

LOS DERECHOS DEL PASAJERO DERIVADOS DEL CONVENIO DE MONTREAL DE 1999 Y DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Manuel Guillermo Sarmiento García *

I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico que gobierna los derechos del pasajero tanto en el Convenio de Montreal de 1999, como en el Derecho Comunitario Andino, análisis este que implica en primer lugar identificar de que tipo de derechos estamos hablando, ya que ni en Convenio de Varsovia, ni el Convenio de Montreal que lo sustituyó se refieren específicamente a estos derechos, ni traen un capítulo especial que los regule o reglamente, dichos derechos están diseminados a lo largo de todo el Convenio, bajo la premisa fundamental de que las relaciones jurídicas que se establecen entre el transportador aéreo y el pasajero se encuentran estructuradas básicamente en la existencia de un vínculo recíproco entre ambos sujetos protagonistas de la relación contractual del transporte, donde correlativamente ambos son titulares de derechos y obligaciones, de tal forma que cuando nos referimos a los derechos de los pasajeros, necesariamente debemos identificar las obligaciones recíprocas del transportador aéreo, las cuales tienen una mayor importancia durante la etapa de ejecución del contrato, donde el tema de la responsabilidad por retardo del transportador aéreo en el cumplimiento del contrato ha resultado particularmente sensible, especialmente en esta época donde la cultura del servicio al cliente y el cumplimiento de los itinerarios y los horarios, se ha convertido en una verdadera obsesión para todas las aerolíneas que prestan el servicio comercial de transporte.

Bajo esta óptica podemos decir que el tema relacionado con los derechos del pasajero se ubica correlativamente en la obligación que tiene el transportador aéreo de reparar o de indemnizar los perjuicios causados al pasajero, por el incumplimiento, el retardo en el cumplimiento o el cumplimiento defectuoso o parcial de sus deberes durante la etapa de ejecución del contrato, de tal forma que el análisis de la responsabilidad civil del transportador aéreo derivada del retardo en general y en especial de los hechos que igualmente comprometen su responsabilidad, pero cuyas consecuencias indemnizatorias se apartan de los principios tradicionales, como sucede en el caso de la denegación o rechazo de embarque y la cancelación del vuelo, constituyen el marco fundamental

del régimen jurídico que gobierna los derechos del pasajeros en el transporte aéreo.

Procederé en primer lugar a analizar desde el punto de vista conceptual el régimen de responsabilidad del transportador aéreo por retardo en el Convenio de Montreal de 1999, comparándolo con la regulación consagrada en la legislación colombiana, y posteriormente en forma separada se estudiarán las situaciones sobre denegación de embarque y cancelación de vuelos.

La responsabilidad del transportador aéreo y las consecuencias que se deriven de la misma, que al no estar previstas específicamente ni en Convenio internacional ni en el Código de Comercio Colombiano, han sido desarrolladas por la legislación aeronáutica colombiana, la cual sirvió de modelo a la contenida en el derecho comunitario andino, que recientemente, siguiendo el ejemplo de la Unión Europea, expidió la decisión 619 de 2005, que contiene las 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.

II. RESPONSABILIDAD POR RETARDO

La responsabilidad por retardo ha sido uno de los temas más controvertidos del derecho aeronáutico en toda su historia, desde el Convenio de Varsovia de 1929 hasta el Convenio de Montreal de 1999, el retardo por parte del transportador aéreo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales se le ha otorgado un tratamiento benévolo, casi permisivo ya que se considera que este retardo o retraso es inherente a su actividad y que existen razones suficientes para el no cumplimiento de las frecuencias y los horarios anunciados, especialmente en lo que se refiere al transporte aéreo de pasajeros.

Los delegados a la conferencia diplomática donde se suscribió el Convenio de Varsovia consideraron en un principio que no era necesario incluir en la regulación del transporte aéreo internacional un régimen de responsabilidad por retardo, ya que la naturaleza de este tipo de transporte no lo ameritaba, fue necesaria la enérgica intervención del delegado francés, M. Ripert, quien argumentó que era la celebridad del medio aéreo la que motivada al pasajero a elegir este tipo de transporte frente a los demás modos, razón por la cual un sistema de responsabilidad por retardo tenía toda la coherencia y

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Miembro Plenario de ALADA

legitimidad, para ser incluido en el Convenio, como finalmente se hizo, quedando consagrado en el artículo 19, como un régimen subjetivo, bajo la modalidad de la presunción de culpa.

