



ALADA EM SÃO PAULO, BRASIL:

XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial

COORDENADORES

Marco Fábio Morsello
Mario O. Folchi
Emilio E. Romualdi
Ricardo Bernardi
Kleber Luiz Zanchim
Eduardo Teixeira Farah
Rodrigo Lima Vaz Sampaio
Henrique Dada Paiva
Ana Flávia Paiffer Dos Santos
Camila Leiko Nakamura

AUTORES

Alessandro Zampone
Anna Konert
Anna L. Melania Sia
Carlos A. Neves Almeida
Carlos Maria Vassallo
Eduardo Néstor Balian
Elisabetta Giovanna Rosafo
Emilio Romualdi
Giovanni Pruneddu
Guadalupe Hidalgo
Jayme Barbosa Lima Netto
Joandre Antonio Ferraz
José Elías Del Hierro Hoyos
Luana Corina Medéa Antonioli Zucchini
Luca Ancis
Manuel Guillermo Sarmiento García
María Victoria Petit Lavall
Marcial Duarte de Sá Filho
Marcio Souto
Marco Fábio Morsello
Marta Gaggero
Martín Fernández
Martín Turner
Maximiliano Escobar Saavedra
Michele M. Comenale Pinto
Miguel Mena Ramírez
Orlando Eduardo Natiello
Patrícia Leal Ferraz
Renan Melo
Ricardo Bernardi
Ricardo Elias Maluf
Ricardo Trevisi
Roana Cristina Nascimento
Roberto José Silveira Honorato
Rogério Martes Lemos Passos
Tito Reyes
Valentina Corona
Valéria Curi de Aguiar e Silva Starling
Valnora Leister
Yolanda Bustos Moreno



EDITORA
IASP

Coordenadores:
Marco Fábio Morsello
Mario O. Folchi
Emilio E. Romualdi
Ricardo Bernardi
Kleber Luiz Zanchim
Eduardo Teixeira Farah
Rodrigo Lima Vaz Sampaio
Henrique Dada Paiva
Ana Flávia Paiffer Dos Santos
Camila Leiko Nakamura

ALADA em São Paulo, Brasil:
XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito
Aeronáutico e Espacial

1ª edição



EDITORA
IASP

São Paulo
2024

ISBN 978-65-87082-33-2

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica. Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

As opiniões contidas nesta Obra não representam, necessariamente, a posição do IASP.

Revisão: Autores e Coordenadores

Design da Capa, diagramação e projeto gráfico: Eduardo Pedro - du@eduardopedro.com.br

ALADA em São Paulo, Brasil:

XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial

Coordenadores

Marco Fábio Morsello	Eduardo Teixeira Farah
Mario O. Folchi	Rodrigo Lima Vaz Sampaio
Emilio E. Romualdi	Henrique Dada Paiva
Ricardo Bernardi	Ana Flávia Paiffer Dos Santos
Kleber Luiz Zanchim	Camila Leiko Nakamura

Autores

Alessandro Zampone	Marta Gaggero
Anna Konert	Martín Fernández
Anna L. Melania Sia	Martín Turner
Carlos A. Neves Almeida	Maximiliano Escobar Saavedra
Carlos Maria Vassallo	Michele M. Comenale Pinto
Eduardo Néstor Balian	Miguel Mena Ramírez
Elisabetta Giovanna Rosafio	Orlando Eduardo Natiello
Emilio Romualdi	Patricia Leal Ferraz
Giovanni Pruneddu	Renan Melo
Guadalupe Hidalgo	Ricardo Bernardi
Jayme Barbosa Lima Netto	Ricardo Elias Maluf
Joandre Antonio Ferraz	Ricardo Trevisi
José Elías Del Hierro Hoyos	Roana Cristina Nascimento
Luana Corina Medéa Antonioli Zucchini	Roberto José Silveira Honorato
Luca Ancis	Rogério Martes Lemos Passos
Manuel Guillermo Sarmiento García	Tito Reyes
María Victoria Petit Lavall	Valentina Corona
Marcial Duarte de Sá Filho	Valéria Curi de Aguiar e Silva Starling
Marcio Souto	Valnora Leister
Marco Fábio Morsello	Yolanda Bustos Moreno



EDITORA
IASP

Sumário

Apresentação	9
Considerazioni sparse sugli effetti dell’evento “guerra” sui contratti di impiego dell’aeromobile Alessandro Zamponi	17
O Acesso Transnacional à Justiça no Transporte Internacional de Passageiros: A Convenção de Montreal, O Direito Brasileiro e O Excesso de Judicialização Valéria Curi de Aguiar e Silva Starling	38
Surgimiento de las Circunstancias Extraordinarias con Ocasión de los Pasajeros Disruptivos y Transporte de Mascotas José Elías Del Hierro Hoyos	67
Transporte Aéreo. Não Presunção do Dano <i>in re ipsa</i> e Indústria dos Danos Morais Rogério Martes Lemos Passos e Jayme Barbosa Lima Netto	91
Trasporto Aereo di Bagaglio, Tipologie di Danno e Limitazione Della Responsabilità. Il Problema Degli Ausili dei Passeggeri a Mobilità Ridotta Elisabetta Giovanna Rosafo	119
TEl concepto de daño moral (extrapatrimonial) en Argentina y distinción con el daño psíquico y la cuantificación de este en el transporte aéreo. Baremos y critérios Emilio Romualdi	140
La jurisprudencia de los tribunales brasileños. Desafios y perspectivas Marco Fábio Morsello	171
Visión Desde la Jurisprudencia Argentina Del Daño Moral en El Transporte Aéreo de Pasajeros Guadalupe Hidalgo	213
Mudança Climática, Aviação e os Combustíveis Sustentáveis Ricardo Bernardi	246

Derecho de sobrevuelo, limitaciones a la propiedad y sostenibilidad en España Yolanda Bustos Moreno	270
Los Biocombustibles en La Industria de La Aviacion Ricardo Trevisi	277
Transporte de Produtos Perigosos Ricardo Elias Maluf e Roana Cristina Nascimento	297
La Limitación de la Responsabilidad de las Compañías Aéreas por Daños a la Carga en el Convenio de Montreal, ¿Un Acierto? María Victoria Petit Lavall	318
El Daño como Hecho Generador de la Responsabilidad en el Transporte Aéreo de Mercaderías. Algunas Reflexiones Desde del Derecho Chileno Maximiliano Escobar Saavedra	341
Il Concorso di Responsabilità nel Trasporto Aereo di Cose Valentina Corona	367
Los Drones como Herramienta de Investigación Policial y de Prueba Ante el Poder Judicial Carlos Maria Vassallo	400
Riflessioni a Margine Della “Strategia dei Droni 2.0 per un Ecosistema Intelligente e Sostenibile di Velivoli Senza Pilota in Europa” Anna L. Melania Sia	433
Regulamentação de Drones no Brasil Roberto José Silveira Honorato	463
Responsabilidad por Daños Causados por Drones Autónomos Anna Konert	473
Cuando la Realidad Avanza más Rápido que las Leyes: un Repaso de la Normativa Sobre Drones en la Legislación Chilena Martín Fernández e Martín Turner	485
Proyecto de Convenio Internacional de Contratos de Viaje Orlando Eduardo Natiello	520

