurar que los efectos que la fatiga produce en el organismo de las personas integrantes de las tripulaciones, se reduzcan a límites aceptables desde el punto de vista médico-aeronáutico, acorde con lo que aconseja la experiencia adquirida hasta el presente.

En Argentina los tiempos máximos de servicio, de vuelo y mínimo de descanso de las tripulaciones fue establecido por el Decreto PEN 671/94 actualizado en febrero del 2000 por la Disposición 26/2000 del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Arg. en relación con la problemática de la fatiga y el cansancio de las tripulaciones desde el punto de vista médico aeronáutico prescindiéndose del tratamiento de la cuestión laboral, normas a la cual envía el art. 87 del mismo ordenamiento en su Título 5º “Personal Aeronáutico”.

La norma decretal fija los períodos de actividad máxima para el transporte regular y no regular, y para el trabajo aéreo e instrucción. El citado decreto prevé en su art. 49 la actualización de las normas en períodos no superiores a 4 años teniendo en cuenta los cambios constantes que se producen en la tecnología de los medios aéreos y el avance en materia de investigación médico-aeronáutico.

Se distingue, como en normas comparadas similares el tiempo de servicio, el tiempo de servicio de vuelo y el tiempo de vuelo, siendo la cantidad máxima en un periodo de 24 hs la de 6 aterrizajes para la tripulación de vuelo, y un régimen especial para vuelos transmeridianos según la cantidad de husos horarios que se atraviesan según la base al oeste y este, por las cuestiones ya tratadas del ritmo circadiano.

Para esta norma, el “tiempo de servicio” será el período durante el cual un miembro de la tripulación está a disposición del explotador en actividades relacionadas con su empleo. En el tiempo de servicio quedan incluidos, a título enunciativo, el tiempo de servicio de vuelo, el tiempo de instrucción en tierra, el tiempo de entrenador o de estudios realizados por encargo del explotador, el tiempo de traslado, el tiempo de guardia y el tiempo en funciones administrativas dentro de la empresa.

En las distintas formas de trabajo agro-aéreo establecidas en el Decreto 2836/72 inc. 1, los explotadores y tripulantes se ajustarán a los tiempos máximos, en los períodos de veinticuatro (24) y cuarenta y ocho (48) horas consecutivas y de siete (7) días consecutivos, mensual calendario, trimestral y anual calendario.

Concluye la ANAC actualmente en que “debe asegurarse que el FRMS de un explotador proporcione un nivel de seguridad operacional equivalente o mejor que el nivel que se alcanza con los requisitos prescriptivos de gestión de fatiga”.

El buen estado de descanso y de salud del tripulante tiene un impacto directo en la seguridad de vuelo, y es por eso que los “Manuales de Operaciones” de los explotadores requieren a los tripulantes que tengan sueño suficiente y regular, evitando todas las actividades que ocasionen un efecto opuesto, para encontrarse suficientemente descansados previo al inicio de la actividad de vuelo.

### **Alimentación.**

Es interesante destacar brevemente las precauciones que debe tomar la tripulación

técnica respecto de la alimentación previa y en vuelo<sup>51</sup>.

- *Antes del vuelo.* Se recomienda a los tripulantes de vuelo, no ingerir alimentos idénticos preparados por el mismo proveedor, restaurante o persona, desde 3 horas antes de comenzar la actividad de vuelo.

- *En vuelo:*

\* En los vuelos con sólo dos pilotos, deben servirse comidas diferentes para cada uno y no deben servirse simultáneamente.

\* Las tripulaciones reforzadas no deben servirse las comidas al mismo tiempo a los pilotos que están ocupando los asientos de pilotaje.

\* Para todos los vuelos, por lo menos un piloto deberá servirse una comida diferente al resto de los pilotos.

Con ello evitaremos las consecuencias ficticias, pero probables, por todos conocidas en la antigua película "Aeropuerto".

## **VI. EL TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS. MEDIF, ENFERMOS, PERSONAS CON DISCAPACIDAD, EXTRA SEAT Y PMR. NORMATIVAS NACIONALES Y EN DERECHO COMPARADO. EUA, UE, BRASIL. EMBARAZADAS. - EL CASO DE LA TROMBOSIS VENOSA PROFUNDA.**

El interés por el tema de este capítulo se origina en el hecho de que el transporte aéreo de esta tipología de pasajeros con discapacidad (AIRIMP) o movilidad reducida (PMR) es un área de vacancia legal y reglamentaria dentro del Derecho Aeronáutico Argentino. Esta laguna del derecho es cubierta con prácticas usuales reflejadas en las disímiles normas internas de cada transportador, no consuetudinarias, y que en ciertos casos su aplicación conlleva conductas discriminatorias hacia estos pasajeros.

Se advierten con periodicidad semanal restricciones impuestas por criterios del personal tanto de tierra como de vuelo que suponen prácticas discriminatorias en el uso del transporte de pasajeros por vía aérea y que se evidencia y origina fundamentalmente por la falta de normativa reglamentaria de aplicación general y obligatoria.

Sólo una Resolución Ministerial<sup>52</sup>, no específica para pasajeros con discapacidad, al tratar en general sobre las "Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo", enuncia en forma amplia el derecho del transportador a negar el embarque de cualquier pasajero que por su conducta, edad o estado mental o físico requiera asistencia especial u origine peligro o riesgo para sí mismo o para otras personas o no cumpla con las instrucciones del transportador, y agrega: *"la aceptación de personas discapacitadas puede estar sujeta a arreglos previos con el transportador y de acuerdo con sus regulaciones"*.

En cuanto al Código Aeronáutico Argentino todas las facultades y responsabilidades se encuentran en la persona del Comandante de la aeronave<sup>53</sup> quien en definitiva aplicará un criterio subjetivo de seguridad para permitir o no el transporte.

<sup>51</sup> Manual de Operaciones AR 7.1.7

<sup>52</sup> Resolución 1532/98 M.E. y O.S.P., arts. 8 II y IV b) I, (B.O. 10/12/98).

<sup>53</sup> Código Aeronáutico Argentino, art. 84: "El comandante tiene la obligación de asegurarse antes de la partida, de la eficiencia de la aeronave y de las condiciones de seguridad del vuelo a realizar pudiendo disponer su suspensión bajo su responsabilidad. Durante el vuelo y en caso de necesidad el comandante podrá adoptar toda medida tendiente a dar mayor seguridad al mismo".

Ha quedado entonces librado a las denominadas “regulaciones del transportador”<sup>54</sup>, fuente válida en derecho aeronáutico, la propia exigencia de los recaudos a cumplir para que un pasajero con discapacidad o con movilidad reducida pueda acceder a una aeronave con intención de realizar un viaje.

Esta problemática ha trascendido escasamente en unos pocos dictámenes del INADI<sup>55</sup>, algunos artículos especializados, revistas de la actividad y de la discapacidad, que se quedan en el planteamiento teórico evidenciado en el crecimiento exponencial de la cantidad de personas que viajan por el medio aéreo, y proporcionalmente las que presentan distintos grados de discapacidad o movilidad reducida.

Se plantean muy variadas situaciones de hecho ante el ligero análisis que en el momento del embarque pueda realizarse por el personal de la aerolínea, muy estricto en aviación comercial, que generan dudas y cantidades de casos de denegación de embarque<sup>56</sup> sin causas justificadas, provocando habitual incertidumbre a las personas con discapacidad respecto a si serán o no aceptadas.

Discernir qué prácticas empresariales están reñidas con los derechos humanos y cuáles son indispensables para asegurar la seguridad del vuelo es la tarea pendiente de la Autoridad Aeronáutica Argentina.

Personas con discapacidad y personas con movilidad reducida son dos conceptos íntimamente relacionados, pero no necesariamente equivalentes. La indeterminación que trae consigo estos conceptos tan abiertos supone un problema para proyectar una norma y su efectividad. En ellos pueden encuadrarse desde personas con sobrepeso, movilidad reducida por la edad, discapacidad física o mental, ciegas o con escasa visión, sordas o de escaso oído, con minusvalías de comunicación, problemas de orientación o autonomía reducida originados en un sinnúmero de causas médicas que los provocan. Un caso particular lo constituyen las mujeres embarazadas que sin estar en ninguno de los dos tipos son de un especial cuidado para el transporte, sobre todo superadas las 32 semanas de gestación.

Negar el transporte a personas con discapacidad o movilidad reducida es una clara violación al “principio de no discriminación” en el transporte, el cual se debe facilitar, según sus limitaciones, respetando el “principio de accesibilidad” física al medio de transporte aéreo.

Un nuevo tema se está gestando en nuestro país, sin antecedentes a nivel global, tal el “principio de la gratuidad” del transporte para el discapacitado y su acompañante hábil ya plasmado en un proyecto de reforma<sup>57</sup>, que consideramos con graves falencias de estructuración, precisión y claridad por lo cual hemos opinado en contra de su sanción

---

54 Regulaciones del Transportador: son las normas publicadas por la aerolínea vigentes a la fecha de emisión del billete, que rigen el transporte de pasajeros y equipajes en ciertas cuestiones, aplicables por reenvío expreso o por silencio de las normas contenidas en este Reglamento y la legislación aeronáutica. Las regulaciones del transportador complementan las disposiciones contenidas en el presente, y deben garantizar un mínimo de orden público.

55 Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y el Racismo (INADI)

56 Denegación de embarque por culpa de la aerolínea: es el rechazo en la aceptación de un pasajero para un vuelo pese a tener billete de pasaje emitido, reserva confirmada y su documentación en regla para ingresar en el aeropuerto de destino.

57 Proyecto de reforma de la ley 24.431, presentado por la Senadora Daniela Jiménez sustituye el art. 22 Inc. a) en cuanto dice: “deberán disponer de dos espacios por servicio para transportar gratuitamente a personas con discapacidad y un acompañante, cuando fuere necesario,...a cualquier destino...por razones de de cualquier índole... y exclusivamente para tratamiento médico en el exterior...”

en la forma propuesta. La gratuidad tiene su precedente en la aerolínea de bandera, ARSA, que libera de pago al pasajero obeso de un segundo asiento en vuelos de cabotaje y a países limítrofes<sup>58</sup>.

El criterio más relevante para no confirmar una reserva de una persona con discapacidad estará dado por el análisis de su discapacidad para poder entender y cumplir las instrucciones de seguridad de la tripulación en circunstancias que pudieren presentarse en vuelo, tales como una repentina descompresión, turbulencias severas por razones meteorológicas, maniobra repentina o accidentes en donde el discapacitado no tenga posibilidad de evacuación sin asistencia especial o individual.

La aerolínea evaluará ante la “reserva condicional” que se tome a una persona discapacitada extremos tales como: no poder usar el cinturón de seguridad, máscara de oxígeno, chaleco salvavidas, o carecer de la mínima autonomía para la evacuación rápida del avión por las vías indicadas por la tripulación. Puede que ello sea solucionado por la tripulación o bien en casos más complejos, para aprobar su reserva, la aerolínea deberá exigirle viajar con un acompañante hábil<sup>59</sup>.

El servicio médico de la aerolínea nunca revisará al eventual pasajero, sino que evaluará sus aptitudes a partir de los formularios IATA INCAD-MEDIF, medical information, en donde el médico tratante del pasajero llenará un cuestionario sobre las habilidades de su paciente.

En EUA y en la UE, se han restringido las causas para negar una reserva a un discapacitado sólo a razones de seguridad establecidas expresamente en la legislación internacional, comunitaria o nacional con el fin de cumplir con los requisitos de seguridad establecidos por la Autoridad que emitió el Certificado de Operador Aéreo de la Cia Aérea.

La ANAC deberá entender que el tema de reglamentación no pasará por la problemática del ciego, el sordo, el parapléjico, el obeso, entre otros, ni por ende será necesario tener que estudiar cada enfermedad y su sintomatología, sino sólo su capacidad para recibir instrucciones de la tripulación en cuestiones comunes tales como autovalerse para comer, para estar en el baño, y las de mayor complejidad como las de evacuación ante situaciones de emergencia, que afecten a la seguridad propia y de terceros.

Enunciamos algunas preguntas de investigación a las cuales deberá darse respuesta para resolver la problemática en una norma específica:

1- *¿Cuáles son los principios y las normas de seguridad que se deben considerar como impedimento para que el viaje en avión de una persona discapacitada o con movilidad reducida, no se convierta en una “amenaza directa a la seguridad operacional?”*

2- *¿Cuándo es necesario un acompañante hábil y cuando su exigencia importa violar el principio de no discriminación?*

58 Extra-Seat: Resolución IATA 720\*. Es el otorgamiento de una butaca extra con o sin cargo adicional. En caso de existir según las regulaciones de cada transportador, se incluirá en el boleto del pasajero, y su reserva será identificada con el código EXST. Vigente y sin cargo en vuelos de cabotaje y regionales de Aerolíneas Argentinas y Austral.

59 Acompañante hábil: Es una persona adulta responsable legalmente, autoválida, que el transportador puede exigir para acompañar a un pasajero que presente problemas de salud o capacidades diferentes, con el objeto de poder asistir adecuadamente a su acompañado durante toda la ejecución del contrato de transporte aéreo.

3- *¿Se podrá liberar o limitar la responsabilidad penal del Comandante de aeronave que permitió abordar a una persona con discapacidad, ya autorizada por el personal especializado de tierra de la aerolínea, y que muere o se lesiona en un accidente por su limitación? ¿Qué valor se le dará al consentimiento informado del pasajero?*

4- *¿Habrá que definir si la norma a proponerse deberá ser una Ley, un Decreto o una Reglamentación de la Autoridad de Aplicación?*

En cuanto a los problemas colaterales a resolver para garantizar la operatividad de la ley y que ésta sea sustentable económicamente, la norma debería contemplar:

1- *¿Qué organización o explotador aéreo o aeroportuario debe prestar la asistencia al discapacitado en cada tramo del viaje, aeropuerto y en vuelo?*

2- *¿Cómo se solventarán económicamente los medios mecánicos extras, necesarios para asistir a discapacitados, y la capacitación del personal que los operará en aeropuertos H24 en sucesivos turnos, que pudiera prever una nueva normativa?*

3- *¿Es necesario determinar si se debe poner un límite a la cantidad de pasajeros discapacitados por vuelo? Si la respuesta fuera afirmativa ¿Cuál será el criterio?*

4- *¿Cómo se tratará la cuestión del transporte de animales de apoyo terapéutico, "perros guías"<sup>60</sup>, y otros pequeños animales de las especies más variadas<sup>61</sup>.*

5- *¿Será legal contar con una base de datos de pasajeros discapacitados para no duplicar el análisis de casos al momento de tener que aprobar, denegar o pedir ciertos recaudos para pasar una reserva de estado "condicional" a "confirmada"?*

6- *En caso de vuelos en conexión y en oportunidad del trasbordo, ¿Dónde empezará y concluirá la responsabilidad de cada aerolínea en vuelos sucesivos?*

7- *Se deberán determinar las formas de comunicarse con los discapacitados auditivos -como ya se previera para los ciegos<sup>62</sup>- y con problemas de comprensión, autismo etc.*

La aviación comercial en EUA tiene el tema regulado en la PARTE 382<sup>63</sup> del DOT, y la Unión Europea en el Reglamento (CE) 1197/2009 que distribuye las obligaciones entre el gestor aeroportuario y la Cia Aérea. Ambos prevén salvaguardas de responsabilidad a los Comandantes, en cuanto a no deber encontrarse involucrado en la decisión de aceptación de esta tipología de pasajeros cuyo caso ya fue analizado por el Servicio Médico de la aerolínea y confirmada su reserva que en principio era condicional.

Entendemos que por intermedio de la Autoridad Argentina ANAC, debe darse a la industria una reglamentación moderna y adecuada que facilite este transporte.

### **La cuestión de la Trombosis Venosa Profunda.**

Las consecuencias físicas que sufre un pasajero por el mal llamado "síndrome de la clase turista" se han reflejado en muchos casos judiciales en donde se intentó relacionar el daño personal con la actividad aérea, con resultado uniformemente negativo.

El Dr. Norberto E Luongo ha dedicado al tema, su libro *"La responsabilidad del transportista aéreo y el síndrome de la clase turista"*<sup>64</sup> y recientemente ha publicado un artículo de

60 Ley 26.858. Personas con discapacidad acompañadas por Perro Guía o de Asistencia.

61 Department Of Transport animales de servicio, Parte 382. EUA.

62 Ley 26.989. Sistema Braille. Instructivo de seguridad. Implementación

63 14 CFR Part 382 - NONDISCRIMINATION ON THE BASIS OF DISABILITY IN AIR

64 LUONGO Norberto, ed. -Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011

actualidad vinculado al tema denominado *"El caso de la pasajera argentina fallecida en Qatar. Análisis médico, jurisprudencial y doctrinario del (mal) llamado "Síndrome de la Clase Turística"*<sup>65</sup>.

Tomaremos entonces algunas partes que consideramos muy didácticas para referir en este apartado de nuestro trabajo, el profundo estudio realizado por nuestro distinguido colega.

Como anticipara, el tema ha tomado nueva actualidad en recientes noticias periodísticas dan cuenta del trágico caso acaecido con una ciudadana argentina en vuelo de larga distancia rumbo a Tailandia quien aparentemente sufrió una embolia pulmonar, lo que obligó a internarla de urgencia apenas se produjo el próximo aterrizaje (en Qatar). Como consecuencia del hecho de que su cerebro quedó privado de oxigenación durante aproximadamente 45 minutos, presentó una situación descrita como de "muerte cerebral" que finalmente derivó en su fallecimiento. El cuadro de embolia pulmonar probablemente haya sido el resultado de la aparición de la condición médica denominada "Trombosis Venosa Profunda", que suele asociarse a los viajes prolongados. La cuestión jurídica acerca de la eventual responsabilidad del transportista aéreo en relación con la ocurrencia de dicha condición cobró inusitado protagonismo en los estrados judiciales en las últimas dos décadas, y parece haberse resuelto en un tiempo igualmente récord.

La Trombosis Venosa Profunda (TVP) es una condición médica por la cual se forma un pequeño coágulo de sangre denominado "trombo", principalmente en las venas profundas de las piernas... la condición en absoluto es privativa de los viajes en avión, y ni siquiera de viajes en otros medios de transporte, sino que puede desencadenarse a raíz de prolongados períodos de inmovilización en cualquier otro ámbito....cuando el trombo se atasca, bloqueando el vaso irrigador...la consecuencia de tal obstrucción se denomina "embolia". Uno de los más graves de estos episodios se produce en los pulmones (la denominada "embolia pulmonar"), ocasionando dolor en el pecho y dificultad para respirar y, en el peor de los casos, la muerte por insuficiencia respiratoria.

La ratio normal de riesgo de afección de Trombosis Venosa Profunda en la población en general es de un (1) caso cada mil sujetos, y las estimaciones actuales de la contribución adicional que un viaje de larga distancia puede tener en una persona común arroja una cifra que oscila entre cero (0) y cuatro decimales de cero (0.4) por cada mil (1.000) casos.

Se ha promovido un gran número de litigios en Cortes de todo el planeta reclamando a los transportistas aéreos compensación por las lesiones o muertes derivadas de estos episodios, pero tal responsabilidad emerge sólo cuando están dadas las condiciones de muerte o lesión corporal del pasajero, ocurridas producto de un "accidente" y acaecido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque, todo ello conforme los arts. 17 del Convenio de Varsovia de 1929 y sus modificaciones y del Convenio de Montreal de 1999, que sustituye al anterior sistema".

Dos sentencias que aportaron mucho a este desarrollo y que precisamente debieron resolver casos de TVP fueron:

**"Povey v. Qantas Airways Ltd."**, fue resuelto por la High Court of Australia el 23 de

65 <https://cedaeonline.com.ar/2016/04/28/el-caso-de-la-pasajera-argentina-fallecida-en-qatar-analisis-medico-jurisprudencial-y-doctrinario-del-mal-llamado-sindrome-de-la-clase-turistica/>

junio de 2005. La sentencia expresa que la inacción (consistente en la supuesta falta de advertencia de la aerolínea sobre el riesgo de ocurrencia de la TVP) es un no-evento que no podría propiamente ser descripto como accidente. El no-aviso acerca del riesgo de padecer DVT o la falta de indicaciones para contrarrestar sus efectos no son “hechos”, y las condiciones en las que un pasajero se ve obligado a volar, por estrechas e incómodas que sean, no alcanzan para conformar un “accidente”. Por dichas razones, la apelación fue desestimada y el reclamo fue rechazado.

Poco después, la sentencia dictada en el caso ***“In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation”***, resuelto por The House of Lords (que actuó como Corte Suprema de Gran Bretaña hasta el 1ro. de Octubre de 2009) el 8 de Diciembre de 2005, arribó a idéntica conclusión. Estos dos casos constituyen la piedra fundamental del edificio jurídico sobre la cuestión y han influido en mayor o menor medida (ya sea a través de las sentencias producidas en sus tribunales inferiores o en la misma alzada) en la elaboración jurisprudencial al respecto.

Las sentencias dictadas en la República Argentina no ha sido una excepción a esta tendencia jurisprudencial universal, y aquí debemos destacar dos auténticos leading cases.

***“Solari, Mario Rodolfo c/Air Plus s/Lesión y/o Muerte de Pasajero Aéreo”***, Expte. Nro. 10543/01, sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 11, Secretaría Nro. 22 (2 de marzo de 2009) La sentencia concluye que estamos ante una “reacción interna del organismo humano... cuando es sometido a determinadas condiciones que no son las habituales de su funcionamiento normal” La Sala Primera de la Cámara del Fuero (15 de octubre de 2009), que confirmó el rechazo de la pretensión con fundamento en no haberse demostrado debidamente la relación de causalidad entre la trombosis del actor y el viaje aéreo.

***“Trussi, Alicia Inés c/Iberia Airlines of Spain s/Daños y Perjuicios”***, Expte Nro. 13.914/03, sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 80, Secretaría Nro. 22 del 9 de Marzo de 2010. Al rechazarse la demanda se explica que si bien resulta factible atribuir un mayor grado de incidencia en la producción de una Trombosis Venosa Profunda a la “parálisis o inmovilización de los miembros inferiores”, es igualmente claro que ese concepto no puede ser asimilado a la “inmovilización” que alega haber experimentado la demandante, y que si un pasajero decide no poner en práctica los movimientos aconsejados para prevenir la ocurrencia del evento dañoso debe asumir las consecuencias derivadas de su propia conducta discrecional.

La apelación deducida fue resuelta por la Sala Segunda del Fuero en fecha 21 de febrero de 2011 expresándose que no puede dejar de distinguirse entre un accidente aéreo que obedece a una circunstancia anormal del viaje y un episodio que ocurre durante un vuelo normal y que obedece a un factor interno del pasajero. En consecuencia, se confirmó el rechazo de la demanda decidido en primera instancia.

Como conclusión: -los casos de lesiones o muerte por TVP eran personas de edad mediana o aún mayor, y/o contaban con concretos problemas de salud, factores disparadores de la afección.

A modo de conclusión y volviendo sobre el episodio relatado al inicio de la pasajera argentina en Qatar, el caso involucró a una persona de 29 años de edad y sin conocidos problemas de salud o factores predisponentes. Debemos señalar que no se trata de un caso sin precedentes ya que otra buena parte de ellos, registrados en vuelos, ha tenido por víctimas, incluso a veces fatales, a personas jóvenes y en aparentes excelentes condiciones de salud.

Por ello, a la hora de volar en avión es conveniente repasar algunas consideraciones que marca la Organización Mundial de la Salud para no correr riesgos innecesarios<sup>66</sup>.

- Antes de volar revise su estado de salud, hable con su médico si toma alguna medicación, padece una enfermedad o estado de debilidad. Hay determinadas limitaciones para viajeros que han sido operados o padecen enfermedades graves.