Un sector de la doctrina ha considerado que la fórmula adoptada en Varsovia, que le permitía al transportador aéreo exonerarse de responsabilidad con la prueba de la debida diligencia, es decir, que había adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le había sido imposible adoptarlas (artículo 20), constituía en el caso del retardo una prueba de muy difícil demostración, que en la mayoría de los casos resultaba imposible acreditar¹, ya que salvo el caso de fuerza mayor o de condiciones meteorológicas desfavorables, en los demás casos el transportador aéreo no estaba en condiciones de demostrar su debida diligencia, ya que generalmente el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones tenía como causa hechos inherentes a su actividad, por lo cual se ha considerado que la tipificación que se hizo de este régimen de responsabilidad por retardo en el artículo 19 del nuevo Convenio de Montreal de 1999, resulta más favorable a los intereses del transportador aéreo al haber incluido en dicho artículo el texto: “adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño”, lo cual le permite al transportador una mayor flexibilidad en la acreditación de su debida diligencia, pudiendo incluir aquellos hechos que razonablemente dan lugar a un retardo, diferentes a la fuerza mayor y a las condiciones meteorológicas”.

En el derecho colombiano el sistema de responsabilidad por retardo del transportador aéreo esta consagrado en el artículo 1883 del Código de Comercio, como un régimen subjetivo, bajo la modalidad de presunción de culpa, y es aplicable para el transporte de pasajeros, equipajes o mercancías.

Este régimen de responsabilidad por retardo es el único caso donde la legislación colombiana establece un sistema subjetivo de responsabilidad para el transportador aéreo, ya que los artículos 1880 y 1887 del Código de Comercio consagran regímenes objetivos para los casos de responsabilidad por muerte o lesiones de los pasajeros y por pérdida de la mercancía o equipajes, siguiendo fundamentalmente los parámetros que había establecido el Protocolo de Guatemala de 1971, que se firmó en el mismo año que fue expedido el Código de Comercio Colombiano.

El artículo 1883 al tipificar la responsabilidad por retardo, establece que: “*El transportador es responsable*

del daño resultante del retardo en el transporte de pasajeros, equipajes o mercancías. Sin embargo, en este caso, el transportador no será responsable si prueba que le fue imposible evitar el daño”.

No obstante que la redacción difiere de las fórmulas adoptadas en Varsovia en 1929 y en Montreal en 1999, resulta claro que se consagró allí la prueba de la “debida diligencia”, para efectos de desvirtuar la presunción de culpa que afecta al transportador por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, prueba que consiste en demostrar que le fue imposible evitar el daño, lo cual implica lógicamente que adoptó las medidas necesarias y conducentes para impedir que como consecuencia del retardo en el cumplimiento de sus obligaciones se generaran perjuicios para los pasajeros o para los remitentes o destinatarios de la carga.

Encontramos entonces que dentro de la estructura de la responsabilidad por retardo en el transporte aéreo, resulta fundamental establecer cuáles son los daños que deben ser indemnizados, y aquí surge entonces la antigua discusión que aún tiene vigencia, de que sólo son indemnizables los daños directos y que los daños indirectos resultantes del retardo no son materia de reparación, controversia esta que no sólo es aplicable para el transporte aéreo, sino que es igualmente importante en el transporte marítimo y en el transporte multimodal².

En el caso del transportador marítimo, las Reglas de La Haya de 1924 no contemplan como daño indemnizable el retraso en la entrega de las mercancías, situación ésta que fue corregida por las Reglas de Hamburgo de 1978, que en el artículo 5° lo consagra expresamente, lo cual ha dado lugar a múltiples cuestionamientos, especialmente en lo que se refiere al tipo de daños causados por los retrasos o demoras en la entrega, o sea, si éstos son directos, relacionados con la carga misma, o indirectos, como sería el daño causado a un empresario por la parálisis en la producción de su fábrica debido a la demora en el transporte de un repuesto para su maquinaria; en este punto los delegados de Estados Unidos en la conferencia de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancía, celebrado en Hamburgo de 1978, dejaron constancia de que la responsabilidad por retraso en la entrega se refería al deterioro físico de la carga producida por demora³.

En el régimen andino la responsabilidad del operador de transporte multimodal por retraso en la entrega de las mercancías, se diferencia del sistema contemplado en la Convención de Ginebra de 1980 y en las Reglas de UNCTAD de 1991, ya que dicho retraso no genera

¹ Ver VASQUEZ ROCHA, Ernesto. “ El retraso en el transporte aéreo - de Varsovia a Montreal”. Alada, Buenos Aires, 2002, págs. 281 y s.s.

² Ver SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo “ Estudios de Responsabilidad Civil”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, D.C. 2003, págs. 89 y 90.

responsabilidad por sí sólo, sino que requiere una declaración especial por parte del expedidor en el sentido de que la entrega debe hacerse en un plazo determinado, previa aceptación por parte del operador de transporte multimodal.

