

# LA CONVENCION DE MONTREAL 1999: ¿LA NUEVA CONVENCION DE VARSOVIA?

Augusto Aragone Coppola\*

Uruguay ha recientemente ratificado la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, suscrita en Montreal el 28 de mayo de 1999, y a la que en adelante nos referiremos como “Convención de Montreal” o, simplemente, la “Convención”. La Convención fue concebida con el ambicioso propósito de reemplazar a la experiencia más exitosa del derecho internacional privado: la Convención, del mismo título, de Varsovia de 1929. En efecto, en 1999, la Convención de Varsovia contaba con la friolera de 144 ratificaciones o adhesiones de estados que representaban la casi totalidad del tráfico aéreo internacional de personas y pasajeros. Para dimensionar la importancia de este número, cabe consignar que, en 1999, la ONU contaba con 188 estados miembros.<sup>1</sup>

Uno de los principales desafíos de los instrumentos de derecho internacional privado que persiguen como objetivo regular la relación comercial de fondo (derecho uniforme) consiste, precisamente, en asegurar en un plazo razonablemente breve un número de ratificaciones y adhesiones significativo en términos cuantitativos (número de estados ratificantes) y cualitativos (peso económico relativo del estado en cuestión y, por tanto, volumen de transacciones reguladas). Pues bien, en 2003, la Convención de Montreal sorprendió a propios y ajenos al lograr el número mínimo de ratificaciones requerido para su entrada en vigor. En efecto, el 4 de noviembre de 2003, luego de haber logrado 30 ratificaciones, la Convención entró en vigor para los estados ratificantes.

A la fecha, 14 de junio de 2009, la Convención cuenta con el impresionante número de 91 ratificaciones y adhesiones, entre las que se cuentan los estados que representan la enorme mayoría del tráfico aéreo internacional.<sup>2</sup> Así, la Convención ha sido adoptada por Estados Unidos, Canadá, los 15 miembros originales de la Unión

Europea, Suiza, Australia, Nueva Zelanda, China e India. En el concierto latinoamericano, ha sido adoptada por Brasil, México, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Chile, República Dominicana, Cuba, El Salvador, Panamá y Jamaica.

Uruguay no ha sido ajeno a este fenómeno. El vetusto y anticuado derecho privado aeronáutico uruguayo acaba de recibir una muy merecida y necesaria infusión de sabia vital. En efecto, mediante Ley No. 18.169 sancionada el 14 de agosto de 2007 y publicada en el Diario Oficial el 4 de setiembre de 2007, la Asamblea General aprobó la ratificación de la Convención poniendo, de esta forma, fin al marcado aislacionismo que caracterizaba al marco normativo local.<sup>3</sup> Uruguay, firmante de la Convención, depositó el instrumento de ratificación ante la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) el 4 de febrero de 2008 y la Convención, en cuanto tratado, entró en vigor para Uruguay transcurridos 60 días, es decir el 4 de abril de 2008.<sup>4</sup>

Consideramos que el objeto de la Convención –la regulación de ciertos aspectos relativos al transporte aéreo internacional de pasajeros y mercancías– es de por sí motivo suficiente como para justificar una lectura cuidadosa de sus disposiciones. La reciente entrada en vigor de la Convención para Uruguay ciertamente aconseja –a nuestro entender– un análisis aún más meticuloso.

## 1.- INTRODUCCIÓN

Entre el 11 y el 28 de mayo de 1999 la sede central de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) en Montreal fue escenario de la Conferencia diplomática convocada por dicho organismo especializado de ONU con la finalidad de modernizar y consolidar la normativa de

\*Abogado, Uruguay (2001); Master en Derecho y Economía de los Transportes y la Logística, Univ. de Bologna, Italia (2002); LL.M. in Comparative Law, University of Miami, Florida (2006);

<sup>1</sup> *Growth in the United Nations membership, 1945-present*, Press Release ORG/1469 de 3 de julio de 2006, disponible en el URL <http://www.un.org/en/members/growth.shtml> (consultado el 25 de mayo de 2009).

<sup>2</sup> Tabla de estados parte a la Convención mantenida y actualizada por la Organización de Aviación Civil Internacional, (ICAO, por sus siglas en inglés), institución depositaria del tratado, disponible en el URL

<http://www.icao.int/icao/en/leb/mt199.pdf> (consultada el 25 de mayo de 2009).

<sup>3</sup> Dado que, como es tradicional en Uruguay, el texto de la Ley No. 18.169 reproduce el texto de la Convención a ser ratificada por el Poder Ejecutivo, también cabe acotar que la Convención entró en vigor, como ley uruguaya, antes de la entrada en vigencia del tratado para Uruguay.

<sup>4</sup> La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) es designada depositaria por virtud del artículo 53.5 de la Convención. La entrada en vigor a los sesenta días de haberse depositado la trigésima ratificación o adhesión surge del artículo 53.6

derecho uniforme que compone el denominado “sistema Varsovia”. A tales efectos la Conferencia debía considerar la adopción de un proyecto de convención previamente elaborado en el ámbito de la OACI.

A tal evento asistieron 544 delegados en representación de 121<sup>5</sup> Estados Partes de la OACI, 1 Estado no Parte<sup>6</sup> y 11 organizaciones internacionales con estatuto de observadores.<sup>7</sup> Uruguay participó activamente en la Conferencia diplomática. En efecto, la delegación uruguaya, encabezada por el Profesor Eduardo Gaggero, integró, junto a otras 26 delegaciones, la Comisión de Amigos del Presidente, creada sobre los últimos días de la conferencia, precisamente por el Presidente de la Conferencia, para superar el impasse en la negociación y en la cual se gestó el texto final de la Convención.<sup>8</sup>

Sobre el final de las sesiones, la Conferencia sancionó **por consenso** –sin votación– el proyecto sometido a consideración con las modificaciones introducidas en el curso de las negociaciones. Como anota una de las más autorizadas opiniones en la materia –el Profesor Michael MILDE de la Universidad McGill de Montreal, Canadá– no es realista asumir que dicho consenso responda a una verdadera unanimidad,<sup>9</sup> mucho menos –agregamos nosotros– teniendo presente, por un lado, el fatigoso y trabajoso *iter* evolutivo de las modificaciones a la Convención de Varsovia y, por el otro, el particularísimo procedimiento empleado antes y durante la Conferencia tanto para arribar a un proyecto “aprobable” como para construir el mentado consenso.

<sup>5</sup> Si bien la concurrencia fue elevada debe recordarse que los miembros de la OACI son 185 Estados por lo que en la Conferencia solo estuvieron representados 65.4 % de los Estados Miembros. Los estados miembros son aquellos que han ratificado la Convención de Chicago de 1944, constitutiva de la OACI. Sobre la creación y evolución de la OACI cf. MATEESCO MATTE, Nicholas, *La Convenzione di Chicago: Quo Vadis OACI?* publicado en *Studi in Onore di Antonio Lefebvre D'Ovidio*, Giuffrè, Milano, 1995, Tomo I, pág. 641.

<sup>6</sup> La Santa Sede es parte de la Convención de Varsovia pero no de la Convención de Chicago (1944) constitutiva de la OACI.

<sup>7</sup> WEBER, Ludwig y JAKOB, A., *The Modernization of the Warsaw System: the Montreal Convention of 1999*, Annals of Air and Space Law, 1999, Vol. XXIV, I.C.A.S.L., McGill University, Montreal, Canada, 1999, pág. 333. Entre las organizaciones presentes cabe destacar la presencia de IATA, de la *International Union of Aviation Insurers* (IUAL), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comunidad Europea (EC) y la *International Law Association* (ILA).

<sup>8</sup> En un trabajo anterior, publicado en 2002, analizamos en mayor detalle el peculiarísimo proceso de negociación de la Convención en la conferencia diplomática de Montreal: *La Convención de Montreal 1999: ¿la nueva Convención de Varsovia?* (publicado en el portal jurídico uruguayo [www.derechodigital.com](http://www.derechodigital.com)). También sobre los antecedentes véase *Nuevas Perspectivas del Transporte Aéreo Internacio-*

La Conferencia diplomática de Montreal debía afrontar la nada envidiable tarea de sancionar un texto que plasmará una equilibrada composición de los intereses naturalmente contrapuestos de los usuarios de transporte, las líneas aéreas, los aseguradores de unos y otros, los fabricantes de aeronaves, y por último los intereses que estratégicamente asignan los gobiernos al desarrollo y viabilidad de sus compañías de bandera nacional. Como es obvio, las propias posiciones de los gobiernos implican ya de por sí una síntesis de posturas antitéticas que, generalmente, se reflejan en las diversas organizaciones estatales que regulan, controlan y promueven la aviación comercial.<sup>10</sup>

En rigor, los delegados de la Conferencia diplomática tenían buena parte del camino allanado, o si se quiere condicionado, en la medida que los principales actores de esta negociación –transportistas y aseguradores– venían ensayando desde hacía cierto tiempo, con el beneplácito de los gobiernos, un sistema que respondía satisfactoriamente a las principales exigencias de los usuarios de transporte. Obviamente, nos referimos al nudo gordiano de la materia, es decir, la responsabilidad del transportista y concretamente la resarcibilidad del daño muerte o lesiones corporales. El éxito de la Conferencia pasaba, entonces, por la aprobación de un texto cuyo régimen de responsabilidad fuera al menos similar al voluntariamente adoptado por los transportistas aéreos varios años antes<sup>11</sup> y que recogiera los puntos que los diversos estados consideraban esenciales o, en otros términos, no negociables.<sup>12</sup>

nal del Prof. Eduardo Gaggero (*Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración. Año II, N° 2, Tercera Época*) quien fuera delegado de Uruguay a la Conferencia Diplomática de Montreal 1999.

<sup>9</sup> MILDE, Michael, *The Warsaw System of Liability in International Carriage by Air: History, Merits and Flaws... and the New “non-Warsaw” Convention of 28 May 1999*, Annals of Air and Space Law, 1999, Vol. XXIV, I.C.A.S.L., McGill University, Montreal, Canada, 1999, pág. 157.

<sup>10</sup> Por ejemplo, la postura de un Estado normalmente es una compleja síntesis resultante del interés por proteger y promover a su línea de bandera –sea o no de propiedad estatal–; de la posición de los organismos responsables del control de la seguridad aérea; de la posición de los organismos que velan por el respeto a la competencia (las denominadas autoridades “anti-trust”); del lobby de los diversos grupos involucrados tales como transportistas, aseguradores, consumidores, fabricantes de aviones, etc.; de las corrientes jurisprudenciales vigentes en la interpretación del “sistema Varsovia”; del grado de tutela al “consumidor” que refleje la política del gobierno de turno, etc.

<sup>11</sup> Nos referimos a un acto unilateral y dos acuerdos privados: la iniciativa de los transportistas japoneses de 1992 y los Intercarrier Agreements celebrados en el ámbito de IATA de 1995 (Kuala Lumpur) y 1996 (Miami).

<sup>12</sup> Por ejemplo, Estados Unidos no estaba dispuesto a acompañar ningún proyecto que no contuviera la denominada “quinta

En el presente trabajo nos proponemos analizar el contenido de la Convención de Montreal para la unificación de ciertas normas relativas al transporte aéreo. En otra ocasión, hemos analizado en detalle el “Sistema Varsovia”,<sup>13</sup> realizado una valoración del cuadro normativo “desuniforme” pre-existente a la Convención, y abordado los antecedentes de la Convención así como la dinámica de la conferencia internacional de 1999, convocada por la OACI, en la que se aprobó y adoptó el texto final de la Convención.<sup>14</sup> Por limitaciones de espacio, no podemos reproducir aquí el análisis de tales antecedentes de manera que nos adentraremos al articulado de la Convención para relevar sus líneas directrices, las principales innovaciones y los aspectos que, a nuestro entender, no han sido satisfactoriamente resueltos.