Responsabilidad del Agente de Viajes en el Transporte Aéreo En el Derecho Argentino	
Eduardo Néstor Balian	570
Risco de Agências de Turismo e de Consumidores de Transporte Aéreo Frente ao Tema Nº 210 do Supremo Tribunal Federal	
Joandre Antonio Ferraz e Patricia Leal Ferraz	609
Il Peso dei Diritti Aeroportuali per Il Radicamento di Servizi Aerei in Aree Insulari	
Giovanni Pruneddu	636
La Inteligencia Artificial (IA) en la Regulación del Espacio Aéreo con los Nuevos Ingenios del Aire, RPAS y VSTOL y sus Desafíos Jurídicos/ Operacionales	
Tito Reyes	654
Voos Suborbitais: Necessidade de Regulamentação Nacional e Internacional	
Valnora Leister	680
Turismo Spaziale: Problemi e Prospettive Turismo Espacial: Problemática y Perspectivas	
Michele M. Comenale Pinto	702
Verso un Nuovo Diritto Commerciale Dello Spazio?	
Luca Ancis	735
La Inteligencia Artificial y El Derecho Espacial	
Marta Gaggero	752
El concepto de Gestión Espacial	
Emilio Romualdi	769
A Importância da Regulação Responsiva no Setor Aéreo	
Luana Corina Medéa Antonioli Zucchini	794
Los Conflictos de Leyes Derivados de la Protección de los Pasajeros del Transporte Aereo	
Manuel Guillermo Sarmiento García	807

Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia Carlos A. Neves Almeida	829
Direitos e Deveres de Transportadores e Passageiros na Atualidade: Padrões Mínimos de Regulação e Reconhecimento do Contrato de Transporte Aéreo como Instrumento de Direitos e Deveres Marcio Souto e Renan Melo	895
El Tratamiento Regulatorio de los Slots Durante y Después de la Pandemia del COVID 19 Miguel Mena Ramírez	916
A Regulação das Faixas Horárias (SLOTS): Um Breve Estudo Comparado entre IATA, EUA, União Europeia e Brasil Marcial Duarte de Sá Filho	943
Programa da XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial e XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico - Ocorrido de 4 a 6 de Outubro de 2023 em São Paulo - Brasil	972

Apresentação

ALADA no Brasil: As Jornadas Latino-americanas de Direito Aeronáutico e Espacial de 2023

Ao dileto público leitor.

É com gáudio inconcusso que em profícua sinergia, logrou-se publicar esta obra, que ora se desvela com amplos matizes no âmbito do Direito Aeronáutico e Espacial, conjugando a doutrina com a *praxis*, liame essencial para os operadores do Direito.

Mencionada obra começou a ser germinada em um momento histórico. Com efeito, de forma inaudita na cidade de São Paulo, de 4 a 6 de junho de 2023, nos auditórios de seu Instituto dos Advogados e do INSPER, logrou-se realizar as Jornadas da ALADA: *XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial e XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico*.

Sob a auspiciosa presidência do Prof. Dr. Mario O Folchi, a ALADA - *Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial* é associação acadêmica não governamental com importante projeção internacional no ambiente aeronáutico e

espacial. Concebida há mais de 60 anos, com escopo acadêmico de alto nível, está atualmente sediada em Buenos Aires, sem prejuízo de representação em diversos países.

Deveras, sobreleva anotar, por oportuno que nas últimas décadas tem denotado força expansiva que transcende a América Latina, seu núcleo essencial, abrangendo sobretudo a Europa, onde foi criada Sessão especial sob a Presidência do Professor Leopoldo Tullio e que conta com juristas italianos, espanhóis, poloneses, franceses e portugueses.

Dentre seus objetivos encontra-se a realização de estudos científicos que visam a unificação, uniformização ou harmonização da legislação aeronáutica, principalmente na região da América Latina. Assim, promove relações científicas entre seus membros, facilitando trocas de experiências e informações a fim de aperfeiçoar as normas jurídicas deste relevante setor.

As Jornadas constituem sua reunião científica mais importante, das quais sempre resultam uma publicação com as contribuições do debate, como esta que temos o prazer de apresentar, na condição de sua Comissão Pedagógica.

A organização do encontro de 2023 foi planejada com base em 10 Temas (Painéis), considerados aqueles de maior discussão jurídica e impacto social-econômico na atualidade: I - Circunstâncias Extraordinárias no Transporte Aéreo; II - Controvérsias Atinentes ao Dano Moral no Transporte Aéreo; III - Combustíveis Sustentáveis de Aviação; IV - Regulação do Transporte de Carga; V - Veículos Aéreos não Tripulados e Novas Tecnologias; VI - Direito Aeronáutico e Turismo; VII - Novos Paradigmas da Regulação do Espaço Aéreo e a Utilização de Equipamentos Militares; VIII - Aspectos Controvertidos

de Direito Espacial; IX - Direitos e Deveres dos Passageiros e Transportadores na Realidade Contemporânea; e X - Reflexões acerca dos Slots Aeroportuários.

Com base nesses temas, o atual livro conta com 24 importantes artigos científicos estrangeiros, dentre os quais de: Alessandro Zampone, *Considerazioni sparse sugli effetti dell'evento "guerra" sui contratti di impiego dell'aeromobile*; José Elías Del Hierro Hoyos, *Surgimiento de las circunstancias extraordinarias con ocasión de los pasajeros disruptivos y transporte de mascotas*; Elisabetta Giovanna Rosafio, *Trasporto aereo di bagaglio, tipologie di danno e limitazione della responsabilità. Il problema degli ausili dei passeggeri a mobilità ridotta*; Emilio E. Romualdi, *El concepto de daño moral (extrapatrimonial) en Argentina y distinción con el daño psíquico y la cuantificación de este en el transporte aéreo*; Guadalupe Hidalgo, *Visión desde la jurisprudencia argentina del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros*; Yolanda Bustos Moreno, *Derecho de sobrevuelo, limitaciones a la propiedad y sostenibilidad en España*; Ricardo Trevisi, *Los biocombustibles en la industria de la aviación*; María Victoria Petit Lavall, *La limitación de la responsabilidad de las compañías aéreas por daños a la carga en el Convenio de Montreal, ¿un acierto?*; Maximiliano Escobar Saavedra, *El daño como hecho generador de la responsabilidad en el transporte aéreo de mercaderías. Algunas reflexiones desde del derecho chileno*; Valentina Corona, *Il concorso di responsabilità nel trasporto aereo di cose*; Carlos Maria Vassallo, *Los drones como herramienta de investigación policial y de prueba ante el Poder Judicial*; Anna L. Melania Sia, *Riflessioni a margine della Strategia dei Droni 2.0 per un Ecosistema Intelligente e Sostenibile di Velivoli senza Pilota in Europa*; Anna Konert, *Responsabilidad por daños causados por drones autónomos*; Martín Fernández - Martín Turner, *Cuando*