- Se prohíbe volar si ha sufrido las siguientes enfermedades durante un periodo de:

- \* Infarto de miocardio: 8 a 12 semanas.

- \* Apoplejía: 8 semanas

- \* Neumotórax: 6 a 8 semanas

- \* Fracturas: 24 horas después para vuelos de 2 horas y 48 horas para vuelos con más duración.

- \* Operaciones quirúrgicas: 1) En la zona del pecho o estómago: 6 semanas; 2) Cráneo: 6 a 12 meses; 3) Ojos: 1 a 3 meses.

- Enfermedades infecciosas: No se permite volar hasta la completa curación del enfermo. Ejemplos de enfermedades infecciosas son: varicela, rubéola, sarampión, hepatitis infecciosas, tuberculosis...

- Riesgo de Hipoxia: Puede que algunos pacientes necesiten un aporte extra de oxígeno durante el vuelo. Si usted padece anemia, problemas de corazón o de presión consulte con su médico y su aerolínea.

- DVT- Trombosis del viajero. Para evitar esta enfermedad que puede afectar a cualquier persona que permanezca mucho tiempo sentada recomiendan: Caminar por la cabina siempre que se pueda, estirar brazos y piernas, hacer ejercicios con los pies y los brazos y levantarse del asiento, llevar ropa cómoda y holgada.

- Los medicamentos que deban utilizarse durante las horas de vuelo se han de llevar en el equipaje de mano, el resto en el equipaje facturado. Obligatorio llevar un certificado de su médico o receta.

- Embarazo: Permitido volar hasta las 36 semanas. A partir de las 28 semanas debe llevar un certificado médico de su obstetra con la fecha aproximada del parto y que no existen complicaciones en su embarazo.

- Si usted padece alguna enfermedad de las mencionadas arriba o cree que puede tener algún riesgo consulte con su aerolínea y no olvide comunicar alguna de esta circunstancia con al menos 7 días de antelación antes de volar o bien, antes de comprar su billete de avión. A veces, las aerolíneas requieren de una autorización y valoración del médico de cabecera – Formulario IATA MEDIF-INCAD -para volar.

---

<sup>66</sup> Fuente: OMS, BA y AirBerlin



## **VII. EL TRANSPORTE AÉREO DE CARGA RELACIONADA CON LA MEDICINA. ÓRGANOS PARA TRASPLANTE, SANGRE, MEDICAMENTOS, ALIMENTACIÓN PARENTERAL. CASO DE FILIPPIS C/ ARSA.**

Conforme al decreto 379/89, los servicios públicos de transporte de personas y/o carga estatales quedaron obligados al traslado de órganos y material anatómico, libre de pago de tarifa, correspondiendo a la autoridad nacional sanitaria, INCUCAI, la realización de convenios con las empresas privadas de transporte para el libre traslado de los profesionales responsables de un operativo de trasplante.

En base a esa norma Aerolíneas Argentinas cumplió regularmente su obligación transportando en sus vuelos internos, sin costo alguno, por más de diez años los órganos objeto de ablación y destinados a trasplante. Ellos eran entregados directamente en el aeropuerto de partida con embalaje adecuado para llegar en condiciones médicas a su destino final.

Por entender AR, en forma equivocada, que, porque esa prestación era de tipo humanitario y no contractual, nunca se formalizó el contrato de transporte de carga aérea en una carta de porte, hasta que se registró un hecho de gravedad que hizo cambiar el criterio, que nunca había sido consultado a su Asesoría Legal.

En apretadísima síntesis nos referiremos al caso judicial, que llevó más de diez años de tramitación, y a la solución dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>67</sup>.

El 11 de octubre de 1992, y conforme la operatoria ordinaria, el INCUCAI<sup>68</sup> solicita a AR el traslado de una caja conteniendo un órgano a trasplantar de BUE a MDQ. En Mar del Plata lo esperaría en el aeropuerto, como era de práctica, el grupo médico del INCUCAI que lo trasladaría al Hospital de la Comunidad para ser implantado al paciente César De Filippis, primero en lista de espera de un riñón compatible.

El personal del INCUCAI, por razones particulares de su empleado, deja el envío mucho tiempo antes en el aeroparque Jorge Newbery con la escritura del número de vuelo en la caja de telgopor. Es entonces que se produce un error y se lo embarca a IGR (Iguazú) y no a Mar del Plata. Se organiza el retorno y se lo entrega cuatro horas más tarde, en Aeroparque, al expedidor de la carga, INCUCAI que había dado la instrucción de retornar la carga a BUE para su retiro pues decide implantar el riñón a otro paciente en lista de espera en esta ciudad. A De Filippis, se le concreta su trasplante siete meses después y demanda a Aerolíneas Argentinas S.A. y al INCUCAI, en forma solidaria, a fin de que sean condenadas por los daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia rechaza la demanda en todas sus partes aplicando normas de derecho aeronáutico, entendiendo que la relación contractual del contrato de carga aérea vinculó a INCUCAI como expedidor, AR como transportador y como destinatario al Hospital de la Comunidad de Mar del Plata.

Advertido el error el expedidor, dispone que la carga le fuera devuelta y no formaliza “protesto”. De Filippis no es tenido por parte de la relación contractual y con tal fundamento se le rechaza su pretensión.

---

67 CSJN. 29 de abril de 2004 “De Filippis, César G. c/ Aerolíneas Arg. e I.N.C.U.C.A.I. s/ daños y perjuicios”.

68 Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante.

Segunda Instancia, Cámara Federal de Mar del Plata, inexplicablemente aplica normas de derecho común y condena solidariamente a INCUCAI y AR por los rubros daños físicos y fisiológicos, daño moral y psicológico y daño a la intimidad.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, hace suyo el dictamen del Procurador Fiscal, Dr. Felipe Obarrio, que nulifica la sentencia de la Cámara de Mar del Plata por no haberla fundado en derecho aeronáutico.

Considera la Corte que De Fillipis era el verdadero destinatario de la carga, y condena solo al porteador ARSA por no haber emitido la carta de porte, lo que le impide ampararse en la limitación de responsabilidad prevista en el art. 122 Código Aeronáutico, defensa opuesta oportunamente, y entiende que de haberse cumplido formalizar el contrato, no hubiera sucedido el error en el embarque.

A partir de este desgraciado suceso, se decide que toda carga aérea expedida por INCUCAI irá amparada por su "guía aérea" que importa la instrumentación y celebración en el momento del corte de la guía, del contrato de transporte aéreo, y observará en adelante un nuevo "Protocolo Guía para el transporte nacional e internacional por vía aérea de órganos, tejidos y células".

De este Protocolo destacamos como relevante:

\*Se acuerda que el transporte deberá ser solicitado/ utilizado/ coordinado por el INCUCAI en transporte interno, como con los Organismos Competentes de cada Estado en el transporte internacional.

\* Se habilita al transporte bajo condiciones estrictamente previstas sustancias infecciosas tales como bacterias, virus, rickettsias, parásitos y hongos y otros agentes tales como priones, que pueden causar enfermedades en los animales y en los seres humanos.

\* También será objeto de transporte los cultivos y muestras biológicas, obtenidas directamente de seres humanos o animales.

\* Se prevé el transporte de productos biológicos que son los obtenidos de organismos vivos y que son elaborados y distribuidos según las prescripciones de las Autoridades Nacionales competentes que pueden tener exigencias especiales con relación a licencia y que son utilizados con finalidades de desarrollo, experimentación o investigación conexas. Se incluyen aquí los productos no terminados como las cepas de vacunas.

\* La responsabilidad por el transporte de sustancias infecciosas y muestras biológicas para los fines previstos en la presente norma, desde el origen hasta el establecimiento o institución de destino habilitados por la Autoridad Competente en cada Estado Parte, alcanzará al remitente, a la empresa de transporte y al destinatario.

\* El remitente debe organizar el envío con antelación, contactando al destinatario de las muestras (Institución o Establecimiento receptor), el que deberá dar su aceptación por escrito, de acuerdo a lo establecido por los estados remitente y receptor, respectivamente, y preparará la documentación necesaria, incluyendo las autorizaciones y los documentos para despacho aduanero y sanitario requeridos para el envío de la muestra. Notificará con antelación al destinatario de los trámites realizados y la forma de envío (transporte) para garantizar la recepción del material enviado y embalará e identificará el envío.

\* El destinatario obtendrá las autorizaciones necesarias de las autoridades nacionales

para el ingreso a los Estados Partes de sustancias infecciosas y/o muestras biológicas, informando la previsión de llegada del material con antelación mínima de 6 horas. Establecerá en conjunto con el transportador y el remitente, la logística necesaria para recibir el material enviado desde el exterior en la forma más eficiente y oportuna al momento de su arribo. El transportador notificará inmediatamente al remitente la llegada del material enviado, indicando las condiciones del mismo.

\* El embalaje y etiquetado se efectuará de acuerdo a lo prescripto en Guía sobre reglamentación relativa al transporte de sustancias infecciosas vigente en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud (OMS) e International Air Transport Association (I.A.T.A.).

Como conclusión, así como de los accidentes aéreos se aprende a no cometer los mismos errores y se evitan otros accidentes en forma muy eficiente, este grave error sirvió para lograr un adecuado y también eficiente sistema de traslado humanitario que está en vigencia.

### **VIII. ATENCIÓN MÉDICA A BORDO. LA CUESTIÓN DE LOS HONORARIOS DEL MÉDICO PASAJERO.**

La IATA, conformada por 260 Compañías que cubren más del 90% del tráfico mundial, no tiene previsto dentro de sus normas, compensaciones para los médicos pasajeros que, en situaciones de emergencia, prestan su servicio a bordo conforme requerimiento de la aerolínea.

En los países en donde es norma internacional vigente el "juramento hipocrático", los médicos se ven obligados a efectuar su asistencia en base a éste, y donde no lo es o el pasajero médico está fuera de jurisdicción para ejercer la medicina, lo hacen bajo el principio del "buen samaritano" evitando caer en la figura penal de abandono de persona.

La Declaración en Ginebra adoptada por la 2da. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de Ginebra, septiembre 1948, y enmendada por la 46a. Asamblea General de Estocolmo de septiembre de 1994, prevé que en el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica se debe realizar una solemne promesa de consagrar su vida al servicio de la humanidad..."<sup>69</sup>

A su vez el Código de Ética,<sup>70</sup> fija los límites de ese juramento en los siguientes términos: *"La obligación del médico en ejercicio de su profesión, de atender a un llamado, se limita a los casos siguientes: " ... c) en los casos de suma urgencia o de peligro inmediato para la vida..."*.

En la misma línea la 35a. Asamblea Médica Mundial de Venecia de octubre de 1983, impone a los profesionales de la salud, la obligación de asumir sus deberes médicos en los siguientes términos *"...el médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención..."*.

69 Juramento hipocrático: "...prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; mostraré a mis maestros el respeto y la gratitud que le son debidos; practicaré mi profesión con conciencia y dignidad; la salud de los pacientes será mi primer objetivo; respetaré los secretos que se me confíen aún después de morir el paciente; mantendré por todos los medios a mi alcance el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; mis colegas serán mis hermanos; no permitiré que consideraciones de religión, nacionalidad, raza, partido político o nivel social se interpongan entre mi deber y mis pacientes; mantendré el máximo respeto por la vida humana desde el momento de la concepción; incluso bajo amenaza, no usaré mis conocimientos médicos en contra de las leyes de humanidad. Hago estas promesas de modo solemne, libremente y por mi honor.

70 Aprobado por la Confederación Médica de la Rep. Arg. el 17 de abril de 1955

Ahora bien, esa atención médica prestada en cumplimiento del juramento hipocrático, ¿es gratuita u onerosa?, y en tanto nos inclinemos por la segunda opción, ¿quién será el obligado al pago?

Del citado Código Médico de la República Argentina,<sup>71</sup> y de las normas de fondo contenidas en el Código Civil<sup>72</sup> resulta un devengamiento de honorarios a favor del médico, hasta en los casos de atención de urgencia.

En opinión del Dr. Guillermo Borda<sup>73</sup>: *"Quiénes están obligados al pago - Desde luego, el principal obligado es el propio beneficiario; pero la jurisprudencia ha extendido subsidiariamente esta obligación a quienes tienen a su cargo el deber legal de asistencia del enfermo y a los obligados a prestar alimentos..."* Y agrega: *"... El llamado médico hecho por un tercero a simple título amistoso o humanitario, no lo obliga al pago de los honorarios si no se prueba que pesa sobre él una obligación alimentaria"*.

Y concluye el citado tratadista: *"... Si teniendo en cuenta la circunstancia del caso era razonable que se prestara la asistencia, el beneficiario de ella es responsable"*. - Arts. 1251CCC y sgtes.

Dado que nos encontramos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, para que se genere la obligación de asumir los costos de reparación, el daño, debe ser producido por una causa justificante que atribuya la responsabilidad al deudor contractual.

*"... No se configura tal deber de seguridad donde el comportamiento dirigido a la protección del otro se manifiesta extraño al contenido del contrato, limitando de tal modo la extensión inusitada que se le pretende dar en muchos casos a esta garantía, con una evidente hipertrofia de la denominada responsabilidad contractual, sin perjuicio de la acción que el damnificado tenga por la vía extracontractual..."*<sup>74</sup>

Para que el daño dé lugar a responsabilidad de carácter contractual, ha de ser causado por la ejecución de la relación obligatoria, y que el daño no habría podido producirse sin la existencia de ella.

*La circunstancia de que el personal de la Cía. Aérea haya efectuado el llamado al profesional médico, no crea un vínculo contractual con el médico-pasajero pues ello sólo es parte de la operatoria prevista para las emergencias médicas..."*<sup>75</sup>

En el caso del transporte aéreo, se conforma una obligación de seguridad, de carácter secundaria, que está implícita dentro del desarrollo del plan de cumplimiento de la

71 Código Médico de la República Argentina, art. 86: "Los honorarios médicos deben corresponder a la jerarquía, condiciones científicas y especialización del profesional, posición económica y social del enfermo y de la importancia y demás circunstancias que rodean al servicio médico prestado..."

Código Civil art. 1627: "... El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio... siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir..."

72 Código Civil art. 1627: "... El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio... siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir..."

73 Autor de la Reforma del Código Civil Argentino de 1968 - Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos II, Pág. 59 y siguientes

74 "Jordano Fraga Francisco, " La responsabilidad contractual" ED Civitas Madrid 1987 p 143

75 Manual de Operaciones, Sección 12, pág. 10: " 3.Emergencia médica en vuelo. 3.2. Procedimientos básicos para una emergencia médica en vuelo: "Se solicitará por PA la asistencia de un médico o de algún profesional de la salud que pueda brindar auxilio o asesoramiento.... El comandante requerirá que se le informe con la mayor frecuencia posible acerca de la evolución o cambios de la evolución de emergencia planteada... para permitir tomar con la máxima antelación y la mayor cantidad de elementos de juicio, la decisión de desviarse a una alternativa de emergencia.

obligación de rango convencional. El pasajero debe utilizar el servicio adquirido sin exponerse a sufrir daños evitables con una buena información, vg. se debe anunciar las turbulencias y la prohibición de levantarse de su asiento. Aquí jugará entonces la culpa de la víctima que no observe la instrucción, eximiéndose el transportador de su responsabilidad objetiva, y en el caso de las enfermedades preexistentes también se eximirá por no haber sido la muerte o lesión causada por un “accidente” vinculado con la actividad de vuelo.

No obstante, la responsabilidad de la aerolínea de transportar a los pasajeros sanos y salvos a destino, implica deber de asistencia tanto en caso de “accidente”, como de problemas de salud en donde en nada ha tenido que ver el transporte ni la forma de ejecución del contrato. En este último caso no existe “nexo causal” que obligue al transportador a indemnizar. Se exige de su responsabilidad objetiva.<sup>76</sup>

Para concluir, la normativa específica reglamentaria vigente en la República Argentina que trata la responsabilidad por los pasajeros en cuanto al tema en comentario, dice: “... *los pasajeros que por cuya edad, estado mental o físico es tal que pueda suscitar riesgo para sí mismo, el transportador no será responsable por cualquier daño, enfermedad o discapacidad, incluyendo la muerte, atribuible a ese estado.*”<sup>77</sup>

En un único caso resuelto por la Justicia Argentina<sup>78</sup>, se resolvió la ausencia de la obligación de pago de honorarios, por la Cía. Aérea, a un pasajero médico por atención a otro a bordo y en pleno vuelo, y determinó que esta obligación estaba a cargo del pasajero beneficiario, dado que había quedado probado la causa ajena a la actividad de vuelo y la enfermedad propia de la víctima –o causas naturales- por lo cual se la eximió de responsabilidad.<sup>79</sup> Al comentario de este fallo puede accederse por link<sup>80</sup>

Breve mención haremos a jurisprudencia internacional en donde la aerolínea ha sido eximida de responsabilidad en casos médicos.

El conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América “Saks c/Air France – 1985”, que trataba de un pasajero que, al aterrizar en Los Angeles, sufre una pérdida auditiva. El interrogante para la Corte fue también dilucidar si dicha pérdida se debió a la operación normal del sistema de presurización de la aeronave, o una afección propia de la pasajera, y dicen: “*Llegamos a la conclusión que la responsabilidad de acuerdo a lo previsto por el Artículo 17 de la Convención de Varsovia surge exclusivamente si una lesión*

76 Responsabilidad objetiva: art. 139 C. Aeronáutico Argentino: “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”; art. 17 Sistema de Varsovia: “El porteador es responsable del daño ocasionado en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que haya causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque o desembarque”; y art. 17.1 Convenio de Montreal 1999: “El transportista será responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente ... se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque”.

77 Res. 1532/98, Condiciones Grales. Del Contrato de Transporte Aéreo, Anexo I, art. 19, III) 3.7

78 “Rott, Mario Alberto c/Aerolíneas Argentinas S.A., Expte. 1.578/04, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 5, Secretaría Nro. 10, Capital Federal” (R.A.). Fallo del 20/02/2007, firme, por no ser apelable por el valor cuestionado – art. 242 Código Procesal, Civil y Comercial Argentino.

79 Código Aeronáutico Argentino, art. 143: “La responsabilidad del transportador, podrá ser atenuada o eximida si prueba que la persona que ha sufrido el daño lo ha causado o ha contribuido a causarlo”; Sistema de Varsovia art. 21, Protocolo 4 Montreal/75: “... en el caso de que el transportista probare que la persona lesionada ha sido causante del daño o ha contribuido al mismo, el Tribunal podrá... descartar o atenuar la responsabilidad del transportista”; art. 20 Convenio de Montreal/99: “Si el transportista prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho causó el daño o contribuyó a él, el transportista quedará exonerado...”

80 VASSALLO, Carlos María: Atención Médica a Bordo. <https://cedaeonline.com.ar/2012/12/18/atencion-medica-a-bordo/>

*sufrida por un pasajero es causada por un suceso o acontecimiento inesperado o inusual que resulte externo al pasajero... Sin embargo, en los casos en que la lesión indiscutiblemente es el resultado de la propia reacción interna del pasajero a la operación usual, normal y esperada de la aeronave, debe entenderse que dicha lesión no ha sido causada por un "accidente", y el Artículo 17 de la Convención de Varsovia no puede aplicarse, y exonera de responsabilidad al transportador aéreo.*

El Tribunal Supremo de la Judicatura del Reino Unido,<sup>81</sup> en abril de 1997 dicta sentencia resolviendo el siguiente suceso: "el día 12 de Junio de 1994, el actor era un pasajero de una aeronave que pertenecía a la demandada, British Airways Plc, en un vuelo desde el Aeropuerto de Manchester con destino a Los Angeles, California. "Al intentar dejar su asiento para ir al baño, el Actor se vio imposibilitado de pararse y en consecuencia se cayó sobre el hueso de su cadera sufriendo una lesión."

El Juez abordó este tema con meritoria economía y manifestó: "Se me ha remitido al Artículo 17, en referencia a la Convención de Varsovia. Ese es un tema sin vueltas. Resulta claro que surge del caso que el Sr. Chaudhari es muy débil. Parece que el accidente fue una cuestión puramente interna del pasajero. Esto es algo que no tuvo nada que ver con la aerolínea sino que fue el resultado de una condición médica preexistente de la parte actora.- Esto no puede ser considerado un "accidente" conforme al significado de la Convención".-

En conclusión, sólo estarán bajo la responsabilidad objetiva del transportador aéreo los casos en que la causa fuera un accidente en vuelo y no una enfermedad preexistente, sin nexo de causalidad con la actividad aeronáutica.

#### **IX. SERVICIO MÉDICO EN LOS AEROPUERTOS. SUJETO OBLIGADO, DESTINATARIOS, SUSTENTABILIDAD ECONÓMICA. EL CASO ARGENTINO.**<sup>82</sup>

Para abordar este tema tan sensible debemos hacernos ciertas preguntas de investigación, y de allí irán saliendo las soluciones que ya hoy están reglamentadas.

¿Cuál será el momento definitorio a partir del cual una persona se convierte de usuario aeroportuario en pasajero de una línea aérea?

¿Quién será el responsable de la atención médica en los sectores comerciales del aeropuerto?

¿Sobre quién recaerá la obligación de proveer atención de emergencia médica y de primeros auxilios a los pasajeros, e inclusive a los tripulantes que en la escala necesitan de atención médica, aunque no sea más que por simples malestares físicos?

Para la primera respuesta será necesario determinar si el obligado a la prestación médica será la Cía. Aérea respecto de sus pasajeros y personal o del Gestor Aeroportuario en relación a todos los usuarios, caso en el cual éste sería quien debería tener un servicio médico disponible en su ámbito.

Este último tema no es menor pues importa contar con un servicio organizado de guardias médicas durante las operaciones aeroportuarias, que en los aeropuertos de

<sup>81</sup> Autos "Chaudhari, parte actora/apelante contra British Airways" PLC, parte demandada/apelada

<sup>82</sup> VASSALLO Carlos María, "Reforma del Reglamento Sanidad Aeroportuaria para el Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA). Resolución ORSNA N°5/2011". Ed. La Ley 01.03.11, SAIJ 22.02.11 -

mayor tráfico será generalmente H24<sup>83</sup>. También debe estar disponible un servicio de urgencia con derivación inmediata, salvando la problemática que los aeropuertos generalmente se encuentran a una distancia media/larga a los centros de las ciudades que cuentan con estos servicios.

Una controversia planteada en Argentina entre el Organismo Regulador del Sistema de Nacional de Aeropuertos -ORSNA- y la Cía. Aérea de mayor tráfico en el país -Aerolíneas Argentinas S.A.- dio lugar a una acción judicial entre ambas<sup>84</sup> que determinó el dictado de una "medida de no innovar" por la Excelentísima Cámara del Fuero Contencioso Administrativo<sup>85</sup> respecto del entonces nuevo Reglamento de Sanidad Aeroportuaria que se pondría en vigencia en el año 2008. Durante el status quo que implicó la cautelar, las partes llegaron a una solución final emanada de una Comisión Ad Hoc integrada por juristas del ORSNA y ARSA.<sup>86</sup>

Sus conclusiones fueron plasmadas en la reforma parcial del Reglamento de Sanidad Aeroportuaria para el Sistema Nacional de Aeropuertos, en cuanto a la delimitación de las responsabilidades médicas, entre las Líneas Aéreas y el Administrador del Aeropuerto.

La solución a la que arribara la Comisión *Ad Hoc* se logra a partir de incorporar a la norma el concepto de "zona estéril", que ha quedado redactada de la siguiente manera: "... se determina que es responsabilidad del explotador aéreo la atención del pasajero ante cualquier emergencia médica que se produjere luego del ingreso del pasajero en la zona estéril...".

Se considera "zona estéril" al "... sector comprendido entre un puesto de inspección y la aeronave, cuyo acceso está estrictamente controlado y sirve para la permanencia de los pasajeros que aguardan un determinado vuelo..."<sup>87</sup>.