## 2.- LA CONVENCIÓN DE MONTREAL DE 1999

### 2.1.- Nombre y Estructura de la Convención

La Convención para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, suscrita en Montreal el 28 de mayo de 1999, es conocida como la Convención de Montreal por referencia a la ciudad donde se celebrara la Conferencia en la cual fue aprobada. Una moción de la delegación polaca para denominarla “Convención de Varsovia Revisada” fue tajantemente rechazada por el Presidente de la Conferencia.<sup>15</sup>

La Convención consta de un Preámbulo, está modelada en base a la Convención de Varsovia y se estructura en siete capítulos que contienen normas referidas al ámbito de aplicación (Cap. I), documentación (Cap. II), régimen de responsabilidad del transportista (Cap. III), transporte combinado (Cap. IV), transporte efectuado por el

jurisdicción” y los Estados que habían ratificado el Protocolo IV de Montreal (1975) condicionaron su participación a la incorporación del contenido del Protocolo IV en el texto final de la Convención.

<sup>13</sup> *La Normativa de Derecho Uniforme sobre el Transporte Aéreo Internacional de Personas*, La Justicia Uruguaya, Tomo 125, Sección Doctrina, pág. 127 y ss., Uruguay (2003)..

<sup>14</sup> *La Convención de Montreal 1999: ¿la nueva Convención de Varsovia?*, publicado en el portal jurídico uruguayo El Derecho Digital ([www.derechodigital.com](http://www.derechodigital.com)).

<sup>15</sup> GATES, Sean, *The Montreal Convention of 1999: a report on the Conference and on what the Convention means for air carriers and their insurers*, *The Aviation Law Quarterly*, [1999], 185-294, Part 4, October 1999, pág. 186.

<sup>16</sup> WHALEN, Thomas, *The New Warsaw Convention: The Montreal Convention*, *Air & Space Law*, Vol. XXV, Number 1, 2000, Kluwer Law, pág. 14. Thomas J. WHALEN es un reconocido experto en derecho aeronáutico en Estados Unidos.

transportista de hecho (Cap. V), disposiciones varias (Cap. VI) y disposiciones finales (Cap. VII).

Del Preámbulo se desprende con claridad el propósito de la Convención: asegurar la protección de los intereses de los consumidores y la necesidad de una indemnización equitativa basada en el principio de la reparación integral del daño. Ya no se trata de una Convención para las aerolíneas o los transportistas. Se trata de una Convención pensada y diseñada para atender básicamente los intereses de los consumidores (pasajeros, cargadores y consignatarios).<sup>16</sup>

### 2.2.- Ambito de aplicación material

El art. 1 (1) conserva la redacción del artículo 1.1 de la Convención de Varsovia que determinaba el ámbito material en función de la onerosidad e internacionalidad del transporte. La Convención se aplica por tanto al transporte internacional de personas, equipaje o mercancías efectuado por aeronave mediante remuneración. También se aplica al transporte gratuito efectuado por una empresa de transporte aéreo.<sup>17</sup>

El art. 1 (2), con similar redacción a la Convención de Varsovia, atribuye relevancia a la voluntad de las partes para determinar la internacionalidad del contrato a través del contenido obligacional.<sup>18</sup> Las hipótesis de “*transporte [aéreo] internacional*” que ingresen en el ámbito de aplicación son tres:

(a) *punto de partida y punto de llegada estipulado por las partes, haya o no interrupción o transbordo, situados respectivamente en el territorio de dos estados contratantes;*

(b) *punto de partida y de destino, haya o no interrupción del transporte o trasbordo, situados en*

<sup>17</sup> WHALEN, en base al texto en inglés, que sustituyó el vocablo tradicionalmente empleado (“*enterprise*”) por el moderno “*undertaking*”, sugiere que el ámbito de aplicación ha sido ampliado. Así, en la Convención de Varsovia, que refería a “*enterprise*”, un vuelo gratis efectuado por una aerolínea ingresaba en el ámbito de aplicación de la Convención de Varsovia pero, por el contrario, una operación de transporte aéreo gratuito efectuada por una compañía no aérea –y pone el caso de los vuelos cortesía de IBM a sus clientes desde New York a Toronto- no estaban comprendidos. Con el nuevo término “*undertaking*” los vuelos gratuitos efectuados por compañías no aéreas y el transporte benévolo a un amigo en un avión privado ingresan en el ámbito de aplicación de la Convención (ob. cit., pág. 15). Dado que el texto auténtico en francés conserva la misma redacción que la anterior Convención de Varsovia (“*entreprise de transports aériens*”), tal como apunta COMENALE PINTO (COMENALE PINTO, Michele, *Riflessione sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul Trasporto Aereo*, *Rev. Il Diritto Marittimo*, pág. 806), y la equivalencia de los términos “*enterprise*” y “*undertaking*”, no parece ser de recibo la interpretación excesivamente piedeletrista de WHALEN.

el territorio de un solo estado contratante, si hay alguna escala *acordada* en el territorio de un segundo estado, sea o no parte de la Convención; y (c) aún a falta de contrato entre el pasajero o cargador y el transportista efectivo, cuando el transporte sea internacional y resulte efectuado por un transportista de hecho con el cual transportista contractual haya subcontratado el transporte (arts. 1(4) y 39 de la Conv. de Montreal).

No entran en la categoría de “transporte internacional”, y por tanto no les es aplicable la Convención, las siguientes hipótesis:<sup>19</sup>

- transporte aéreo que meramente sobrevuele el territorio de un estado diverso de aquel del cual partió el vuelo y aquel al que está destinado (por ejemplo, vuelo interno argentino de Misiones a Buenos Aires que para evitar una tormenta se desvía y sobrevuela un tramo de espacio aéreo uruguayo);
- transporte aéreo en el cual la escala en el exterior no haya sido prevista ni querida por las partes y se efectúe solo por razones contingentes (el mismo ejemplo anterior con una escala en territorio uruguayo por razones mecánicas);
- transporte aéreo con punto de partida en un estado contratante y punto de destino en un estado no contratante, o viceversa.

Algunos autores sugieren *de lege ferenda* eliminar los incisos 2 y 3 del art. 1 y reformular el inc. 1º, simplificando y ampliando el ámbito de aplicación a todo transporte desde el territorio de un país al territorio de otro.<sup>20</sup>

La Convención se aplica igualmente al transporte internacional efectuado por un Estado o por organismos estatales con fines no comerciales, y por tanto también al militar (art. 2 (1)), aunque los estados pueden, en cualquier momento, excluirlos mediante una notificación al depositario (art. 57).<sup>21</sup>

<sup>18</sup> “Thus it is the contract, encompassing defined geographic points, that determines the applicability of the Convention” (MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 174).

<sup>19</sup> COMENALE PINTO, ob. cit., pág. 805.

<sup>20</sup> CAPLAN, para la alarma de los jusprivatistas, propone una fórmula que ni siquiera exige que se trate de Estados Contratantes (CAPLAN, Harold, *Novelty in the New Convention*, *The Aviation Law Quarterly*, [1999], 185-294, Part 4, October 1999, pág. 204).

<sup>21</sup> Por ejemplo, el instrumento de ratificación de Estados Unidos contiene la siguiente declaración: “Pursuant to Article 57 of the Convention, the United States of America declares that the Convention shall not apply to international carriage by air performed and operated directly by the United States of America for non-commercial purposes in respect to the functions and duties of the United States of America

La Convención no se aplica al transporte postal (art. 2 (3)) pero hay una confusa norma en el art. 2 (2) que, según MILDE, fue tomada del Protocolo de Montreal No. 4 (1975) y que no aclara cuál es la “administración postal competente” (¿la de origen? ¿la de destino? ¿la de tránsito?) ni cuáles son las reglas aplicables a la relación administración postal-transportista.<sup>22</sup>

El transporte efectuado en circunstancias extraordinarias “fuera de toda operación normal de la explotación aérea” así como los transportes aéreos internacionales “ejecutados a título de primer ensayo por empresa de navegación aérea para el establecimiento de líneas de navegación aérea” (art. 34 de la Conv. de Varsovia) no excluyen la aplicación de la Convención de Montreal limitándose a determinar la inaplicabilidad de las disposiciones relativas a los documentos (art. 51 Conv. de Montreal).<sup>23</sup>

### 2.3.- Carácter imperativo o de orden público

El art. 49 de la Convención –retomando el art. 32 de la Conv. de Varsovia 1929- establece el carácter de orden público de la Convención. Las disposiciones contractuales y cualquier acuerdo, adoptados con anterioridad a la ocurrencia del daño, que contradigan las normas convencionales son nulas y de ningún valor. En sede de responsabilidad, el art. 26 –que corresponde al art.23 de la Convención de Varsovia 1929- establece la nulidad de las cláusulas que exoneren al transportista de responsabilidad o fijen un límite inferior al de la Convención.

### 2.4.- Documentación

Enseña MILDE que la Convención recoge el contenido del Protocolo de Guatemala City de 1971 con relación a la documentación del transporte de personas y el contenido del Protocolo IV de Montreal de 1975 con relación a la documentación del transporte de mercaderías.<sup>24</sup>

as a sovereign State.” (<http://www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.pdf>). El instrumento de ratificación de Uruguay no contiene reserva alguna.

<sup>22</sup> Según MILDE podrían ser las normas postales de la UPU (*The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 175). Era preferible por su mayor claridad el artículo 2.2 de la Convención de Varsovia 1929.

<sup>23</sup> Se sigue la modificación introducida por el art. 16 del Protocolo de La Haya 1955. Como ejemplo de vuelos experimentales, puede consignarse los ensayos llevados a cabo por Airbus respecto del avión A380 (— [http://www.eads.com/1024/en/investor/News\\_and\\_Events/news\\_ir/2005/2005/en\\_20051104\\_msn2.html](http://www.eads.com/1024/en/investor/News_and_Events/news_ir/2005/2005/en_20051104_msn2.html) - consultado Junio 12, 2009).

<sup>24</sup> Ob. cit., pág. 175. En el mismo sentido COMENALE PINTO, ob.cit., pág. 816, y WHALEN, ob.cit.,pág. 17.

Con relación al transporte de personas, se exige la emisión de un documento de transporte –individual o colectivo–<sup>25</sup> que deberá contener la indicación de los puntos de partida y destino (art. 3 (1) literal a) y si éstos están situados en el territorio de un mismo estado pero se prevé una escala en el territorio de otro estado dicha escala deberá ser consignada en el documento (art. 3 (1) literal b). Se admite la sustitución de este documento por “*cualquier otro medio*” que admita la conservación de la información –notoriamente un medio electrónico- en cuyo caso el transportista *deberá* ofrecer al pasajero la entrega de una declaración escrita con dicha información (art. 3 (2)).<sup>26</sup> Asimismo, deberá entregarse al pasajero una nota identificatoria de cada pieza de equipaje registrado. Intentando poner punto final a la *vexata quaestio* del carácter y tamaño legible del aviso de aplicación de la Convención,<sup>27</sup> se establece que basta con que el transportista dé aviso por escrito (no necesariamente en el boleto) indicando que, de aplicarse la Convención, la misma regula y puede limitar la responsabilidad del transportista por destrucción, pérdida o avería de equipaje y en caso de demora.<sup>28</sup> Equivocadamente, en lo que constituye una grosera inadvertencia del legislador uniforme, en el texto del art. 3 (4) referido al aviso se hace mención a la limitación de la responsabilidad por daño muerte o lesión [coporal], eventos respecto de los cuales el transportista no goza más de responsabilidad limitada.<sup>29</sup> Por último, finalmente, el art.

<sup>25</sup> El documento “colectivo” podría resultar útil en las operaciones charter (MENDES DE LEON, Pabo y EYSKENS, Werner, *The Montreal Convention: analysis of some aspects of the attempted modernization and consolidation of the Warsaw System*, Journal of Air Law and Commerce, Volume 66, Summer 2001, Number 3, Southern Methodist University, School of Law, Dallas, Texas, pág. 1159).

<sup>26</sup> La posibilidad de recurrir al denominado “boleto electrónico”, sin papeles de ningún tipo, es todavía improbable dado que los pasajeros necesitan normalmente evidencia escrita del transporte para fines fiscales, para el viaje de regreso, para realizar el trámite inmigratorio, etc. (MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 175).