la realidad avanza más rápido que las leyes: un repaso de la normativa sobre Drones en la legislación chilena; Eduardo Néstor Balian, Responsabilidad del agente de viajes en el transporte aéreo en el derecho argentino; Giovanni Pruneddu, Il peso dei diritti aeroportuali per il radicamento di servizi aerei in aree insulari; Tito Reyes, La inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo con los nuevos ingenios del aire, RPAS y VSTOL y sus desafíos jurídicos/operacionales; Michele M. Comenale Pinto, Turismo spaziale: Problemi e prospettive; Lucas Ancis, Verso un nuovo diritto commerciale dello spazio?; Marta Gaggero, La inteligencia artificial y el derecho espacial; Emilio Romualdi, El concepto de gestión espacial (Space Traffic Management); Manuel Guillermo Sarmiento García, Los conflictos de leyes derivados de la protección de los pasajeros del transporte aéreo; Carlos A. Neves Almeida, Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia; Miguel mena Ramírez, El tratamiento regulatorio de los slots durante y después de la pandemia del COVID 19; e Orlando Eduardo Natiello, Proyecto de Convenio Internacional de Contratos de Viaje.

Brasileiros foram também muito bem representados nas Jornadas, com 11 apresentações e intervenções sobre nossa sociedade, sempre em comparação jurídica com outras: Marco Fábio Morsello, *La jurisprudencia de los tribunales brasileños. Desafíos y perspectivas*; Valéria Curi de Aguiar e Silva Starling, *O Acesso Transnacional à Justiça no Transporte Internacional De Passageiros: A Convenção de Montreal, o Direito Brasileiro e o Excesso de Judicialização*; Rogério Martes Lemos Passos e Jayme Barbosa Lima Netto, *Transporte Aéreo. Não Presunção do Dano in re ipsa e Indústria dos Danos Morais*; Ricardo Bernardi, *Mudança Climática, Aviação e os Combustíveis Sustentáveis*; Ricardo Elias Maluf e Roana

Cristina Nascimento, *Transporte de Produtos Perigosos*; Roberto José Silveira Honorato, *Regulamentação de Drones no Brasil*; Joandre Antonio Ferraz e Patricia Leal Ferraz, *Risco de Agências de Turismo e de Consumidores de Transporte Aéreo frente ao Tema nº 210 do Supremo Tribunal Federal*; Valnora Leister, *Voos Suborbitais: Necessidade de Regulamentação Nacional e Internacional*; Luana Corina Medéa Antonioli Zucchini, *A Importância da Regulação Responsiva no Setor Aéreo*; Marcio Souto e Renan Melo, *Padrões Mínimos de Regulação e Reconhecimento do Contrato de Transporte Aéreo como Instrumento de Direitos e Deveres*; e Marcial Duarte de Sá Filho, *A Regulação das Faixas Horárias (SLOTS) - Um Breve Estudo Comparado entre IATA, EUA, União Europeia e Brasil*.

No que concerne ao conteúdo, em breve síntese, destacam-se as abordagens sobre impactos de conflitos armados no Direito Aeronáutico, com aprofundamento na importância das cláusulas de força maior e a necessidade de adaptação de obrigações a eventos imprevisíveis. São analisadas as suspensões temporárias do adimplemento das avenças e os mecanismos legais para mitigar esses impactos, ressaltando a complexidade das operações de transporte aéreo em tempos de conflito.

Diversos artigos discutem a alta taxa de judicialização no setor aéreo brasileiro, comparando a aplicação da Convenção de Montreal com a legislação nacional. Destacam como o Brasil se tornou um “*forum shopping*” para litígios de passageiros devido ao fácil acesso à justiça e à ampla indenização por danos morais.

Há ainda textos discutindo sanções no Direito Internacional e seus impactos no transporte aéreo. As sanções impostas por organizações internacionais afetam diretamente as relações contratuais e comerciais, ensejando dificuldades na execução de contratos e criando desafios adicionais para

empresas e indivíduos envolvidos no comércio internacional. São analisadas as consequências legais e práticas dessas sanções, oferecendo uma visão detalhada sobre como as empresas podem navegar nesse cenário complexo.

A obra contém também textos sobre como novas decisões judiciais e mudanças legislativas impactam a prática do direito aeronáutico e aeroespacial. Estão presentes estudos de caso comparando diferentes sistemas jurídicos, indicando as tendências emergentes e suas implicações para a regulação do transporte aéreo e atividades espaciais.

Por fim, o Livro conta com reflexões sobre como novas plataformas digitais estão transformando o acesso à justiça e apresentando novos desafios jurídicos. A introdução de tecnologias pode tanto facilitar quanto complicar o processo de resolução de disputas, requerendo avanços na regulamentação. As inovações tecnológicas, como o uso de drones e a expansão das atividades comerciais no espaço, também são discutidas com profundidade.

Assim, os textos apresentam um panorama atualizado dos desafios dos setores aeronáutico e aeroespacial. Cada artigo, com perspectiva única, contribui para um entendimento mais profundo e abrangente das questões jurídicas desse importante segmento econômico em nível mundial.

Gostaríamos também de destacar a participação dos Presidentes dos Painéis, que, além de serem autoridades jurídicas reconhecidas, ajudaram na condução dos trabalhos durante esses três intensos dias: Leopoldo Tullio; Fernando Campos Scaff; Bruno Maggi; Massimiliano Piras; Rodrigo de Lima Vaz Sampaio; Eduardo Teixeira Farah; Kleber Luiz Zanchim; Brigadeiro Adyr da Silva; Antonio José e Silva; e Sérgio Luís Mourão.

Não podemos deixar de reiterar os agradecimentos aos apoiadores dessas Jornadas, sem os quais não teria sido possível sua realização: Fundação Arcadas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil); INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa (Brasil), também pelo seu Centro de Gestão e Políticas Públicas; SBDA - Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (Brasil); OAB - Ordem dos Advogados do Brasil; *Universidad de Buenos Aires* (Argentina); *Universidad de Concepción* (Chile); *Università di Sassari* (Italia); *Universidad Externado de Colombia*; *Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide* (Espanha); *Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga* (Espanha); *Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares* (Espanha); *Università di Cagliari* (Italia); *Universidad Alicante* (Espanha); *Istituto di Diritto della Navigazione, La Sapienza* (Itália); *Instituto Nacional de Derecho Aeronáutica y Espacial* (Argentina); *Instituto Universitario de Derecho del Transporte de la Universidad Jaume I* (Espanha); ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa (Portugal); SP para Todos; ABEAR - Associação Brasileira das Empresas Aéreas; São Paulo *Convention and Visitors Bureau*; e IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

As Jornadas foram oportunidade de debate e interação sobre o Direito Aeronáutico e Espacial, sua tradição e aspectos inovadores. Cada vez mais sente-se a necessidade de uma eficiência maior devido aos fortes impactos tecnológicos, sem, contudo, olvidar da necessidade de proteção aos direitos dos passageiros, de terceiros envolvidos, do meio ambiente, além de imperativo de regulação em outros domínios desbravados, como a conquista e exploração espacial.