En cuanto a los aeropuertos de mayores dimensiones, con servicios internacionales, pasado el último control, que generalmente es el de documentación, los pasajeros recorren un determinado espacio en donde pueden existir áreas comerciales, bares, *free-shops*, restaurantes, etc., hasta llegar al espacio denominado "área de pre-embarque" localizada en forma contigua a la puerta de embarque de su vuelo.

La solución sobre la responsabilidad médica en ese trayecto, en donde el pasajero puede permanecer un prolongado tiempo, está, conforme normativa, a cargo del operador aeroportuario.

En cuanto a la obligación de proveer la atención de la emergencia médica y de los primeros auxilios prestados a los pasajeros, es exclusiva del Administrador del Aeropuerto, quien debe tener disponible dicho servicio en su ámbito.<sup>88</sup>

En tanto el viajero ya se hubiere convertido en pasajero, el art. 3° del Reglamento, prevé

83 H24: Aeródromo en funcionamiento durante las 24 hs.

84 Causa 23.208/09, "Aerolíneas Argentinas SA c/ Organismo Regulador de Aeropuertos, Resolución 18/08 s/ Proceso de Conocimiento", Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 3, Secretaría N° 5

85 Sala III Contencioso Administrativo, Resolución del 18/08/10, Registrada al N° 1595, tomo 2 2010.

86 Comisión integrada por Dres. Carlos Van Lacke y Pedro Martín Billorou -ORSNA- y Dr. Carlos María Vassallo -ARSA-.

87 Concepto de zona estéril del Reglamento General de Uso y Funcionamiento del Sistema Nacional de Aeropuertos (REGUFA) aprobado por Resolución ORSNA N° 96 del 31/06/2001.

88 Disposición N° 50, Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina.



los costos médicos a cargo de la línea aérea en tanto dice: “... *el explotador aéreo deberá reintegrar al administrador del aeropuerto los costos que éste deba soportar en la atención de la emergencia médica y de los primeros auxilios prestados a sus pasajeros...*”.

Será entonces que ante un caso médico de un pasajero en la llamada “zona estéril”, entendiéndose por tal sólo el área de pre-embarque del vuelo a ser abordado por el pasajero en el aeropuerto de partida, la organización del servicio médico estará a cargo del Administrador del Aeropuerto, y el costo de la prestación efectivamente brindada a un pasajero será solventado por la aerolínea respectiva, o por el mismo pasajero, en tanto las circunstancias, constituyan o no un “accidente” en el concepto del derecho aeronáutico.<sup>89</sup>

La atención médica en los aeropuertos también será prestada por el servicio médico del concesionario aeroportuario a trabajadores por cuenta propia o en relación de dependencia en oportunidad de encontrarse prestando labores en los aeropuertos.

La obligación del Explotador del Aeropuerto, en cuanto a la atención médica de emergencia, lo es respecto de “*todos los usuarios que así lo requieran en cada una de las aeroestaciones*”;<sup>90</sup> sean que éstos trabajen por cuenta propia o en relación de dependencia.<sup>91</sup>

Ahora bien, se detiene expresamente la norma reglamentaria en ¿quién deberá asumir los costos de tales prestaciones?<sup>92</sup>

La solución es que se impone la carga económica de tal prestación al trabajador independiente, o a su empleador en el caso de existir relación de dependencia con el paciente y le otorga expresamente acción de repetición de tales costos al Administrador Aeroportuario.

La simplificación de la norma, libera a todo usuario y explotador aéreo de la contratación de un sistema propio de atención médica de emergencia que sólo estará obligado a asumir los costos.

Una primera jurisprudencia de los tribunales argentinos, concordante con la solución reglamentaria, fue en un caso fallado por la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, Sala D,<sup>93</sup> donde se determinó respecto de un pasajero que recién había abordado la aeronave, que sufre un infarto y muere, que el mismo no se había producido en virtud de un “accidente”, sino que provenía de una dolencia propia no relacionada con la utilización de la aeronave, y por lo tanto no se condenaba a la aerolínea en virtud de la ejecución del contrato de transporte aéreo. No se fundó la indemnización otorgada en normas de derecho aeronáutico, pero aquí lo importante de este fallo en relación al tema en estudio, en tanto sí se condena a Aerolíneas Argentinas, por no haber dado el aviso de auxilio médico a la Jefatura del Aeropuerto, a quien reconoce como única autoridad responsable, sino que el piloto lo hizo al servicio médico de guardia de la aerolínea quien

89 VASSALLO, Carlos María, “Transporte Aero comercial. Atención Médica a Bordo” en Revista La Ley del 13 de junio de 2008, Buenos Aires.

90 Art. 2º, Resolución 18/08.

91 Art. 10º, Resolución 18/08.

92 Considerando párrafo 19 y siguientes, Resolución ORSNA18/08.

93 “Baronetti de Gorosito Raquel c/ Fuerza Aérea Argentina y otros”. CNCom. 22/05/2008. La Ley 22/09/08.



no contaba con los elementos para la urgencia. Entendieron los jueces que el aviso al sistema médico del aeropuerto podría haber dado una oportunidad de vida al pasajero.

Queda sellado entonces, también jurisprudencialmente, que el único servicio médico obligatorio en el aeropuerto será el organizado por el Administrador a cargo del mismo.

## **X. EL PROFESIONAL MÉDICO Y SU INTERVENCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES.**

En los últimos años se ve una importante declinación en accidentes aéreos y en el registro de víctimas con lesiones o fallecidas debido a las tareas de prevención.

Todos los accidentes son una concatenación de factores causales de distintos grados de importancia, y el porcentaje mayor sigue correspondiendo a las fallas humanas. Por ello el tema de la investigación médica del accidente aéreo es de gran relevancia, y por ello le dedicaremos este apartado.

Toda investigación de accidentes exige un muy detallado y riguroso trabajo en equipo de la Junta de Investigaciones, en Argentina la JIAAC<sup>94</sup>, cuya responsabilidad deviene del decreto 934/70 en especial ver art. 13. y del Código Aeronáutico<sup>95</sup>.

En materia estadística es una constante histórica que el mayor porcentaje de accidentes aéreos ocurren en un aeropuerto o en un radio no mayor a 10 km de éstos, con lo cual la presencia médica en las operaciones SAR<sup>96</sup> es de gran relevancia tanto en el manejo y derivación de los heridos como en certificar las defunciones.

Pero la tarea de mayor importancia será la de investigar las causas pormenorizadas de los decesos por el "médico investigador"<sup>97</sup> que es el competente en todos los aspectos de factores humanos involucrados en el desarrollo del accidente y se encuentra entrenado para actuar en todo el proceso preventivo, tal la elaboración de un plan detallado, programas de formación para el suceso, mantener al día los útiles, como para la tarea de campo en el lugar del siniestro.

Seguir un plan detallado de investigación<sup>98</sup>, mantener los procedimientos activos y actualizados, pese a la ausencia de siniestros, será contar con capacitación, simulacros y en depósito los elementos de recolección de muestras biológicas y humanas.

En la evaluación del accidente el médico investigador asume un rol primordial en cuanto experto en medicina aeronáutica y factores humanos con un papel bien definido en el equipo investigador tal como: recopilar información en el escenario del accidente, del estado de los restos de las víctimas mortales, declaración de sobrevivientes, historia médica y antecedentes médicos de las víctimas etc.

En la elaboración del informe preliminar, indicará los factores humanos, - personales, fisiológicos, psicológicos, sicosociales, ambientales- que podrían haber sido causa

---

94 RAAC Parte 13.3 Autoridad de Aplicación: Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil.

95 Cod. Aeron Título 9.

96 Save and Rescue

97 RAAC 13.29 Titular de licencia de Accidentes o incidentes graves.

98 RAAC Parte 13 Subparte B Organización de la Investigación de Accidentes.

fundamental o accesoria del accidente, cuáles las lesiones mortales y si pudo haber sobrevivientes.

En cuanto a la supervivencia al impacto, se trata de dilucidar que pasó en la secuencia del choque mediante el análisis de los restos de la aeronave, y las características de los restos mortales – quemados, ahogados, mutilados, etc.- para la evaluación final del accidente. Si hubiere habido sobrevivientes las causas por las cuales salvaron sus vidas y, si no los hubo, qué impidió que se salvaran –

Tal el caso ocurrido en julio de 1973 por el Boeing 707 de VARIG que ya en maniobras de aproximación al aeropuerto de Orly, la tripulación fue advertida por las alarmas que identificaban la presencia de un incendio a bordo, y pese a que se realizaron los procedimientos para esa emergencia intentando localizar el origen del humo no se lo logró y el pasaje fue presa del pánico y el humo tóxico afectó gravemente la posibilidad a los pasajeros de continuar respirando. El humo también invade la cabina de mando y ante esa situación límite el Comandante da Silva decidió un aterrizaje de emergencia fuera de pista y a sólo 5 km de su cabecera. La tripulación técnica logró salir por la puerta delantera, no así los pasajeros que, salvo un solo sobreviviente, habían fallecido por asfixia. El resultado de este accidente fue de 123 muertos y 11 sobrevivientes.

Del análisis de restos y cadáveres, de las autopsias<sup>99</sup> resultó que los pasajeros habrían sobrevivido al impacto pero no al humo.

El análisis de los aspectos humanos envueltos en el desencadenamiento de los acontecimientos que conducen a un accidente aéreo son de extrema importancia y definitivos para precisar patológicamente los mecanismos bio-mecánicos de producción.

El proceso de investigación de un accidente aéreo varía enormemente de un tipo a otro de accidente, pero los procedimientos recopilación de información, interpretación de la misma, entrevistas, aspectos operacionales y de coordinación son una constante a tener en cuenta y que se muestran indispensables para el posterior análisis, evaluación y conclusiones que puedan establecerse.

El médico investigador estudiará la supervivencia al impacto, y se detendrá en la fuerza de desaceleración tolerable fisiológicamente, un volumen de cabina ocupable y compatible con la integridad física de los ocupantes, la no existencia de explosión o de un ambiente letal post-accidente.

Ya en el informe final, el médico aportará la información general y datos y antecedentes personales y médicos de las víctimas, datos referentes a los equipos de soporte de vida, al escape de la aeronave, al impacto, datos de sobrevivientes, ubicación de los cuerpos de las víctimas, autopsia y análisis de restos y muestras biológicas, y finalmente causas de fallecimiento o lesiones y factores de supervivencia.

Cada accidente responde a unas peculiaridades y características que pueden ser específicas y particulares del mismo, es por ello que la experiencia acumulada procedente de la investigación y participación médica “in situ” se muestra como un factor

---

<sup>99</sup> RAAC 13.27 Autopsias.

de extraordinario valor en la investigación de futuros accidentes. El trabajo en equipo se señala como elemento fundamental en la investigación

## **XI. EL TRANSPORTE DE CADÁVERES EN FÉRETROS Y CENIZAS HUMANAS.**

El transporte de restos humanos, en forma de ataúdes o cenizas se ha hecho hasta el momento instrumentado en un contrato de transporte aéreo en la modalidad de carga aérea, AWB. Conforme ello se ha trasladado en bodega, sin importar el tamaño de la carga, y conforme manuales operativos de carga debe ir con el embalaje y documentación exigida por el país de destino.

Este procedimiento operativo adoptado por las Cías. Aéreas está de acuerdo a las normas IATA Airport Handling Manual AHM 333 que en su parte específica "Handling of Human Remains" lo encuadra como carga aérea y nunca como equipaje, diciendo: "...los restos cremados deberán ser enviados en urna funeraria que se amortigüe de modo eficiente por un embalaje adecuado, contra rotura".

No quedan dudas sobre este criterio de la IATA, en tanto en la misma normativa AHM 333, agrega: "...no hay ninguna razón científica o técnica para que los restos humanos (HUM) o animales vivos (AVI) deban ser separados en compartimientos de carga de la aeronave. Sin embargo, puede, por ser ético, que por razones culturales sean segregados."

Ahora bien, la incineración de restos humanos va en aumento, así que la situación de transportar por avión cenizas de difuntos ha dejado de ser anecdótica, disimulada y no declarada a la tripulación, pues los pasajeros desean llevarse consigo las cenizas de alguien querido a su país de origen.

Casi todas las compañías aéreas permiten transportar cenizas de difuntos como equipaje de mano, bajo ciertas normas de embalaje, en urna funeraria no metálica, para evitar problemas de controles, y siempre que vaya debidamente cubierta y disimulada y con un empaquetado anti rotura. Hay que tener en cuenta que el resto del pasaje pudiera sentirse incómodo si sabe que se viaja con cenizas de un difunto.

En las Compañías low cost como Ryanair el transporte de urna funeraria está permitido, sin costo adicional, pero sólo como pieza única. Iberia permite transportar las cenizas o restos humanos incinerados como equipaje de mano, en una urna funeraria apropiada, entendiendo por tal debidamente cubierta y disimulada, y con un empaquetado anti-rotura.

Por otra parte, a nivel nacional, Aerolíneas Argentinas y Austral aceptan el transporte de restos humanos cremados (cenizas), en una urna funeraria, que el pasajero deberá llevar dentro del equipaje de mano, requiriendo en vuelos de cabotaje certificado de defunción y de cremación.

Las urnas y su documentación podrán ser controladas por las Autoridades Aeroportuarias de embarque y destino, por razones policiales y correrá por la responsabilidad de cada pasajero, los inconvenientes que pudiese tener ante la similitud de consistencia con ciertos estupefacientes cuyo transporte se encuentra prohibido. En los vuelos internacionales además de estos certificados, se tramitará el Certificado de Embarque expedido por la Oficina de Sanidad de Frontera de los Aeropuertos, Ezeiza tiene ese servicio disponible, y

en algunos casos se requerirá autorización del Consulado del país de destino / tránsito.

Haremos unas breves consideraciones jurídicas, respecto a la caracterización del contrato que amparará este transporte.

Una tendencia que se está generalizando en los últimos años es que las aerolíneas admitan, conforme sus regulaciones, que los pasajeros transporten cenizas humanas en su equipaje no registrado o de mano. Esta conducta cambia en principio la modalidad contractual que pasaría a ser del habitual contrato de carga aérea al de equipajes, cuya naturaleza es accesoria al de pasajeros.

No obstante, a poco que analicemos este concepto resultará que el transporte de restos humanos no está comprendido en el concepto de equipaje.

El equipaje “está constituido por los artículos o efectos y otra propiedad personal de un pasajero que sean necesarios o apropiados para vestimenta, uso, comodidad o conveniencia en relación con el viaje.” art 1° definiciones Reso 1532/98 Anexo 1.

El concepto de cargas aéreas “significa cosas a ser transportadas en una aeronave, excepto correo o equipaje amparado por un billete de pasaje y control de equipaje, incluye transporte de equipaje documentado en una guía aérea o registro de embarque.” (definiciones art. 1 Reso 1532/98 Anexo 2, Cargas).

En tanto la Resolución Argentina 1532/98, en vigencia pese a su antigüedad, refiere en el art. 3 d) del Anexo 2 y bajo el título “cargas solamente aceptables bajo condiciones especiales” se encuentra enunciado los “restos humanos”.

La diferente calificación importa una diferencia en los ingresos para la transportadora aérea, pues en tanto en el despacho de carga se factura un flete y se emite una guía de carga, el equipaje de mano entra dentro de la franquicia por la cual no se le cobra al pax.

Las normas sobre responsabilidad del transportador también son diferentes en los dos tipos de contratos, pues en tanto en el de carga la responsabilidad es objetiva y limitada (cabotaje 2 arg oro por kg) y en (internacional DEG 19) siendo transportado como equipaje de mano la responsabilidad es del pasajero que mantiene la custodia y a todo evento la responsabilidad estará limitada a 332 DEG.

Pese a la nueva modalidad que adoptan las transportadoras, toda la normativa nacional e internacional ampara el transporte de urnas con cenizas funerarias bajo la modalidad contractual de carga aérea.

A modo de conclusión, y como no se puede ir en contra de la nueva modalidad, entendemos que este conflicto normativo que se provoca se resuelve mediante el dictado de las “regulaciones del transportador”, dado que la norma IATA es sólo una Práctica Recomendada, y las transportadoras podrán apartarse o dejarlas de lado siempre que no fueren contra la normativa de los Estados Parte en el transporte.

Por ello ante la posibilidad de transportes sucesivos o con códigos compartidos el primer transportador deberá indicar claramente a los pasajeros respecto de las regulaciones de todas las aerolíneas intervinientes hasta su llegada a destino final, evitando situaciones

muy enojosas en las conexiones.

En definitiva, las aerolíneas que prevean como alternativo el transporte de cenizas humanas como “equipaje de mano”, lo deberán hacer amparando ese transporte en una regulación específica y publicada como condiciones especiales del transportador en su sitio web, las que se presume conocerán al momento de la emisión de sus e-tkts.

### **CONCLUSIONES.**

- 1- El valor seguridad impone estrictas normas médicas para la habilitación de los pilotos como del personal de vuelo que presta servicios en cabina de pasajeros.
  - 2- Son relevantes las normas sobre postas y descansos de las tripulaciones, pues hacen a evitar la fatiga de vuelo, y evitar errores en decisiones que atentan a la seguridad operacional.
  - 3- Los pasajeros serán asistidos en primeros auxilios por la tripulación de cabina, entrenada y habilitada al efecto, contando con la aparatología autorizada para uso por tripulantes o médico a bordo.
  - 4- El servicio médico de la aerolínea tendrá entre sus múltiples funciones analizar los MEDIF de los pasajeros con reservas condicionales por casos médicos, analizar las enfermedades laborales del personal de vuelo y decidir sobre conducta posterior.
  - 5- El transporte de carga médica, es tema de especial reglamentación para el cumplimiento del traslado en tiempo y condiciones.
  - 6- El “médico investigador” ha sido una especialidad o idoneidad adquirida para contribuir técnicamente con los informes finales de las causas de accidentes de aviación y evitar su repetición.
-

# CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO, LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO<sup>1</sup>

---

## AIR TRANSPORTATION CONTRACT, THE CONTRACTUAL LIABILITY AND REMEDY FOR DAMAGE

---

Emilio Romualdi<sup>2</sup>

---

*“...Fácilmente aceptamos la realidad, acaso porque intuimos que nada es real<sup>3</sup>...”*  
(Jorge Luis Borges)

### RESUMEN:

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

### ABSTRACT

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

---

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> Frases de “El Aleph” (1949)

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

---

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

## I. PROEMIO

Este tema lo abordé por primera vez hace 8 años en las jornadas celebradas en la Universidad de Externado en Bogotá<sup>4</sup>.

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

En este sentido, sigo viendo al fenómeno<sup>5</sup> que denominamos derecho como una expresión cultural, hoy más cerca de la idea que en realidad funciona como un sistema de control social en las relaciones de poder entre los diversos sectores de la sociedad. En igual sentido, la idea de que el módulo de reparación en el caso de los daños personales es la afectación a la libertad de elegir también sigue válida conforme la vigencia de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tal sentido.

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

De este modo, conceptualmente, son todas las dimensiones de la persona humana las que serán objeto de resarcimiento concebida ésta como unidad psico-física<sup>6</sup> que trasciende el concepto del derecho del sujeto a su propio cuerpo – el ser de una persona – a una dimensión más profunda: la de humanidad de la persona.

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

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

---

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

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

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

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

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

Así, la idea de este trabajo será cuestionar algunos aspectos vinculados con los presupuestos y consecuencias del diseño de un sistema de responsabilidad sin abordar el problema del factor de atribución de responsabilidad donde adhiero a los postulados del profesor Zampone<sup>8</sup>.

Como ya tuve la oportunidad de referir anteriormente, sostenía Ortega y Gasset que las verdades no duran ni mucho ni poco, no poseen atributo alguno temporal, no se bañan en la ribera del tiempo<sup>9</sup>. En este sentido, los paradigmas actúan la mayor parte de las veces como verdades inmutables que, aceptadas por una comunidad académica, limitan el campo de observación y por tanto las conclusiones a las que se pueden arribar.

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

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

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

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

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

<sup>8</sup> Zampone, Alessandro Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio, Jovene, Roma, 2008

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



el espíritu conservativo domina, y el crecimiento espiritual se detiene”<sup>10</sup>.

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

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

## II. EL “DAÑO RESARCIBLE Y SU CUANTIFICACIÓN

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

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

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

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

La obligación de responder no obedece a un hecho, sino a la relación causal que la norma le atribuye y a partir de la cual debe ser resarcido. En este sentido, JOSSERAND<sup>11</sup> sostenía que hay responsabilidad siempre que alguien deba soportar un daño, sea el victimario o la víctima. Desplaza de este modo la apreciación de la conducta reprobable -culpa o dolo- por parte del autor material del daño hacia un simple planteo de decidir quién es el sacrificado para soportar el daño.

Así, como sostiene ZAVALA DE GONZÁLEZ<sup>12</sup>, la cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, cñe el contenido que debe dársele por el deber ser y no por el ser.

De este modo, el daño corporal no tiene un contenido en sí mismo, sino que su significado estará dado por las consecuencias resarcibles que determinará el juez en base a la norma. Así, el daño relevante no es cualquier afectación a un interés legítimo o bien protegido jurídicamente, sino solamente el que es resarcible<sup>13</sup>. Consecuencia de ello es que lo relevante no es el daño-lesión sino el daño-consecuencia, cuyo contenido es dado por la norma y la jurisprudencia.

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

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

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

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

A modo de ejemplo en Argentina en el sistema del Código Civil y Comercial la obligación de reparar está prevista en el art. 1716<sup>14</sup> y el art. 1737 CCyC<sup>15</sup> donde se establece claramente el concepto de daño jurídico – esto es de daño resarcible –, y lo entiende como la lesión a un interés no reprobado por la ley estableciendo las consecuencias resarcibles por la afectación de dicho interés. A su vez, enuncia determinadas consecuencias causales – art. 1727 CCyC<sup>16</sup> – resarcibles – 1726 CCyC<sup>17</sup> – que son especialmente relevantes dado el bien afectado desde el punto de vista fáctico en el art. 1738 CCyC<sup>18</sup> mencionando al daño emergente y al lucro cesante—esto es, las consecuencias resarcibles desde el punto de vista patrimonial—, y también a las consecuencias de la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, que pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Por su parte, el art. 1741 CCyC regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Ahora bien, el art. 1740 del CCyC<sup>19</sup> al establecer que debe indemnizarse todo el daño ocasionado no implica que todo perjuicio sea resarcible, sino que solo lo es el admitido por el ordenamiento jurídico conforme arts. 1726/1727 CCyC. Se trata, entonces, de la plenitud jurídica de la indemnización (derecho a ser reparado en toda la extensión establecida por la ley) que encuentra en el art. 1746<sup>20</sup> un aparente módulo de cuantificación. Este artículo establece que ella debe fijarse mediante la determinación de un capital – cuyo mecanismo de cálculo no menciona – que, invertido en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente —mediante la utilización de una porción de ese capital y los intereses que obtenga por aquella inversión— una cantidad equivalente a los ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

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

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

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

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

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

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

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

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

haber seguido con vida dado que sería incongruente acudir a los cálculos matemáticos en un caso y no en el otro, cuando se trata de evaluar el mismo tipo de perjuicios. En consecuencia, y a la luz de esta nueva disposición —inexistente en el CC anterior—, es necesario que la judicatura, al calcular el monto a resarcir por incapacidad sobreviniente, tome en cuenta las distintas fórmulas que existen para computar el valor presente de una renta constante no perpetua. Se suele aclarar que el punto de partida para el cálculo no debe ser únicamente lo que la víctima ganaba efectivamente en el momento del hecho, sino que también corresponde computar sus posibilidades de mejora económica futura (por ejemplo, chances de ascensos o aumentos de sueldo) y la pérdida de su aptitud para realizar otras tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables<sup>21</sup> criterio que ya he tenido la oportunidad de criticar tal como lo hace Guibourg en el precedente “Méndez” a modo de reflexión sobre los supuestos del módulo de reparación.