Tenemos entonces que esta responsabilidad por retraso en la entrega constituye una excepción y no un principio general en la legislación andina, así se desprende de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 9º de la Decisión 331 de 1993, que no fue objeto de modificación por parte de la Decisión 393 de 1996, el cual establece: “No obstante, el operador de transporte multimodal no será responsable de los perjuicios resultantes del retraso en la entrega a menos que el expedidor haya hecho una declaración de interés en la entrega dentro de un plazo determinado y ésta haya sido aceptada por el operador de transporte multimodal”.

La mayor parte de la doctrina tanto nacional como internacional en el campo del transporte aéreo se ha inclinado por la tesis de que sólo son indemnizables los daños de carácter directo que sufre el pasajero como consecuencia del retardo por parte del transportador en el cumplimiento de sus obligaciones⁴; sin embargo resulta muy difícil precisar en que consisten estos daños directos y cuál es la diferencia con los daños indirectos, ya que esta distinción depende mucho de la calidad y condición del pasajero que lo sufre, no es lo mismo la situación que experimenta un turista, que tiene que esperar en un aeropuerto seis (6) horas con su familia la incomodidad por el retraso de un vuelo, que la situación que vive un hombre de negocios en las mismas circunstancias, quizás el primero acepte las compensaciones económicas en dinero o en especie que establecen los reglamentos aeronáuticos y se sienta suficientemente indemnizado, pero el segundo que perdió una cita importante de negocios que tenía prevista en la ciudad de destino o dejó de firmar un documento esencial para su actividad, o canceló una conferencia que debía dictar, como consecuencia del retraso en el vuelo, no se va a sentir adecuadamente indemnizado con las compensaciones económicas previstas en los reglamentos que le ofrece la aerolínea, ya que estas no solucionan su problema, y por lo tanto estará legitimado para reclamar la indemnización por los daños causados, que no pueden considerarse daños indirectos, ya que la cancelación de la reunión o la no firma del documento, provienen en forma directa de la fuente del daño que es el retraso por parte del transportador en el cumplimiento de sus obligaciones.

³ Gast Pineda, Alicia. “Efectos legales y prácticos de las Reglas de Hamburgo”, Bogotá, Editorial Guadalupe, 1.989, pags. 27 y 28.

⁴ Ver VASQUEZ ROCHA, Ernesto. Op. Cit. Pág. 220: “Por último, es precisamente sobre esta base que se sostiene que no deben pagarse los daños indirectos o consecuenciales, por aplicación general del principio de responsabilidad contractual en el sentido de que sólo se

Debemos entonces establecer para efectos de señalar el ámbito de aplicación de la responsabilidad por retardo en el transporte aéreo, una distinción conceptual muy clara entre las diferentes consecuencias que genera tanto la denegación de embarque por sobreventa, como la cancelación e interrupción de vuelos, como hechos imputables al transportador que comprometen su responsabilidad frente al pasajero, los cuales vamos a analizar a continuación.

III. DENEGACION O RECHAZO DE EMBARQUE

La negativa por parte del transportador de embarcar al pasajero que ha confirmado su respectiva reserva, puede tener varias causas, unas imputables al pasajero, como serían la no presentación de la respectiva documentación para viajes de carácter internacional, como el pasaporte y la visa, si esta es exigida en el país de destino, el no pago de los respectivos impuestos de salida del país, y el no incumplimiento de requisitos de orden sanitario, como el caso de aplicación de vacunas especiales contra la malaria o la fiebre amarilla exigidas por las autoridades del país de destino, sin embargo son las causas imputables al transportador aéreo las que con mayor frecuencia se presentan y obedecen fundamentalmente a la sobreventa de sillas por parte de las aerolíneas que se conoce internacionalmente con el nombre de “overbooking”, el cual ha dado lugar a una profunda controversia, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica⁵, ya que se considera una práctica legal, que compensa la no presentación de un porcentaje de pasajeros con reserva al embarque y se soluciona simplemente con la resolución del contrato y la consiguiente devolución del precio del billete, que es la tesis más ampliamente aceptada a la cuál se oponen las teorías modernas sobre protección de los derechos de los pasajeros, que ven en dicho incumplimiento un hecho que compromete la responsabilidad del transportador aéreo y da lugar al pago de una indemnización al pasajero, que resulta perjudicado con la negativa de su embarque, como es la filosofía que orienta tanto el derecho comunitario Europeo, al expedir el Reglamento Comunitario 261 de 11 de febrero de 2004, como el derecho comunitario andino, con la Decisión 619 de 15 de Julio de 2.005.

En el derecho colombiano la sobreventa de sillas como causa de la denegación del embarque, no fue regulada por los daños directos o que se hubieran previsto en el mismo contrato”.