Esperamos que este livro, que consubstancia a Ata das Jornadas, seja material de consulta a todos os estudiosos da área,

bem como aos profissionais jurídicos que se dedicam a este setor econômico vital das economias nacionais e internacional.

De São Paulo para o mundo,

Saudações Acadêmicas,

Marco Fábio Morsello

Mario O. Folchi

Emilio E. Romualdi

Ricardo Bernardi

Kleber Luiz Zanchim

Eduardo Teixeira Farah

Rodrigo Lima Vaz Sampaio

Henrique Dada Paiva

Ana Flávia Paiffer Dos Santos

Camila Leiko Nakamura

Considerazioni sparse sugli effetti dell'evento "guerra" sui contratti di impiego dell'aeromobile

Alessandro Zampone

Prof. Ordinario di Diritto della navigazione
Sapienza Università di Roma

Sommario

1. Premessa;
2. Conseguenze sul regime contrattuale. Cenni;
3. Alcune considerazioni sugli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati;
4. Segue. Dimensione soggettiva degli effetti del regime sanzionatorio;
5. Segue. Il problema dei limiti della dimensione dominicale sull'effettività delle sanzioni: le situazioni affidanti e il trust;
6. L'indennizzo assicurativo per perdita dell'aeromobile in caso di mancata restituzione del medesimo a causa degli effetti delle sanzioni.

1. Premessa

Eventi emergenziali recenti ripropongono il tema della stabilità del sistema economico globale anche qualora essi siano riducibili ad un determinato contesto geografico oggettivamente regionalizzabile (è il caso dell'aggressione russa all'Ucraina). Sistemáticamente ci si ritrova a considerare quali siano le conseguenze provocate nel settore degli scambi internazionali, della produzione, delle catene degli approvvigionamenti e della distribuzione; settori nei riguardi dei quali il trasporto è da sempre in rapporto di strettissima complementarità. È fin troppo intuibile come il trasporto sia stato sempre considerato un'attività strumentalmente funzionale al progresso economico, dal livello cellulare degli albori al contesto globale odierno. Si tratta di un vero e proprio sistema, che è andato progressivamente evolvendo, che comprende veicoli, vie di comunicazione, infrastrutture dedicate.

Il trasporto è sempre stato, fin dai primordi dell'età commerciale, lo strumento in grado di garantire la circolazione delle persone e delle merci a prescindere dall'esistenza di frontiere^[1], gli scambi tra comunità secondo indici di efficienza e affidabilità sempre crescenti che hanno favorito lo sviluppo, da principio, delle comunità territoriali e, quindi, della civiltà globale. Come

1. La circolazione delle merci senza frontiere è uno degli effetti caratterizzanti la società della globalizzazione. Cfr. P. MARCONI, *Globalizzazione, merce, lavoro*, in *Sociologia e diritto* 3/2006, 226: con gli accordi che hanno sancito l'adesione alla Wto nella maggioranza del globo, si assiste alla liberalizzazione del transito delle manifatture (soprattutto quelle ad alto contenuto tecnologico).

è noto, ruolo trainante va riconosciuto al trasporto marittimo le cui prime regolazioni sono risalenti al diritto antico per poi divenire con la civiltà medievale, attraverso gli statuti delle città marinare e nelle raccolte di norme di estrazione consuetudinaria e giurisprudenziale, pioniere del diritto commerciale secondo la formula molto felicemente coniata da Tullio Ascarelli ^[2] . Ma con l'avvento del mezzo aeronautico è il trasporto aereo ad avere cambiato evolutivamente in modo epocale il nostro modo di intendere la connettività: geografica, politica, economica, sociale, culturale.

Non c'è dubbio che l'indispensabile relazione tra lo spostamento geografico e l'impiego del veicolo, che connota e identifica il trasporto rispetto ad altre modalità di trasferimento (quale il trasferimento di energia, di dati, di sostanze mediante infrastrutture fisse, quali reti, cavi elettrici, oleodotti, gasdotti), da un lato, denota la delicatezza del rapporto soprattutto in quei casi in cui la distanza geografica da percorrere è particolarmente elevata ed impone l'impiego di modalità di trasporto non esclusivamente terrestre; dall'altra, espone l'efficienza dell'operazione all'intervento di numerosissime variabili in grado di alterarne sensibilmente, se non di annullarne, le probabilità di riuscita. La stretta interdipendenza tra ambiti finisce infatti per rivelarsi momento di debolezza qualora il sopravvenire di un evento eccezionale ponga a rischio l'affidabilità di ciascuno di questi elementi.

La guerra, quale evento in grado di isolare aree geografiche molto estese dal resto del mondo, ha sempre avuto un impatto di grande rilevanza nel settore della navigazione e dei trasporti. Si tratta infatti di un evento che possiede tutte le potenzialità necessarie per incidere significativamente sulla libera fruibilità delle grandi vie di comunicazione, che siano marittime, aeree o terrestri, e sull'accesso e

2. T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Introduzione*, III ed. Roma, 1936, 18.

l'impiego delle grandi infrastrutture che ne costituiscono i terminali e gli snodi essenziali. Al tempo stesso, gli effetti immediati che tale evento genera sul mercato, dalla estrazione delle materie prime, alla lavorazione delle medesime, alla distribuzione dei prodotti semilavorati e all'approvvigionamento dei prodotti finiti, contrae la domanda di trasporto e comunque ne condiziona la regolarità fino, nei casi più gravi, ad escluderla del tutto.

Il caso del conflitto Russo-Ucraino è emblematico in questo senso. Lo è in particolare proprio nel settore dei trasporti dal momento che gli effetti specifici che ne sono scaturiti conducono a risultati contrastanti e non omologabili, e comunque non sovrapponibili a quelli che hanno riguardato ambiti diversi, quali le reti fisse di distribuzione e approvvigionamento rappresentate da oleodotti, gasdotti, cablaggi aerei o sottomarini, che pure sono state considerate, proprio con i trasporti, nei provvedimenti sanzionatori adottati dalla Comunità internazionale e, in particolare, dall'Unione europea.