No concuerdo con esta idea. La norma no menciona cual será el mecanismo que establecerá el juez para fijar el capital en cuestión, más allá de los argumentos a favor de las mismas<sup>22</sup>, sobre las que tengo mis reservas<sup>23</sup> y de que comprendo que no se trataba de fórmulas matemáticas a secas, sino de métodos que en su resultado (la reparación del daño) dependen de variables (probatorias y apreciación judicial) e incluso correcciones (corrección financiera), etc., pero que tienden a homogeneizar el método de fijación de las indemnizaciones<sup>24</sup>.

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

Ahora bien, aún en ese contexto el término plenitud jurídica, es simplemente paradigmático<sup>25</sup> ya que hay daños que aun siendo consecuencias resarcibles – los que están faltos de tal significado siguen siendo daños que sufre el sujeto pero no le serán compensados – carecen de cuantificación reparadora real.

Un ejemplo de ello ha sido el caso Puente<sup>26</sup> donde producto de un accidente el actor pierde, entre tantas otras consecuencias, su capacidad sexual. Se dijo en la expresión de agravios de dicha causa con extrema razón que *La situación de Mario Puente hiere la conciencia y la sensibilidad de los hombres y mujeres consustanciados con los altos fines de la humanidad. Su persona, en su condición actual, podría configurar un parámetro a partir*

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

22 Ver Yrigoyen, Testa, jndcbahiablanca2015.com

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Por otro lado, la definición establecida en el art. 1738, que sostiene que *la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida* estableciendo sus requisitos de procedencia en el art. 1739 CCyC<sup>28</sup> y fijando como principio el de indemnización plena<sup>29</sup> - no es más que un paradigma falso en términos de verdadera integralidad de la reparación del daño - para luego finalmente establecer un mecanismo muy primario de cálculo para las por lesiones o incapacidad física o psíquica en su artículo 1746 CCyC<sup>30</sup>, ratifica la afirmación en cuanto a la limitación natural de compensación comprendido en el concepto de daño resarcible.

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

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

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

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

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

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

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

### III. TRANSFERENCIA DE COSTOS E INDEMNIZACIÓN

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

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

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

Veamos su estructura:

---


$$\text{Probabilidad} = \frac{\text{nº siniestros}}{\text{nº asegurados}}$$


---

$$\text{Coste medio} = \frac{\text{coste todos los siniestros}}{\text{nº de siniestros}}$$


---

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


---

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

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

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

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

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

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

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

Analicemos ambos supuestos.

a) **Transferencia directa:** Este sujeto normalmente presta un servicio o produce un bien por el que fija un precio y por tanto introduce en su estructura de costos una variable que es el valor de los seguros. Ciertamente, en una economía dinámica y con competencia podrá hacerlo totalmente o parcialmente (en este caso sacrificando utilidad ya que absorbe parcialmente ese costo) de manera que en el precio de su producto está transfiriendo a un tercero su participación en aquella masa de dinero administrada por la aseguradora. Ahora bien, este cliente del proveedor de servicios, si puede incorporar ese producto como costo nuevamente, lo calculará como parte de su estructura de costo de su producto o servicio que transferirá a un tercero además de incluir la variable de sus propios seguros. Esto nos lleva a una conclusión primera extraordinaria y es que en cada variable de una estructura de costos (electricidad, gas, insumos de materias primas, servicios varios – seguridad, limpieza, etc. -) existe una parte que contempla los costos de los seguros de los prestadores. En ese contexto, se puede afirmar que las indemnizaciones que están consideradas en aquella ecuación de formación de la prima del seguro - circulan en el mercado – casi como la ley de circulación de la moneda<sup>32</sup>, y están contempladas en el valor de los productos o

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



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

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

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

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

#### **IV. LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA COMO COSTO SOCIAL**

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

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

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

---

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



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

La financiación indirecta se produce cuando el coste del sistema se hace por intermedio del estado mediante el pago de impuestos. En general, la tasa de justicia – que sería un costo directo – suele cubrir muy escasamente el costo total del sistema judicial<sup>33</sup>. Esta circunstancia hace que se establezca una parte del presupuesto general del estado para sufragar sus gastos, conforme surge por ejemplo en Argentina de la ley 23853<sup>34</sup>, de modo que la sociedad soporta el costo de la solución de las controversias individuales.

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

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

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

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

De este modo, conforme los desarrollos antes vistos, el análisis de la eventual elección de un sistema de valuación legal o judicial del daño excede el marco de lo meramente conveniente en cuanto a oportunidad y previsibilidad<sup>35</sup> sino que es un problema de orden social.

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

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

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

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

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

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

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

Ello nos lleva a razonar que la prevención – insisto en cualquier orden – se hace imprescindible<sup>36</sup> (al igual que los controles sociales que hagan disminuir los siniestros) como modo de disminuir el costo o mantenerlo a cambio de incrementar las reparaciones particulares.

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

Veamos estos problemas volcados al transporte aéreo.

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

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

### 1) Muerte, lesión o herida corporal:

#### a) Consecuencia causal indemnizable y determinación

Las lesiones o heridas corporales en cuanto afectación a la libertad sólo serán alcanzada conforme estas consecuencias causales reconocidas como indemnizables. En este sentido se ha sostenido que los efectos bajo el vocablo incapacidad plena – cuya falsedad ya he desarrollado - han de computarse: a) la lesión en sí misma como ofensa la integridad corporal del individuo (incapacidad física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral), c) el menoscabo que también aparea en su vida de relación al dificultar y amenguar sus interrelaciones con las otras personas en distintos aspectos, al lado de similares dificultades e impedimentos en su relación con las cosas (disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética<sup>37</sup>.

El otro aspecto relevante es en el caso de lesión la determinación del porcentaje de incapacidad. Aquí, otra vez, para la determinación de los porcentuales no existe un baremo<sup>38</sup> de la actividad que unifique criterios, lo que naturalmente reenvía a los métodos de evaluación de cada país que pueden diferir conforme las tablas y métodos de cálculo que se utilicen. Una vez más, la norma única se fracciona como consecuencia de la complementación de la misma por normas o criterios jurisprudenciales locales.

Si bien este no es el único elemento de juicio que el sentenciante debe tener en cuenta para establecer el quantum indemnizatorio<sup>39</sup>, lo cierto es que resulta un aspecto relevante de la cuantificación posterior<sup>40</sup> y, por tanto, no puede dejar de considerarse.

#### b) Cuantificación

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

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

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

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

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

El segundo problema, una vez determinadas las consecuencias causales indemnizables, es la cuantificación de las mismas. En algunos sistemas resarcitorios de derecho común los legisladores han establecidos métodos de evaluación legal del daño denominados baremos o tarifa<sup>41</sup>. No es el caso del transporte aéreo, donde se ha fijado un sistema de valuación judicial del daño que en el caso del cabotaje en Argentina aún mantiene un tope cuantitativo – límite –<sup>42</sup>. Estos sistemas si bien no tienen los cuestionamientos de los sistemas de valuación legal presentan mayores dificultades para identificar el método de cuantificación efectuado por el juez. En la valuación judicial del daño, una vez determinadas las categorías y consecuencias indemnizables, queda en manos de la discrecionalidad judicial la cuantificación final del daño lo que usualmente crea incertidumbre en su resultado final. Es así que como sostiene Kemelmajer de Carlucci el sistema de reparación integral con valuación judicial ha generado que algunos doctrinarios la califiquen como “caótica”<sup>43</sup>.

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

Más aún, Kemelmajer de Carlucci sostiene que un sector de la doctrina reconoce que los sistemas basados en baremos tienen un sin número de ventajas entre las cuales se pueden mencionar los siguientes<sup>45</sup>:

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

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

Ello, sin perjuicio de las observaciones que le cabe a todo sistema de baremos que, como sostiene la autora citada, para ser aceptables deben ser razonables y permitir una plena efectividad de la tutela judicial efectiva<sup>46</sup>. La efectividad en definitiva es un concepto bastante relativo que dependerá de la apreciación judicial de cada estado con bases

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

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

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

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

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

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

normativas, valorativas y por cierto de carácter político<sup>47</sup> de las que el pronunciamiento judicial nunca esta exento<sup>48</sup>.

Un último aspecto de orden práctico es si como sostiene Guibourg<sup>49</sup> las fórmulas matemáticas están siempre implícitas en la valuación judicial que hace el juez. Esta afirmación no puede corroborarse en todos los casos. En los precedentes ya citados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>50</sup> no se advierte ni si infiere de su pronunciamiento la utilización de fórmulas matemáticas.

A modo de ejemplo afirma Kemelmajer de Carlucci<sup>51</sup> que en Italia al menos 3 escuelas de cuantificación del daño.

- Criterio de Génova: Que aplicaba el párrafo 3° del art. 4 de la ley 38/77 se aplicó hasta septiembre de 1998 en el que adhirió al sistema milanés<sup>52</sup>
- Criterio de Pisa: sistema que toma el cálculo por punto cuyo valor es el promedio de los resultados establecidos por la jurisprudencia de mérito
- Criterio de Milano: Que tienen un criterio progresivo con relación a la invalidez y regresivo respecto de la edad.<sup>53</sup>

Este último método ha sido aceptado por la casación italiana siempre que no sea arbitraria cuya demostración está a cargo de quien lo cuestiona<sup>54</sup>.

En Argentina el punto “flexible” por incapacidad ha sido un método bastante usual para la determinación del daño en el fuero civil y federal civil y comercial<sup>55</sup>. En algunos fueros y provincias se utilizan criterios matemáticos financieros<sup>56</sup>.

Se podría así seguir detallando sistemas de cuantificación, que en derecho comparado generan dispersión y preocupación, con innegables vasos comunicantes entre las soluciones jurisprudenciales<sup>57</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

caso concreto<sup>58</sup>. La seguridad jurídica en el sistema de Montreal de 1999 está dada por la predictibilidad del pronunciamiento judicial por competencia territorial y en el ámbito local está, además, dado por el límite cuántico y la justicia la integral la reparación del daño sufrido con un método de cuantificación disperso e impreciso, que, si bien puede ser predecible en un país o competencia determinada, no lo es en el derecho comparado.

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

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

#### *b) Retraso*

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

#### *a) Demora sin dolo*

##### *1) Fuente de la obligación*

En este supuesto, se está dentro del ámbito del incumplimiento contractual que con base subjetiva en Montreal de 1999<sup>60</sup> al igual que el sistema Varsovia-La Haya-Montreal de 1975<sup>61</sup>.

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

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

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

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

60 Art. 19 Convenio de Montreal

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

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

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

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

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

## 2) *Resarcimiento de daños*

El primer aspecto que debe establecerse es que el retraso es en sí mismo una daño – la disposición del tiempo del otro y de su libertad<sup>65</sup> y por tanto la afectación de su proyecto personal -. En este sentido, como sostenía Heidegger<sup>66</sup> el hombre – el ser - camina hacia su muerte por lo que el tiempo es un bien perecedero y por tanto irrecuperable.

Sin embargo, con el sistema normativo actual no cualquier retraso deber ser indemnizado sino aquel que por su extensión haya producido algún tipo de daño<sup>67</sup>.

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

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

Así, no en todos los casos se hace lugar al resarcimiento del daño moral por retraso dado que su reconocimiento es de carácter restrictivo conforme lo dispone la normativa sustancial local<sup>69</sup>. A tal fin, la pérdida de la tranquilidad espiritual, reemplazada en cierto

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

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

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

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

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

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

sentido por un estado de desasosiego y ansiedad, debe ser de una entidad que el daño moral resarcible configure una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual culposo por la demora incurrida en la realización del viaje<sup>70</sup> (con la nueva normativa alcanza con que sea mediata previsible).

No obstante, con un criterio más amplio, se sostuvo que en tanto la pérdida de libertad y de tiempo, motivada por la imprevisión del transportista, es en sí mismo un daño moral que debía ser objeto de reparación, para lo cual -se indicó- no se requería prueba específica de su realidad porque pérdidas de esa especie, que implican la frustración en disponer de su vida en la forma en que al interesado le plazca, configuran un obligado sometimiento al poder decisorio del incumplidor, debiéndose configurar las circunstancias excepcionales que imponen el reconocimiento de una compensación a la lesión espiritual, diferente y de excepción de los trastornos normales que pueda producir un incumplimiento contractual de cualquier índole<sup>71</sup>.

Como casos particulares se ha reconocido la procedencia del daño moral en caso que el pasajero haya sido dejado en un paraje o país que no era el de su origen o domicilio permanente<sup>72</sup>, como los retrasos en el transporte en países extranjeros y la inseguridad de llegar a tiempo a la reunión programada<sup>73</sup>.

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

De igual modo, se ha valorado en manera especial para su graduación el caso en que el viaje no haya estado destinado a placer o paseo, sino para acompañar a su cónyuge en la enfermedad y frente a un tratamiento médico complejo y riesgoso<sup>75</sup>.

Ahora bien, Montreal mantiene un sistema de cuantificación judicial de consecuencias reconocidas como indemnizables con un tope de 4.150 derechos especiales de giro por pasajero<sup>76</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

76



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

*b) Sobreventa de pasajes- incumplimiento doloso -*

*1) Fuente de la obligación*

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

No voy a detallar las causas que la generan y transferencia que hace el transportista a partir de regulaciones que establecen que se limita a la aplicación de un cargo adicional la consecuencia de que el pasajero que confirme y no se presente a abordar su vuelo<sup>77</sup>.

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

Le asigno el carácter incumplimiento doloso conforme jurisprudencia más o menos pacífica que sostiene que "la sobreventa de pasajes aéreos pone de manifiesto una *temeridad* en el obrar de la transportista, agravante del incumplimiento contractual en tanto constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y respetuosa de los derechos de los pasajeros y extensivamente en sus intereses personales e individuales"<sup>78</sup>. Con más contundencia se ha establecido que "la sobreventa -Overbooking- de pasajes por las compañías aéreas se ha convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria respecto del pasajero, que tiñe tal conducta del vicio de dolo porque implica un deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su ilegitimidad, el que obliga a responder por las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas que se generó"<sup>79</sup>. En ese sentido, me parece oportuno mencionar que, como detalla Barbado<sup>80</sup>, la jurisprudencia argentina ha utilizado como fuente los precedentes en los EEUU

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

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

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

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

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

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

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

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



En igual sentido, sostiene Romero<sup>81</sup>, que la doctrina en general es conteste en el carácter doloso de este incumplimiento contractual.

Lo cierto es que es una situación que ha motivado diversas regulaciones<sup>82</sup> y diversas prácticas por parte de los transportistas para sobrellevar la situación, en particular el ofrecimiento de compensaciones adicionales a pasajeros que voluntariamente se avengan a no abordar y hacerlo en un vuelo posterior.

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

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

Sin realizar una análisis en profundidad, que ciertamente merecerá otro “papel de trabajo”, se pueden visualizar en este caso los niveles de protección y disponibilidad del titular de derechos – en este caso el pasajero – desarrollados por los profesores Calabresi y Melamed<sup>83</sup>.

Así, claramente las disposiciones citadas -Reglamento (CE) N° 261/2.004, Decisión 619, Resolución N° 1532/98 - son reglas indisponibles y el sistema de responsabilidad que estudiaremos luego son reglas de responsabilidad que en la terminología de estos autores son el precio fijado por el estado por el incumplimiento. Ello no obsta a que las partes en base a la titularidad de derechos los negocien libremente y obtengan un resultado que ex post los coloque en mejor situación que antes de establecer su transacción de derechos. Esta conclusión se sustenta en la denominada “teoría de precios” que se basa en que sólo dos partes van a negociar y llegar a un acuerdo si finalizado el acuerdo ambas están en mejor situación que antes de realizarlo<sup>84</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

## 2) *Resarcimiento de daños*

Los parámetros de evaluación del daño no difieren de los establecidos en general para el retraso culposo con excepción de la aplicación en este caso de los presupuestos de las diversas legislaciones para el caso de incumplimiento doloso – en el caso argentino el 1724 del CCyC<sup>86</sup>.

A modo de ejemplo, en un caso de sobreventa se ha dicho que “la magnitud del incumplimiento contractual derivada de la sobreventa de los pasajes aéreos se desprendió en perjuicio de los demandantes se vio reflejada en los trastornos e inconvenientes, desconcierto y ansiedades de encontrarse en espera en un aeropuerto internacional de un país ajeno, en locales no previstos especialmente para tal fin, lo cual no es difícil de imaginar aun cuando la tardía salida con posterioridad de tres días fuera parcialmente subsanada por el traslado y alojamiento en un hotel con los gastos totalmente cubiertos por la compañía de aviación. Ello excede una mera incomodidad transitoria, correspondiendo reconocer una indemnización civil complementaria del alojamiento y alimentación de los pasajeros hasta que partieran<sup>87</sup>.

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

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

## VII. DAÑOS A LAS COSAS TRANSPORTADAS

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

### a) *Equipaje*

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

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

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

dadas la imposibilidad de establecer el contenido de los bultos, maletas o valijas siniestradas sobre las que tuve la posibilidad de expedirme con anterioridad<sup>88</sup>.

### 1) Determinación

#### 1.1) Contenido del equipaje

En relación a este tema son notorias las dificultades que entraña la demostración de los artículos de uso personal contenidos en bultos cerrados -tal una valija que forma parte del equipaje del pasajero- lleva a aplicar, porque la prudencia así lo aconseja, un criterio dotado de cierta amplitud al sopesar la prueba del daño, porque la prueba directa es difícil e infrecuente y la de presunciones, en cambio adquiere particular significación<sup>89</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

declaración jurada previa al embarque ante la Aduana, etc., no puede ser considerada a los efectos de la reparación que solicita<sup>95</sup>.

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

### 1.2) *Daño moral*

El reconocimiento del daño moral en Argentina a partir de la reforma y siendo un daño mediato previsible conforme lo dispone el art. 1726<sup>96</sup> ya no encuentra un límite en lo dispuesto por el art. 522 del Código Civil.

La jurisprudencia ha reconocido como indemnizable al daño en el caso de incumplimiento del contrato de equipaje al igual que lo ha hecho la jurisprudencia europea<sup>97</sup>.

Como regla la jurisprudencia ha dicho que “la pérdida de efectos personales y recuerdos de viaje puede significar una mortificación anímica susceptible de configurar un daño moral resarcible; situación que debe ser juzgada según lo que normalmente acontece en supuestos similares y atendiendo a la prueba rendida, demostrativa de que la sustracción de la maleta ocasionó al demandante una zozobra perturbadora del sosiego espiritual, bien esté carente de contenido económico pero fundamental para todo ser humano”<sup>98</sup>.

En ese sentido, se ha afirmado que el extravío del equipaje durante una escala genera una perturbación anímica que debe ser resarcida y que no encuentra un eximente en la entrega de dinero para afrontar los gastos necesarios, toda vez que el mismo no resarce la lesión espiritual de no gozar de las cosas queridas<sup>99</sup>.

De igual modo, la pérdida de fotografías y videos de recién casados han justificado el reconocimiento del daño moral como consecuencia indemnizable resarcible<sup>100</sup>

## 2) *Cuantificación del daño*

### 2.1) *Daños materiales*

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

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

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

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

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

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

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

internacionales, etc.<sup>101</sup>.

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

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

## 2.2) Daño moral y límite cuántico

La determinación cuántica del daño moral presenta también una verdadera anarquía cuantificadora que ha sido objeto de estudio por la doctrina<sup>104</sup>.

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

Existen quienes, como Peyrano<sup>106</sup>, proponen una suerte de tarificación judicial- que en definitiva sea judicial o legal es siempre de carácter local - aunque lo cierto es que el sistema establecido por la norma internacional es de libre determinación judicial. Claramente su determinación es más restringida, en cuanto a la cuantificación, al daño moral por daño físico, toda vez que su consecuencia es más restringida en cuanto a la afectación del proyecto de vida. No obstante, cada competencia territorial establecerá los parámetros para establecer el quantum resarcitorio.

Queda entonces por resolver la controversia jurisprudencial entre quienes entienden que el daño moral está incluido dentro de los límites<sup>107</sup> y quienes entienden que están excluidos<sup>108</sup>.

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

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

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

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

105 Pizarro, Ramón, ob cit

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

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

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

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

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

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

### 2.3) Propuesta de modificación

Ahora bien, aparece como demasiado artificial y costo la determinación y cuantificación del daño de los equipajes. En ese sentido como propone Folchi<sup>111</sup> es preferible un sistema de valuación legal del daño. A diferencia de tan distinguido jurista me parece oportuna distinguir la regulación del transporte de mercaderías del de equipaje y en este último caso que el módulo de reparación sea una cuantificación legal del daño fija. Si el pasajero lo considera podrá hacer una declaración de mayor valor y establecer un valor de reparación mayor con el consiguiente pago del sobreprecio. Otra alternativa es que el pasajero contrate por intermedio de su transportador un seguro por la diferencia de valor. El valor de DEG 100 propuesto por Folchi me parece muy adecuado.

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

#### b) Mercadería

##### 1) Determinación y cuantificación

En el transporte por aire el transportista la legislación vigente establece debe como daño indemnizable el valor en plaza de la mercadería transportada se determinará mediante prueba pericial aunque figure en la carta de porte o documentación comercial un valor menor<sup>112</sup>. El sistema adoptado es el de valuación legal del daño con un límite cuántico tanto en el orden local<sup>113</sup> como en el internacional que fue consagrado en 250 francos Poincaré por kilo transportado en el transporte internacional en el sistema Varsovia - La Haya<sup>114</sup> y de 17 Derechos Especiales de Giro (DEG) por kilogramo transportado en los

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

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

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

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

113 art. 145 Código Aeronáutico

114 art. 22 Convenio de Varsovia

Protocolos de Montreal de 1975 para finalmente establecerse igual límite en el Convenio de Montreal de 1999<sup>115</sup>. El límite de responsabilidad sólo gravita sobre el capital de la condena y no sobre los accesorios y debe calcularse sobre el peso total de los bultos faltantes y no con relación al total del cargamento<sup>116</sup> como tampoco se debe efectuar teniendo en cuenta el peso del faltante y este límite sólo gravita sobre el capital de la condena, y no sobre los accesorios<sup>117</sup>.

De igual modo, se ha reconocido que los intereses no están incluidos en el límite resarcitorio<sup>118</sup>.

Con relación al daño moral se ha reconocido su procedencia en el caso de la carga aérea<sup>119</sup>. En este sentido, se reconoció la procedencia del daño moral en el caso de la muerte de un perro de raza que iba a participar de un campeonato mundial, dado que se entendió que ese incumplimiento contractual causó una alteración a "los proyectos del actor" que se vieron alterados tanto por la pérdida del ejemplar como por la perturbación de tener que realizar los trámites conducentes a la autopsia del animal<sup>120</sup>. Como ya se viera se aplica el criterio de su inclusión dentro de los límites indemnizatorios.

## 2) Casos de exclusión del límite resarcitorio

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

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

### 2.1) Negligencia del operador terrestre -handlers -

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

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

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

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

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

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

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

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

no puede servir de base para impedirle la invocación del beneficio de la limitación, pues se trata del hecho de un tercero por quien debe responder contractualmente, pero que no reviste la calidad de dependiente suyo. En ejercicio de sus funciones, en los términos del últ. párr. del art. 25 del Convenio Varsovia-La Haya, por lo tanto, ni aun computando la acumulación de los hechos individuales que, finalmente, condujeron a la inutilización de la mercadería, se puede admitir que en el caso se haya configurado la hipótesis de temeridad que obsta a la indemnización cuantificada”<sup>122</sup>.