<sup>27</sup> Véase la dividida decisión de la Corte Suprema de Canadá en la causa *Canadian Pacific v. Stampleman* [1977] 2 Lloyd’s Law Reports, pág. 80 y ss. donde la mayoría, reformando la decisión de la Corte de Apelaciones, entendió que el tipo de letra utilizado no era suficiente para llamar la atención al pasajero y, en su mérito, no se había dado el aviso requerido por lo que el transportista no podía ampararse en el límite.

<sup>28</sup> “*The Convention does not make the notice a mandatory part of the ticket (since there may be no ticket) and it is to be hoped that a general written notice, perhaps on the billboards of airlines at the airport or at travel agents, would satisfy the requirements of the Convention*” (MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 176). COMENALE critica la omisión de establecer el idioma en que debe redactarse el aviso y su forma: “*...tenendo conto delle evidenti finalita’ che a tale avviso sono attribuite, e’ da ritenere che esso debba essere redatto in*

3(5) desvincula todo ligamen entre el aspecto documental y la responsabilidad: la falta de aviso o el aviso incorrecto o carente de alguna información no afecta la validez del contrato de transporte el cual seguirá sujeto a las normas de la Convención incluyendo aquellas que refieren a la limitación de responsabilidad (en este caso, sólo aplicables al equipaje y la demora).

Dificultades no menores plantea la armonización de la contratación telemática con el régimen, normalmente de orden público, que regula los derechos de los consumidores (en particular el *jus poenitendi* del consumidor que le faculta a receder en un plazo breve los contratos celebrados fuera de los locales comerciales).<sup>30</sup> Al respecto, la Convención no contiene norma alguna.

Con relación al transporte de carga, debe entregarse un conocimiento de embarque o carta de porte (*air waybill*) pudiendo el transportista sustituirlo<sup>31</sup> por un medio electrónico en cuyo caso el transportista, a solicitud del cargador,<sup>32</sup> entregará un recibo de carga (“*cargo receipt*”) que consienta la identificación del envío y acceso a la información contenida en el registro electrónico (art. 4). Respecto del contenido mínimo del *air waybill* (art. 5) se exige (i) la indicación del punto de partida y de destino, (ii) de la escala prevista en el territorio de otro estado en caso de vuelo cuyos puntos de partida y destino estén ubicados en un mismo estado y (iii) del peso del envío.<sup>33</sup> En síntesis, en la mayor parte de los casos alcanzará con que el

*maniera tale da essere il piu’ possibile intelligibile, condizione che va soddisfatta, verosimilmente, attraverso il ricorso alla lingua nazionale del luogo di inizio del trasporto e/o luogo in cui e’ stato concluso il contratto, unitamente alla lingua inglese*” (ob. cit., pág. 817).

<sup>29</sup> WHALEN, ob.cit., pág. 17. El mismo WHALEN más adelante señala irónicamente que “*Article 24 provides for a review of the liability limits every five years. Undoubtedly, the States which drafted the Convention considered the 100.000 SDR threshold for passenger liability a ‘limit’, which is not the case. Carrier liability for passenger injury and death under the Montreal Convention is a regime of unlimited liability. The notion that this is a limited liability Convention is also expressed in Article 25, which allows a carrier to stipulate to a ‘higher’ limit of liability, presumably a celestial limit, higher than unlimited*” (ob. cit., pág. 19).

<sup>30</sup> COMENALE PINTO, ob. cit., pág. 821.

<sup>31</sup> “*Under Article 5(2) WC/MP4, the consignor had to consent to this substitution, but consent is no longer required under the Montreal Convention*” (MENDES DE LEON y EYSKENS, ob. cit., pág. 1179).

<sup>32</sup> A diferencia de la documentación del transporte de pasajeros donde el transportista *debe* ofrecer al pasajero la entrega de la información escrita.

<sup>33</sup> Los conocimientos de embarque aéreo contienen dos categorías de peso diferentes: el peso bruto del envío y el denominado “peso volumétrico” que es la base de cálculo sobre la cual se aplica la tarifa de transporte y que puede diferir sensiblemente del peso bruto. La Convención no especifica a cuál peso se refiere.

conocimiento contenga el punto de partida, el punto de llegada y el peso lo que significa una drástica reducción comparada con los requisitos del régimen original de la Convención de Varsavia 1929. El art. 6 establece la posibilidad de que el transportista exija al cargador una declaración de la naturaleza de la mercadería que, en ningún caso, genera responsabilidad de ningún tipo para el transportista. Esta disposición es irrelevante y sólo se explica por los trabajos preparatorios.<sup>34</sup> El art. 7 establece la forma de emisión del *air waybill* permitiendo la firma impresa o mediante sello y el art.8, tratándose de varios bultos, establece el derecho del transportista a exigir la emisión de un *air waybill* por cada bulto y el derecho del cargador a exigir un recibo de carga por cada bulto.<sup>35</sup> Siguiendo al Protocolo No. IV de Montreal, el art. 9 dispone que la falta de cumplimiento de los arts. 4 a 8 no afecta la existencia o validez del contrato el cual seguirá sujeto a las normas de la Convención incluyendo aquellas que limitan la responsabilidad.

El conocimiento de embarque tiene valor probatorio *juris tantum* –esto es, salvo prueba en contrario- de la celebración del contrato, de la recepción de la mercadería por el transportista, y de las condiciones de transporte (art. 11(1)). Las declaraciones en el conocimiento relativas al peso, dimensiones y embalaje de la carga así como las relativas al número de bultos hacen fe contra el transportista salvo prueba contraria que grava, precisamente, al transportista (art. 11 (2)). Las menciones en el conocimiento relativas a la cantidad, volumen y estado de la carga no son oponibles al transportista a menos que hayan sido chequeadas por el mismo en presencia del cargador y se haya hecho constar en el conocimiento expresamente o que se refieran al estado aparente de las mercaderías (art.11).<sup>36</sup>

<sup>34</sup> El proyecto del “Special Group on Modernization and Consolidation of the Warsaw System” establecía que el *Air Way Bill* y el *Cargo Receipt* debían indicar no solo el peso de la carga sino también su naturaleza. En la Conferencia se advirtió que no convenía apartarse del texto del Protocolo No. 4 de Montreal 1975. En las discusiones finales de la Conferencia se negoció eliminar la mención a la naturaleza en el art. 5 pero se incorporó el art. 6 que, a juicio de MILDE, es una disposición sin consecuencias legales (*The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 176). Cf. art. 16 de la Conv. de Montreal 1999.

<sup>35</sup> Esta disposición revela escaso conocimiento de la praxis comercial. Este “derecho” es y será indudablemente poco ejercido ya que la emisión de un *air waybill* comporta una serie de gastos fijos (*Handling Fee*, *Due Carrier*, *Collect Fee*, etc.) que el cargador o consignatario buscarán optimizar requiriendo un solo documento por la totalidad del envío. Contra DE PAZ MARTÍN, Jesús, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional – De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Marcial Pons, 2006, (España), pág. 261.

<sup>36</sup> Nada se dice sobre la eficacia probatoria de la documentación electrónica o sobre las divergencias entre documentación electrónica

## 2.5.- Responsabilidad del transportista

Ingresamos aquí al punto nodal de la Convención donde conviene desde ya relevar la convivencia de dos lógicas antitéticas: por un lado, aquella que gobierna la responsabilidad en el transporte de pasajeros consagrando un régimen de responsabilidad ilimitada del transportista que recoge la iniciativa japonesa de 1992, los *Intercarrier Agreements* de 1995 y 1996 y el Reglamento (CE) 2027/97 del Consejo<sup>37</sup>, y, por otro lado, la que regula la responsabilidad en el transporte de mercaderías y equipaje fijando, tras los pasos del Protocolo No. IV de Montreal de 1975, una responsabilidad limitada e infranqueable. El común denominador de ambos tipos de responsabilidad – pasajeros, en el primer tramo, y carga- es el criterio de imputación: responsabilidad objetiva relativa.

### 2.5.1.- Responsabilidad por daño a pasajeros (art. 17)

El art. 17 de la Convención establece un régimen de responsabilidad presunta del transportista<sup>38</sup> por el daño “muerte” o “*lesión corporal*” del pasajero “*por la sola razón*” de que el “*accidente*” que las haya causado se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque. La base de la redacción es tomada del artículo 17 de la Convención de Varsovia 1929 con una de las modificaciones operadas en el Protocolo de Guatemala 1971 (art. 4).<sup>39</sup>

Es importante destacar que las hipótesis de daño resarcible se mantienen limitadas al daño “muerte” y al daño “*lesión corporal*” excluyéndose así, aparentemente, la resarcibilidad del puro daño mental o psicológico. A pesar de que varias delegaciones defendían la ampliación del concepto de daño resarcible para incluir el daño mental, a instancias del observador de los Aseguradores Aéreos se excluyó la referencia al “daño mental” y se conservó la

y documentación en soporte cartáceo (COMENALE PINTO, ob. cit., pág. 819).

<sup>37</sup> El Reglamento (CE) No. 2027/97 fue, seguidamente a la adopción de la Convención de Montreal, modificado, precisamente para armonizarse con la Convención, por el Reglamento (CE) No. 889/2002, publicado en el diario oficial de la Comunidad Europea el 30 de mayo de 2002.

<sup>38</sup> Que, combinado con el art. 21.1 que impide al transportista exonerarse o limitar su responsabilidad hasta 100.000 DEG por pasajero, configura un régimen de responsabilidad objetiva relativa (art. 20).

<sup>39</sup> El elemento tomado del Protocolo de 1971 es el giro “*por la sola razón*”. En cambio, la Convención no adoptó la noción de “*lesión personal*” –más amplia que la de *lesión corporal*- ni la noción de “*evento*” –más amplia que la de *accidente*-.

clásica noción restrictiva de “lesión corporal”.<sup>40</sup> Así, toda la frondosa jurisprudencia internacional dominante referida a la interpretación del término “*bodily injury*” y la no resarcibilidad del “*stand alone mental injury*” mantendría plena vigencia.<sup>41</sup> La resarcibilidad del daño mental que acompaña pero no es causado por las lesiones físicas no ha sido reconocida por la jurisprudencia.<sup>42</sup> Mayormente dudosa es la resarcibilidad de lesiones no corporales que presentan manifestaciones psíquicas y físicas como por ej., el *post-traumatic stress disorder*.<sup>43</sup> En un intento de última hora por introducir la noción de daño psicológico, algunos delegados plantearon a la Conferencia la redacción de una declaración “*interpretativa*” sobre el punto.<sup>44</sup> Como acertadamente señala WHALEN la declaración, de pretendido carácter interpretativo, es extremadamente ambigua.<sup>45</sup> En la misma se expresa que la jurisprudencia puede “evolucionar” de manera tal de admitir el daño psicológico en base al derecho nacional (*lex fori*). De qué manera el desarrollo del derecho a nivel nacional puede modificar el claro texto de una convención de derecho internacional es una incógnita, al menos para los operadores jurídicos.<sup>46</sup> De todas formas se trata de una cuestión muy polémica y

<sup>40</sup> MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 177. Las delegaciones latinoamericanas, noruega y sueca propiciaron –sin éxito– la inclusión del daño mental como daño resarcible. WHALEN consigna que “*draft language to provide recovery solely for mental injuries was rejected by the ICAO Conference, at the urging of the Air Transport Association (ATA) and the United States delegation, among others*” (ob. cit., pág. 17).

<sup>41</sup> Para un análisis de la jurisprudencia más relevante véase GARCIA-BENNETT, Rita, *Psychological Injuries under Article 17 of the Warsaw Convention*, *Air & Space Law*, Vol. XXVI/1, February 2001, pág. 49, donde se detalla el importante caso *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd* fallado por la US Supreme Court. Cf. WEBER, Ludwig, y JAKOB, A., *The Modernization of the Warsaw System: the Montreal Convention of 1999*, *Annals of Air and Space Law*, 1999, Vol. XXIV, I.C.A.S.L., McGill University, Montreal, Canada, 1999, pág. 340; GATES, ob. cit., pág. 190. Muy completa es la evolución jurisprudencial que realiza Ruwantissa I.R. ABEYRANTE –asesora legal de la OACI– en *Aviation Trends in the New Millennium*, Ashgate, Arlington, 2001, pág. 164 y ss.