2. Conseguenze sul regime contrattuale. Cenni

Tutto ciò si riverbera inevitabilmente sul regime contrattuale del trasporto, per lo meno sotto due prospettive; la prima, è rappresentata essenzialmente dagli effetti della sopravvenienza dell'evento in sé rispetto ad un assetto di interessi già costruito e stabilizzato nel contratto in corso di esecuzione; la seconda, dallo sforzo di adeguamento al fattore nuovo, che non è più inteso come sopravvenienza, sul regime dei contratti futuri. Nel primo caso sono chiamati ad intervenire strumenti di protezione degli interessi già cristallizzati nel contratto; strumenti che, ovviamente, possono variare da ordinamento a ordinamento ma che, molto spesso, sono già presenti nel contratto mediante le clausole contrattuali sul rischio il cui impiego è condiviso e diffuso nell'ambito del

commercio internazionale. Nel secondo caso, l'autonomia contrattuale interviene per modulare gli effetti dell'evento sui contratti futuri, modificando quindi e integrando la regolamentazione negoziale del contratto.

La guerra incide quindi sui rapporti contrattuali che caratterizzano il commercio internazionale e, per quel che qui più rileva, i contratti riconducibili alla dimensione del trasporto, tra i quali vanno annoverati quelli di impiego dell'aeromobile data la strettissima relazione tra questi ultimi e l'esecuzione della prestazione di trasporto per via aerea. Ora, non c'è dubbio, che l'alto livello di sofisticazione raggiunto nella contrattualistica internazionale in questo settore ha prodotto dei modelli contrattuali, quali quelli solitamente impiegati nel comparto, predisposti a monte da organizzazioni di operatori con altissima competenza e specializzazione, siano già perfettamente in grado di disciplinare le conseguenze dell'insorgere del rischio guerra sulla sostenibilità del rapporto contrattuale, mentre le conseguenze di carattere risarcitorio sono per lo più oggetto di disposizioni di diritto uniforme spesso di carattere inderogabile.

Occorre infatti premettere che la guerra rappresenta in primo luogo un tipico caso di forza maggiore esplicitamente annoverato in numerosi testi di diritto internazionale uniforme quale evento esonerativo della responsabilità degli operatori della navigazione e del trasporto nell'esercizio delle proprie attività. Sia sotto il profilo contrattuale che sotto quello extracontrattuale. Nel primo caso, secondo una logica volta a valorizzare il momento dell'impossibilità anche in questi ambiti, si tratta di un evento che previene il sorgere della responsabilità, in quanto valutato come ipotesi di impossibilità della prestazione con valenza esonerativa secondo una logica che è evoluta tenendo conto anche della calcolabilità del rischio contrattuale rimesso alla determinazione delle parti o direttamente alla legge. Nel secondo, è un fatto che si frappone tra

attività del soggetto coinvolto e pregiudizio, in grado di escludere la relazione causale presupposto del sorgere della responsabilità da fatto illecito.

Al tempo stesso, la guerra è uno degli eventi che ricevono nei contratti di impiego del veicolo una particolare attenzione sotto il profilo del rischio contrattuale tradizionalmente inteso secondo la logica delle attribuzioni patrimoniali, essendo in grado di modificare sensibilmente la concreta realizzabilità del programma convenuto dai contraenti e quindi di incidere sensibilmente nell'economia degli interessi sottintesi al contratto. Clausole di *Hardship*, clausole di forza maggiore sono sistematicamente introdotte nei contratti del commercio internazionale e possono essere ricondotte al potenziale sopravvenire di tale evento quando si accolga nell'ambito delle impossibilità anche quella di natura temporanea che comunque pregiudichi la realizzazione dell'interesse presupposto delle parti.

Tuttavia, nel settore della contrattualistica dei trasporti, normalmente si preferisce dedicare a tale accadimento specifica rilevanza. Il tema è soprattutto quello della sussistenza o meno di ipotesi di *frustration of charter* in funzione della dimensione nel tempo e nello spazio dell'evento impeditivo della realizzazione degli interessi contrattuali. Problema particolarmente delicato nei contratti di durata quali i contratti di *Dry Lease* e *Wet Lease* impiegati nel settore aeronautico.

War Cancellation Clauses e *War Risks Clauses* sono diffusamente impiegate nei maggiori formulari del trasporto marittimo internazionale. Le prime, proprie dei contratti di durata, consentono alle parti di risolvere il contratto quando la guerra sia causa del repentino mutamento delle condizioni operative o di mercato tanto da rendere non più vantaggiosa l'esecuzione del contratto (di trasporto). Le seconde, previste anche nei contratti a viaggio, stabiliscono le modalità di

rinegoziazione degli effetti del rischio guerra con l'obiettivo di conservare il contratto.

Nella contrattualistica del settore aeronautico, la guerra, con numerosi altri accadimenti, considerata come evento di "forza maggiore", tale da determinare una ipotesi di impossibilità sopravvenuta che deve essere intesa sia con riferimento alla pericolosità oggettiva dell'impegno delle zone di guerra, sia con riguardo agli effetti dei provvedimenti di blocco e interdizione disposti dalle pubbliche Autorità in conseguenza o come reazione al deflagrare dell'evento bellico. In entrambi i casi appare difficile eludere i temi della impossibilità sopravvenuta per forza maggiore o *factum principis*, con prevalenza su quelli della eccessiva onerosità sopravvenuta, e quindi considerare gli effetti risolutivi che ne conseguono, contrattuali o legali. Quel che è certo è che nei contratti di impiego dell'aeromobile, spesso molto complessi come è il caso dell'*Aircraft Dry Lease and Services Agreement* o di *Wet Lease All Inclusive (Aircraft, Crew, Maintenance & Insurance ACMI)*, nei quali il *lessor* fornisce aeromobile, equipaggio e provvede anche alla manutenzione del mezzo e alla stipulazione dell'assicurazione, la clausola di forza maggiore comprende l'evento guerra ed opera secondo un complicato meccanismo simile a quello delle *War Risks Clauses* del comparto marittimo, che, presupponendo comunque la imprevedibilità e la inevitabilità, impone alla parte la cui prestazione si è rivelata impossibile di comunicare tempestivamente la situazione e, a tutte le parti, di cooperare in buona fede per cercare di superare la situazione di inattuabilità venutasi a creare, consentendo la risoluzione del contratto solo in caso non sia oggettivamente possibile garantire l'adempimento entro un determinato periodo di tempo. Ed è ovvio che, di fronte all'evento "guerra", inteso nella sua dimensione fattuale e giuridica, particolarmente complicato appare la strada della effettiva conservazione del contratto e della sua manutenzione.

A ciò si aggiunga che il concetto di "guerra" presupposto dalle clausole contrattuali che se ne occupano deve essere inteso in senso piuttosto ampio. Esso, infatti, assume un senso comprensivo, risultando ad esso riconducibili sia i tipici eventi bellici, sia gli eventi ad esso assimilabili quali il terrorismo e la pirateria. Soprattutto, per il particolare rilievo che assume nell'ambito del regime di sanzioni cui si farà riferimento, è di rilievo la circostanza che tali clausole contemplano anche l'ipotesi del blocco (*blockade*) che può interessare i velivoli immatricolati in determinati Stati o nella disponibilità di determinati soggetti, o interessare certi tipi di merci o equipaggi. Si tratta di una ipotesi che può certamente essere ricondotta estensivamente anche al regime di sanzioni predisposte dagli Stati contro la Russia, replicandone la fisionomia, a condizione che il concetto di "blocco" espresso dalla clausola non venga assunto in senso esclusivamente fisico; essendo invece necessario farvi rientrare ogni genere di ipotesi che impedisca ai soggetti interessati, anche sul solo piano giuridico, di dare esecuzione al contratto.