En un reciente fallo la jurisprudencia italiana<sup>123</sup> ha modificado su anterior criterio y ha establecido que la responsabilidad el operador terrestre está alcanzado por las normas de fuente contractual<sup>124</sup> cuestión suyo análisis merecerá seguramente un espacio en próximas jornadas.

## 2.2) *Naturaleza de la carga transportada*

Un caso de particular de caída de los límites resarcitorios es cuando, aún no declaración de mayor valor ni pago de un flete diferencial al usual el transportista conoce el alto valor de la carga que lo obliga a tomar precauciones extremas o por lo menos más intensas que las que realiza usualmente. La no acreditación de haber extremado estas medidas de seguridad en la ejecución del contrato hace caer su conducta en culpa grave asimilable al dolo y por tanto se verá excluido del beneficio del límite resarcitorio<sup>125</sup>.

## 3) *Una propuesta de cuantificación del daño*

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

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

En este sentido, como se verá no concuerdo con Folchi<sup>126</sup> en establecer una cuantificación

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

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

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

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

126 Folchi, Mario O. ob cit, pág. 289



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

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

### **VIII. CONCLUSIONES**

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

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

---

# LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. EL DERECHO DE RETRACTO<sup>1-2</sup>

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

---

**Manuel Guillermo Sarmiento García<sup>3</sup>**

---

### 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 2016..

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 afirme recientemente en un seminario sobre transporte aéreo en la Universidad de Roma "La Sapienza",<sup>4</sup> 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 usuarios<sup>5</sup>, 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 2016.

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, 2014, 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 ticket 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 ticket, 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 tickets 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 material<sup>6</sup>, 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 ticket 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 ticket electrónico por parte de las aerolíneas, que ya había sido previsto tanto en el Protocolo de Guatemala de 1.971<sup>7</sup>, como en el Convenio de Montreal de 1.999<sup>8</sup>, 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 ticket 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 judicial<sup>9</sup> 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 ticket, 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 ticket 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 ticket 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 ticket, 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 tickets 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 judicial<sup>10</sup> 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 ticket, 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 prensa<sup>11</sup> 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 impulsó 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,<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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 aéreo<sup>14</sup>, 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 Comercio<sup>15</sup> y en el reglamento anterior<sup>16</sup>, 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 contratantes<sup>17</sup>, 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

---

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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 retracto<sup>19</sup>, 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.<sup>20</sup>

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 derecho<sup>21</sup>, 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.

# ASPECTOS JURÍDICOS PRINCIPALES DE LAS AERONAVES NO TRIPULADAS. CONSIDERACIONES CRÍTICAS<sup>1</sup>

## MAIN LEGAL ASPECTS OF UNMANNED AIRCRAFT. CRITICAL CONSIDERATIONS

---

**Marco Fábio Morsello<sup>2</sup>**

---

### RESUMEN:

Los UAS son aeronaves sui generis que se someten, así, al régimen genérico de estas. No obstante, hay peculiaridades que imponen reglamento específico, siendo necesaria la edición de Convención internacional que dé uniformidad a la materia, de modo que albergue en clara actividad de riesgo, niveles de seguridad idénticos a las aeronaves convencionales, con la finalidad de utilización del espacio aéreo no segregado. En ese contexto, se impone la utilización de sistemas de prevención superadores del binomio see and avoid, abarcando la nanotecnología, sin descuidar de los derechos fundamentales. Finalmente, en el ámbito de la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, las bases de cálculo de indemnización establecidas en la Convención de Roma y Protocolo de Montreal, son absolutamente incompatibles con la realidad fáctica de los UAS y del régimen de responsabilidad extracontractual objetiva.

### ABSTRACT

The UAS are 'sui generis' aircrafts that submit themselves, therefore, to the general regime of those. Regardless of it, there are some peculiarities that impose specific regulation, being necessary the creation of an international Convention capable of standardize the subject, in order to be considered as a clear risk activity (strict liability system), hence imposing the same security standards as the ones of conventional airplanes, aiming the use of non-segregated airspace. In this context, the use of prevention systems that surpasses the binomial 'see and avoid' imposes itself, embracing nanotechnology, without ignoring fundamental rights. Finally, in scope of the liability related to damages to third parties in surface, the basis of calculation regarding the compensation provided by the Rome Convention and the Montreal Protocol are absolutely incompatible with the factual reality of the UAS and strict liability related to tort rules.

---

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

2 Juez del Tribunal de Justicia en São Paulo, Brasil. Profesor Asociado en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Visiting Professor de la Universidad de Sassari, Italia. Profesor de la FGV/LAW, Escola Paulista da Magistratura. Doctor y Libre-Docente por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Miembro Plenario de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA). Correo electrónico mmorsello@tjsp.jus.br

**PALABRAS CLAVE:** Drones; Reglamento; responsabilidad delante terceros en la superficie; derechos fundamentales; uniformización.

**KEY WORDS:** UAS; Drones; Regulation; liability; third party liability ; fundamental rights; standardization.

## I. INTRODUCCIÓN Y PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA

El sueño de volar siempre ha fascinado la humanidad, lo que ocasionó en la Historia, innumerables intentos que tenían por objeto, superar este obstáculo natural, con énfasis al efectivo control y comando directo del hombre.

A pesar de la evidente prevalencia de aeronaves pilotadas, no se prescindió de las experiencias teniendo como objeto, el pilotaje a distancia, también considerado remoto, conforme elucidan diversos ejemplos en la perspectiva histórica.

De hecho, los *Unmanned Aerial Vehicles (UAV)* son vehículos sin piloto a bordo, destinados en su génesis para finalidades militares, relatándose, e.g., sobre efectivo desarrollo a partir de los V2 (*Vergeltungswaffe*) alemanes, utilizados en la Segunda Guerra Mundial.<sup>3</sup>

De todas las maneras, en ámbito oficial, en 1917, se registró el primer vuelo controlado de una aeronave no tripulada. De hecho, se trataba de un Curtiss N-9, de la US.NAVY, con utilización de sistemas no tripulados (en adelante denominados UAS)<sup>4</sup>.

Mencionada actividad significó inicialmente un notable incremento en conflictos bélicos, con carácter preferencial, a medida que, suprime el riesgo de pérdida de pilotos, puesto que el pilotaje parte de una estación de control en tierra.<sup>5</sup>

Sin embargo, se observó que la utilidad de los vehículos aéreos no tripulados, seguramente superó el ámbito de los conflictos bélicos, abarcando la denominada tríada de actividades (D3), que en cotejo con el pilotaje directo, denotaría ventaja inequívoca, con énfasis para aquellas de carácter *dull, dirty and dangerous*, con costos operativos más reducidos y utilización por periodos de tiempo más largos.<sup>6</sup>

3 Como dilucida adecuadamente Anna L. M. Sia, Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV), en VV. AA, La gestione del traffico aereo: profili di diritto Internazionale, comunitario ed interno, a cura di M. P. Rizzo, Milano: Giuffrè, p. 497, 2009. En el mismo tono, Stefan A. Kaiser, Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 55, Heft 3, p. 344, 2006, observando que: "UAVs originated in the military arena. German catapult launched and jet propelled flying bombs were early UAV mass applications during World War II".

4 Cf dilucidan María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado. Revista de Derecho del Transporte: Marcial Pons, Madrid, n.12, p.64. Obsérvese, por otro lado, la interesante mención de Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, Air and Space Law, Kluwer Law International, BV, The Netherlands, 39, n. 2 (2014), p. 113, sobre la utilización pionera de drones cuando el Ejército austriaco habría utilizado globos sin tripulación para lanzar bombas en Venecia, el 1871. A nuestro juicio, como había control solo en el lanzamiento, aunque con cálculos de distancia, parecería inviable exacta inserción como UAS.

5 A ese respecto: Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, Air and Space Law, Kluwer Law International, BV, The Netherlands, 39, n. 2 (2014), p. 113, observando que, además de las funciones de reconocimiento y vigilancia, hay una creciente inserción de los drones en misiones de combate en Afganistán, Irak, Yemen y Pakistán. Solo en este país, dicho sea de paso, obsérvense que, hasta el comienzo de 2014, se señalaron 370 ataques aéreos. En el mismo tono véase María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p. 64, 2013; Grégoire Chamayou, Théorie du drone, Paris, La Fabrique Éditions, 2013.

6 A ese respecto: Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, cit, p. 113, observando que: "UAVs are used mostly for dull, dirty and dangerous activities missions where it would be perilous to send a human pilot for such missions. The operational costs of UAVs are significantly lower and they can be used for extremely long periods of time"; Anna L. M. Sia, Sulla politica europea di certificazione degli

Como corolario de la asertiva supra, hubo un amplio espectro de actividades acogidas por esta nueva modalidad, que se introdujo, v.g, entre otras, controles agrícolas y ambientales, irrigación de campos agrícolas, supervisión de grupos y fronteras de inmigración, búsqueda y rescate, entrega de pedidos y suministros de productos médicos, aerofotogrametría, análisis de grandes accidentes de tráfico, apoyo en protección civil, control de daños en desastres procedentes de inundaciones, tsunamis, terremotos y huracanes, detección, vigilancia y control de incendios, inspección de líneas eléctricas de alto voltaje, oleoductos, supervisión de materiales peligrosos, estudios atmosféricos, vigilancia de propiedades y hasta autorretratos (selfies), especialmente a la luz del desarrollo de la nanotecnología.<sup>7</sup>

En ese camino, conviene plantear el tema, asimismo, un nuevo marco histórico. De hecho, el 13 de abril de 2013, una aeronave Jetstream 31, se despegó de la ciudad de Lancashire en el norte de Inglaterra y aterrizó en Inverness, Escocia, aproximadamente quinientas millas del punto de origen. Referida aeronave fue controlada a distancia por pilotos en tierra, llevando consigo, solo por precaución, dos pilotos, especialmente teniendo en perspectiva que se trataba de vuelo remotamente controlado en espacio aéreo no segregado en el territorio del Reino Unido, iniciativa absolutamente pionera.<sup>8</sup>

En ese contexto, de forma distinta de lo que ya se había preconizado, no llegamos al final de la historia, renovándose los ciclos sociales, con cambios relevantes, ya destacados como kairós, en la historiografía de la Grecia Antigua.<sup>9</sup>

---

Unmanned Aerial Vehicles (UAV), cit, p. 497-528, 2009; Pascal M. Dupont, Les drones en question. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), 2006, p. 97; Bruno Franchi. Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- I parte. Responsabilità e previdenza. Milano: Giuffrè, p. 733, n.4, 2010; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p.71.

7 Se trata, como se conoce, de una lista simplemente ilustrativa. Para mayores detalles acerca de la amplia gama de actividades de los UAS, véase: Carlos Walter Agostinelli, Régimen legal de los UAV, necesidad de regulación. Cedam, Padova, 2010, XXXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial- 50 años de ALADA (Sassari, 3-7 mayo 2010), p. 326; Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, cit, p. 113; Umberto La Torre, La navigazione degli UAV: un'occasione di riflessione sull'art. 965 C. Nav. in tema di danni a terzi sulla superficie. Rivista del Diritto della Navigazione: Aracne, Roma, n.2, p.553-555, 2012; Anna L. M. Sia, Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV), cit, p. 498, 2009; Ruwantissa Abeyratne, Regulating unmanned aerial vehicle - Issues and challenges. European Transport Law: Antwerp, Belgium, p.503-504, 2009; Daniele Collenz, I velivoli senza pilota a bordo. Nuove sfide sopra i nostri cieli. Trasporti- Diritto, Economia e Politica, Trieste, n. 103, p. 175. 2007; Pascal M. Dupont, Les drones en question. Paris, Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), 2006, p. 97-99; Bruno Franchi. Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- I parte. Responsabilità e previdenza. Milano: Giuffrè, p. 732-734, n. 4, 2010; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p. 66-68, 2013; Stefan Kaiser, Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 55, Heft 3, p. 344-346, 2006; Anna Masutti, Prospettive di regolamentazione dell'uso dei velivoli senza pilota (UAV) nello spazio aereo comune. Diritto dei trasporti, Cagliari, p. 783-784, 2007; Eleutério João Laranjinho Faleiro, O uso do espaço aéreo por aeronaves não tripuladas - Unmanned Aerial Vehicles (UAV), in Estudos de Direito Aéreo, p. 263-306, Coimbra: Almedina, 2007; Francis Schubert, The integration of Remotely Piloted Aircraft in the Air Navigation Services System. Annals of Air and Space Law, Montréal, (IASL), v. XXXIX, p. 129-162, 2014; Paolo G. Piccioli. Droni. Security, safety, privacy ed etica. Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto: il futuro dell'aviazione militare e civile. Roma, EPC Editore, 2016, p. 55-78; Claudia Kornmeier. Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung. V. 2. de la serie Zivilre Sicherheit. LIT Verlag: Münster, 2012, p.8-9, con enfoque más profundo de los derechos fundamentales del ciudadano, ítem que aún desarrollaremos en este trabajo.

8 A ese respecto, Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, cit, p. 111-130, observando que: "In April 2013, a Jetstream 31 aircraft, aptly termed The Flying Testbed, took off from Lancashire in the north of England and landed in Inverness, Scotland., approximately 500 miles from the point of departure. What makes this particular flight so unique is that it was the first pilotless round trip flight over British civilian airspace with two persons on board, namely the two pilots responsible for the take-off and landing phases. Once the aircraft was airborne they handed over the flying of the Jetstream 31 to the remote ground pilots located in Warton, Lancashire, who used sensors and cameras on board to remotely control the aircraft. The flight was conducted as part of the Autonomous Systems Technology Related Airborne Evaluation and Assessment (ASTRAEA) programme costing GBP 62 million. Safety was ensured at all times by the pilots being able to comply with the requirements imposed by the UK Civil Aviation Authority and the National Air Traffic Systems. For precautionary purposes, the two pilots on board had the ability to take control of the aircraft in the event of an emergency. The Jetstream aircraft was equipped with a sense and avoid system, an automated visual detection system which could avoid any potential collisions by automatically steering the aircraft from hazard weather patterns as they are seen, as well as close aircraft in order to avoid them. On that day, a new chapter in aviation history was written. It was the first time that a remotely piloted aircraft carrying two persons on board flew across UK airspace. It is important to note that the aircraft flew in non-segregated airspace as there were other commercial aircraft being operated at the same time."

9 A ese respecto: François Lefèvre, História do mundo grego antigo, preconizando que: "La historia no es la menor de las invenciones que debemos a los griegos; nació de la percepción aguda que ellos tenían del kairós (momento decisivo en la sucesión del tiempo) y de la creciente autonomía de los hechos



No obstante, es conveniente no olvidar, por su parte, que la dispersión de valores vinculados a la sociedad de consumo, que dinamiza el individualismo en efectiva felicidad paradójica, da origen, en contrapartida, al denominado miedo líquido con inseguridad en la vida en comunidad, típica de los tiempos líquidos, caracterizando sociedad de riesgos.<sup>10</sup>

Sin embargo, delante de esas premisas, como es sabido, el derecho es el orden de la convivencia humana, bajo la exigencia de la Justicia, orden que en una determinada comunidad jurídica, se hace vinculante a cada momento en la perspectiva histórica.<sup>11</sup>

En ese aspecto, es importante añadir, a propósito, que el derecho no es un sistema autopoietico, tratándose, de forma irrefutable, de subsistema vinculado al sistema social, que recibe y adapta los *inputs* (le droit à la mesure de l'homme)<sup>12</sup>.

A partir de ello, los UAS, caracterizan, de forma irrefutable, nueva realidad, que impondrá rápido acompañamiento legislativo y reglamentar, dado que, la seguridad jurídica y la uniformidad normativa serán instrumentos indispensables para dinamizar negocios jurídicos de extrema relevancia en esta nueva etapa que se desvela, sin renunciar la denominada obligación de protección a las personas y principio de prevención.<sup>13</sup>

Como corolario de la asertiva supra, es necesario proceder a su caracterización y marco jurídico.

## II. CARACTERIZACIÓN Y MARCO JURÍDICO

Como es evidente, el Derecho Aeronáutico, no puede prescindir de elemento técnico fundamental, cual sea la aeronave, es decir, toda máquina que, por reacción del aire, puede sostenerse en la atmósfera<sup>14</sup>.

---

humanos con relación al maravilloso y a la mitología", p.17, trad. Rosemary Costhek Abilio, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2013. En el mismo tono: José Ribeiro Ferreira, A Grécia Antiga, p. 139, Lisboa, Edições 70, 2004; António Manuel Hespanha, O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2ª ed, 2009, p. 469-476, sobre los deberes y valores jurídicos en una era posmoderna, refutando, de este modo, la perspectiva de fin de la Historia preconizada por Francis Fukuyama.

10 A ese respecto, en lo que se refiere a la sociedad de consumo y al individualismo competitivo del denominado turboconsumidor, véase Zygmunt Bauman, Mundo consumo- ética del individuo en la aldea global, trad. de Albino Santos Mosquera, Buenos Aires, Paidós, 2010. Por otro lado, la expresión felicidad paradójica, vinculada a la sociedad de hiperconsumo, fue creada por Gilles Lipovetsky, A felicidade paradoxal- ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, trad. de Maria Lucia Machado, São Paulo, Companhia das Letras, 2006. Asimismo, en lo que concierne a las expresiones miedo líquido y tiempos líquidos, véase Zygmunt Bauman, respectivamente, in Medo Líquido, Rio de Janeiro, Zahar, 2008 y Tempos Líquidos, trad. de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar, 2007. Por fin, acerca de la sociedad de riesgo en que vivimos, véase Ulrich Beck, Sociedade de risco- rumo a uma outra modernidade, trad. de Sebastião Nascimento, Rio de Janeiro, Editora 34, 2010.

11 A ese respecto: Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, p. 599, trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed, 1997; Jean Carbonnier, Droit Civil, p. 35-47, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple. Paris: PUF, 2004. v. I.; José de Oliveira Ascensão, O Direito. Introdução e Teoria Geral, p. 13-15, Almedina, Coimbra, 13ª. ed, 2005.

12 A ese respecto: Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; José de Oliveira Ascensão, O direito, Coimbra, Almedina, 13. ed, 2005. En dirección contraria, que no defendemos, preconizando el derecho como sistema autopoietico, véase Gunther Teubner, O direito como sistema autopoietico, trad. de José Engrácia Antunes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

13 En este mismo sentido: María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, cit. p. 66, preconizando que: "El hecho de no tener una normativa unificada está haciendo que tanto el desarrollo como la posterior utilización de los UAS, se estén viendo frenados en la actualidad. Los propios operadores están reclamando a voces la cobertura jurídica que permita desarrollar el potencial económico que tiene este sector que es industria estratégica para la Unión Europea y sus Estados miembros. Y es que el vacío legal es una barrera para que se produzca el retorno de las inversiones que se están realizando"; Michelle Tonelli. Flying in the dark: How a legal loophole endangers critical infrastructure. Journal of Air Law and Commerce, v. 80, n. 4, p. 693-716, Dallas, Southern Methodist University, 2015.

14 A ese respecto: Agustín Rodríguez Jurado, Teoría y práctica del derecho aeronáutico, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 86-87; Alvaro Bauzá Araújo, Tratado de Derecho Aeronáutico Montevideo, Ed. Amalio Fernandez, 1976, t. I, p. 175-177, resaltando la importancia fundamental de ese bien, para fines de estudios de Derecho Aeronáutico; Luis Tapia Salinas, Curso de derecho aeronáutico, Barcelona, Bosch, 1980, p. 134; Mario O. Folchi, Tratado de derecho aeronáutico y espacial, t. 1, p. 288, Buenos Aires, Astrea, 2015; De Juglart, Traité de droit aérien. 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice et. al., cit., t. 1, p. 276, párrafo 478; Jacques Naveau y Marc Godfroid, Précis de droit aérien, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 171, párrafo 117; Marco Fábio Morsello, Responsabilidade civil no transporte aéreo, p. 121-122, São Paulo, Atlas, 2006; Dário Moura Vicente, O estatuto jurídico da aeronave. Estudos de Direito Aéreo (Dário Moura Vicente- cord.), p. 551-589, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.



De hecho, en la doctrina brasileña, Eurico Paulo Valle procede, según nuestra perspectiva, a la definición completa de aeronave, que corroboramos integralmente. En efecto, para referido autor, se trata de “todo aparato manejable en vuelo, apto a sostenerse y circular en el espacio, por medio de reacciones aerodinámicas, apto al transporte aéreo de personas o cosas”<sup>15</sup>.

Los aviones se incluyen en la especie “aeronaves más pesadas que el aire – aerodinos”, o sea, son propulsados mecánicamente y su sustentación en vuelo se deriva de reacciones aerodinámicas sobre sus propias superficies, que se permanecen fijas, en determinadas condiciones de vuelo<sup>16</sup>.

Los helicópteros también se incluyen en la especie “aeronaves más pesadas que el aire – aerodinos”, es decir, se mantienen en vuelo en virtud de la reacción que ejerce el aire sobre uno o más motores propulsados mecánicamente, que giran en torno de ejes verticales o casi verticales.<sup>17</sup>

Lo mismo se puede decir, a pesar de las características *sui generis*<sup>18</sup>, teniendo en perspectiva el control a distancia, de los denominados UAVs (Unmanned Aircraft Vehicles), que propiciarán mayor alcance de los denominados responsables, permitiendo, e.g., abarcar en el ámbito de la responsabilidad objetiva, el operador, ítem que analizaremos en este trabajo.

En ese contexto, a nuestro juicio, la terminología UAS (Unmanned Aircraft System) es la más apropiada con la realidad fáctica, porque como todo sistema, se compone por elementos, que comprenden no solo el UAV (Unmanned Aircraft Vehicle) sino también, un *Communication Link*, con la estación de control en tierra, a partir de la cual habrá el denominado pilotaje remoto, que se podrá segmentar.<sup>19</sup>

15 Comentários ao novo Código Brasileiro do Ar, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 34 (refiriéndose al Código de 1966). En el mismo tono, a la luz del art.36 del Código Aeronáutico Argentino, sigue el escolio de Eduardo Néstor Balian, Código Aeronáutico comentado y anotado, p. 112, Buenos Aires, Astrea, 2013

16 A ese respecto: Rodríguez Jurado, op.cit., p.87; De Juglart, op. cit., 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice et. al., t. 1, p. 278; Alvaro Bauzá Araújo, op. cit., p. 180-181; Videla Escalada, Manual de derecho aeronáutico, cit., p. 101-112; Luis Tapia Salinas, Curso de derecho aeronáutico, cit., p. 134-135; Marco Fábio Morsello, Responsabilidad civil no transporte aéreo cit, p. 121-122.

17 A ese respecto: Rodríguez Jurado, op. cit., p. 87; Alvaro Bauzá Araújo, op. cit., p. 185; Luis Tapia Salinas, op. cit., p. 135.

18 Como dilucida Umberto La Torre in: mezzi aerei senza pilota. Sicurezza, navigazione e trasporto. Rita Tranquilli Leali y Elisabetta Rosafio (cord.). Milano: Giuffrè, p. 93-123, 2008; . Para un análisis más perspicaz de las funciones ejercidas por el comandante en el ámbito del Derecho de la Navegación, véase, asimismo, del mismo autor, Comando e comandante nell' esercizio della navigazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. En el mismo tono, insertándose en el rol de las aeronaves, véase: Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight, cit, p. 115; Carlos Walter Agostinelli, Régimen legal de los UAV, necesidad de regulación, cit, p. 327; Ruwantissa Abeyratne, Regulating unmanned aerial vehicle - Issues and challenges. European Transport Law: Antwerp, Belgium, p. 503-504, 2009; Pascal M. Dupont, Les drones en question. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), 2006, p. 97-99; Bruno Franchi. Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- I parte., cit, p. 743; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p. 68-70, 2013; Stefan Kaiser, Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 55, Heft 3, p. 344-346, 2006; Finalmente, para más informaciones de los procesos de automatización, de modo que alberguen nuevos horizontes en la responsabilidad civil en el transporte aéreo, véase el interesante artículo de Ronald Schmid, Pilot- in-Command oder Computer in Command? Überlegungen zum Widerstreit zwischen technologischem Fortschritt und der Handlungsverantwortlichkeit des Piloten. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 49, Heft 3, p. 347-360, 2000.