<sup>42</sup> Según consigna Rita GARCIA-BENNETT los daños psicológicos que acompañana al daño físico son resarcibles por la jurisprudencia en la medida en que exista un nexo causal entre las heridas psicológicas y las físicas (*Psychological Injuries under Article 17 of the Warsaw Convention*, *Air & Space Law*, Vol. XXVI/1, February 2001, pág. 51).

<sup>43</sup> RODRIGUEZ, Blanca, *Recent Developments in Aviation Liability Law*, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66, Winter 2000, Number 1, pág. 27.

<sup>44</sup> “*The expression ‘bodily injury’ is included on the basis of the fact that in some States damages for mental injuries are recoverable under certain circumstances, that jurisprudence in this area is developing and that it is not intended to interfere with this development,*

que fuera largamente discutida por la jurisprudencia bajo el régimen de la Convención de Varsovia. A juicio de MENDES y EYSKENS, la situación es todavía dudosa y podría postularse la resarcibilidad del daño moral.<sup>47</sup>

Por otro lado, también se mantiene la no menos polémica e indefinida noción de “*accidente*”, concepto ciertamente más restringido que el término “*hecho*” (“*event*”) del Protocolo de Guatemala City 1971. La Corte Suprema de Estados Unidos en 1985, en el caso *Air France v. Saks*, acuñó una noción de “*accidente*” que ha sido bien acogida por la doctrina. Se trata, dijo la Corte, de todo “*unexpected or unusual event or happening that is external to the passenger*”.<sup>48</sup> Sin embargo, la propia Corte ha expresado que el concepto jurisprudencial por ella acuñado debía ser interpretado de manera flexible teniendo en consideración la matriz fáctica. Una reciente sentencia norteamericana ha encuadrado en la categoría de “*accidente*” el accionar de una azafata que continuó proveyendo bebidas alcohólicas a un pasajero en estado de ebriedad y que luego, a consecuencia de la euforia alcohólica, atacaría sexualmente a otro pasajero.<sup>49</sup>

*having regard to jurisprudence in areas other than international carriage by air*”.

<sup>45</sup> GATES señala que es deliberadamente ambigua: “*The President of the Conference read a long and confusing statement into the travaux préparatoires which appeared deliberately designed to suggest that all parties to the debate had prevailed on the issue. A draft statement was also put up to the conference for specific approval and inclusion in the travaux which is equally and apparently consciously unclear*” (ob. cit., pág. 190).

<sup>46</sup> “*How development of national law can change the language and scope of an international Convention is a mystery, at least under United States law. Under basic principles of treaty law, the language of the Convention supersedes and preempts local law. As a matter of treaty law, this ‘understanding’ of the delegates should have no legal effect on the construction of the Montreal Convention*” (WHALEN, ob. cit., pág. 17). ABEYRANTE sostiene la inclusión del daño mental en el actual sistema y en la Conv. de Montreal (*Mental Injury Caused in Accidents During International Air Carriage – A Point of View*, *The Aviation Quarterly*, 1999, págs. 207-210).

<sup>47</sup> El fundamento normativo sería el art. 29 de la Conv. de Montreal (ob. cit., pág. 1167). También MILDE señala que la resarcibilidad de los diferentes tipos de daño no económico (dolor y sufrimiento, pérdida de disfrute de la vida, pérdida de guía parental, pérdida de compañía, etc.) seguirá dependiendo de la jurisdicción en que se litiga (ob. cit., pág. 180).

<sup>48</sup> 470 U.S. 392 (1985). Sobre el tema véase GOLDBIRSCH, Lawrence, *Definition of ‘Accident’: Revisiting Air France v. Saks*, *Air & Space Law*, Vol XXVI/2 April 2001, pág. 86. En base al caso *El Al Israel Airlines Limited v. Tseng* (1999) ABEYRANTE sostiene que el concepto de “*accidente*” ha perdido su componente de “*fortuito*” y ello permitiría, por ejemplo, hacer ingresar bajo tal rótulo la difusión de tuberculosis en la cabina del avión (ob. cit., pág. 183 y ss.).

La referencia al “daño” (art. 17) junto con la oración final del art. 29 y el Preámbulo de la Convención, parecerían dejar laudada la improcedencia del otorgamiento de daños punitivos (no compensatorios) en las acciones efectuadas bajo la Convención de Montreal. Los daños punitivos alcanzaban –y alcanzan- cuantiosísimas sumas de dinero en el ordenamiento norteamericano y bajo la Convención de Varsovia los jueces norteamericanos habían llegado a la conclusión de que los daños punitivos no eran admisibles.<sup>50</sup> El punto presenta interés para el resto de los operadores aéreos puesto que los altos niveles de daños punitivos en Estados Unidos eran –y son- una de las principales motivaciones del *forum shopping*, motivación que la introducción de la “quinta jurisdicción” no hace más que alentar.

Por su lado, el artículo 29 configura un intento, a nuestro juicio exitoso, de cerrar la puerta a interpretaciones “creativas” que buscan burlar la normativa convencional y debería poner fin a la discusión relativa a la naturaleza del fundamento de la responsabilidad del transportista. En otras palabras, el resultado debe ser el mismo ya sea que la acción del damnificado se base en la responsabilidad contractual o en la aquiliana.<sup>51</sup> La jurisprudencia que se perfila entorno al art. 29 confirmará si este intento ha sido exitoso.

El transportista puede oponer las siguientes defensas. Hasta DEG 100.000 sólo puede oponer la culpa del acreedor (el pasajero víctima) de acuerdo con el art. 20 (responsabilidad objetiva relativa).<sup>52</sup> Por daños que superen los DEG 100.000 el transportista puede exonerarse produciendo, además de la culpa del acreedor ex art. 20, la prueba negativa de que el daño no fue debido a una

acción u omisión suya o de sus dependientes (defensa de “*no negligence*”, art. 21 (2) a) o de que el daño fue debido exclusivamente a la negligencia, acción u omisión de un tercer sujeto (art. 21 (2) b). Se sustituye así la famosa prueba positiva “*all necessary measures defense*” del art. 20 de la Convención de Varsovia por una prueba de carácter negativo.<sup>53</sup> Para algunos autores, la distinción que establece el art. 21(2) es bizantina en el sentido de que la hipótesis del literal a) comprende a la del literal b).<sup>54</sup> Para GATES, la defensa de “*no negligence*” es más realizable que la de “*all necessary measures*”.<sup>55</sup> De todas formas, todos los autores coinciden en señalar que será extremadamente difícil que un transportista pueda exonerarse con esta defensa en el caso de un accidente aéreo donde, en virtud de la complejidad del proceso causal, seguramente podrán relevarse varios pasos omitidos.<sup>56</sup>

#### 2.5.2.- Responsabilidad por daño al equipaje (art. 17)

El tratamiento del equipaje se divide en equipaje registrado y equipaje de mano (art. 17 (4)). Respecto del equipaje registrado o consignado al transportista, éste será responsable por su pérdida, destrucción o avería por la sola razón de que el hecho<sup>57</sup> haya ocurrido a bordo del avión o durante el tiempo que el equipaje se encontraba bajo la custodia del transportista pudiendo eximirse de responsabilidad si, y en la medida que, acredite la naturaleza o vicio propio de la cosa (responsabilidad objetiva relativa).<sup>58</sup> Es importante señalar que el transportista no podrá exonerarse aduciendo defectos de embalaje del equipaje

<sup>49</sup> *Langadinos v. American Airlines, Inc.*, 199 F.3d 68 (1<sup>st</sup> Cir. 2000). Para un comentario de esta sentencia véase de RUNNELS, Lorin, *What is an ‘accident’ in the international air? The First Circuit holds that an ‘accident’ has a flexible application and requires assessment of circumstances through discovery*, en *Journal of Air Law and Commerce*, Volume 66, Spring 2001, Number 2, Southern Methodist University, Dallas, pág. 869.

<sup>50</sup> RODRIGUEZ, ob. cit., pág. 28. Andrew J. HAKAKAS señala que “*in the often-changing and contradictory Warsaw Convention decisions rendered by United States (US) courts, one thing has remained constant: punitive damages are not recoverable in an action governed by the Convention*” y ello se debe a dos razones: el propio texto de la Convención y su finalidad (*Punitive Damages Under the Warsaw Convention after Zicherman*, *Annals of Air and Space Law*, Vol. XXII-I, 1997, pág. 147).

<sup>51</sup> En este sentido, DE PAZ MARTÍN para quien “... *el art. 29 CM 1999, al señalar que las acciones de responsabilidad “solamente podrá iniciarse con sujeción a las condiciones y a los límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio”, parece contener lo que en términos de Derecho internacional privado se denominaría “teoría de la equivalencia de resultados”*. Ob. cit., pág. 132, nota. 333.

<sup>52</sup> DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 145.

<sup>53</sup> Ello corroboraría, a juicio de COMENALE PINTO, la orientación de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el sentido de que la causa desconocida grava al transportista (ob.cit., pág. 822).

<sup>54</sup> Así WHALEN quien señala que “*these two alternatives seem to state the same proposition. A carrier proving it was not negligent presumably will, in almost all cases, be proving that someone else was the sole cause of the accident. As a matter of statutory construction, airlines may be able to argue that the two alternatives cannot be identical in scope. The carrier’s liability may be limited to 100,00 SDRs under Article 21(a) if the carrier’s negligence was not the major or the proximate cause of the accident*” (ob. cit., pág. 19). Idem CAPLAN quien no encuentra distinción práctica entre esta nueva redacción y el art. 20 de la Convención de Varsovia (ob.cit., pág. 202).

<sup>55</sup> Ob. cit., pág. 190.

<sup>56</sup> Ver los interesantes comentarios de RODRIGUEZ, ob.cit., pág. 30.

<sup>57</sup> Aquí se utiliza el término “hecho” notoriamente más amplio que “accidente”. Señala MILDE que podría argumentarse que cuando el equipaje se encuentra bajo custodia de la aduana o en las zonas de seguridad no está al cuidado del transportista (*The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 178).

<sup>58</sup> Además de la culpa del acreedor ex art. 20.



por lo que parecería ser recomendable para el transportista revisar con mayor meticulosidad el mismo y dejar constancia de su estado al momento de recibirlo del pasajero para evitar reclamos fraudulentos.<sup>59</sup> Con relación a la pérdida (total) de equipaje el pasajero puede accionar cuando el transportista admite la pérdida o hayan transcurrido 21 días desde la fecha en que debió haber llegado (se supone que es la fecha en que llegó el pasajero). Este derecho parecería ser automático y no exigir la protesta aeronáutica del art. 31 (2).<sup>60</sup> En caso de pérdida parcial (robo de contenido) del equipaje parecería ser necesaria la protesta.

Tratándose de equipaje de mano (no registrado) el transportista será responsable por culpa cuya carga, de acuerdo con las reglas procesales que fijan la distribución del *onus probandi*, grava al reclamante, es decir, el pasajero (art. 17(2) parte final).<sup>61</sup>

### 2.5.3.- Responsabilidad por daño a la carga (Art. 18)

Aquí la Convención sigue el modelo del Protocolo No. IV de Montreal 1975 y consagra una responsabilidad objetiva<sup>62</sup> relativa a cargo del transportista por la destrucción, pérdida o avería de las mercaderías transportadas.<sup>63</sup>

Art. 18.1.- El transportista será responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería

<sup>59</sup> MENDES y EYSKENS, ob. cit., pág. 1174.

<sup>60</sup> Esta es la interpretación de MENDES y EYSKENS (ob. cit., pág. 1175) quienes señalan que “*The Montreal Convention, therefore, resolves the debate concerning whether loss of checked baggage requires a written complaint under Article 26 WC*”. Tal posición confirmaría la interpretación que la doctrina y jurisprudencia rioplatense sostienen al negar que en caso de pérdida total de la carga, la Convención de Varsovia imponga al consignatario la carga de efectuar la protesta aeronáutica.

<sup>61</sup> “*It is the passenger who carries the burden of proof*” (MENDES y EYSKENS, ob. cit., pág. 1176). Idem CAPLAN (ob. cit., pág. 199) con dudas.