⁵ Ver las diversas posiciones doctrinales en CONSENTINO, Eduardo. T. “Régimen Jurídico del Transportador Aéreo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 143 y s.s.

lado en el Código de Comercio, que en su libro 5° parte segunda, reglamenta todo lo relacionado con la navegación aérea; pero si fue previsto por los reglamentos aeronáuticos expedidos por la autoridad aeronáutica, que en Colombia es la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien mediante la Resolución No. 4498 de 2001, que adicionó la parte tercera de los reglamentos, estableció en el literal d) del numeral 3.10.2.13.2 lo siguiente: “d) *Sobreventa: Si el embarque es denegado por sobreventa, teniendo el pasajero reserva confirmada y habiéndose presentado oportunamente en el aeropuerto, el transportador deberá proporcionar el viaje del pasajero a su destino final en el siguiente vuelo disponible de la propia aerolínea, en la misma fecha y en la misma ruta. En caso de no disponer de vuelo, el transportador deberá hacer las gestiones necesarias por su cuenta, para el embarque del pasajero en otra aerolínea con la mayor brevedad posible*”.

A diferencia de la legislación aeronáutica Colombiana, el derecho comunitario andino si definió tanto la denegación de embarque como la sobreventa o “overbooking”, en efecto el artículo 3°. de la Decisión 619 que se refiere a las definiciones dice, que la denegación de embarque es “*la negativa a transportar pasajeros en un vuelo pese a haberse presentado al embarque con reserva confirmada y en las condiciones establecidas en el contrato de transporte, salvo que haya motivos razonables para denegar su embarque, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados, o la presentación tardía del pasajero al chequeo*”.

En lo que se refiere a la sobreventa o “overbooking”, la define como una práctica que se presenta cuando, en un vuelo regular, el número de pasajeros con billete expedido con reserva confirmada que se presentan para embarcar dentro del tiempo límite señalado, sobrepasa el número de plazas de las que dispone el avión.

En este caso de sobreventa el derecho aeronáutico colombiano, solo contempla como consecuencia del incumplimiento contractual derivado de la denegación de embarque, una prórroga de contrato de transporte, obligando al transportador a conducir al pasajero a su destino en el siguiente vuelo, y si esto no es posible, en otra aerolínea a la mayor brevedad posible, la pregunta fundamental que surge aquí es, si esta solución de prorrogar los términos del contrato, es suficiente para satisfacer el interés y la necesidad del pasajero de ser transportado en las condiciones previstas en su reserva, y si el incumplimiento de estas condiciones le causan un perjuicio,

que debe ser resarcido por el transportador, considero que si el pasajero opta por tomar el siguiente vuelo, ya sea de la misma aerolínea o de otra, estaría aceptando la prórroga de los términos del contrato y renunciando a reclamarle perjuicios al transportador, en cambio, si no acepta esta prórroga, estaría legitimado para solicitar una indemnización al transportador con fundamento en el régimen de responsabilidad por retardo previsto en el artículo 1.883 del Código de Comercio o bastaría simplemente que el transportador reembolse el precio del boleto, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del numeral 3.10.2.13.3 que dispone: “*Del mismo modo, cuando el pasajero no acepte ninguna de las anteriores opciones de compensación, podrá exigir el reembolso total de la suma pagada o la proporcional al trayecto no cumplido, sin penalización alguna para él ni para el transportador*”.

En mi opinión esta es una opción que tiene el pasajero de resolver el contrato de transporte solicitando la devolución del precio del boleto, pero que no le impide, si no hace uso de ella, reclamarle a la aerolínea la indemnización de daños, con fundamento en el régimen general de responsabilidad por retardo consagrado en el artículo 1.883 del Código de Comercio Colombiano; sobre este aspecto la jurisprudencia de los Tribunales Argentinos en la ausencia de normas específicas que las regulen, han considerado que la práctica del “overbooking”, constituye un incumplimiento contractual deliberado por parte del transportador y han aplicado el artículo 521 del Código Civil, que se refiere a la inejecución dolosa de las obligaciones por parte del transportador⁶.

El derecho comunitario andino también tiene previsto la solución de prorrogar el contrato de transporte aéreo en el caso de sobreventa, así se desprende de lo establecido en el literal d), artículo 8° de la Decisión 619, pero contempla además la figura del voluntario para garantizar el derecho de los pasajeros ante una denegación de embarque por causa imputable al transportador, en la misma forma que lo hace el artículo 2°, literal K) del Reglamento 261 de la Unión Europea, estableciendo en el artículo 6°. de la Decisión 619, que en el caso que un transportador aéreo prevea que tendrá que denegar el embarque, deberá en primer lugar, pedir que se presenten pasajeros voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinados beneficios que se acuerden, para que sus lugares los ocupen los demás pasajeros.

Se ha previsto igualmente en el Reglamento Aeronáutico Colombiano la hipótesis de que pasajeros con reserva confirmada que se han presentado para el embarque respectivo, renuncien voluntariamente a viajar, contra

⁶ La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires, en diversas sentencias califica al overbooking, como incumplimiento contractual deliberado (temeridad en el obrar), Ver.