19 A ese respecto: Anna L. M. Sia, Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV), cit, p. 498, 2009, observando con meticulosidad que: “Nel linguaggio tecnico e in quello giuridico si parla spesso di sistema UAV, poiché la macchina volante è, almeno in genere, collegata a terra da una ‘stazione remota’; da qui l’ UAV Pilot regola il volo tramite un Communication Link, sotto il comando dell’ UAV Commander, salvo il caso in cui il flying vehicle non venga ‘preso in consegna’ da altra stazione remota per esser condotto da altro pilota. A seconda del range d’ azione e della quota operativa, includono le piattaforme strategiche di lungo raggio, c.d. endurance e gli UAV tattici.”; María Jesús Guerrero Lebrón; Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p. 68, observando, con perspicacia, que: “Lo cierto en cualquier caso, es que los denominados UAS son sistemas completos con aeronaves diseñadas para volar sin piloto a bordo y comprenden, según la Agencia Europea de Seguridad Aérea (European Aviation Safety Agency, en adelante EASA) un conjunto de subsistemas, entre los cuales está la aeronave (o también llamada en este ámbito, célula de vuelo), el UAV o aeronave no tripulada, su carga de pago (o carga útil), la estación de control (y, a menudo, otras estaciones remotas), los subsistemas de lanzamiento y recogida (si es el caso), los subsistemas de soporte, el subsistema de comunicaciones, el subsistema de transporte, etcétera”; Carlos Walter Agostinelli, Régimen legal de los UAV, cit, p. 327, observando que: “Un UAV no es solo una plataforma aérea sino un sistema compuesto por tres partes: La plataforma aérea o aeronave; enlace de datos (data-link); estación

De hecho, Sofía Michaelidis- Mateou y Chrystel Erotokritou,<sup>20</sup> sufragando nuestro entendimiento acerca de la mayor completitud de la terminología UAS (Unmanned Aircraft System)<sup>21</sup> dilucidan de forma clarividente que, *“remotely piloted aircraft are also known as unmanned aircraft vehicles (UAVs), or drones. An unmanned aircraft system (UAS) also referred to as RPAS consists of ‘unmanned aircraft’, the ‘control station’, as well as a ‘command and control link’<sup>22</sup>, and ‘launch and recovery elements’, which are necessary to make the flight possible. An UAS may have more than one control stations, command and control links and launch and recovery elements”*.<sup>23</sup>

Como consecuencia, en lo que concierne a la naturaleza jurídica, como es conveniente, adentrándose como especies de aeronaves, aunque, *sui generis*, se clasifican como bienes muebles por naturaleza, cuya nacionalidad se encuentra vinculada al Registro ante al departamento competente de cada país. A pesar de que subsista referida naturaleza jurídica, el régimen jurídico propietario, así como la inclusión de los derechos reales de garantía, evidencian similitudes con el régimen jurídico de los bienes inmuebles.<sup>24</sup>

En nuestro sistema jurídico, se considera la aeronave, como un bien mueble que se puede registrar, conforme se preceptúa el art.106, párrafo único, del Código Brasileño de Aeronáutica.<sup>25</sup>

Las operaciones del registro en nuestro país, se realizan a través del Registro Aeronáutico Brasileño (RAB), y los procedimientos se elucidan en los artículos.108 al 114, todos del

---

de control (G.C.S.), enlazada con las redes de mando, control e inteligencia”; Bruno Franchi. *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità*. I parte, cit, p. 738-740, n. 4, 2010, dando cuenta en estudio completo de las diversas nomenclaturas ínsitas al sistema mencionado, por varios países; Carlo A.Siardi, *Tecniche di costruzione e sicurezza del volo degli unmanned aerial vehicles (UAV)*. Il Diritto Aeronautico a cent’anni dal primo volo. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Modena e Reggio Emilia. Alfredo Antonini e Bruno Franchi (cord). Milano: Giuffrè, p.154, 2005; Claudia Kornmeier, *Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung*, cit, p.10; Elisabetta G. Rosafio, *Considerazioni sui mezzi aerei a pilotaggio remoto e sul regolamento ENAC*, Rivista del Diritto della Navigazione, Roma, Aracne, p. 787-805, v. XLIII, n. 2014; Ricardo Daniel Méndez, *Situación jurídica de las aeronaves sin piloto*. Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico (RLADA), n. 25, p. 1-8, Buenos Aires, junio 2015; Pascal M. Dupont, *Les drones ou la révolution aéronautique du 21ème siècle*. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), v. 276, n. 4, 2015, p. 359-402. Por fin, el jurista italiano Umberto La Torre, in *La navigazione degli UAV: un’occasione di riflessione sull’art. 965 C. Nav.* in tema di danni a terzi sulla superficie, cit, p.553, observa la posibilidad, aunque excepcional de la inexistencia de base remota, con la inserción de software a bordo, lo que, a nuestro juicio, por sí mismo, no desnaturalizaría la nomenclatura UAS.

20 Cf. *Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight*, cit, p. 112-13.

21 Unmanned Aircraft System- An aircraft and its associated elements which are operated with no pilot on board, according to ICAO Circular 328, AN/190, march 2011. En el mismo tono, sigue el entendimiento de Ruwantissa Abeyratne. *Unmanned aircraft systems. The civil aviation (revised) perspective*. European Transport Law Antwerp, Belgium, p. 239, 2011, observando que: “An unmanned Aircraft System (UAS) is an aircraft and its associated elements which are operated with no pilot on board. UAS is an overarching term for the entire system comprising an Unmanned Aerial Vehicle (UAV) which is applied to describe a self piloted or remotely piloted that can carry cameras, sensors, communication equipment or other payloads, as well those which support unmanned flights such an air traffic management and remote controllers of such aircraft”.

22 The data link between the remotely-piloted aircraft and the remote pilot station for the purposes of managing the flight. ICAO Circular 328, lo que proporcionará amplitud en el campo de la responsabilidad civil, como lo examinaremos todavía.

23 En ese mismo sentido, véase bajo la perspectiva de riesgos a la safety: Eleutério João Laranjinho Faleiro. *O uso do espaço aéreo por aeronaves não tripuladas –Unmanned Aerial Vehicles (UAV)*, in *Estudos de Direito Aéreo*, p. 285, Coimbra: Almedina, 2007, observando que, justamente a la luz de la mayor complejidad del sistema, hay peculiaridades que no permiten inserción automática en la legislación que reglamenta la aviación civil en general, especialmente en vista de mayores problemáticas en el ámbito de la seguridad operacional (security), lo que el autor subraya en tres aspectos: “la primera es que la necesidad del piloto tener un “Link” de comunicaciones con la aeronave, que podrá estar muy vulnerable a las acciones terroristas; la segunda está relacionada con la ubicación del piloto en tierra, haciéndose físicamente más vulnerable; la tercera es el hecho de los vehículos aéreos no tripulados, ser un blanco bastante atractivo para el terrorismo.” En el mismo tono sigue el entendimiento de Carlos Walter Agostinelli, cit, p.328.

24 A ese respecto: Rodríguez Jurado, *Teoría y práctica del derecho aeronáutico*, cit, p. 112-114 ; José da Silva Pacheco, *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*, cit, p. 192-202 ; Alvaro Bauzá Araújo, *Tratado de Derecho Aeronáutico*, cit, p. 188, resaltando tratarse de bien mueble, con algunas características de los bienes inmuebles; Jacques Naveau y Marc Godfroid, *Précis de droit aérien*, cit., p. 172, párrafo 118; Luis Tapia Salinas, *Curso de derecho aeronáutico*, cit., p.148, destacando tratarse de bien mueble de carácter *sui generis*; Videla Escalada, *Manual de derecho aeronáutico*, cit., p. 115, en posición minoritaria, que, in casu, no apoyamos, defiende que la naturaleza jurídica de la aeronave se incluye en el rol de las cosas – y no bienes-muebles registrados.

25 A ese respecto: José da Silva Pacheco, *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*, cit., p. 192, ítem 229; Luis Ivani Amorim de Araújo, *Direito internacional privado aeronáutico*. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 74, p. 24-28, jul. 1998.

Código Brasileño de Aeronáutica.<sup>26</sup>

Además, el registro de aeronaves no tripuladas en Brasil, se da por medio de las disposiciones del Reglamento Brasileño de Aviación Civil Especial n° 94/2017, acto legislativo innovador.<sup>27</sup>

### III. REGLAMENTO. APRECIACIONES CRÍTICAS

Con fundamento en la premisa mayor de inclusión de los UAS como aeronaves, aunque *sui generis*, conviene proceder al análisis sumario del cuerpo normativo apto a su reglamento, con las apreciaciones críticas correspondientes.

Para ello, inicialmente, la Convención de Chicago de 1944, a pesar de no entrar en detalles, especialmente a la luz de la complejidad actual de los UAS, contempla algunos artículos acerca de los UAV.<sup>28</sup>

De hecho, en el art.8º, surge por primera vez la noción de pilotless aircraft, para definir que: a) el sobrevuelo del territorio en un Estado por una aeronave no tripulada, necesita de un permiso especial de ese Estado; b) la utilización de estas aeronaves en espacio aéreo abierto al tráfico civil, se deberá realizar de modo a no poner en riesgo otras aeronaves.

En la misma Convención, el art.20, prevé que los UAV deben estar registrados, mientras que, el art.31, estipula la obligatoriedad del certificado de aeronavegación, expresamente reconocidos en los Estados pertenecientes a la Organización de Aviación Civil Internacional (ICAO).

Al tejer mencionadas digresiones, se infiere que el vuelo no tripulado es actividad reconocida expresamente por la Convención, con previsión de su utilización en espacio aéreo abierto al tráfico civil, a pesar de que el sobrevuelo de un tercero Estado, necesite de permiso especial.

En los demás dispositivos, se reconocen los UAV como aeronaves, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de registro y certificado de aeronavegación.

A pesar de digna de los mejores encomios por la previsión a aquella época, surgen innumerables vacíos, especialmente en vista de las amplias actividades ínsitas a los UAS, como subrayamos anteriormente, principalmente en el denominado espacio aéreo segregado.

26 A ese respecto, José da Silva Pacheco, op. cit., p. 196-202.

27 El RBAC-E n° 94/2017, estableció tres clases de aeronaves no tripuladas, a variar por el peso del equipo. Para los UAS pertenecientes a las primera y segunda categorías, o sea, aquellos que tienen, respectivamente, peso máximo de despegue superior a 150 kg y entre 25 e 150 kg, es necesario el registro común exigido a cualquier aeronave (RAB). También es necesario el registro de vuelos de estas aeronaves. Los UAS de categoría 3, a su vez, aquellos cuya masa sea superior a 250g y inferior a 25 kg, precinden del registro de vuelos, pero deben ser registrados en un nuevo sistema creado y gestionado por la Agencia Nacional de Aviación Civil Brasileña (ANAC). Los equipos más ligeros que 250g no necesitan de registro, independientemente de la finalidad a que se destinan.

28 Como observa acertadamente Eleutério João Laranjinho Faleiro, op. cit., p. 263-306. En ese mismo sentido, véase: Ruwantissa Abeyratne, *Regulating unmanned aerial vehicle - Issues and challenges*. European Transport Law: Antwerp, Belgium, p. 505-507, 2009; Anna L. M. Sia op. cit., p. 501-507, 2009; Carlos Agostinelli, op. cit., p. 330-331; Pascal M. Dupont, *Les drones en question*, cit., p. 99-100; Bruno Franchi, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità*- I parte, cit., p. 737-739, n. 4, 2010; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo. *Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado.*, cit., p. 73-76, 2013; Stefan Kaiser. *Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles*. cit., p. 348-349, 2006; Anna Masutti, *Prospettive di regolamentazione dell'uso dei velivoli senza pilota (UAV) nello spazio aereo comune*. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 784-785, 2007; Chrystel Erotokritou; Sofia Michaelidis-Mateou, *Flying into the future with UAVs*, cit., p. 115-116, 2014; Pascal M. Dupont, *Les drones ou la révolution aéronautique du 21ème siècle*. Paris: Pedone, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)*, v. 276, n. 4, 2015, p. 373-374.

En ese contexto, diversas iniciativas se adoptaron en la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Australia, Nueva Zelanda y Brasil, entre otros.<sup>29</sup>

A partir de eso, parece fundamental, a nuestro juicio, la edición de marco reglamentario en el ámbito del Mercosur, de modo a abarcar de Norte a Sur, dimensiones efectivamente continentales, a partir del Mar del Caribe hasta Antártica en el Polo Sur y de Este a Oeste (4.319 km), desde la Ponta del Seixas en el Estado de Paraíba, Brasil, hasta los manantiales del Río Moa, en la Serra de Contamana, Estado de Acre, Brasil, frontera con Perú.<sup>30</sup>

En Brasil, principalmente teniendo como objeto el desarrollo incuestionable de su utilización, unido a las dimensiones continentales del país, la Agencia Nacional de Aviación Civil (ANAC), procedió a la apertura de consulta pública teniendo en perspectiva, la reglamentación minuciosa de la materia, exigiéndose permiso expreso y registro de las diversas especies de vehículos aéreos no tripulados, conocidos en la jerga técnica brasileña como VANTS.<sup>31</sup>

En ese camino, a su vez, nos preocupaba la posible ausencia de reglamentación de equipos diminutos derivados de la nanotecnología, a medida que su desarrollo dinámico, podrá justamente fomentar actividades ilícitas, además de inseguridad jurídica en vista de los vacíos existentes.

El nuevo RBAC-E nº 94/2017, ha sido editado justamente para hacer frente a tal problema. En el preámbulo de la norma administrativa, se determinó que “este Reglamento Especial establece las condiciones para la operación de aeronaves no tripuladas en Brasil en vista de la actual fase del desarrollo de esta tecnología. Se objetiva promover un desarrollo sustentable y seguro para el sector y, así, algunas restricciones operativas (...) se consideraron necesarias en ese momento.”<sup>32</sup>

De hecho, se hace imprescindible el registro y previo reglamento, puesto que, por las máximas de experiencia, se prevé la utilización de creciente miniaturización para actividades ilícitas disfrazadas del objetivo de aeromodelismo, cuya desviación, exige

29 A ese respecto, para mayores detalles, véase: Sofia Michaelides-Mateou & Chrystel Erotokritou, *Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight*, cit. p. 116-122; Anna L. M. Sia, *Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV)*, cit. p.513-517; Ruwantissa Abeyratne, *Regulating unmanned aerial vehicle - Issues and challenges*, cit. p.503-504; Daniele Collenz, *I velivoli senza pilota a bordo. Nuove sfide sopra i nostri cieli. Trasporti- Diritto, Economia e Politica*, Trieste, n. 103, p.175, 2007; Bruno Franchi, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- I parte*, cit. p. 738-740, n. 4, 2010; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, *Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado*, cit. p. 76-83, 2013; Anna Masutti, *Prospettive di regolamentazione dell'uso dei velivoli senza pilota (UAV) nello spazio aereo comune. Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 785-787, 2007; José Luiz Boanova Filho, *Aeronaves não Tripuláveis no Brasil e sua Regulação. Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 96, p.49-51, 2014; José E. Palermo, *Dispositivos Aéreos Operados a Distancia. Marco Básico de Operación en Uruguay. Revista del CIDA-E*, n. 38, p. 101-109, Montevideo, Dirección Nacional de Aviación Civil y Infraestructura Aeronáutica, 2014; Francis Schubert, *The integration of Remotely Piloted Aircraft in the Air Navigation Services System. Annals of Air and Space Law, Montréal, (IASL)*, v. XXXIX, p. 129-162, 2014; Earl Comstock, Jonathan Linde y Evelyn Sahr, *It is not too late - The FAA can amend its proposed SUAS rules, restore its position as a leading voice in aviation, and guarantee the long-term success of the U.S. Unmanned Aircraft Industry. Journal of Air Law and Commerce*, v. 80, n. 3, p. 473-496, Dallas, Southern Methodist University, 2015; Drew Palmer, *The FAA's Interpretation of the Special Rule for Model Aircraft, Journal of Air Law and Commerce*, v. 80, n. 3, p. 567-593, Dallas, Southern Methodist University, 2015; Cecilia Severoni, *La disciplina normativa attuale degli aeromobili a pilotaggio remoto. Diritto dei trasporti*, Cagliari, Edizioni AV, p. 65-103, n. 1, 2016; Pascal M. Dupont, *Les drones ou la révolution aéronautique du 21ème siècle. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)*, v. 276, n. 4, 2015, p. 359-402; Paolo G. Piccioli, *Droni. Security, safety, privacy ed etica. Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto: il futuro dell'aviazione militare e civile. Roma, EPC Editore*, 2016; En lo que atañe a Brasil, véase nota 26

30 Cf. Almanaque Abril, 2014, p. 642, São Paulo, Editora Abril, 2014. Obsérvese, a propósito, que referido ejemplo tuvo en cuenta la integración de Venezuela como Miembro Pleno, bajo el mismo status de los demás, o sea, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

31 A ese respecto, véase ANAC-- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL DO BRASIL (Propostas para a regulamentação de RPAS). São José dos Campos, febrero de 2014. Dirección electrónica: [www.anac.gov.br](http://www.anac.gov.br); José Luiz Boanova Filho, *Aeronaves não Tripuláveis no Brasil e sua Regulação*, cit.

32 Cf. disponible en el Reglamento Brasileño de Aviación Civil nº 94, de 02 de mayo de 2017. Dirección electrónica: [http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-e-94-emd-00@@display-file/arquivo\\_norma/RBACE94EMD00.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-e-94-emd-00@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf).

intervención legislativa y reglamentar.

Además, conviene no olvidar que, en los moldes del transporte aéreo civil internacional, es necesario el advenimiento de Convención específica acerca de la temática, cuyo dinamismo es creciente, bajo los auspicios de la ICAO, fomentando la propalada seguridad jurídica, unida a la uniformidad normativa fundamental en temas de este jaez, puesto que, a pesar de loables los intentos efectuados hasta el presente, mediante la emisión de Circulares Normativas, no alcanzaron su objetivo de efectividad y adhesión uniforme.<sup>33</sup>

#### IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

A pesar de las consideraciones expuestas a cerca del marco jurídico de los UAS, como aeronaves *sui generis*, es verdad que surgirán diversas hipótesis no susceptibles de inserción en el transporte aéreo de cosas o personas, para fines de aplicación, e.g. de la Convención de Montreal, en el transporte aéreo internacional, o del Código Brasileño de Aeronáutica en el ámbito nacional. *¿Quid juris*, entonces?

Investigándose el derecho común, en nuestro país, hay una cláusula general enumerada en el art. 927, párrafo único del Código Civil en vigor, que se preconiza: *"Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados en ley, o cuando la activad normalmente desarrollada por el autor, implicar, por su naturaleza, riesgos para los derechos de otros."*

Ahora bien, de la simple lectura de la segunda parte del dispositivo legal en comento, queda delineada cláusula general fundamentada en actividad de riesgo, con la correlata objetivación de la responsabilidad, naturalmente en consonancia con la utilización de UAS.

De hecho, tratándose, de manera ineluctable de actividad de riesgo, in casu, corroborada por la reconocida tríada (D3), o sea, *dull, dirty and dangerous*, vigora responsabilidad objetiva, que podrá ser suprimida por las eximentes del hecho de la víctima, del hecho de tercero absolutamente extraño al ejercicio de la actividad emprendida y la denominada fuerza mayor extrínseca, quedando claramente apartada la denominada *due diligence*.<sup>34</sup>

De ese modo, a nuestro juicio, eventuales problemáticas de comunicación operativa del UAS, en el ámbito del denominado *Communication Link*, seguramente caracterizarían el designado fortuito interno inexcusable, visto que está vinculado a la amplia actividad de riesgo del operador.

Lo mismo se puede decir, en la hipótesis de segmentación de actividades, de modo que, el

33 A ese respecto, para mayores detalles acerca de los intentos efectuados por la ICAO, hasta el presente, véase, Sofia Michaelidis-Mateou y Chrystel Erotokritou, op. cit, p. 116, afirmando que: "The first step at an international regulatory level to address unmanned aviation in the same manner as manned aviation is contained in ICAO Circular 328. The Circular published in March 2011 aims to ensure a safe, coherent and streamlined routine operation of UAS worldwide". Sin embargo, en la práctica, referidos resultados no lograron todavía, los efectos deseados. En ese contexto, apoyamos el entendimiento del jurista Paul Stephen Dempsey, Compliance and Enforcement in International Law: Achieving Global Uniformity in Aviation Safety, p. 1, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, n. 30, fall, 2004, que se manifestó: "It is generally agreed that it is true, in the purely technical field, a considerable measure of power can be exercised by, and indeed must be granted to, a world body... Law without compliance and enforcement is like poetry- it is pleasing to the ear, but has little to do with the practical world in which we live".

34 A ese respecto, en lo que se refiere a las eximentes de la responsabilidad, con apreciaciones críticas a la denominada *due diligence*, véase Marco Fábio Morsello, Responsabilidad civil no transporte aéreo, cit, p. 285-289. Por su parte, corroborando a la denominada responsabilidad objetiva del operador/piloto de UAS, véase: Cláudia Kornmeier Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung, cit, p. 75-78; Pascal M. Dupont, Les drones en question, cit, p. 102; Fabien Gouttefardé, Le cadre juridique de l'emploi des drones au dessus des espaces maritimes. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), Paris, Pedone, v. 247, n. 1, p. 21-24, 2009.

hecho del tercero, naturalmente condice con práctica de oficio absolutamente extraño al emprendimiento ejecutado, lo que permite caracterizar responsabilidad del explorador de la actividad, aunque a la luz de simple relación jurídica ocasional, aplicándose *mutatis mutandis*, la amplia experiencia doctrinaria y jurisprudencial proveniente de las discusiones del concepto de *préposé*, en el ámbito del Sistema de Varsovia.<sup>35</sup>

Finalmente, solo conviene aclarar que no incluimos en el rol de las eximentes, la denominada causa desconocida, en la medida que, a nuestro juicio, parece incompatible con la obligación de protección a las víctimas del evento y de la teoría del riesgo del emprendimiento del suministrador ínsita a su responsabilidad objetiva, como ya hemos tenido oportunidad de tratar en otra coyuntura.<sup>36</sup>

En ese contexto, considerando que la objetivación de la responsabilidad del operador de UAS es inconcusa, no se sostiene la premisa pretérita preconizada por Drion, acerca de un sistema *quid pro quo*, apto a la aceptación de ese sistema como un favor legis, de modo a imponer efectos previos de limitación de la responsabilidad.<sup>37</sup>

Asimismo, como ya es sabido, en la responsabilidad civil contemporánea, se desplazó el papel de la culpa para la figura del daño y su amplia reparación, corroborando, en ese aspecto, su función compensatoria, unida a los principios de la prevención y precaución.<sup>38</sup>

En resumen, la indemnización se mide por la extensión del daño en el ámbito del Derecho común, siendo imprescindible en situaciones de este jaez, el previo reglamento de intereses, por medio de la consecución de seguros.<sup>39</sup>

Ulteriores problemáticas derivan del carácter polifacético del pilotaje de los UAS, teniendo por objeto evaluar el responsable y/o responsables por el daño evento.

Con tal desiderátum, como observamos en el ítem subsecuente, en el marco jurídico brasileño, terceros víctimas del evento son equiparados a la figura de consumidores, siendo amparados por la amplia indemnización del daño, sin perjuicio de que, teniendo en perspectiva simplificar procedimientos reglamentarios de resarcimiento, toda gama

35 A ese respecto: Michele M. Comenale Pinto, La nozione di preposto nel trasporto aereo. Diritto dei trasporti, Cagliari, p. 371-422, 2001; Marc Godfroid. La notion de préposé dans la Convention de Varsovie et la recevabilité de l'action intentée contre le transporteur aérien. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA), Paris, v. 37, p. 373-378, 1983; Marco Fábio Morsello, Responsabilidade civil no transporte aéreo, cit, p. 110-120.