<sup>62</sup> “La objetividad, aunque relativa, del estándar está dada por los elementos que debe acreditar el demandante para colocar al transportista aéreo en una situación de responsabilidad. Para ejemplificar el punto, véase DEMPSEY, quién indica que, “... *for cargo or baggage, the claimant need not establish the carrier's negligence. The shipper or passenger need merely establish that the cargo or luggage was delivered to the carrier in good condition, that it arrived in damaged condition or did not arrive at all, and the amount of damages.*” (DEMPSEY, Paul Stephen, *Carrier Liability for Loss & Damage of International Air Freight: Plaintiff's and Defendants' Elements of Proof*, *Annals of Air & Space Law*, Vol. XXIX, 2004, pág. 106).

<sup>63</sup> Como acertadamente anota DE PAZ MARTÍN “*los supuestos legales de responsabilidad establecidos en el régimen convencional*

de mercaderías, por la sola razón de que el hecho que haya causado el daño se produjo durante el transporte aéreo.

El transportista solamente podrá exonerarse total o parcialmente produciendo la prueba liberatoria relativa a la naturaleza o vicio propio de la mercancía, al embalaje defectuoso (que obviamente no haya sido realizado por el transportista) al acto de guerra o conflicto armado y a un acto de la autoridad pública ejecutado en relación con la entrada, la salida o el tránsito de la mercancía (art. 18(2)).<sup>64</sup>

Adoptando lo establecido en el Protocolo No. IV de Montreal 1975, la responsabilidad del transportista está limitada, de manera infranqueable, a DEG 17 por quilogramo. DE PAZ MARTÍN considera que esta solución implica un “*favorecimiento desproporcionado de los intereses de los transportistas*”<sup>65</sup> particularmente debido a la naturaleza infranqueable del límite que no admite excepciones de ningún tipo.<sup>66</sup> Así, a diferencia de la Convención de Varsovia 1929, el dolo o culpa grave del transportista no permiten superar el límite.<sup>67</sup>

Por último, el art. 18 (4) en su parte final introduce una novedad que simplifica algunos casos. Si el transportista, sin el consentimiento del cargador, emplea otro modo de transporte por todo o parte del transporte

*se refieren a incumplimientos contractuales relativos o supuestos de inejecución parcial. Tanto el CV 1929, como el CM 1999 “presuponen”, al menos, la voluntad inicial del transportista de cumplir con las obligaciones contractualmente adquiridas, dejando fuera de su regulación los supuestos de inejecución total del transporte (ausencia absoluta de traslado de la mercancía o del pasajero –denegación de embarque o cancelación de vuelo–.)” (Ob. cit., pág. 116).*

<sup>64</sup> En este punto el Protocolo No. IV era más estricto porque permitía al transportista exonerarse en la medida que la excepción contemplada fuera la exclusiva causa del daño. Por el contrario, la Convención de Montreal admite que el transportista se excepte por la medida de daño que responda a tales defensas. Por ello WHALEN señala que “*under the Montreal Convention, the specified causes need not be the sole cause of the loss to reduce the carrier's liability*” (ob.cit., pág. 18). En el mismo sentido MENDES y EYSKENS, ob. cit., pág. 1182.

<sup>65</sup> Ob. cit., pág. 238.

<sup>66</sup> En similar sentido, criticando la inadecuación del límite de DEG 17,00 por kilogramo, el Profesor DEMPSEY indica que “*adjusted for inflation, \$9.07 in 1929 dollars is worth nearly \$89 in 1999 dollars; thus M99 limits cargo liability to a paltry 1/8 of its 1929 level.*” (Ob. cit., pág. 98).

<sup>67</sup> DE PAZ MARTÍN señala que “... *es claramente reprochable que, a través de estas normas [se] amparen actitudes negligentes o incluso dolosas de los transportistas y que éstas queden sin más “sanción” que la de una indemnización*”. (Ob.cit., pág. 259). El mismo autor, respecto de la jurisprudencia española, pronostica que “... *es más que posible que se busquen subterfugios jurídicos para evitar la*

acordado por aire (sustitución), tal transporte se considerará incluido en el período de transporte aéreo.<sup>68</sup>

#### 2.5.4.- Responsabilidad por retraso (art. 19)

Consigna MILDE que gravar al transportista con una responsabilidad objetiva por retraso puede acarrear graves consecuencias negativas en materia de seguridad. La Convención de Montreal, como sus precedentes, no define el retraso. Por otro lado, la mayor parte de las condiciones generales de las compañías aéreas aplicables al transporte expresan que los tiempos previstos de partida y llegada son aproximados y que no están garantizados. En la Conferencia el grupo de 53 países africanos abogó por la eliminación de la responsabilidad por demora.<sup>69</sup>

Como fórmula transaccional se llegó a establecer una responsabilidad subjetiva presunta (basada en la culpa) a cargo del transportista por retraso en el transporte de pasajeros, equipaje y mercancías admitiendo al transportista exonerarse produciendo la prueba de haber adoptado “todas las medidas que razonablemente pudieran exigirse” para evitar el daño, defensa ligeramente mejor al viejo giro “todas las medidas necesarias” ex art. 20 de la Convención de Varsovia 1929.<sup>70</sup>

WHALEN señala que, en Estados Unidos, este artículo puede resultar una invitación a las “class actions” en la medida que un transportista demore un vuelo por razones mecánicas o de seguridad si tales retrasos eran evitables. Así, si un capitán, por razones de seguridad, desea que su equipo sea verificado y esto genera un retraso, el transportista podrá ser responsabilizado si tal retraso era evitable porque el chequeo se podría haber hecho antes o

se debió haber verificado con mayor amplitud anteriormente o el primer chequeo no era correcto o el segundo chequeo era, entonces, innecesario. Esta severa penalización a la seguridad no parece estar en línea con el interés público, la eficiencia económica y con la imperiosa necesidad de reconstruir la vulnerable imagen de la seguridad aérea, severamente afectada por los luctuosos incidentes terroristas del 11 de setiembre de 2001.<sup>71</sup>

#### 2.5.5.- Exoneración total o parcial por hecho del acreedor (art. 20)

La culpa del acreedor (el pasajero o el cargador) exonera total o parcialmente al transportista de responsabilidad. Por eso en los casos en que se establece la responsabilidad objetiva (“muerte” y “lesión corporal” de pasajeros; destrucción, pérdida o avería de mercaderías o equipaje registrado) el régimen de responsabilidad objetiva es relativo. Por tanto, es importante recalcar que el transportista puede oponer esta defensa al pasajero o sus derechohabientes aún respecto del primer nivel de responsabilidad por 100.000 DEG (art 21(1)).<sup>72</sup> El punto no es menor ya que, por ejemplo, el transportista podrá exonerarse cuando el pasajero, desobedeciendo la instrucción impartida por el comandante a través de los altoparlantes y las señales visuales, permanezca fuera de su asiento o esté sentado pero sin ajustarse el cinturón de seguridad y resulte lesionado a consecuencia de una turbulencia.<sup>73</sup>

En resumen, el **cuadro completo de defensas del transportista** previsto por la Convención de Montreal es el siguiente:

---

*aplicación de los límites en aquellos casos en los que la actitud del transportista sea inaceptable como para resultar beneficiado por unas reglas como las analizadas.”* (Ob. cit., pág. 260). Al mismo tiempo, el autor no dejar de poner de manifiesto la inaceptable inflación que ha realizado la jurisprudencia española de la culpa equiparable al dolo (ob. cit., págs. 249 y ss.).

<sup>68</sup> A la misma solución llegó recientemente la justicia inglesa aunque aplicando las condiciones del transportista aéreo (*Quantum Corp. Ltd. Sin. V. Plane Trucking – Air France*, Queen’s Bench Division, Comm. Ct., [2001] 1 Lloyd’s Law Reports)

<sup>69</sup> MILDE, ob. cit., pág. 179.

<sup>70</sup> En el mismo sentido, DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 146. Para MILDE la redacción del art. 19 Conv. Montreal es menos exacta que la del art. 20 Conv. Varsovia (ob. cit., pág. 179).

<sup>71</sup> Jesús DE PAZ MARTÍN señala atinadamente que “las normas de responsabilidad del transportista deben ser interpretadas considerando las específicas e incrementadas, como consecuencia de los hechos del “11-S”, medidas de seguridad a las que deben ajustarse tanto las compañías aéreas, como los pasajeros, y los demás opera-

---

*dores públicos y privados que participan en el desarrollo de la aviación comercial. Los daños y perjuicios que, para los particulares, pudiese provocar dicho ajuste deben considerarse no imputables a ninguno de los operadores, sino hipotéticamente imputables al interés general y, por tanto, amparados por una “genérica” causa de exoneración inherente a la seguridad del transporte aéreo.”* (Ob. cit., pág. 56.).

<sup>72</sup> RODRIGUEZ, ob. cit., pág. 31.

<sup>73</sup> Según nos ha explicado el Comandante Pedro Lainez –avezado piloto de línea a quien agradeceremos particularmente la ayuda en este tema- la turbulencia puede caracterizarse como la *situación en que se encuentra una masa de aire en la que se producen fuertes cambios en la velocidad y/o dirección del viento. Las causas de la turbulencia son diversas (tormentas, orografía, onda de montaña, cizalladura producida por la proximidad de una tormenta y torbellino de punta de ala). Cf. también ABEYRATNE, Aviation Trends..., ob. cit., pág. 161 y ss. El régimen de responsabilidad objetiva es relativa previendo las pocas pero no infrecuentes hipótesis en las que, por ejemplo, un pasajero se levanta negligentemente durante el despegue o aterrizaje* (DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 141).

(a) muerte o lesión corporal hasta DEG 100.000; demora; equipaje (registrado o no registrado); destrucción, pérdida o avería de mercancías: el transportista dispone de la eximente relativa al hecho de la víctima (culpa del acreedor-pasajero o cargador) ex art. 20.

(b) muerte o lesión corporal por más de DEG 100.000: el transportista dispone de tres eximentes que consisten en establecer que (i) el daño no se debió a su falta de negligencia –prueba negativa de muy difícil producción-, que (ii) el daño se debió exclusivamente a la negligencia de una tercera persona (art. 21) o (iii) la culpa del acreedor (art. 20).

(c) Solo en el caso de demora el transportista dispone de la eximente “todas las medidas que razonablemente pudieran exigirse” (art. 19).

(d) En materia de destrucción, pérdida o avería de mercaderías el transportista dispone del siguiente cuadro de defensas: naturaleza o vicio propio, embalaje defectuoso, acto de guerra o conflicto armado y acto de la autoridad pública ejecutado en relación con la entrada, la salida o el tránsito de la mercadería (art. 18).<sup>74</sup>

(e) Tratándose de destrucción, pérdida o avería de equipaje de mano el transportista parecería disponer de todas las defensas admisibles (art. 17(2)).

A su vez, previo a ingresar al análisis de los montos indemnizatorios, conviene tener presente los diversos **criterios de imputación de responsabilidad** que conviven en el seno de la Convención de Montreal 1999:

(a) muerte o lesión corporal hasta DEG 100.000: responsabilidad objetiva relativa (arts. 17 y 21(1))

(b) muerte o lesión corporal por más de DEG 100.000: responsabilidad subjetiva presunta (arts. 17 y 21(2))

(c) demora: responsabilidad subjetiva presunta (art. 19)

(d) equipaje registrado: responsabilidad objetiva relativa (art. 17(2))

(e) equipaje no registrado: responsabilidad subjetiva sin inversión de la carga de la prueba (art. 17(2))

(f) mercancías: responsabilidad objetiva relativa (art. 18)

#### 2.5.6.- *Quantum indemnizatorio en caso de muerte o lesión personal de pasajeros (art. 21)*

Corresponde analizar la más trascendente y anhelada modificación de la Convención en la medida que elimina el injusto instituto del límite de resarcibilidad en materia de responsabilidad por el transporte de pasajeros referido a los daños muerte y lesión corporal.