CEJAS, Miguel A. “El overbooking en la jurisprudencia argentina”. Temas de Aviación Comercial y Derecho Aeronáutico y Espacial. Alada Buenos Aires, 2001. págs. 209 y s.s.

el pago de una compensación por parte de la aerolínea, dejando su espacio disponible para otros pasajeros, que se encuentran en circunstancias similares, tipificada en el literal f), numeral 3.10.2.13.2 de los reglamentos aeronáuticos que establece: “f) *Compensación adicional. La aerolínea deberá compensar al pasajero con una suma equivalente mínimo al 25% del valor del trayecto, pagadera en dinero o cualquier otra forma aceptada por el pasajero, como tiquetes en las rutas de la aerolínea, bonos para adquisición de tiquetes, reconocimiento de millas, etc., en los siguientes casos:*

Sobreventa, mediando acuerdo directo con el pasajero cuando éste acepte no viajar voluntariamente en el vuelo previsto”.

Esta situación es diferente a la contemplada en la Decisión 619, ya que la compensación adicional del 25% del valor del trayecto incumplido se da cuando el pasajero no acepta el ofrecimiento de la aerolínea de no viajar en el vuelo previsto, distinto a la prevista en los reglamentos aeronáuticos Colombianos, donde la compensación adicional se le otorga al pasajero que ha renunciado voluntariamente a viajar en el vuelo que ha reservado.

Esta diferencia se explica tal vez, porque la Decisión 619 en el inciso 2º del artículo 6º, establece que en el caso de que el número de pasajeros voluntarios resulte insuficiente para transportar a los restantes usuarios con reserva confirmada, el transportista podrá denegar el embarque a otros usuarios contra la voluntad de éstos, en cuyo caso deberá compensarles, reembolsarles y asistirles en los términos que se indican en el artículo 8º de la Decisión, entre ellos la compensación adicional que se analizaba anteriormente.

Esta disposición comunitaria en mi opinión, está legitimando la práctica comercial de la sobreventa, ya que autoriza al transportador a denegar el embarque, contra el pago de una compensación adicional, autorización que no contempla la legislación aeronáutica Colombiana, ya que si el pasajero no acepta voluntariamente desistir del viaje, le queda abierto el camino para reclamarle a la aerolínea la indemnización de perjuicios bajo el régimen de la responsabilidad por retardo, previsto en el Código de Comercio, como se explicó anteriormente.

Frente a este conflicto entre la legislación aeronáutica Colombiana y el derecho comunitario andino, resulta importante precisar cual es el ámbito de aplicación de cada una de ellas, en principio la Decisión 619 resulta aplicable para el transporte aéreo internacional que tenga lugar en el territorio de los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones, así se desprende de las distintas hipótesis contempladas en el artículo 2º, que establece que la decisión será aplicable a los pasajeros que inicien su viaje en un aeropuerto de un país miembro de la Comunidad Andina,

o a los pasajeros que inicien su viaje en el aeropuerto de un tercer país a cargo de un transportista aéreo de un país miembro con destino o escala a un aeropuerto de un país miembro, o los pasajeros que hayan sido transferidos en un aeropuerto de un país miembro por un transportista aéreo u operador turístico del vuelo para el que disponían de una reserva, independientemente de los motivos que hayan dado lugar a la transferencia, hipótesis esta que se refiere a todos los casos de conexiones aéreas, que pueden tener un origen de carácter contractual o técnico, y finalmente se contempla como cuarta hipótesis de aplicación de la decisión comunitaria, los pasajeros que posean billetes expedidos dentro de programas para usuarios habituales o pasajeros frecuentes, billetes en compensación u otros programas comerciales.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la decisión 619 los pasajeros con billetes de cortesía o gratuitos, que se usan con mucha frecuencia en el transporte aéreo, dando lugar al transporte gratuito, que no puede considerarse como un contrato de transporte por ausencia de uno de sus elementos esenciales, como es el precio, pero a los cuales se les aplica las normas internacionales, tal como esta previsto en el Convenio de Montreal de 1.999, protegiendo los intereses del transportador aéreo, al poderse acoger a los límites de indemnización allí previstos, sin embargo en este caso del derecho comunitario andino, las normas relacionadas con los derechos de los pasajeros en caso de denegación de embarque y cancelación de vuelos no son aplicables para el transporte gratuito, en este caso los pasajeros que viajan con billetes de cortesía o gratuitos, solo tienen derecho a refrigerio, a una comunicación gratuita y a hospedaje, en los casos que sea necesario, cuando una vez iniciado el vuelo, este se interrumpa, por causas imputables al transportador, así lo establece claramente el inciso final del artículo 2º. de la Decisión 619.