36 Cf. Responsabilidade civil no transporte aéreo, cit, p. 263-266. En la misma dirección: Silvio Busti, Contratto di trasporto aereo. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Antonio (Dir.). Trattato di diritto civile e commerciale, p. 595-596, Milano: Giuffrè, 2001. t. 3; Gerardo Mastrandrea, L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone, p. 194-195 y 200-201. Padova: Cedam, 1994; Donat Ficht. Die unbekannte Schadensursache im internationalen Luftverkehr. Schriften zum Luft- und Weltraumrecht. Herausgegeben von Karl Heinz Böckstiegel, p. 205-207, Köln- Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1986.

37 Cf. Limitations of liabilities in international air law. The Hague, 1954. En lo que concierne a la apreciación crítica al mencionado sistema, véase Marco Fábio Morsello, Responsabilidade civil no transporte aéreo, cit, p.480-491.

38 A ese respecto: Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, Droit de la responsabilité. Paris: Dalloz, 1998. p.1, párrafo 2, p.2, párrafo 3; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987. p. 423, en la cual utiliza la nomenclatura Präventionsgedanken; Jean Louis Baudouin y Patrice Deslauriers, La responsabilité civile. 5.ed. Québec (Canadá): Ed. Yvon Blais, 1998. p. 4; Guido Alpa, Trattato di diritto civile. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 - La responsabilità civile, p. 132 (referido autor, dicho sea de paso, designa la función preventiva como efectiva deterrence, y la reparación como efectiva compensación a la víctima); Patrice Jourdain. Les principes de la responsabilité civile. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998. p. 3; Geneviève Viney, Traité de droit civil. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 - Introduction à la responsabilité, p. 64. En el ámbito de los UAS, teniendo por objeto justamente corroborar la prevención, a la luz de las restricciones del pilotaje remoto para fines de los denominados see and avoid, en nuestra opinión, ocupan lugar de relieve los sistemas TCAS (Traffic Alert and Collision Avoidance System) y EGPWS (Enhanced Ground Proximity Warning System).

39 A ese respecto: Maria Jesús Guerrero Lebrón; Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit, p. 94-95; Antonio Azzano, Profili assicurativi degli unmanned aerial vehicles (UAV). Il Diritto Aeronautico a cent'anni dal primo volo. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia. Alfredo Antonini e Bruno Franchi (coord). Milano, Giuffrè, p. 27-36, 2005. Por último, en lo que se refiere a la socialización de los riesgos en situaciones de esta especie, que impuso revisión del sistema para establecer límites, bajo riesgo de spreading, delante el cuerpo social, véase Marco Fábio Morsello, A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 7, n. 2, p.13-22, São Paulo, Brasil, 2006.



de suministradores, directos e indirectos, se consideran solidariamente responsables, dirimiéndose, posteriormente, entre suministradores, el acuerdo del quantum debeatur.

Sin perjuicio de las consideraciones supra, en vista de la complejidad de los UAS, en general, integrados no solo por la aeronave, sino también, por la estación de control, así como por sistemas que permitan los enlaces de comunicación y equipos de lanzamiento y recepción, se vislumbra amplio mosaico de posibles responsables en la hipótesis de daño evento.<sup>40</sup>

Es conveniente no olvidar, además, la posibilidad de segmentación del propio pilotaje remoto, lo que puede hacer emerger, diversos pilotos, no obstante, en etapas diversas, sometidos a control operacional de la denominada *final authority*, fundamental en las mencionadas circunstancias.<sup>41</sup>

De ese modo, es evidente, que referida realidad fáctica corrobora la responsabilidad del operador del UAS, así como de aquellos que ejecutan actividades vinculadas al funcionamiento correlato, especialmente cuando verificada concausa para la eclosión del evento.

Con tal desiderátum, conviene plantear el tema de la interesante posición del derecho francés, fundamentada en la conocida teoría de la guardia, que a nuestro juicio, reafirma la teoría de riesgo del emprendimiento, imponiéndole al explorador y al operador del UAS<sup>42</sup>, responsabilidad objetiva.

Es conveniente añadir, a propósito, que verificado eventual vicio estructural o avería en la fabricación del UAS, así como en sus componentes, emergerá la denominada responsabilidad extracontractual objetiva del fabricante constructor, sin nivel-límite de indemnización, basándose en la teoría del riesgo del emprendimiento.<sup>43</sup>

Y además, bajo la óptica del nuevo Código Civil, subsiste marco en el mencionado régimen, ya que se ejerce actividad de riesgo, a la cual se suman la peligrosidad intrínseca del UAS y de sus materiales.

40 A ese respecto, María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo, op. cit, p. 92; Alessandro Zampone. Riflessioni in tema di Responsabilità nell'esercizio di Remotely Piloted Aircraft System (RPAS). Diritto dei Trasporti, p. 70-74, Cagliari, Edizioni AV, n. 1, 2015.

41 Cf. Como muy bien dilucida Stefan A. Kaiser, Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles, cit, p. 350, observando que: As fleets of UAVs will be piloted by pilots in centralized control centres, rules are needed to make the operator accountable for proper hand-over in case the command changes from one pilot to another during the flight. Likewise the operator has the responsibility to assure that the various system elements of UAVs and their infrastructure (operations centre, data link, etc), interface seamlessly. On the regulatory side this could be achieved through operator licensing. The concept of final authority as to the disposition of the aircraft furthermore implies that the pilot-in-command needs to be in a position as to intervene in flight at any time. Consequently, the pilot-in-command of a UAV must be in a position to control the aircraft by data-link and whenever necessary, to over-ride with his inputs an automatic flight control system. Even autonomous UAVs require an individual who acts as pilot-in-command in accordance with the existing air law principles of responsibility and authority". En el mismo tono, Bruno Franchi, Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità - II parte, cit, p. 1227-1228.

42 A ese respecto: Fabien Gouttefarde, Le cadre juridique de l'emploi des drones au dessus des espaces maritimes, cit, p. 5-26; Pascal M. Dupont, Les drones en question. cit, p. 97-104.

43 Para más detalles acerca de la responsabilidad civil del fabricante constructor de aeronaves, véase: Edwing Frietsch. Die Produkthaftung – Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Luftverkehr. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 36, p. 170-186, 1987; Colm Mannin, Quelques évolutions actuelles dans le domaine de la responsabilité relative aux accidents aériens: perspectives du constructeur aéronautique. In: COLLOQUE LES ACCIDENTS AÉRONAUTIQUES ET SPATIAUX: INVESTIGATIONS, RESPONSABILITÉ, RÉPARATION DES DOMMAGES; RÉUNION AÉRIENNE ET LA RÉUNION SPATIALE, Paris, 17-18 mayo 1994; Octanny Silveira da Mota. Responsabilidade civil do construtor aeronáutico. In: JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DIREITO AERONÁUTICO, ESPACIAL E DA AVIAÇÃO COMERCIAL, 11 sep. 1979. São José dos Campos, 1979. p.453-483. Carlos Américo Barbosa de Oliveira. Responsabilidade civil do fabricante. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 36, p. 87-91, enero/diciembre 1978; Francisco J. C. Pimentel e Marcelo M. C. Prais, Responsabilidade civil do produto e a indústria aeronáutica: o controle de qualidade. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 41, p. 24-28, enero/julio 1984; Andreas Schubert. Die Produkthaftungspflicht im internationalen Luftverkehr und deren Versicherung. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1997; Guido Rinaldi Baccelli, La responsabilità extracontrattuale del costruttore di aeromobile. Padova: Cedam, 1987.

En ese camino, también es importante apuntar que, a la luz de la amplia segmentación de actividades en la referida especialidad, podrá emerger en un mismo daño evento, responsabilidad solidaria del productor fabricante del UAS, del fabricante de materiales y sistemas de comunicación de este, del responsable por el montaje y del importador.<sup>44</sup> Al tejer mencionadas digresiones, conviene proceder al análisis autónomo en el ítem subsiguiente, el de la responsabilidad delante terceros en la superficie.

## V. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS EN LA SUPERFICIE. APRECIACIONES CRÍTICAS

Aunque haya habido modificaciones del sistema de responsabilidad contractual del transportador aéreo, especialmente con la entrada en vigor de la Convención de Montreal, actualmente la responsabilidad extracontractual de este por daños causados a terceros en la superficie por aeronave, persona o cosa que se le cayó de la misma, todavía se escuda en la pretérita orden pública de dirección, que se fundamenta en la Convención de Roma de 1952 y en el Protocolo de Montreal de 1978, en el ámbito del transporte aéreo internacional, o por legislaciones internas reglamentarias de la materia en el ámbito nacional, como ocurre, v.g, en Brasil, con el Código Brasileño de Aeronáutica y el nuevo Reglamento nº 94/2017 de la Agencia Nacional de Aviación Civil (ANAC).<sup>45</sup>

En cualquier caso, como observado en el ítem anterior, la responsabilidad objetiva de los operadores de UAS es inequívoca, especialmente con fundamento en la teoría del riesgo, acogida por cláusula general con función iluminante que se expande para todo el sistema jurídico.

Mencionado entendimiento queda corroborado en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual delante terceros.

Realmente, no existe previsibilidad objetiva del daño por parte de las víctimas que se encuentran en la superficie, que ni siquiera celebraron cualquier negocio jurídico contractual de modo a poder, eventualmente, regular sus intereses, asumiendo riesgos.

Obsérvese, oportunamente, que la mitigación del rigorismo absoluto del principio de la

44 A ese respecto, Marco Fábio Morsello, Responsabilidade civil no transporte aéreo, cit, p.490-491.

45 Para más detalles acerca del tema de la responsabilidad civil del transportador aéreo por daños causados a terceros en la superficie, véase: Alvaro Bauzá Araújo, Derechos de los terceros de la superficie en relación con las aeronaves convencionales, a reacción, supersónicos e ingenios espaciales. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 19, p. 163-182, enero/junio 1966; Emiliano Casado Iglesias. La responsabilidad por daños a terceros en la navegación aérea. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1965; Mário Ramos da Costa Responsabilidade do transportador aéreo por danos causados a terceiros na superfície. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 34, p. 29-33, jun. /dic. 1974; Michel Juglart *Traité de droit aérien*. 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice, Jacqueline Duthiel de La Rochère y Georgette M. Miller. Paris: LGDJ, 1989. t. 1, y 2.; Isabella Henrietta Philipina Diederiks-Verschoor. An introduction to air law. 6. ed. Dordrecht: Kluwer, 1997. v. 1 y 2; Jacques Naveau y Marc Godfroid. Précis de droit aérien. Bruxelles: Bruylant, 1988; Stefan Kaiser, Third party liability of unmanned aerial vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 57, Heft 2, p.229-237, 2008; J. C. Sampaio de Lacerda. Direito de terceiros na superfície em relação às aeronaves convencionais, à jato, supersônicos e engenhos espaciais. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 19, p. 183-185, ene./jun. 1966; Umberto La Torre, La navigazione degli UAV: un'occasione di riflessione sull'art. 965 C. Nav. in tema di danni a terzi sulla superficie. Rivista del Dritto della Navigazione, Aracne, Roma, n.2, p.553-575, 2012; Antonio Lefebvre D'Ovidio, Gabriele Pescatore e Leopoldo Tullio. Manuale di Diritto della Navigazione, Milano: Giuffrè, 2008; Alex Meyer, Die Bedeutung des Romischenhaftungsabkommens vom 7.10.52 für die Luftgesetzgebung der Deutschen Bundesrepublik. In: LUFTRECHT in fünf Jahrzehnten. Köln: Universität zu Köln, 1961. p.154-163; Marco Fábio Morsello. Responsabilidade civil no transporte aéreo. São Paulo: Atlas, 2006; José da Silva Pacheco, Código Brasileiro de Aeronáutica comentado. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; Guttemberg R.Pereira, A problemática das novas Convenções relativas a danos a terceiros no Transporte Aéreo Internacional. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 94, p. 3-5, 2012; G. Rinck, Schäden Dritter im Internationalen Luftverkehr: über den bisherigen Misserfolg des Römer Haftpflichtabkommens. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, p. 85-104, 1962; Maria da Graça Trigo. A responsabilidade civil do operador de aeronaves por danos causados a terceiros na superfície. Estudos de Direito Aéreo (Dário Moura Vicente, cord), Coimbra Editora, p. 319-355, 2012; Stefano Zunarelli y Michele M. Comenale Pinto. Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti. Padova: Cedam, 2ª ed, 2013.; Federico N. Videla Escalada. Manual de derecho aeronáutico. 2. ed.actual. Buenos Aires: Zavalia, 1996. Mario O. Folchi, op. cit, t. 2, p. 295-306; Kristina Moll-Osthoff, Die Neuregelung der Haftung für Schäden Dritter im internationalen Luftverkehr, p. 7-65, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2014; Alessandro Zampone. Riflessioni in tema di Responsabilità nell'esercizio di Remotely Piloted Aircraft System (RPAS). Diritto dei Trasporti, p. 63-89, Cagliari, Edizioni AV, n. 1, 2015.



reparación integral del daño podrá ocurrir, bajo determinadas circunstancias, en el ámbito de la responsabilidad contractual, lo que, a nuestro juicio, corrobora la insubsistencia de la limitación previa en el ámbito extracontractual objetivo.

En ese contexto, conviene apuntar que las bases de cálculo establecidas en la Convención de Roma, de 1952 y Protocolo de Montreal, de 1978, a pesar de ratificadas, v.g. por Brasil, no permitirían aplicación, *in casu*, con fundamento en las siguientes premisas.

Inicialmente, la base de cálculo del *quantum* para la indemnización, parece totalmente disonante de la realidad fáctica, a medida que el peso de los UAS, especialmente, a la luz de los progresos de la nanotecnología, claramente, revela total disonancia del carácter efectivamente compensatorio del daño.

De hecho, en estas hipótesis, como se sabe, los UAS podrán impulsar daños pronunciados, hasta con dimensiones catastróficas, a pesar de peso muchas veces claramente ínfimo. O sea, la base de cálculo del peso de la aeronave, en verdad, no denota nexo causal automático con la extensión del daño.<sup>46</sup>

El segundo punto tiene apoyo en la realidad contemporánea de efectiva función compensatoria del daño, como presupuesto de la responsabilidad civil, lo que, absolutamente no se coaduna con los criterios restrictivos contemplados en la Convención de Roma.<sup>47</sup>

Es importante añadir, oportunamente, que con fundamento en esta vulneración, en el sistema jurídico brasileño, v.g. en el ámbito de la responsabilidad civil del transportador aéreo por daños a terceros en la superficie, se aplican los dictámenes del sistema de defensa del consumidor.<sup>48</sup>

Con efecto, en el *quid* del microsistema consumerista, se deduce que la regla establecida

46 A ese respecto: Marco Fábio Morsello, op. cit. p. 490; María Jesús Guerrero Lebrón, Cristina Cuerno Rejado y Patricia Márquez Lobillo. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit. p. 91, 2013, observando con perspicacia que: "Además, el hecho de que los límites indemnizatorios estén consagrados en una escala que atiende al peso máximo autorizado al despegue, nos da una idea también de que utilizar el marco normativo actual nos conduce a una situación jurídica poco adecuada, si atendemos a las consecuencias que pueden derivarse de la utilización de los UAS. Y es que, a las críticas generales que pueden efectuarse a tal sistema, que establece una correlación directa entre la masa de la aeronave y el importe máximo de la indemnización, se les suman otras derivadas de las peculiaridades de emplear los UAS. Para empezar, hay que señalar que las consecuencias de un impacto no dependen únicamente del peso de la aeronave, ya que el principio de energía cinética determina que haya dos parámetros relevantes en el momento del impacto: la masa y la velocidad. Pero es que, además, aún cuando con la aviación tradicional siempre se ha planteado como mucho más probable los grandes impactos contra el terreno, la utilización de UAS incrementa enormemente las probabilidades de que se produzcan mid-air collisions (teniendo en cuenta que el riesgo de éstas desciende considerablemente cuando también lo hace la altitud del vuelo, de modo que éste debería ser otro parámetro a tener en cuenta). Desde luego, el tratamiento de las mid-air collisions y los impactos contra el terreno merecería una clasificación, e incluso centrándonos en los últimos, debería diferenciarse entre colisionar con un terreno despoblado o hacerlo contra otro poblado y con distintos niveles de densidad de población. En este sentido hay que tener en cuenta que incluso se añade una nueva variable que atiende no solo al peso o masa de la aeronave, sino al volumen de ésta."

47 A ese respecto, Mario O. Folchi, op. cit. t. 2, p. 306, observa que: "En mi opinión, la responsabilidad limitada en casos de daños a terceros en la superficie no puede sustentarse en base legal alguna. Quien sufrió un perjuicio por un hecho que le es ajeno, debe ser indemnizado en la completa extensión del daño respectivo. Si alguna vez y en los comienzos de la aviación, en la primera mitad del siglo pasado, pudo haber una razón económica que sostuviera dicha limitación, la misma ha desaparecido. En la actualidad y desde hace muchos años, está plenamente demostrado que la aeronavegación es muy segura y que los accidentes que ocurren son casi excepcionales, si se tiene en cuenta la enorme cantidad de aeronaves que diariamente surcan el espacio aeronáutico en todo el mundo. En este marco sostener la limitación de responsabilidad del explotador de la aeronave por daños a terceros en la superficie, resulta contrario a la justicia, a la equidad y a los mas elementales principios de derecho occidental, basados en la célebre máxima romana honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere".

48 En lo más, la nueva Reglamentación n° 94/2017, de la Agencia Nacional de Aviación Civil, prevé exhaustivamente las precauciones y la responsabilidad de los operadores de aeronaves no tripuladas delante terceros en la superficie. En líneas generales, desde mayo de 2017, fue prohibida la utilización de los UAS en regiones a menos de 30 metros horizontales distantes de otras personas. Puede la regla general ser derogada cuando éstos lo autoricen expresamente, o en los casos de existencia de alguna barrera física efectiva entre el equipo y el tercero. Otro punto innovador instituido por la ordenanza administrativa fue la necesidad de contratación, por los operadores de UAS, de seguro con coberturas de daños a terceros, teniendo ellos que portar la póliza de seguro durante los vuelos. Se exceptúan de tal determinación las aeronaves no tripuladas controladas por agencias estatales.

del amplio deber de indemnizar, en causas de este jaez, en los términos del art.6º, VI, de la Ley n.8.078/90, se vincula a la inserción de la víctima bajo el *status* del consumidor por equiparación, en los términos del art.17 de la mencionada legislación.<sup>49</sup>

El mismo entendimiento, de este modo, se aplicaría, *mutatis mutandis*, a los UAS, en la medida que, los derechos del consumidor por equiparación, están agrupados por la función y no por el objeto, dando origen a la sobre estructura jurídica con proyección horizontal, permitiendo su inserción como *lex specialis*, en el ámbito de las relaciones de consumo, sin reducir la atención al art.5, inciso XXXII de la Constitución Federal, el cual propugna expresamente que la defensa de los derechos del consumidor es derecho fundamental.<sup>50</sup>

Se concluye, por lo tanto, que la responsabilidad extracontractual objetiva es incompatible con la limitación previa del daño, de modo que, independientemente de la aplicación del microsistema consumerista, el deber de indemnizar el perjuicio causado, en su integridad, *in casu*, es de rigor.

## VI. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

El amplio espectro de actividades que se desvelan por medio de la utilización de los UAS, especialmente con el rápido desarrollo de la nanotecnología, seguramente superan la realidad cotidiana impuesta por las aeronaves tripuladas y bajo pilotaje directa.

De hecho, sin perjuicio de las relevantes iniciativas protectoras de la seguridad pública, incluso en lo que respecta a la prevención, la utilización de vehículos aéreos no tripulados, se instrumentaliza en la realidad contemporánea, v.g, en los controles agrícolas y ambientales, irrigación de campos agrícolas, supervisión de grupos y fronteras de inmigración, búsqueda y rescate, entrega de pedidos y suministros médicos, aerofotogrametría, análisis de grandes accidentes de tráfico, apoyo en protección civil, control de daños en desastres procedentes de inundaciones, tsunamis, terremotos y huracanes, detección, vigilancia y control de incendios, inspección de líneas eléctricas de alto voltaje, oleoductos, supervisión de materiales peligrosos, estudios atmosféricos, vigilancia de propiedad y hasta autorretratos (*selfies*), especialmente a la luz del desarrollo de la nanotecnología, como ya hemos señalado en el ítem 1 de este trabajo.

Aunque no se dispense la relevancia y ventaja en la práctica de actividades en la tríada (D3), en otra parte mencionada, o sea, *dull, dirty and dangerous*, cuando en comparación con el pilotaje directo, es verdad que en la sociedad espectáculo en que vivimos, a la luz de un *turboconsumidor* vinculado al denominado imperio del efímero, emergen alentados riesgos de lesión del arquetipo del denominado derecho general de personalidad de los ciudadanos.<sup>51</sup>

De hecho, sin perjuicio de la noticia de que algunas personas, interesadas en la amplia divulgación de su imagen, proceden a la utilización de UAV, para la consecución de

49 Cf. Marco Fábio Morsello, op. cit, p. 447-467.

50 A ese respecto, Marco Fábio Morsello, Responsabilidad civil no transporte aéreo, cit, p. 489-490.

51 A ese respecto, en lo que se refiere a la sociedad de consumo y al individualismo competitivo del denominado turboconsumidor, véase Zygmunt Bauman, Mundo consumo- ética del individuo en la aldea global, trad. de Albino Santos Mosquera, Buenos Aires, Paidós, 2010. Por otro lado, la expresión imperio del efímero, vinculada a la sociedad de hiperconsumo, fue designada por Gilles Lipovetsky, O império do efêmero, trad. Maria Lucia Machado, São Paulo, Companhia das Letras, 2ª. reimpressão, 2011. En este sentido, véase también, del mismo autor, A sociedade pós-moralista. trad. Armando Brado Aita. Barueri: Manole, 2009.

*selfies*<sup>52</sup> constantes, unidos a la divulgación de sus actividades, en un denominado *self-image exposure*, verdad es que hay un amplio rol de ciudadanos que no se incluye en la referida categoría, emergiendo, así, la necesidad de supervisión de la denominada *riservatezza*, del derecho a la intimidad, a la salvaguardia de la propia imagen y de los datos personales.<sup>53</sup>

En ese contexto, sin perjuicio de la loable iniciativa europea para la protección del banco de datos de los ciudadanos, conviene propugnar por establecimiento de límites en la utilización indiscriminada de los UAS, especialmente cuando no evidenciado cualquier interés público.

Por lo tanto, aunque en ese último ámbito, a nuestro juicio, propalado interés, muchas veces vinculado a razones de seguridad, deberá ser sopesado, *in concreto*, bajo el palio de los principios de lo razonable y de la proporcionalidad con los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que conviene al Poder Judicial, como guardia de la Constitución, aplicar si necesario, el principio de la prohibición del exceso.<sup>54</sup>

En definitiva, todas las normas vinculadas al denominado derecho general de personalidad, objeto de protección, deberán ser interpretadas conforme la Constitución, así como con fundamento en la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales.<sup>55</sup>

En ese contexto, no obstante, de la existencia de esta solución hermenéutica, parecería fundamental, el establecimiento de un régimen uniforme a nivel mundial, establecedor de límites previos en el ejercicio de la utilización de los UAS, o incluso, en la prohibición de determinadas actividades, cuando no vinculadas al interés público y invasoras de la esfera privada de otros, corroborando a la función preventiva de la responsabilidad civil contemporánea.