Questo elemento ci induce a considerare un ulteriore aspetto che, sotto il profilo delle conseguenze provocate dall'evento "guerra" sui contratti di impiego dell'aeromobile, si interseca con quelli ai quali si è fatto fin qui rapidamente riferimento.

3. Alcune considerazioni sugli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati

Si tratta di una particolare tipologia di effetti diretti dell'evento "guerra" tra i quali di indubbia rilevanza è proprio quello della reazione della Comunità internazionale nei confronti degli Stati belligeranti e del regime di sanzioni che normalmente ne consegue, caratterizzato molto spesso, come è il caso delle diverse azioni di carattere sanzionatorio messe in atto da Stati Uniti,

Europa e Regno Unito, da disomogeneità e incertezza. Problema che scaturisce in primo luogo dal carattere unilaterale delle iniziative sanzionatorie che ne delimita l'ambito di applicazione all'interno dell'ordinamento che le ha adottate essendo rivolte ai soggetti appartenenti a tali ordinamenti e non ad altri.

Il complesso sistema di sanzioni messo in atto unilateralmente da numerosi Stati e dalla UE ^[3] colpiscono infatti gli individui, i soggetti, gli operatori e le imprese facenti capo allo Stato aggressore e, in quanto tale, sanzionato; tuttavia, esse, dirette a limitare gli scambi e rapporti tra Stati membri e Federazione Russa, si rivolgono in primo luogo ai soggetti sottoposti alla giurisdizione dello Stato che le emana e, quindi, per il caso della UE, le persone fisiche e giuridiche che di questo fanno parte ^[4]. Situazione apparentemente paradossale, ma evidentemente funzionale al raggiungimento del potenziale isolamento economico e commerciale che si ritiene determini il momento afflittivo della sanzione ^[5].

Ci sono poi previsioni specifiche con riferimento alle diverse modalità di trasporto (aereo, marittimo, terrestre). I regolamenti emanati in progressione dall'Unione europea dopo il 24 febbraio 2022, in continuità giuridica con quelli adottati nei confronti della Russia in concomitanza dell'annessione della Crimea ^[6],

3. Sul concetto di sanzioni unilaterali, cfr. H. KAEMPFER, A. D. LOWENBERG, *Unilateral Versus Multilateral Sanctions: A Public Choice Perspective*, in *International Studies Quarterly* (43), 1999, 37; S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020.

4. A. LEANDRO, *I rapporti internazionali d'impresa al vaglio delle misure restrittive adottate dall'Unione europea in occasione del conflitto russo-ucraino*, in *Dir. comm. intern.* 2022, 243 ss.

5. L. PICOTTI, *Guerra, sanzioni, commercio internazionale, trasporti: profili contrattuali operativi*, in *Dir. traspr.* 2023.

6. In particolare, il reg. (UE) n. 692/2014 concernente restrizioni sulle importazioni nell'Unione di merci originarie della Crimea o Sebastopoli, in risposta all'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli, il reg. (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Il reg. (UE) n. 269/2014 del 17 marzo 2014, concernente misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, seguito della modifica apportata con Regolamento UE n. 476/2014 del Consiglio del 12 maggio 2014, all'art. 2 stabilisce

"1. Sono congelati tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati, da qualsiasi persona fisica o giuridica, entità o organismo, o da qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I. 2. È vietato mettere, direttamente o indirettamente, fondi o risorse economiche a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi, o di qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I, o destinarli a loro vantaggio".

intervengono, pur con alcune deroghe previste per specifici insopprimibili motivi di interesse superindividuale e diffuso (esigenze umanitarie, di sicurezza, di salvaguardia della vita umana, di approvvigionamento di beni essenziali), anche stabilendo il blocco di veicoli nella disponibilità di soggetti russi e limiti e interdizioni a mezzi immatricolati in Russia (navi e aeromobili) o in esercizio a vettori russi (direttamente o mediante l'esecuzione, dal lato attivo o passivo, di accordi commerciali quali gli accordi di *code sharing* o *blocked-space*) rispetto alla possibilità di impegnare aree di competenza unionale, quali le strade, lo spazio aereo, le acque e infrastrutture di superficie (porti e aeroporti), come pure divieti e interdizioni alla possibilità di importare o esportare determinati beni.

La mancanza di chiarezza ed uniformità influisce significativamente sul comparto trasporti. L'incertezza normativa si traduce poi in una incertezza sul rischio, con la conseguenza che si rende particolarmente problematico, come si vedrà brevemente, il rapporto con il comparto assicurativo da sempre strettamente funzionalizzato alle attività di trasporto.

Esse, come detto, hanno come destinatari i soggetti, imponendo loro determinate condotte per lo più sotto forma di divieti: divieto di sorvolo dello spazio aereo dell'Unione europea da parte dei vettori russi, che siano vettori operativi o contrattuali, quindi anche vettori che operano in base ad accordi commerciali quali il *code sharing* o il *blocked-space*; divieto di sorvolo, atterraggio o decollo analogo per gli aeromobili, immatricolati o meno in Russia, che siano posseduti, noleggiati o controllati da soggetti russi. Inoltre, il reg. UE 2022/328, all'art. 3 c) proibisce, con riferimento a "*aircraft, spacecraft and parts thereof*" di "*sell, supply, transfer or export, directly or indirectly, goods and technology suited for use in aviation or the space industry*".

Lo stesso articolo proibisce la fornitura a soggetti russi o da impiegare in Russia di attività di assistenza e supporto strumentali e complementari relative all'impiego operativo del veicolo, tra le quali, di grandissima importanza, l'assicurazione e riassicurazione.

In virtù di queste disposizioni, i fornitori europei (ma lo stesso discorso è riferibile ai cittadini USA e UK in ragione di analoghe disposizioni stabilite in quegli ordinamenti) di veicoli e servizi strumentali ad essi correlati hanno dovuto risolvere i loro contratti in essere con interlocutori russi. Queste norme hanno quindi legittimato autonomamente la possibilità per i fornitori di ricorrere a forme di blocco, arresto dei veicoli per poterne riottenere la disponibilità, mediante iniziative che non sempre hanno sortito, come si dirà, risultati positivi.

È certo che l'applicazione pratica di tali disposizioni ha dato luogo ad una serie di problemi e interrogativi a cascata che si sono rivelati di particolare complessità proprio in virtù del fatto che, nel settore di contratti di impiego dell'aeromobile, si dissociano posizioni dominicali, quali proprietà o altri diritti reali, posizioni di esercizio, posizioni di godimento delle utilità che scaturiscono dall'esercizio, posizioni di finanziamento e di garanzia. Ad essi sono poi ricollegabili i temi delle responsabilità contrattuali verso i terzi creditori commerciali di quei soggetti colpiti direttamente dalle sanzioni che impediscono l'impiego dell'aeromobile che è strumentale all'esecuzione dell'operazione contrattuale.