A diferencia del derecho comunitario andino, cuyas normas se aplican al transporte aéreo internacional del carácter regional, las normas del Código de Comercio Colombiano se aplican para el transporte aéreo nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1874, según el cual quedan sujetos a las disposiciones de la legislación comercial colombiana los contratos de transporte interno, entendiéndose por este aquel en que los puntos de partida y destino señalados por las partes se encuentran dentro del territorio nacional, excepcionalmente la normatividad colombiana de carácter comercial se aplica al transporte internacional, a falta de convenciones internacionales que sean obligatorias para Colombia, de tal manera que tanto el Código de Comercio Colombiano, como los Reglamentos que expide la Autoridad aeronáutica en lo que se refiere a los derechos de los pasajeros y concretamente a la responsabilidad del transportador aéreo derivada del retardo en ge-

neral y de los hechos concretos que lo configuran, como la denegación de embarque y la cancelación de vuelos, sólo serían aplicables a los transportadores aéreos nacionales que efectúen transportes internos, mientras que las normas del derecho comunitario andino serían aplicables a los transportadores aéreos que operen rutas internacionales en la región.

En este orden de ideas, la práctica de la sobreventa de billetes en la Comunidad Andina, sería una práctica autorizada, que no generaría responsabilidad por retardo y que el transportador debe compensar con el pago del 25% del valor del billete, mientras para el derecho interno colombiano, esta práctica configura un hecho que compromete la responsabilidad del transportador aéreo por retardo, salvo que el pasajero acepte las opciones de la prórroga del contrato o renuncie voluntariamente a su reserva.

De igual manera en lo relacionado con el transporte aéreo gratuito previsto en la normas comunitarias andinas y que se analizó anteriormente, el Código de Comercio ni los Reglamentos Aeronáuticos hacen referencia a este tipo de transporte, razón por la cual las normas relacionadas con los derechos de los pasajeros no le son aplicables a las personas que viajan con billetes de cortesía o gratuitos, que ni siquiera tendrían los mínimos derechos que les otorgan las normas comunitarias a que se le brinde un refrigerio, comunicación y hospedaje, cuando una vez iniciado el vuelo, este se interrumpe por causas imputables al transportador.

Las legislaciones de otros países latinoamericanos, como es el caso de Brasil y Venezuela, han expedido regulaciones sobre la figura de la sobreventa o "overbooking", así tenemos que el Gobierno de Venezuela, mediante resolución de 28 de noviembre de 1979 estableció que en caso de sobreventa de pasajes, el transportador debería correr con los gastos del alojamiento y comida del pasajero, del transporte entre el aeropuerto y el sitio de alojamiento y el costo de sus comunicaciones al punto de destino. De igual forma Brasil expidió una reglamentación sobre responsabilidad del transportador de servicios aéreos internacionales, en caso de retraso del viaje o aplazamiento del embarque del pasajero y el Código Aeronáutico Brasileño, ha establecido para el caso del "overbooking", una compensación monetaria para el pasajero, similar a la prevista por los reglamentos comunitarios europeos.

IV. CANCELACIONES, INTERRUPCIONES Y DEMORAS DE VUELOS

Respecto a las operaciones aéreas y a los vuelos propiamente dichos, el Código de Comercio de Colombia y los reglamentos aeronáuticos contemplan tres hipótesis distintas, en primer lugar tenemos la cancelación de vuelos

, que se presenta cuando el vuelo debidamente programado no se puede iniciar, la segunda hipótesis se presenta cuando iniciado el vuelo este se interrumpe, impidiendo que el pasajero llegue a su destino y la tercera y última hipótesis contemplada se refiere a las demoras que se presentan para iniciar el vuelo.

En lo que se refiere a la cancelación, interrupción y demora de vuelos, el artículo 1.882 del Código de Comercio tipifica estas tres hipótesis, liberando al transportador de su responsabilidad con la devolución al pasajero del precio del billete cuando las causas que dan lugar a estas tres situaciones obedezcan a fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten la seguridad del vuelo.

En el caso de interrupción del vuelo, la mencionada disposición obliga al transportador a efectuar el transporte del pasajero y su equipaje por su cuenta, utilizando el medio más rápido posible hasta dejarlos en su destino, salvo que el pasajero opte por el reembolso de la parte del precio proporcional al trayecto no recorrido; igualmente se obliga al transportador a pagar los gastos razonables de manutención y hospedaje que se deriven de cualquier interrupción.

Resulta importante precisar desde el punto de vista conceptual que la hipótesis contemplada en el artículo 1.882 del Código de Comercio, no da lugar a un hecho que comprometa la responsabilidad de transportador, es decir, que obligue a este a reponer el daño o perjuicio causado al pasajero, simplemente lo que aquí se establece es una resolución del contrato de transporte aéreo, que como toda resolución trae como efecto la extinción de las obligaciones a cargo de las partes, que se concreta en la devolución del precio del billete al pasajero, quedando liberado el transportador de su obligación de conducirlo al destino convenido.