52 Conforme comunicado por intermedio de la prensa en el periódico O Estado de São Paulo, São Paulo, Brasil, 24 de junio de 2014, apartado de economía, p.B12, con el título: Drones têm novo uso: autorretratos. En el quid del referido artículo, se destaca que: "Entre las primeras funciones de uso de los drones, están los autorretratos aéreos. Recientemente, dos drones estrenaron en el sitio de financiamiento colectivo Kickstarter direccionados a personas que quieren hacer selfies (fotos de sí mismas con los drones- vamos a nombrarlas de dronies). El drone Hexo Plus es compatible con la cámara GoPro y se comercializa como un "drone inteligente que lo sigue y lo filma de manera autónoma". Un competidor, el AirDog, es como se fuera un perro o un guía que acompaña a uno a cualquier sitio, hace video y fotos cuando se está practicando deportes de acción".

53 A ese respecto, con análisis completa acerca del tema, véase Claudia Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung, cit. p. 92-328. En el mismo tono: Stefan Kaiser, Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 55, Heft 3, p. 359, 2006; Anna L. M. Sai, Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV), cit. p. 507 y 512; María Jesús Guerrero Lebrón; Cristina Cuerno Rejado; Patricia Márquez Lobillo, Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado, cit. p. 97-104; Paul Mc Bride, Beyond Orwell: The Application of Unmanned Aircraft Systems in Domestic Surveillance Operations. Journal of Air Law and Commerce, v. 74, n. 3, p. 627-662, Dallas, Southern Methodist University, 2009; Benjamin Kapnik. Unmanned but Accelerating: Navigating the Regulatory and Privacy Challenges of Introducing Unmanned Aircraft into the National Airspace System. Journal of Air Law and Commerce, v. 77, n. 3, p. 449-465, Dallas, Southern Methodist University, 2015; Vincent Correia. Chronique de droit aérien. Editorial. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), Paris: Pedone, v. 276, n. 4, p. 357-358, 2015; Pascal M. Dupont, Les drones ou la révolution aéronautique du 21ème siècle. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), v. 276, n. 4, 2015, p. 392-393; Paolo G. Piccoli. Droni. Security, safety, privacy ed etica. Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto: il futuro dell' aviazione militare e civile. Roma, EPC Editore, 2016.

54 En ámbito de este enfoque, es importante informar, a propósito, que emergieron debates en nuestro país, en lo que se refiere a la Ley del disparo de Destrucción (Ley del Abatimiento en Brasil). Para ello, véase, e.g: Fernando Gonçalves Coelho Júnior. A constitucionalidade da Lei do Abate ou do Tiro de Destruição. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 94, p. 22-25, 2012; Wagner Ricardo Samariego, Princípios constitucionais da Lei do Tiro de Destruição (Lei do Abate). Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 95, p.49-60, dic. 2012. A nuestro juicio, referida ley, que comporta interpretación restrictiva, a la luz del carácter excepcional de sus normas, no contemplaría la hipótesis en que el disparo de destrucción partiera de un UAV, abatiendo aeronave con pasajeros, en la medida que se exige previo reconocimiento directo por parte del piloto de la aeronave, lo que se presupone que ésta sea tripulada y pilotada directamente, vacío que no queda suplido por los principios see and avoid, de los UAS, imponiéndose, de este modo, un cambio legislativo con tal desiderátum.

55 A ese respecto: José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1099-1100, Coimbra: Almedina, 1998; Konrad Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, p. 29-30, 16.ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1988; Marco Fábio Morsello, Responsabilidade civil no transporte aéreo, cit. p. 404.

## VII. CONCLUSIONES PROPUESTAS

Se infiere, a partir de las premisas expuestas que:

1- Urge proceder al reglamento de la materia de los UAS, a nivel de Mercosur, en los moldes preconizados por la Unión Europea, teniendo por objeto, la uniformidad de reglas entre sus Miembros.

2- Por más que sea reconocido el marco jurídico como aeronaves, aunque *sui generis*, los dictámenes de la Convención de Roma y del Protocolo de Montreal, no parecen ser vinculantes en carácter de responsabilidad extracontractual objetiva, con limitación del *quantum debeat*, fundamentados en base de cálculo absolutamente disonante de la realidad fáctica, sea cual, el peso de la aeronave. Además, ni siquiera hay la posibilidad de previo reglamento de intereses por parte de las víctimas del evento.

3- Teniendo en perspectiva atribuir la seguridad jurídica al referido sector, parece fundamental la estandarización para la consecución de certificados de aeronavegación, no prescindiéndose de las realidades provenientes de la nanotecnología y derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que se recomienda, en futura consecución de Convención reglamentaria de la materia, bajo la égida de la ICAO.

4- En ese contexto, teniendo presente la responsabilidad objetiva, vinculada a la teoría del riesgo del emprendimiento del operador de UAS, se impone mayor énfasis al principio de la prevención, con la finalidad de obtención de los mismos niveles de seguridad de las aeronaves convencionales, para fines de utilización del espacio aéreo no segregado, de modo que el binomio *see and avoid*, deberá ser complementado por diversos sistemas, como e.g, TCAS y EGPWS.

5- La uniformidad internacional de la materia, asimismo, será esencial para dinamizar el sector, con seguridad jurídica, sin perjuicio de propiciar previsibilidad objetiva de los premios de seguro, minimizando los costos.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ABEYRATNE, Ruwantissa. Unmanned aircraft systems. The civil aviation (revised) perspective. European Transport Law: Antwerp, Belgium, pp. 239-260, 2011. Regulating unmanned aerial vehicle - Issues and challenges. European Transport Law: Antwerp, Belgium, pp. 503-520, 2009.
- ALPA, Guido. Trattato di diritto civile. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 - La responsabilità civile.
- AGOSTINELLI, Carlos Walter. Régimen legal de los UAV, necesidad de regulación. Cedam, Padova, 2010, XXXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial- 50 años de ALADA (Sassari, 3-7 mayo 2010), pp. 324-335.
- ALMANAQUE ABRIL 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.
- ANAC-AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL DO BRASIL (Propuestas para el reglamento de RPAS). São José dos Campos, febrero de 2014. Dirección electrónica: [www.anac.gov.br](http://www.anac.gov.br). Accesos en: 22 de junio de 2014, 30 de junio de 2016 y 3 de junio de 2021.
- ARAÚJO, Luis Ivani Amorim de. Direito internacional privado aeronáutico. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 74, pp. 24-28, jul. 1998.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral, pp. 13-15, Almedina, Coimbra, 13ª. ed, 2005.
- AZZANO, Antonio. Profili assicurativi degli unmanned aerial vehicles (UAV). Il Diritto Aeronautico a cent'anni dal primo volo. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche y della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia. Alfredo Antonini y Bruno Franchi (cord). Milano: Giuffrè, pp. 27-36, 2005.
- BACCELLI, Guido Rinaldi. La responsabilità extracontrattuale del costruttore di aeromobile. Padova: Cedam, 1987.
- BALIAN, Eduardo Néstor. Código Aeronáutico Comentado y anotado. Buenos Aires: Astrea, 2013.
- BAUDOUIN, Jean Louis; DESLAURIERS, Patrice. La responsabilité civile. 5. ed. Québec (Canada): Ed. Yvon Blais, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Medo líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. . Mundo consumo- ética del individuo en la aldea global. Buenos Aires: Ed. Paidós, 2010, trad. de Albino Santos Mosquera.
- BAUZÁ ARAÚJO, Alvaro. Derechos de los terceros de la superficie en relación con las aeronaves convencionales, a reacción, supersónicos y ingenios espaciales. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 19, pp. 163-182, ene./jun. 1966. Tratado de derecho aeronáutico. Montevideo: Ed. Amalio M. Fernandez, 1976. t.1.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco- rumo a uma outra modernidade. (trad. de Sebastião Nascimento), Rio de Janeiro, Editora 34, 2010.
- BOANOVA FILHO, José Luiz. Aeronaves não Tripuláveis no Brasil e sua Regulação. Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 96, pp.49-51, 2014.
- BUSTI, Silvio. Contratto di trasporto aereo. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Antonio (Dir.). Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 2001.t. 3.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

- CARBONNIER, Jean. Droit Civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple. Paris: PUF, 2004. v. I.
- CASADO IGLESIAS, Emiliano. La responsabilidad por daños a terceros en la navegación aérea. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1965.
- CHAMAYOU, Grégoire. Théorie du drone. Paris: La Fabrique Éditions, 2013.
- COELHO JÚNIOR, Fernando Gonçalves. A constitucionalidade da Lei do Abate ou do Tiro de Destruição. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 94, p. 22-25, 2012.
- COLLENZ, Daniele. I velivoli senza pilota a bordo. Nuove sfide sopra i nostri cieli. Trasporti- Diritto, Economia e Politica, Trieste, n. 103, 2007, pp. 175-177.
- COMENALE PINTO, Michele M. La nozione di preposto nel trasporto aereo. Diritto dei trasporti, Cagliari, pp. 371-422, 2001.
- ZUNARELLI, Stefano. Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti. Padova: Cedam, 2ª ed, 2013.
- COMSTOCK, Earl; LINDE, Jonathan; SAHR, Evelyn. It is not too late – The FAA can amend its proposed SUAS rules, restore its position as a leading voice in aviation, and guarantee the long-term success of the U.S. Unmanned Aircraft Industry. Journal of Air Law and Commerce, v. 80, n. 3, pp. 473-496, Dallas, Southern Methodist University, 2015.
- CORREIA, Vincent. Chronique de droit aérien. Editorial. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), Paris: Pedone, v. 276, n. 4, pp. 357-358, 2015.
- COSTA, Mário Ramos da. Responsabilidade do transportador aéreo por danos causados a terceiros na superfície. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 34, pp. 29-33, jun. /dic. 1974.
- CUERNO REJADO, Cristina; MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado. Revista de Derecho del Transporte: Marcial Pons, Madrid, n. 12, pp. 63-106, 2013.
- DE JUGLART, Michel. Traité de droit aérien. 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice, Jacqueline Dutheil de La Rochère y Georgette M. Miller. Paris: LGDJ, 1989. t. 1, e 2.
- DEMPSEY, Paul Stephen. Compliance and Enforcement in International Law: Achieving Global Uniformity in Aviation Safety. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, n. 30, fall, 2004.
- DIEDERIKS-VERSCHOOR, Isabella Henrietta Philepina. An introduction to air law. 6. ed. Dordrecht: Kluwer, 1997. v. 1 e 2.
- DUPONT, Pascal M. Les drones en question. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), 2006, pp. 97-104. Les drones ou la révolution aéronautique du 21ème siècle. Paris: Pedone, Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), v. 276, n. 4, 2015, pp. 359-402.
- ENCICLOPEDIA GARZANTI DI FILOSOFIA. Milano: Garzanti, 1988.
- EROTKRITOU, Chrystel; MICHAELIDES –MATEOU, Sofia. Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight. Air and Space Law 39, n. 2, pp. 111-130, 2014, Kluwer Law International, The Netherlands.
- FALEIRO, Eleutério João Laranjinho. O uso do espaço aéreo por aeronaves não tripuladas –Unmanned Aerial Vehicles (UAV), in Estudos de Direito Aéreo, pp. 263-306, Coimbra: Almedina, 2007.
- FERREIRA, José Roberto. A Grécia Antiga. Lisboa, Edições 70, 2004.
- FICHT, Donat. Die unbekannte Schadenursache im internationalen Luftverkehr. Schriften zum Luft- und Weltraumrecht- Herausgegeben von Karl Heinz Böckstiegel.

- Köln- Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1986.
- FOLCHI, Mario O. Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil. Buenos Aires: Astrea, 2015, t. 1-2.
  - FOLLIOT, Michel G. Le transport aérien international: évolution et perspectives. Paris: LGDJ, 1977.
  - FRANCHI, Bruno. Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- I parte. Responsabilità e previdenza. Milano: Giuffrè, pp. 732-751, n. 4, 2010. Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità- II parte. Responsabilità e previdenza. Milano: Giuffrè, pp.1213-1232, n. 6, 2010.
  - FRIETSCH, Edwing. Die Produkthaftungs – Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Luftverkehr. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 36, pp. 170-186, 1987.
  - GODFROID, Marc. La notion de préposé dans la Convention de Varsovie et la recevabilité de l'action intentée contre le transporteur aérien. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA), Paris, v. 37, pp. 373-378, 1983.
  - NAVEAU, Jacques. Précis de droit aérien. Bruxelles: Bruylant, 1988.
  - GOUTTEFARDE, Fabien. Le cadre juridique de l'emploi des drones au dessus des espaces maritimes. Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS), Paris: Pedone, v. 247, n. 1, pp. 5-26, 2009.
  - GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; CUERNO REJADO, Cristina; MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado. Revista de Derecho del Transporte: Marcial Pons, Madrid, n. 12, pp. 63-106, 2013.
  - HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2ª ed, 2009.
  - HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 16. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1988.
  - JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, 2014, edición impresa de 24 de junio de 2014, apartado de economía, p. B12. Título: Drones têm novo uso: autorretratos.
  - JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998.
  - KAISER, Stefan. Legal Aspects of Unmanned Aerial Vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 55, Heft 3, pp. 344-363, 2006. Third party liability of unmanned aerial vehicles. Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW), Köln, n. 57, Heft 2, p.229-237, 2008.
  - KAPNIK, Benjamin. Unmanned but Accelerating: Navigating the Regulatory and Privacy Challenges of Introducing Unmanned Aircraft into the National Airspace System. Journal of Air Law and Commerce, v. 77, n. 3, pp. 439-465, Dallas, Southern Methodist University, 2015.
  - KORNMEIER, Claudia. Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung. V. 2. de Zivile Sicherheit. LIT Verlag: Münster, 2012.
  - LACERDA, J. C. Sampaio de. Direito de terceiros na superfície em relação às aeronaves convencionais, à jato, supersônicos e engenhos espaciais. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 19, pp. 183-185, ene./jun. 1966.
  - LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 7. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1989. Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed, 1997.
  - LA TORRE, Umberto. Comando e comandante nell'esercizio della navigazione. Napoli:



- Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. La navigazione degli UAV: un'occasione di riflessione sull'art. 965 C. Nav. in tema di danni a terzi sulla superficie. *Rivista del Dritto della Navigazione*: Aracne, Roma, n.2, pp.553-575, 2012. Gli UAV: mezzi aerei senza pilota. Sicurezza, navigazione e trasporto. Rita Tranquilli Leali e Elisabetta Rosafio (coord.). Milano: Giuffrè, pp. 93-123, 2008.
- LEFEBVRE D' OVIDIO, Antonio; PESCATORE, Gabriele; TULLIO, Leopoldo. *Manuale di Diritto della Navigazione*, Milano: Giuffrè, 2008.
  - LEFÈVRE, François. *História do mundo grego antigo*, trad. Rosemary Costhek Abilio, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2013.
  - LE TOURNEAU, Philippe; CADIEU, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998.
  - LIPOVESTSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista*. trad. Armando Brado Aita. Barueri: Manole, 2009. *A felicidade paradoxal*. trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. *O império do efêmero*. trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
  - MANNIN, Colm. Quelques évolutions actuelles dans le domaine de la responsabilité relative aux accidents aériens: perspectives du constructeur aéronautique. In: COLLOQUE LES ACCIDENTS AERONAUTIQUES ET SPATIAUX: INVESTIGATIONS, RESPONSABILITE, REPARATION DES DOMMAGES; REUNION AERIENNE ET LA REUNION SPATIALE, Paris, 17-18 mayo 1994.
  - MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; CUERNO REJADO, Cristina. Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado. *Revista de Derecho del Transporte*: Marcial Pons, Madrid, n. 12, pp. 63-106, 2013.
  - MASTRANDREA, Gerardo. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*. Padova: Cedam, 1994.
  - MATTE, Nicolas Mateesco. *Treatise on air-aeronautical law*. Montréal-Toronto: ICASL; Carswell, 1981.
  - MASUTTI, Anna. Prospettive di regolamentazione dell'uso dei velivoli senza pilota (UAV) nello spazio aereo comune. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 783-799, 2007.
  - MÉNDEZ, Ricardo Daniel. Situación jurídica de las aeronaves sin piloto. *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico (RLADA)*, n. 25, pp. 1-8, Buenos Aires, junio 2015.
  - MC BRIDE, Paul. Beyond Orwell: The Application of Unmanned Aircraft Systems in Domestic Surveillance Operations. *Journal of Air Law and Commerce*, v. 74, n. 3, pp. 627-662, Dallas, Southern Methodist University, 2009.
  - MEYER, Alex. Die Bedeutung des Römischen Haftungsabkommens vom 7.10.52 für die Luftgesetzgebung der Deutschen Bundesrepublik. In: *LUFTRECHT in fünf Jahrzehnten*. Köln: Universität zu Köln, 1961. pp. 154-163.
  - MICHAELIDES -MATEOU, Sofia; EROTOKRITOU, Chrystel. Flying into the future with UAVs: The Jetstream 31 Flight. *Air and Space Law*, v. 39, n. 2, pp. 111-130, Kluwer Law International, The Netherlands.
  - MOLL-OSTHOFF, Kristina. *Die Neuregelung der Haftung für Schäden Dritter im internationalen Luftverkehr*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014. *Schriften für Luft- und Weltraumrecht*, Band 24.
  - MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava*. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 7, n. 2, pp. 13-22, São Paulo, Brasil, 2006.
  - MOTA, Octanny Silveira da. Responsabilidade civil do construtor aeronáutico. In: *JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DIREITO AERONÁUTICO, ESPACIAL E DA AVIAÇÃO*



- COMERCIAL, 11, sep. 1979. São José dos Campos, 1979. pp. 453-483.
- NAVEAU, Jacques; GODFROID, Marc. *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988.
  - OLIVEIRA, Carlos Américo Barbosa de. Responsabilidade civil do fabricante. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 36, pp. 87-91, ene./dez. 1978.
  - PACHECO, José da Silva. *Código Brasileiro de Aeronáutica comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
  - PALERMO, José. E. Dispositivos Aéreos Operados a Distancia. *Marco Básico de Operación en Uruguay*. *Revista del CIDA-E*, Montevideo, n. 38, pp. 101-109, Dirección Nacional de Aviación Civil y Infraestructura Aeronáutica, 2014.
  - PALMER, Drew. The FAA'S Interpretation of the Special Rule for Model Aircraft, *Journal of Air Law and Commerce*, v. 80, n. 3, pp. 567-593, Dallas, Southern Methodist University, 2015.
  - PEREIRA, Guttemberg R. A problemática das novas Convenções relativas a danos a terceiros no Transporte Aéreo Internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 94, pp. 3-5, 2012.
  - PESCATORE, Gabriele; TULLIO, Leopoldo; LEFEBVRE D' OVIDIO, Antonio. *Manuale di Diritto della Navigazione*, Milano: Giuffrè, 2008.
  - PICCIOLI, Paolo G. Droni. Security, safety, privacy ed etica. *Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto: il futuro dell' aviazione militare e civile*. Roma, EPC Editore, 2016.
  - PIMENTEL, Francisco J. C.; PRAIS, Marcelo M. C. Responsabilidade civil do produto e a indústria aeronáutica: o controle de qualidade. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 41, pp. 24-28, ene./jul. 1984.
  - PRAIS, Marcelo M. C.; PIMENTEL, Francisco J. C. Responsabilidade civil do produto e a indústria aeronáutica: o controle de qualidade. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*. Rio de Janeiro, n. 41, pp. 24-28, ene./jul. 1984.
  - RINCK, G. Schäden Dritter im Internationalen Luftverkehr: über den bisherigen Misserfolg des Römer Haftpflichtabkommens. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, pp.85-104, 1962.
  - RODRIGUEZ JURADO, Agustín. *Teoría y práctica del derecho aeronáutico*. Buenos Aires: Depalma, 1963.
  - ROSAFIO, Elisabetta G. Considerazioni sui mezzi aerei a pilotaggio remoto e sul regolamento ENAC, *Rivista del Diritto della Navigazione*. Roma: Aracne, pp. 787-805, v. XLIII, n. 2014.
  - SAMARIEGO, Wagner Ricardo. Princípios constitucionais da Lei do Tiro de Destruição (Lei do Abate). *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 95, pp.49-60, dic. 2012.
  - SCHMID, Ronald. La notion de "préposés" dans la Convention de Varsovie. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 40, pp. 165-176, 1986. Pilot- in-Command oder Computer in Command? Überlegungen zum Widerstreit zwischen technologischem Fortschritt und der Handlungsverantwortlichkeit des Piloten. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 3, pp. 347-360, 2000.
  - SCHUBERT, Andreas. Die Produkthaftpflicht im internationalen Luftverkehr und deren Versicherung. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1997.
  - SCHUBERT, Francis. The integration of Remotely Piloted Aircraft in the Air Navigation Services System. *Annals of Air and Space Law, Montréal, (IASL)*, v. XXXIX, pp. 129-162, 2014.
  - SEVERONI, Cecilia. La disciplina normativa attuale degli aeromobili a pilotaggio remoto. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, Edizioni AV, pp. 65-103, n. 1, 2016.

- SHAWCROSS; BEAUMONT. Air law. 3. ed. London: Butterworths, 1966. v. 1 y 2.
- SIA, Anna L. M. Sulla politica europea di certificazione degli Unmanned Aerial Vehicles (UAV), en VV. AA, La gestione del traffico aereo: profili di diritto Internazionale, comunitario ed interno, a cura di M. P. Rizzo, Milano: Giuffrè, pp. 497-528, 2009.
- SIARDI, Carlo A. Tecniche di costruzione e sicurezza del volo degli unmanned aerial vehicles (UAV). Il Diritto Aeronautico a cent'anni dal primo volo. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia. Alfredo Antonini e Bruno Franchi (coord). Milano:Giuffrè, pp. 153-158, 2005.
- SILVA, João Calvão da. Responsabilidade civil do produtor. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999.
- TAPIA SALINAS, Luis. Curso de Derecho Aeronáutico. Barcelona: Bosch, 1980.
- TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético (José Engrácia Antunes-trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TONELLI, Michelle. Flying in the dark: How a legal loophole endangers critical infrastructure. Journal of Air Law and Commerce, v. 80, n. 4, pp. 693-716, Dallas, Southern Methodist University, 2015.
- TRIGO, Maria da Graça. A responsabilidade civil do operador de aeronaves por danos causados a terceiros na superfície. Estudos de Direito Aéreo (Dário Moura Vicente, coord.), Coimbra Editora, pp. 319-355, 2012.
- TULLIO, Leopoldo; LEFEBVRE D' OVIDIO, Antonio; PESCATORE, Gabriele. Manuale di Diritto della Navigazione, Milano: Giuffrè, 2008.
- VALLE, Eurico Paulo. Comentários ao novo Código Brasileiro do Ar. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Transporte aéreo: responsabilidade. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA), Rio de Janeiro, n. 31, pp. 90-96, ene./jul. 1973.
- VICENTE, Dário Moura. O estatuto jurídico da aeronave. Estudos de Direito Aéreo (Dário Moura Vicente- cord), pp. 551-589, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- VIDELA ESCALADA, Federico N. Manual de derecho aeronáutico. 2.ed. atual. Buenos Aires: Zavalia, 1996.
- VINEY, Geneviève. Traité de droit civil. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 – Introduction à la responsabilité. (Dir. Jacques Ghestin).
- ZAMPONE, Alessandro. Riflessioni in tema di Responsabilità nell'esercizio di Remotely Piloted Aircraft System (RPAS). Diritto dei Trasporti, pp. 63-89, Cagliari, Edizioni AV, n. 1, 2015.
- ZUNARELLI, Stefano; COMENALE PINTO, Michele M. Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti. Padova: Cedam, 2ª ed. 2013.





UNIVERSIDAD  
**Blas Pascal**



*Saber y Saber Hacer*