4. Segue. Dimensione soggettiva degli effetti del regime sanzionatorio

Proprio questo tema merita qualche notazione particolare poiché il problema del fermo dei mezzi o del congelamento dei

medesimi per il periodo di vigenza delle sanzioni è di particolare delicatezza; essi, infatti, ripropongono la frequente ipotesi del disallineamento tra proprietà ed impiego commerciale determinata dalla prassi dei contratti di utilizzazione dei veicoli, soprattutto della navigazione marittima e aerea, quali i contratti di *charterparty* o di *lease aeronautico*. Il rischio, infatti, è che si giunga a forme di penalizzazione di posizioni che non sono direttamente riferibili ai soggetti destinatari ex lege delle sanzioni.

Per l'ambito aeronautico bisogna partire dal celebre caso *Bosphorous Airways* (sentenza della Corte di giustizia del 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e al.*; e sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, causa n. 45036/98)^[7]. In questo caso la Corte europea, muovendo dalla lettera della norma (art. 8 del regolamento n. 990/93, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslavia, il quale dispone che *"tutte le imbarcazioni, tutti i veicoli da trasporto, tutto il materiale rotabile e tutti gli aeromobili la cui proprietà è detenuta da una persona o da un'impresa stabilita nella Repubblica federale di Jugoslavia - Serbia e Montenegro - o operante a partire da quest'ultima sono sequestrati dalle autorità competenti degli Stati membri"*), ha ritenuto di doverne garantire l'applicazione anche nel caso in cui l'aeromobile appartenente a impresa stabilita nella Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro) o operante a partire dal territorio di questa, fosse stato dalla stessa ceduto in godimento temporaneo mediante contratto di *dry lease* ad altro soggetto non stabilito in tale Repubblica né operante a partire dal suo territorio, né controllato in alcun modo da soggetto sottoposto a sanzioni. In tal caso la

7. Cfr. E. Cannizzaro, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. intern.* 2005, n. 3, 762 ss

Corte ha valorizzato il contesto e gli scopi del regolamento. I diritti fondamentali, quali sono il diritto al rispetto della proprietà privata e il diritto al libero esercizio di un'attività commerciale, non sono stati intesi come prerogative assolute così che il loro esercizio può ben essere oggetto di restrizioni giustificate in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità. Al cospetto di un obiettivo di interesse generale così fondamentale per la Comunità internazionale, vale a dire porre fine allo stato di guerra nella regione e alle massicce violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto umanitario internazionale (nella Repubblica di Bosnia-Erzegovina), il sequestro dell'aeromobile, di proprietà di un soggetto stabilito nella Repubblica federale di Jugoslavia o operante a partire dal suo territorio (misura che si aggiunge al congelamento dei canoni di locazione pagati dal *lessee* in favore del soggetto direttamente sanzionato), non può essere considerato né inadeguato né sproporzionato, anche qualora colpisca gli interessi di soggetto alieno, estraneo alle sanzioni in prima battuta, che di tale aeromobile si sia assicurato la disponibilità e ne curi l'esercizio in concreto.

Quindi, nel sistema di sanzioni, la prospettiva è fungibile purchè ci si rivolga, sia sotto il profilo statico (proprietà dell'aeromobile, immatricolazione) che dinamico (esercizio operativo del velivolo), a soggetti riconducibili allo Stato sanzionato. La dimensione cui esplicitamente si riferisce la norma nell'individuare l'obiettivo del meccanismo sanzionatorio rileva anche con preponderanza sull'elemento dell'esercizio del velivolo quando questo si manifesti in forma dissociata dalla prima e sia stato assunto da soggetto di per sé estraneo all'impianto sanzionatorio. Si tratta di una presa di posizione che muove da una attenzione sostanzialistica. L'interesse è quello di rafforzare ulteriormente la pressione esercitata sullo Stato sanzionato. Garantire la continuità dell'esercizio (di soggetto estraneo alle sanzioni), antepoendolo

alla dimensione statica della proprietà (del soggetto riferibile allo Stato sanzionato), secondo lo spirito della linea interpretativa in esame metterebbe a rischio l'efficacia delle sanzioni, che consistono nel congelamento (mediante una sorta di sequestro amministrativo disposto come misura preventiva; in Italia mediante decreto del Ministero economia e finanze) di tutti i mezzi di trasporto, ivi compresi gli aeromobili, appartenenti o riconducibili allo Stato sanzionato e ai suoi cittadini. Infatti – sostiene la Corte – il semplice trasferimento dell'esercizio e della gestione quotidiana dei mezzi di trasporto, mediante un contratto di locazione o noleggio o in altro modo che non comporti trasferimento di proprietà, consentirebbe a tale Repubblica o ai suoi cittadini di sottrarsi all' applicazione delle sanzioni.

Questa presa di posizione del Giudice europeo è un punto di arrivo i cui principi sono destinati a ricevere applicazione diffusa e quindi non solo per i contratti di *dry lease* di aeromobile cui il caso specifico si riferisce, ma anche nella variegata tipologia dei contratti di *wet lease*. Di ciò si ricava conferma proprio dal sistema sanzionatorio messo ulteriormente a punto contro la Russia il quale, con il III pacchetto di misure del 28 febbraio 2022 (siamo arrivati all'undicesimo pacchetto di misure del 23 giugno 2023), ha previsto il divieto ai vettori russi e a qualsiasi aeromobile immatricolato in Russia, o posseduto, noleggiato o controllato da persone fisiche e giuridiche russe di atterrare nel, decollare dal o sorvolare il territorio dell'Unione, rendendo di fatto impossibile la movimentazione fisica fra la Russia e la Ue.

Si colpisce, quindi, l'aeromobile in quanto tale. La dissociazione tra proprietà ed esercizio rimane quindi ininfluente essendo destinata tutto al più a produrre conseguenze sugli assetti contrattuali tra le parti e sulle responsabilità commerciali delle parti nei confronti di eventuali terzi (passeggeri, caricatori, ecc.).

5. Segue. Il problema dei limiti della dimensione dominicale sull'effettività delle sanzioni: le situazioni affidanti e il trust

Tuttavia, la prassi ha messo in luce come anche nella sola dimensione dominicale esista una zona, una sfera, i cui confini non sono così facilmente delineabili, che, chiamando in gioco soggetti e interessi differenti, rende comunque problematica l'individuazione del soggetto sanzionabile. Questo ambito coinvolge la dimensione della proprietà di beni di rilevanza economica notevole tra i quali, come è intuibile, vanno annoverati anche gli aeromobili.