Sin embargo esta resolución o terminación del contrato de transporte aéreo por disposición o ministerio de la ley, es una terminación calificada, es decir, que sólo se presenta cuando las causas de la cancelación, interrupción o demora del vuelo se deben a fuerza mayor o razones meteorológicas, lo cual significa que tratándose de situaciones configurativas de fuerza mayor, sólo se aceptan causas ajenas, no sólo a la voluntad sino a la actividad del transportador, es decir, que no son inherentes ni están vinculadas a su gestión, debiendo reunir las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad a que se han referido la doctrina y la jurisprudencia.

En este aspecto es importante destacar como la legislación comercial colombiana en materia de derecho del transporte ha establecido una distinción fundamental entre la fuerza mayor y el caso fortuito, como causales de exoneración de la responsabilidad del transportador, considerando que sólo la fuerza mayor tiene efectos

exonerativos,⁷ desconociéndole dichos efectos al caso fortuito, a diferencia de lo establecido en el Código Civil,⁸ que no sólo los identifica, sino les atribuye la misma función exoneratoria, siendo que se trata de circunstancias completamente distintas, la fuerza mayor son los hechos externos al transportador que por lo tanto le son imprevisibles e irresistibles, mientras que el caso fortuito son hechos inherentes a la actividad del transportador, que si bien le pueden ser irresistibles, son previsibles, como el caso de las fallas mecánicas.

De igual manera las razones de orden meteorológico deben ser suficientemente graves para afectar la seguridad del vuelo, no se puede invocar una simple lluvia para cancelar o demorar un vuelo, debe entenderse que se trata de situaciones extremas, como una tormenta, nieve, niebla u otra situación que impida realizar la operación en condiciones mínimas de seguridad.

Ahora bien que sucede cuando las causas de la cancelación, interrupción o demora del vuelo no obedecen a causas de fuerza mayor ni a razones meteorológicas, consideramos que en esta situación estamos frente a un incumplimiento de carácter contractual que constituye una fuente de responsabilidad del transportador aéreo.

Al respecto los reglamentos aeronáuticos colombianos en el numeral 3.10.2.13.2 establecen que en los casos de cancelaciones, interrupciones o demoras en que no haya tenido lugar la resolución del contrato y el correspondiente reembolso al pasajero, operan una serie de compensaciones en especie que se refieren fundamentalmente al suministro por parte de la aerolínea de alimentación, transporte terrestre y alojamiento al pasajero, así tenemos que el literal c) del mencionado numeral dispone que en los casos que la aerolínea decide cancelar el vuelo, teniendo el pasajero reserva confirmada, sin que se hubiese reembolsado el precio del pasaje, se le pagarán los gastos de hospedaje, si el pasajero no se encuentra en su domicilio y el transporte correspondiente; en los casos de demoras, los reglamentos aeronáuticos establecen una tarifa de compensaciones en especie dependiendo del número de horas que dure la demora del respectivo vuelo, entendiéndose por tal la iniciación del rodaje para decolar, así tenemos que si la demora es mayor de dos horas y menos de cuatro, la aerolínea suministrará al pasajero un refrigerio y una llamada telefónica al lugar de destino no mayor de tres minutos, si la demora es superior a cuatro horas e inferior a seis, además de lo anterior, el transportador suministrará al pasajero la alimentación respectiva, dependiendo de la hora; si la demora es superior a seis

horas, además de todo lo anterior, el transportador deberá compensar al pasajero con una suma mínima equivalente al 25% del valor del trayecto, que debe pagarse en dinero, o cualquier otra forma aceptada por el pasajero, como tiquetes en las rutas de la aerolínea, bonos para la adquisición de tiquetes, reconocimiento de millas, etc.; igualmente en este tipo de demora mayor de seis horas, si sobrepasa las 10 p.m. hora local, el transportador deberá suministrarle al pasajero hospedaje, si este no se encuentra en su domicilio y los gastos de traslado respectivos.

Finalmente en caso de interrupción del vuelo, si el pasajero no opta por la devolución proporcional del precio del tiquete, se aplicarán las mismas compensaciones establecidas para las demoras, de conformidad con lo dispuesto en el literal b), numeral 3.10.2.13.2 de los reglamentos aeronáuticos.