Dos son las modificaciones en este plano. En primerísimo lugar, la **eliminación del instituto del límite de resarcibilidad** lo que en buen romance significa que el transportista deberá indemnizar todo el daño acreditado por el reclamante de acuerdo, por otra parte, con el principio de la reparación integral del daño. En segundo lugar, la mejora sustancial de la posición de la víctima o sus derechohabientes puesto que, por daños hasta DEG 100.000, el transportista no podrá oponer la defensa de haber adoptado “todas las medidas necesarias” que le confería el art. 20 de la Conv. de Varsovia 1929.<sup>75</sup> Mediante la armonización de los artículos 17 (que establece una responsabilidad presunta a cargo del transportista) y 21 (que impide al transportista exonerarse de responsabilidad) se vertebró un criterio de imputación de responsabilidad de tipo objetivo relativo (recuérdese que el transportista puede siempre oponer la culpa del acreedor ex art. 20 Conv. Montreal). Por los daños que superen los DEG 100.000, el transportista responde por culpa presunta y puede exonerarse probando que el daño no se debió a su negligencia (prueba negativa)<sup>76</sup> o que el daño se debió exclusivamente a la negligencia de un tercer sujeto.

Este “two-tier liability system” consagrado por la Convención recoge la iniciativa japonesa de 1992, los “intercarrier agreements” de 1995 y 1996 y el Reglamento (CE) No. 2027/97.<sup>77</sup> Por tanto, téngase presente, la novedad está dada por la naturaleza de la norma que lo contiene y no por su revolucionario contenido.

El artículo 22(6) autoriza al juez, de acuerdo con la *lex fori*, a conceder las costas y costos procesales más los intereses. Esta norma no se aplica, es decir, el actor no

<sup>74</sup> DEMPSEY señala la “curiosa” omisión de la fuerza mayor o caso fortuito del elenco de defensas del transportista (ob. cit., pág. 144).

<sup>75</sup> Aunque debe señalarse que esta eximente de defensa solo tiene el nombre porque en virtud de la complejidad causal del fenómeno aeronáutico es virtualmente imposible no encontrar alguna negligencia del transportista o sus dependientes que tuviera relevancia causal para desvirtuar la pretensión liberatoria del deudor.

<sup>76</sup> “In view of the technical and operational complexity of aviation, this burden of proof will never be easy to discharge. The complicated

*chain of facts and their factual causal nexus in aircraft accidents frequently leaves doubt about the complete absence of any negligence, wrongful act or omission*” (MILDE, *The Warsaw System...*, ob.cit., pág. 180).

<sup>77</sup> Para un análisis detallado de estos antecedentes nos remitimos a nuestro trabajo, *La Normativa de Derecho Uniforme sobre el Transporte Aéreo Internacional de Personas*, La Justicia Uruguaya, Tomo 125, Sección Doctrina, pág. 127 y ss., Uruguay (2003).

tiene derecho a las costas, costos e intereses, si el monto indemnizatorio otorgado por el tribunal –excluyendo las costas y otros gastos procesales- no supera la suma que el transportista haya ofrecido por escrito al actor dentro del período de seis meses desde la fecha del evento que causó el daño o antes de la presentación de la demanda, si esta fuera posterior.<sup>78</sup>

#### 2.5.7.- Límites de responsabilidad con relación al retraso, equipaje y carga (art. 22)

Los límites de responsabilidad –eliminados respecto de la muerte o lesión corporal- se mantienen, sin embargo, tratándose de retraso, destrucción, pérdida o avería de equipaje o carga.

Respecto del retraso el límite por pasajero es de DEG 4.150. Debe recordarse que este es el máximo indemnizable por el daño acreditado por el reclamante.

Con relación a la destrucción, pérdida o avería de equipaje registrado el máximo indemnizable se fija, desvinculándolo del peso transportado, en DEG 1.000 por pasajero.<sup>79</sup> Aunque algunos autores señalan que la suma es baja considerando el equipaje de un pasajero internacional<sup>80</sup> los aseguradores de las compañías aéreas sostienen que esta es, posiblemente, una de las derivaciones económicamente más graves para las líneas aéreas.<sup>81</sup> El límite puede ser aumentado si el pasajero realiza, al momento de entregar el equipaje registrado al transportista, una declaración especial de interés en la entrega del equipaje en destino y paga un suplemento.<sup>82</sup> A pesar de que la enorme mayoría de los pasajeros presumiblemente tendrá interés en la entrega de su equipaje en destino, de no mediar una exteriorización de su voluntad en la forma prevista y previo pago del suplemento, la responsabilidad será limitada al importe reseñado.

Sin embargo, los límites referidos al retraso y a la destrucción, pérdida o avería de equipaje registrado no

son insuperables. Un vestigio de la “*wilful misconduct*” – tal como fuera definida en el Protocolo de La Haya de 1955- sobrevive en estos casos por lo que el transportista no tendrá derecho a ampararse en el límite si el reclamante acredita una acción u omisión del transportista o de sus dependientes con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño (art. 22 (5)).<sup>83</sup>

En relación a la destrucción, pérdida o avería de la carga el límite se mantiene en DEG 17 por quilo y, tal como surgía del Protocolo No. IV de Montreal 1975, se trata, en principio, de un **límite infranqueable**. El límite puede ser aumentado mediante la declaración especial del cargador manifestando su interés en la entrega en destino. Sin duda en materia de transporte de carga las partes del contrato de transporte se encuentran en una situación mayormente paritaria –no así tratándose de transporte de pasajeros- lo que consiente este tipo de negociaciones con mayor equilibrio. La infranqueabilidad del límite<sup>84</sup> podría ser cuestionada en base a dos argumentos.

En primer lugar, la posibilidad de que el deudor pueda ampararse en la limitación de responsabilidad aún en caso de dolo colide con un principio central del derecho continental. En tal sentido cabe recordar que una interesante sentencia de la Corte Constitucional italiana en materia de limitación de responsabilidad, esta vez referida al transporte terrestre de mercaderías, afirmó en 1991 que se trata de un “... *principio general, conforme a la tradición jurídica europea* [continental], *que no permite al deudor prevalerse de limitaciones legales o convencionales de responsabilidad cuando el incumplimiento depende de dolo o culpa grave*”.<sup>85</sup> Sin embargo, la propia Corte en la misma sentencia, precisa que dicho principio “*mientras vincula inderogablemente a la autonomía privada, no vincula al legislador, no resultando cubierto de garantía constitucional*”.<sup>86</sup> De ello puede desprenderse que la limitación de responsabilidad por norma legal –y en general, las

<sup>78</sup> Sobre cómo funcionará esta norma véanse los lúcidos comentarios de WHALEN (ob. cit., pág. 19) para el cual, en el ordenamiento norteamericano, la Convención termina penalizando al transportista que no haga una oferta transaccional con escasa información (téngase presente que la oferta deberá realizarse antes de que comience el proceso probatorio o “discovery”) antes de los seis meses.

<sup>79</sup> No parece que el límite cubra el equipaje de mano.

<sup>80</sup> MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 181.

<sup>81</sup> GATES, ob. cit., pág. 187. Si GATES tiene razón, ello significa que el porcentaje de equipaje que pierden los transportistas aéreos es alto.

<sup>82</sup> “*Few air carriers in practice offer this type of ‘insurance’ and the passengers mostly rely on private insurance coverage, often included in their credit card programs*” (MILDE, *The Warsaw System...*, ob. cit., pág. 181).

<sup>83</sup> En los ordenamientos de common law, la “*wilful misconduct*” habilitante de la perforación del límite bajo el sistema Varsovia, como señala DEMPSEY, “...*is neither ordinary negligence, nor even gross negligence; it is something more*” (ob. cit., pág. 134). Esto es una muestra de la mayor dificultad práctica para perforar el límite en el ordenamiento de common law ya que aún aquellos doctrinos contrarios al límite, como DEMPSEY, reconocen que bajo Varsovia es necesaria una conducta extremadamente más grave que la culpa grave, valga la redundancia, para perforar el límite.

<sup>84</sup> Que a los ojos de los asesores legales de la OACI resulta incuestionable (WEBER y JAKOB, ob. cit., pág. 344).

<sup>85</sup> Advértase un aspecto implícito de la afirmación de la Corte que suele pasar desapercibido: la responsabilidad también se puede limitar por contrato.

<sup>86</sup> Sentencia No. 420, de 22 de noviembre de 1991 publicada en Rev. Diritto dei Trasporti, II/1992, pág. 521.

convenciones se introducen a los ordenamientos internos mediante una ley- aún en los casos de dolo o culpa grave es absolutamente constitucional.<sup>87</sup>

En segundo lugar, habría un argumento hermenéutico piedeletrista. Para limitar la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave del deudor sería necesaria una norma expresa que claramente así lo indicara. Tal norma expresa, que efectivamente existe en el art. VII del Protocolo No. IV de Montreal 1975 modificadorio del art. 24 de la Conv. de Varsovia, no existe en el art. 29 de la Conv. de Montreal 1999. Aunque de una lectura contextual de la Convención (taxatividad del elenco de defensas), de lo establecido en los artículos 30.3<sup>88</sup> y 22.3<sup>89</sup>, y de los antecedentes surge inequívocamente la voluntad de establecer un límite infranqueable<sup>90</sup> no faltarán ciertamente quienes haciendo caudal de estos dos argumentos postulen la pérdida del límite en el caso de dolo o culpa grave del transportista. En materia de transporte de cargas raramente se verificarán hipótesis de dolo del transportista. Las dificultades podrían presentarse con la culpa grave, noción que la jurisprudencia ha “inflado” terriblemente al punto que la más mínima omisión es susceptible de configurarla.

El límite se mantiene en el nivel fijado en la Convención de Varsovia (USD 20,00 por kg.) aunque producto de la fluctuación de las monedas ha alcanzado los USD27 por kilo.<sup>91</sup> Consigna GATES que los delegados jugaron con la posibilidad de aumentarlo pero dado que los principales beneficiarios serían los aseguradores subrogantes –y no los asegurados- se entendió inapropiado modificarlo.<sup>92</sup> La decisión parece acertada y confirma la necesidad de aplicar lógicas diversas para el transporte de personas y cosas.

<sup>87</sup> “Si la interpretación de este nuevo régimen, que ya estableció el PM 1975 Núm. 4 y que recoge el CM 1999 y que determina la infranqueabilidad de los límites indemnizatorios, no se flexibiliza a través de las soluciones alternativas señaladas, en el seno de algunos ordenamientos estatales podrá enfrentarse a justificadas dudas acerca de su constitucionalidad.” (DE PAZ MARTÍN, ob. cit., 261). Las “soluciones alternativas” a las que se refiere este autor contrarían expresamente el texto de la Convención.

<sup>88</sup> DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 258.

<sup>89</sup> El argumento derivado del artículo 22.3 es el siguiente: la única hipótesis en la que se permite superar el límite en materia de carga es aquella en la que el cargador declara el valor de la mercancía al transportista y pague una suma suplementaria (DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 236).

<sup>90</sup> COMENALE PINTO, ob. cit., pág. 809.

<sup>91</sup> Los Derechos Especiales de Giro (en inglés, *Special Drawing Rights*) son fijados diariamente por el Fondo Monetario Internacional en función de las variaciones de las cuatro monedas que lo regulan: el dólar norteamericano, el euro, la libra esterlina y el yen. Para una explicación sobre el origen, funcionamiento y cotización de los Derechos Especiales de Giro véase: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm> (consultado el 25 de mayo de 2009).