El derecho comunitario andino en la decisión 619 consagra una normatividad muy parecida a la del derecho colombiano, respecto a la demora e interrupción de los vuelos, estableciendo los diferentes niveles de demora y las compensaciones a que tiene derecho el pasajero, en materia de alimentación, comunicación y hospedaje, sin embargo llama la atención que tanto para la legislación interna colombiana, como para las normas comunitarias, una demora de dos horas en el cumplimiento del itinerario resulta normal, ya que las compensaciones a los pasajeros sólo se causan a partir de las dos horas de retraso, lo cual en mi opinión, resulta inadmisibles y constituye una falta de respeto para el usuario, sobretodo en esta época donde las aerolíneas proclaman como una de sus mayores conquistas el servicio al cliente y el cumplimiento estricto de sus itinerarios.

En lo que se refiere a la cancelación de vuelos, las normas comunitarias andinas contemplan soluciones distintas a las establecidas en la legislación interna colombiana, en primer lugar la Decisión 619 al hacer la distinción entre causas imputables al transportador y causas no imputables, consagra efectos completamente distintos, así tenemos que el Código de Comercio, en relación con las causas de la cancelación de vuelos, distingue la cancelación proveniente de fuerza mayor y razones meteorológicas, de la cancelación que se origina por causas imputables al transportador, como lo vimos anteriormente, en este último caso el transportador no se libera de responsabilidad devolviendo el precio del billete, circunstancia esta que sólo opera para las cancelaciones que se derivan de la fuerza mayor y las condiciones meteorológicas.

La norma comunitaria en cambio establece en el artículo 7º. de la Decisión 619, que en caso de cancelación de un vuelo por causas imputables al transportador aéreo, este se libera otorgándole al pasajero afectado un embarque en el siguiente vuelo que cuente con espacio disponible o un transporte alternativo, preferentemente aéreo, o el

⁷ Ver artículos 1.003, 1.880, 1.882 y 1.884 del Código de Comercio Colombiano.

⁸ Ver artículos 64 y 1.604 del Código Civil Colombiano.

reembolso del valor total del billete sin penalidad, si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan inicial del usuario, caso en el cual deberá proporcionar un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible, junto con las compensaciones previstas en materia de alimentación, comunicación y alojamiento.

De igual manera la normatividad comunitaria andina, considera que en presencia de cancelaciones de vuelos por causas imputables al transportador, este se libera de responsabilidad, se informa al usuario con una antelación de quince (15) días sobre la cancelación del vuelo, término que se puede reducir, si simultáneamente ofrece un vuelo sustituto.

Finalmente el inciso 3°. del artículo 7°. al tipificar como causas no imputables al transportador aéreo, las circunstancias imprevistas, la fuerza mayor o el caso fortuito debidamente verificadas por la autoridad nacional competente, dispone que en este caso, el transportador quedará exonerado de las compensaciones previstas en la norma a favor del pasajero, relacionadas con la alimentación, comunicación y hospedaje.

En materia de retraso relacionado con la entrega de equipajes, que constituye un contrato accesorio del contrato de transporte aéreo de pasajeros, la norma comunitaria andina guarda absoluto silencio, no obstante que es muy frecuente en este tipo de transporte que se presente un retraso en la entrega de los equipajes facturados, cuando estos arriban al lugar de destino en un vuelo diferente al del pasajero, con un retraso considerable, que puede ser de horas o de días, situación que se acentúa, en vuelos donde existan una o varias conexiones, en cambio los reglamentos aeronáuticos colombianos si contemplan esta

situación de retraso al establecer que en el caso de retraso en la entrega de los equipajes, el transportador debe compensar al pasajero con el pago de los gastos en que este incurra con ocasión del retardo, como los gastos de transporte para recoger el equipaje retrasado y unos gastos mínimos relacionados con los elementos de aseo del pasajero.

Se observa entonces unas profundas diferencias en la protección que se otorga a los derechos de los pasajeros, en la legislación interna colombiana y en la normatividad comunitaria andina, siendo esta última más flexible y proteccionista respecto a la responsabilidad que le incumbe al transportador aéreo en materia de retardo en el cumplimiento de sus compromisos contractuales.

Como conclusión podemos decir, que el derecho colombiano, respecto de cancelaciones, interrupciones o demoras de vuelo, que tengan como causa, motivos distintos a la fuerza mayor y a las condiciones meteorológicas, establece claramente que además de la asistencia al pasajero y las compensaciones en especie establecidas en los reglamentos aeronáuticos, este tiene derecho a una indemnización plena, si considera que se le ha causado un perjuicio que no se satisface con las compensaciones ordenadas por el reglamento, si bien el derecho a obtener una indemnización plena no es tan claro en el reglamento colombiano, como si sucede con el artículo 12 del reglamento comunitario europeo 261, dicho derecho puede deducirse de lo establecido en el numeral 13.10.2.18, que al establecer las instancias de reclamación, permite que el pasajero que no haya sido compensado adecuadamente, acuda a la vía judicial en demanda de la indemnización pertinente.