Como señala una interesantísima sentencia norteamericana en materia de transporte marítimo, no es necesario derramar lágrimas de cocodrilo simpatizando con la “desventajosa” situación del cargador o consignatario en perjuicio del transportista ya que, en definitiva, estos últimos, para pagar un flete bajo, no declaran el valor de la mercadería al transportista recurriendo, en cambio, a asegurar la mercadería con compañías de seguros multinacionales por lo que los litigios en materia de transporte en definitiva se resuelven en una disputa entre poderosas compañías aseguradoras actuando en cada bando.<sup>93</sup>

#### 2.5.8.- Revisión de los límites (art. 24)

Para evitar que la inflación erosione el valor de los límites fijados se establece que el depositario (OACI) deberá llevar a cabo revisiones quinquenales de los límites. Este mecanismo de actualización persigue desarticular una de las críticas más severas al régimen varsoviano: la falta de adecuación de los límites.<sup>94</sup> Como parámetro se utilizarán los índices de costos y precios de los Estados cuyas monedas conforman los Derechos Especiales de Giro (DEG). Cuando la OACI constate que el factor de inflación supere el 10 % deberá notificar a los Estados Partes del aumento de los límites. Dicha revisión entrará en vigor 6 meses luego de la notificación a menos que dentro de los 3 meses de notificación la mayoría de los Estados Partes haga llegar su oposición al depositario.<sup>95</sup> A solicitud de un tercio de los Estados Partes, cuando el factor de inflación supere el 30 %, en cualquier momento se podrá llevar a cabo una revisión de límites.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> GATES, ob. cit., pág. 187. Luego de criticar la infranqueabilidad del límite en materia de carga, DEMPSEY reconoce, que “*in reality, much of the litigation described below was brought by insurance companies against air carriers.*” (Ob. cit., pág. 108).

<sup>93</sup> “*Moreover, while it is generally understood that COGSA’s liability limitation was originally enacted in order to ‘restrain the superior bargaining power wielded by carriers over shippers[,] (...) the bulk of modern litigation under § 1304(5) consists of subrogation actions because cargo shippers, instead of paying increased freight by declaring the value of what is shipped, buy insurance from cargo insurers (...). As the Second Circuit remarked in Nichimen, ‘Most cargo damage actions are really battles between insurers... and there is thus no need for shedding crocodile tears on behalf of the shipper or consignee.’*” (*Groupe Chegaray/V. de Chalus v. P&O Containers*, 251 F3d 1359, 2001, Westlaw, pág. 4) (énfasis nuestro).

<sup>94</sup> Destacando el aspecto positivo que representa el sistema de actualización del art. 24, vid. DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 156.

<sup>95</sup> Se recoge la tendencia originada en las convenciones sobre transporte marítimo (CLC 1992 y FUND 1992) permitiendo a los organismos internacionales emitir actos vinculantes para los Estados (COMENALE PINTO, ob. cit., pág. 812).

<sup>96</sup> Caracterizando este sistema como “extraordinario”, vid. DE PAZ MARTÍN, ob. cit., pág. 157.

### 2.5.9.- Anticipos en caso de muerte o lesión corporal (art. 28)

La Convención realiza una poco entusiasta concesión al Reglamento (CE) No. 2027/97<sup>97</sup> estableciendo que en caso de accidentes de los cuales resulte la muerte o lesión corporal de pasajeros, el transportista, *si resulta obligado por la lex fori*, deberá realizar anticipos, sin demora, a las personas (físicas) legitimadas activamente para accionar por indemnización a efectos de satisfacer las inmediatas necesidades económicas de estas personas. Tales anticipos no significan, implícita o explícitamente, admisión de responsabilidad –por ello, a nuestro juicio, en puridad no correspondería hablar de “pagos” sino de meros anticipos- y podrán ser compensados con cualquier suma de indemnización que finalmente corresponda pagar el transportista.

Por otro lado, en la Resolución No. 2 de la Conferencia se insta a los transportistas a efectuar anticipos sin demora a los sobrevivientes o familiares de las víctimas. Asimismo, se alienta a los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias para promover, bajo la ley nacional, el pago de los anticipos.

El art. 28 ha sido criticado por su carácter programático y por la delegación que realiza a la *lex fori* alentando así la creación de un panorama diverso en cada estado en perjuicio de la uniformidad, *ratio final* de la Convención.<sup>98</sup> WHALEN critica la utilización del término “accidente” y se pregunta si cabe exigir la calificación espacio-temporal del art. 17 (en particular, si cubre embarque o desembarque).<sup>99</sup> La introducción del término “accidente” constituye una limitación importante del ámbito de aplicación de la norma –advírtase que el Reglamento

(CE) No. 2027/97 se aplica “*en cualquier caso*”- aunque, de todas formas, tocará al legislador nacional precisar la extensión del término.

Por otra parte, la experiencia indica que las aerolíneas vienen implementando voluntariamente, con anterioridad al Reglamento (CE) No. 2027/97, tales anticipos y ayudas de diverso tipo a las víctimas y familiares. La principal dificultad para efectuar anticipos inmediatos está dada por el tiempo que insume identificar con exactitud los sujetos legitimados activamente a reclamar.

### 3.- JUEZ COMPETENTE (33): “LA QUINTA JURISDICCIÓN”

La Convención de Montreal mantiene la facultad del actor de elegir cualquiera de los cuatro foros competentes del art. 28 de la Convención de Varsovia 1929<sup>100</sup> y agrega una compleja disposición que incorpora una vieja reivindicación norteamericana: la polémica y controvertida “quinta jurisdicción”. Recuérdese que la misma responde a una exigencia no negociable de Estados Unidos,<sup>101</sup> ya evidenciada en sede de la Conferencia diplomática que condujo al Protocolo de Guatemala City 1971<sup>102</sup> y que, como es obvio, sin la ratificación de Estados Unidos difícilmente pueda lograrse la multicitada uniformidad.<sup>103</sup>

La finalidad de la “quinta jurisdicción” es permitir a todos los ciudadanos y residentes permanentes de Estados Unidos litigar en Estados Unidos usufructuando así de todas las únicas ventajas de que dispone el demandante en tal jurisdicción (amplísimas facultades probatorias, extenso reconocimiento del daño no material y un sistema de jurado propenso a generosísimas indemnizaciones).<sup>104</sup> Al respecto tenemos serias dudas de que el dinero para afrontar

<sup>97</sup> El Artículo 5 del Reglamento original establece:

“1. Sin demora y, en cualquier caso, a más tardar en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización, la compañía aérea comunitaria abonará los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas, de forma proporcional a los perjuicios sufridos.

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, tales anticipos no serán inferiores a un importe equivalente en ecus de 15.-000 DEG [modificado a 16.000 DEG] por pasajero en caso de muerte.

“3. El pago de un anticipo no supondrá el reconocimiento de una responsabilidad y podrá compensarse con los importes que deban abonarse con posterioridad con arreglo a la responsabilidad de la compañía aérea comunitaria, pero no será reembolsable, salvo en los casos indicados en el apartado 3 del artículo 3 o en circunstancias en que se pruebe con posterioridad que la persona que recibió el anticipo fue causante o contribuyó al daño por negligencia o era una persona sin derecho a indemnización”.

<sup>98</sup> MILDE, *The Warsaw System of Liability...*, ob. cit., pág. 182. Para GATES parecería ser poco “lógico” (ob. cit., pág. 191). CAPLAN

señala que en su experiencia de 40 años los anticipos han sido parte de los planes para afrontar los desastres aéreos y, por ello, no ve la utilidad de la norma (ob. cit., 198). A nuestro juicio, hacer de un acto voluntario de los transportistas un acto obligado está en línea con mejorar la certeza de la protección del usuario y por tanto no nos parece censurable.

<sup>99</sup> WHALEN, ob.cit., pág. 20.

<sup>100</sup> Recuerda MILDE que “*this is a fairly wide choice enabling considerable forum shopping, with the claimant’s choice of forum determining all matters of procedure and to a large degree also the level of compensation*” (*The Warsaw System of Liability...*, ob.cit., pág. 182).

<sup>101</sup> MILDE, *The Warsaw System of Liability...*, ob. cit., pág. 183.

<sup>102</sup> Art. 12 del Protocolo de Guatemala City 1971.

<sup>103</sup> Aún la delegación de Francia, que rechazaba la quinta jurisdicción, tuvo que ceder a la posición norteamericana.

<sup>104</sup> “*The aim of the fifth jurisdiction is to allow highly mobile individuals, such as temporary expatriates, to sue carriers in their*

el riesgo que implican los siderales niveles de indemnización norteamericanos provenga exclusivamente del bolsillo de los usuarios norteamericanos.<sup>105</sup>

El art. 33(2) establece con una tortuosa redacción que, con relación al daño derivado de la muerte o lesión (¿por qué no se agregó “corporal”?) del pasajero, la demanda de resarcimiento puede ser interpuesta en cualquier de los cuatro tribunales del viejo art. 28 Conv. Varsovia o en el territorio de un Estado Parte en el cual, al momento del accidente, el pasajero tiene su residencia principal y permanente, y desde o hacia el cual el transportista opera servicios de transporte aéreo de pasajeros, ya sea en su propio avión o en el de un tercero en base a un acuerdo comercial, y en el cual el transportista desarrolla su negocio de transporte aéreo de pasajeros en instalaciones arrendadas o propias o de un tercero con el cual tenga un acuerdo comercial.

En el art. 33(3) se define la noción de “*acuerdo comercial*” y la de “*residencia principal y permanente*”.

La relativamente sencilla disposición del art. 12 del Protocolo de Guatemala City 1971 fue convertida en un galimatías para neófitos y expertos que –afirma CAPLAN– proveerá abundante trabajo para generaciones de abogados.<sup>106</sup>

Analicemos con mayor detenimiento los requisitos de la “quinta jurisdicción”:

(a) Solo acciones relativas a muerte o lesión corporal: el contenido de la “quinta jurisdicción” del Protocolo de Guatemala City 1971 se restringió significativamente y, por ejemplo, si el reclamo refiere a lesión corporal y destrucción de equipaje el reclamante no podrá recurrir solamente a la “quinta jurisdicción”.

(b) Derecho del actor a elegir el foro competente: en el art. 33(1) se señala que el actor “debe” interponer su demanda ante alguno de los 4 tribunales allí reseñados; en cambio, en el art. 33(2) se indica que el actor “puede” recurrir a la “quinta jurisdicción”. ¿Qué ocurre si el transportista inicia los procedimientos judiciales en uno de los 4 foros del art. 33(1)? Obviamente el actor podrá obligar al transportista a litigar en cualquiera de los otros 3 foros porque allí está expresamente reconocida el

derecho del actor a elegir entre esos 4 foros pero ¿puede también obligarlo a litigar en el quinto foro? El art. 46, que establece un foro adicional en el lugar en que el transportista de hecho posee su domicilio o establecimiento principal, parecería reconocer tal facultad.

(c) La residencia principal y permanente –base de la quinta jurisdicción– debe estar ubicada en un Estado Parte de la Convención.

(d) El transportista debe (1) operar en la quinta jurisdicción, ya sea directamente o mediante code-sharing, y (2) poseer instalaciones propias o arrendadas (¿había necesidad de esta distinción?) o de un tercero con el cual tiene un acuerdo comercial. Aparentemente el sujeto con el cual el transportista demandado tiene un acuerdo comercial de code-sharing puede no ser el mismo con el cual tiene un acuerdo comercial referido a las instalaciones.<sup>107</sup>

(e) ¿El code-sharing es siempre un “acuerdo comercial” tal como definido en el artículo 33(3) a)? Parece claro que el objetivo era permitir la extensión de la jurisdicción en el caso de code-sharing. Con tal denominación se hace referencia a un acuerdo entre dos aerolíneas mediante el cual los pasajeros de una aerolínea (el transportista contractual) son transportados en el avión de otra (el transportista de hecho). El “acuerdo comercial” exige que se trate de un servicio conjunto (“joint service”), hipótesis que no necesariamente coincide con el code-sharing. En efecto, el servicio puede ser enteramente efectuado por el transportista de hecho (“performing carrier”) pero, respecto del pasajero, será considerado como provisto por el transportista contractual.<sup>108</sup>

(f) La referencia a las instalaciones mediante las cuales el transportista desarrolla su negocio debe ser interpretada ampliamente porque si se entendiera en sentido estricto no tendría sentido. En efecto, el negocio del transportista –transporte aéreo– se desarrolla en el avión y este se caracteriza por desplazarse en el aire. Con una interpretación amplia –sugiere GATES– las oficinas que la mayor parte de las grandes aerolíneas poseen dentro de Boeing en Seattle, Estados Unidos, para supervisar la construcción de los aviones ordenados, califican

*home country. However, the number of passengers who may benefit from Article 33(2) MC will be relatively small*” (MENDES y EYSKENS, ob. cit., pág. 1164). La posición norteamericana puede leerse en el trabajo de Allan MENDELSON –asesor legal del Departamento de Estado– *Warsaw: In Transition or Decline?* publicado en *Air & Space Law*, Vol XXI, Number 4/5, 1996, pág. 185.

<sup>105</sup> MILDE, *The Warsaw System of Liability...*, ob. cit., pág. 183.

<sup>106</sup> Ob. cit., pag. 203.

<sup>107</sup> GATES, ob. cit., pág. 188.

<sup>108</sup> El punto es puesto en evidencia por WHALEN: “*A codeshare arrangement alone may not constitute a ‘commercial agreement’ within the meaning of Article 33 because the arrangement may not qualify as a ‘joint service’*” (ob. cit., pág. 22). COMENALE PINTO con dudas señala que “parece” ser suficiente el *code-sharing* (ob. cit., pág. 814).

como instalaciones en el sentido del art. 33(2).<sup>109</sup> Un punto de singular dificultad se presenta en el caso de sitios web y call-centers los cuales pueden perfectamente calificar como instalaciones mediante las cuales el transportista desarrolla su negocio.<sup>110</sup>

(g) Residencia principal y permanente con exclusión de la nacionalidad: a pesar de que en el art. 33(3)b se define el punto de conexión jurisdiccional como único y exclusivo puede fácilmente presentarse el caso de sujetos que tengan más de una residencia de tales características en cuyo caso el juez deberá a la luz de su derecho interno (compuesto no solo por la *lex fori* sino también por las normas convencionales ratificadas por el estado en cuestión) definir el criterio aplicable. La definición de maras es criticada asimismo por resultar susceptible de sustentar reclamos fraudulentos.<sup>111</sup>

Con gran pragmatismo MENDES y EYSKENS se preguntan sobre la relevancia de este tema, es decir, las hipótesis concretas de aplicación de la quinta jurisdicción. Sorprendentemente, las hipótesis parecen ser extremadamente reducidas. En efecto, esta trabajosa norma solamente beneficiaría a los sujetos que acumulativamente (i) adquieran boletos de transporte fuera de su residencia principal y permanente, (ii) que no tengan como punto de salida o de destino su residencia principal y permanente.<sup>112</sup>

#### **4.-TRANSPORTE AÉREO EFECTUADO POR SUJETO DIVERSO DEL TRANSPORTISTA CONTRACTUAL (Capítulo V)**

El Capítulo V de la Convención incorpora el contenido de la Convención Suplementaria de Guadalajara de 1971 extendiendo al transportista de hecho el régimen aplicable al transportista contractual. Teniendo presente la enorme popularidad del *code-sharing* es importante asegurar la mayor difusión de la normativa.

#### **5.- SEGURO (art. 50)**

El art. 50 obliga a los Estados Partes a exigir a sus transportistas, es decir, a los transportistas a los cuales

<sup>109</sup> Ob. cit., pág. 188. MENDES y EYSKENS coincidirían con tal enfoque (ob. cit., pág. 1163).

<sup>110</sup> La observación es de MENDES y EYSKENS (ob. cit., pág. 1163).

<sup>111</sup> “*The definition and the issue in this respect give rise to the massive potential for fraudulent claims supported by evidence of relatives, in response to which carriers will have great difficulty in adducing contrary evidence*” (GATES, ob. cit., pág. 189).

otorga la matrícula, el mantenimiento de una cobertura asegurativa “*adecuada*”.<sup>113</sup> Evidentemente esta norma responde a la necesidad de compatibilizar la Convención con el texto del Reglamento (CE) No. 2027/97.

Por otro lado, la norma autoriza al Estado Parte a solicitar al transportista la constancia de que mantiene una cobertura adecuada respecto de su responsabilidad bajo la Convención. Esta facultad podría revelarse como una veleda arma para efectuar prácticas discriminatorias encubiertas. Sin embargo, la seriedad con que los gobiernos en general se ocupan de los temas de seguridad aeronáutica permite suponer que no se generarán grandes problemas al respecto.

#### **6.- CLÁUSULAS ESPECIALES**

La Convención puede ser firmada (sin valor vinculante) y ratificada no sólo por estados sino también por Organizaciones Regionales de Integración Económica en una clara referencia a las Comunidades Europeas (art. 53).

El artículo 56 permite a los Estados con más de un sistema jurídico la ratificación de la Convención declarándola aplicable solamente a una parte del mismo estado. Esta norma respondió a la necesidad de contemplar la existencia de diversos sistemas legales (Hong Kong y Macao) en la República Popular China.

#### **7.- ENTRADA EN VIGOR**

Consigna MILDE que las cláusulas finales del Proyecto propuesto a la Conferencia preveían la entrada en vigor luego de la ratificación de 15 estados. Para muchos el número era alto y en aras de facilitar al máximo la entrada en vigor de la Convención se propuso reducirlo a 10. La idea era facilitar al máximo la entrada en vigor y alentar a los ratificantes a denunciar la Convención de Varsovia de manera de inducir a los no ratificantes a proceder rápidamente a la ratificación.

Aparentemente existía acuerdo en este punto pero, sorprendentemente, las delegaciones australiana y neozelandesa propusieron que el número de ratificaciones fuera elevado a 30 y que además los estados ratificantes representaran por lo menos el 51 % del total del tráfico aéreo de línea de los miembros de la OACI. A dos días de la finalización de la Conferencia, también la delegación de Estados Unidos presentó una moción para elevar a 30 el

<sup>112</sup> Ob. cit., pág. 1164.

<sup>113</sup> GATES considera “inapropiada” la inserción referida al seguro en una convención que regula la relación entre transportistas y pasajeros (ob. cit., pág. 191). CAPLAN señala que “adecuado” es un término vago (ob. cit., pág. 200).



número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor de la Convención calificado, además, por representar el 60 % del total del tráfico aéreo de línea de la OACI. Fundamentaban su moción en el hecho de que un bajo número de ratificaciones acarrearía la entrada en vigor de un nuevo instrumento generando mayor desuniformidad que uniformidad (“*patchwork approach*”).

Finalmente se acordó fijar el número en 30 ratificaciones sin calificación.

A la fecha, la Convención cuenta con 91 ratificaciones y adhesiones y dicho número aumenta a muy buen paso. En lo que va del 2009, se han recibido las importantes ratificaciones o adhesiones de Australia, Chile, India y Ucrania.

## 8.- EVALUACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE MONTREAL 1999: UNACUERDO TRANSACCIONAL

Del análisis del texto de la Convención se pueden reseñar infinidad de puntos críticos no resueltos o deliberadamente resueltos de manera ambigua con lo cual parecería haberse perdido una oportunidad única de introducir mayor certidumbre en el complejo marco normativo de la responsabilidad del transportista. Así, desde un punto de vista estrictamente técnico, la todavía poco simple definición del ámbito de aplicación de la Convención, la falta de definición de la demora, el carácter programático de los anticipos, la tortuosa redacción de la quinta jurisdicción son aspectos susceptibles de correcciones y mejoras. Sin embargo, no es realista pretender que los delegados gubernamentales, en el fragor de las negociaciones para arribar a una trabajosa solución satisfactoria, se ocupen de cuidar la “perfección académica”, asumiendo que existe algo parecido a eso.

<sup>114</sup> Una visión crítica negativa de la Convención puede verse en el artículo del especialista argentino Julián HERMIDA intitulado *The New Montreal Convention: the International Passenger's Perspective*, *Air & Space Law*, Vol. XXVI/3, July 2001, pág. 150.

<sup>115</sup> DE PAZ MARTIN señala que la Convención “... puede considerarse la culminación del dilatado proceso de revisión del CV 1929.” Ob. cit., pág. 81.

<sup>116</sup> No compartimos la afirmación de DE PAZ MARTÍN en el sentido de que “el CM 1999 mantiene, de manera general, los límites indemnizatorios. El principio de reparación integral del daño únicamente prevalece en el régimen de responsabilidad del transporte aéreo internacional de pasajeros para los supuestos de muerte o lesiones corporales.” (ob cit., pág. 155). No se puede poner en un mismo plano la limitación de resarcibilidad del daño “muerte” o “lesión corporal” con, por ejemplo, la pérdida o avería de la carga, o la demora.

<sup>117</sup> La infranqueabilidad del límite de carga parecería despertar cierta polémica, todavía muy minoritaria, en algunas jurisdicciones de derecho continental o “civil law”. Definitivamente, no percibimos el

Subsisten sí numerosas opciones de política legislativa opinables como, por ejemplo, la noción de “lesión corporal”, la noción de “accidente” y la limitación de la resarcibilidad en materia de equipaje, demora y carga.<sup>114</sup> Sin embargo, el consenso logrado en la Conferencia de Montreal 1999 sobre estos puntos parecería indicar que con estas soluciones la industria y los usuarios pueden convivir satisfactoriamente

Estos polémicos aspectos –aunque no son secundarios- no deben hacer perder de vista que la Convención significa un trascendental paso adelante en la medida que se logra simplificar y remozar el sistema Varsovia y sobretodo recomponer un delicado equilibrio entre los intereses de aerolíneas y usuarios que, en el balance, resulta netamente favorable a estos últimos.<sup>115</sup> Con todos sus defectos, la Convención de Montreal tiene la enorme virtud de introducir a nivel convencional un principio largamente soñado (la responsabilidad ilimitada en materia de daño a los pasajeros) con un criterio de imputación particularmente favorable al pasajero y ello no es cosa de poca monta.<sup>116</sup> La simplificación de los aspectos documentales tampoco es menor. La infranqueabilidad del límite en materia de cargas podrá ser opinable<sup>117</sup> pero sin dudas no reviste el dramatismo que la aplicación de este principio tiene en materia de transporte de personas en razón del poder de negociación cada vez más equilibrado que existe entre transportistas y cargadores. Indudablemente, en este campo, el criterio de imputación (responsabilidad objetiva relativa) debería tender a disminuir la litigiosidad favoreciendo a cargadores y consignatarios y ello debería al menos jugar un rol positivo en la contención de los costos de transporte

Por otro lado, teniendo presente la enorme diversidad de instrumentos que debían ser fundidos y armonizados

mismo nivel de resistencia en la doctrina y jurisprudencia de “*common law*” donde el instituto de la limitación de responsabilidad tiene mayor difusión. Uno de los pocos autores de common law que fustiga la infranqueabilidad del límite es DEMPSEY quien señala que “*though M99 is widely viewed as a pro-plaintiff liability convention, it is only so when the plaintiff is a passenger, not a shipper of air freight.*” Ob. cit., pág. 99.

<sup>118</sup> “Efectivamente, la principal cualidad del CM 1999 que hace presagiarle un futuro tan prometedor como el del CV 1929 (en número de ratificaciones), es la de haber aunado en un único instrumento normativo: los principios que dieron lugar a las distintas modificaciones de éste último; los principios que inspiraron los instrumentos normativos autorreguladores que fueron surgiendo al hilo de los descontentos estatales con alguna de las mencionadas modificaciones y los principios que han inspirado la regulación regional del fenómeno de la responsabilidad del transportista aéreo en materia de pasajeros.” DE PAZ MARTIN, ob. cit., pág. 80.

<sup>119</sup> “Los textos convencionales multilaterales de Derecho uniforme garantizan la unificación de las reglas sustantivas aplicables. Sin

en un solo documento, el texto final exhibe una gran consistencia interna.<sup>118</sup> Así, los dos objetivos que se había prefijado la OACI –consolidación y modernización– se

pueden dar por alcanzados aunque el veredicto definitivo dependerá del único test de bondad normativa hasta ahora existente: el jurisprudencial.<sup>119</sup>

---

*embargo, dichos textos convencionales no garantizan la unificación, ni tan siquiera una cierta homogeneidad interpretativa.”* DE PAZ MARTIN, ob. cit., pág. 125. En similar sentido, DEMPSEY expresa

---

dudas sobre la uniformidad jurisprudencial ya que la existencia de seis textos auténticos dará lugar, probablemente, a una “*new diaspora of jurisprudence*” (ob. cit., pág. 145).