Si tratta degli effetti delle c.d. "situazioni affidanti" e, in particolare, del trust e della configurabilità o meno di un effetto traslativo del conferimento dei beni che, in caso di affermativo, provocherebbe la potenziale successiva estromissione del disponente fra i possibili beneficiari, determinando il passaggio di proprietà in capo al trustee (*legal owner* dei beni fino al trasferimento ai successivi beneficiari). Venendo meno il potere (diretto o indiretto) di gestione e controllo del bene in capo al *settlor* (nel silenzio dell'atto istitutivo e della legge regolatrice), diviene discutibile la sussistenza del presupposto per ritenere applicabile un provvedimento di congelamento nei confronti del disponente dei beni nel trust (nel caso del conflitto russo-ucraino in ragione del regolamento di esecuzione UE 2022/336 del 28 febbraio 2022 modificativo del regolamento UE 269/2014).

Il tema è particolarmente insidioso alla luce delle norme di riferimento europee in tema di trust. Viene in gioco la direttiva UE n. 2015/849 del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo (che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva

2006/70/CE della Commissione). Essa, all'art. 3, co. 6, lett. b) n.1), prevede che, in caso di trust, il disponente rientra nel novero dei "titolari effettivi", ossia di quei soggetti "che in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività". Analoga disposizione è vigente nell'ordinamento italiano a proposito delle misure a contrasto del riciclaggio e del terrorismo (art. 22, co. 5 d. lgs. n.231/2007, come modificato con d. lgs. n. 90/2017). A ciò si aggiunge l'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana in ambito fiscale che ha ritenuto che l'intestazione formale al *trustee* non implichi un vero e proprio effetto traslativo dei beni, ma la semplice intestazione, a titolo gratuito, dei beni, con finalità che spesso sono essenzialmente di carattere segregativo rispetto al patrimonio personale del *settlor* ^[8].

Proprio alla luce di queste perplessità, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con ordinanza dell'11 aprile 2023 n. 6256/2023 (causa n. r.g. 5205/2022), ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) in via pregiudiziale la questione concernente *"la possibilità di ritenere che i beni, le risorse e i rapporti oggetto di conferimento possano essere ritenuti comunque "appartenenti" al disponente, sebbene lo stesso non sia utilizzatore o gestore dei beni conferiti né beneficiario finale degli stessi, ovvero, a soggetto "associato" al disponente o, in ultima analisi, "controllati" dal disponente stesso, con il conseguente effetto di potere applicare, in caso di beni conferiti in trust dal disponente designato (o listato), le misure di congelamento previste dall'art.2, co.1 del Regolamento UE n.269/2014"*.

Viene quindi in gioco l'interpretazione del concetto di "appartenenza" introdotta dall'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n.269/2014; si tratta infatti di stabilire se il concetto, rilevante ai fini dell'applicazione della sanzione (congelamento dei beni), si

8. Cass. civ., 28 ottobre 2021, n.30430; Cass. civ., 21 dicembre 2020, n.29199; Cass. civ., 15 novembre 2019, n.29727.

configuri non solo in caso di appartenenza formale o diretta del bene al soggetto designato, ma anche nei casi di "appartenenza sostanziale o indiretta", ipotesi in cui (come nell'ipotesi del trust) un soggetto (il disponente), pur non possedendo direttamente i beni conferiti né avendone la disponibilità o l'intestazione formale, è obiettivamente in grado di esercitare un'influenza sostanziale sui beni, vuoi perché è in grado di riacquisirne anche la proprietà formale (come detto, per scioglimento anticipato del *Trust Fund* ovvero per rifiuto o impossibilità di devoluzione ai beneficiari), vuoi perché, istituendo il *trust* e affidando la gestione ed il controllo a soggetti di sua fiducia, da lui scelti, è in grado preventivamente di orientarne l'utilizzo (e soprattutto la destinazione finale).

Peraltro, poiché la norma richiamata assimila, quanto agli effetti (congelamento del bene), alla posizione qualificata di "appartenenza" anche quella di colui che rispetto al titolare di tale appartenenza si ritrovi in una posizione "associata" e quello di colui che, benchè non nominalmente titolato, eserciti sul bene un controllo, anche nel caso in cui si ritenga di dovere privilegiare la concezione formalistica del concetto di "appartenenza" (formale intestazione del bene) – escludendo dunque che il bene "appartenga" al disponente – sarà indispensabile interrogarsi se il disponente possa comunque rientrare tra coloro che possono essere considerati "associati" alla persona fisica o giuridica designata o in posizione di controllo sul bene. Infatti, il disponente, pur non essendo più nominalmente intestatario del bene, potrebbe continuare a mantenere un legame significativo col bene o una situazione di controllo, almeno finchè lo stesso non sia stato trasferito ai beneficiari (uscendo quindi dal *Trust Fund*)^[9].

9. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha quindi sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: "A) Se l'art.2, co.1 del Regolamento Ue n.269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto cui il bene o le risorse appartengono; B) (in caso di risposta negativa) Se l'art.2, co.1 del Regolamento Ue n.269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto associato alla persona cui il bene o le risorse appartengono; C) (in caso di risposta negativa) Se l'art.2, co.1 del Regolamento Ue n.269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto che controlla il bene o le risorse".

Attendiamo che su tali importanti interrogativi si pronunci la Corte di giustizia europea.

6. L'indennizzo assicurativo per perdita dell'aeromobile in caso di mancata restituzione del medesimo a causa degli effetti delle sanzioni

Concludo questo intervento con un cenno ad un problema connesso a quello direttamente oggetto dell'esame anch'esso di grande importanza. Le situazioni che conducono alla risoluzione dei contratti in corso come anche quelle di blocco dei velivoli in esercizio presso soggetti facenti capo a Stati destinatari di sanzioni legittimano le iniziative promosse dai proprietari e dai *lessors* dei velivoli volte a riottenerne la disponibilità. La cronaca ha posto in evidenza tali tentativi i quali, come detto, non sempre si sono rivelati positivi (Commercial High Court di Colombo, Sri Lanka). Infatti, il governo russo, in risposta alle sanzioni disposte da USA, UK e UE, l'11 marzo 2022 ha emanato il decreto n. 81 del 2022 con il quale: a) è stata vietata l'esportazione e la fuoriuscita degli aeromobili al momento operanti in Russia; b) sono stati riconosciuti come validi i certificati di aeronavigabilità e le licenze di esercizio straniere degli aeromobili operanti in Russia; c) è stato consentito, in spregio dell'art. 18 della Convenzione di Chicago del 1944, alle compagnie aeree nazionali russe di reimmatricolare aeromobili nel registro aeronautico russo, senza prevedere la necessità della previa cancellazione dal registro di provenienza.

Questo tema si riflette immediatamente sul piano assicurativo. Infatti, proprio dai non sempre felici esiti delle iniziative dei *lessors* volte a riottenere la disponibilità degli aeromobili concessi in *leasing* a soggetti sanzionati sono scaturiti i tentativi di riscuotere dagli assicuratori gli indennizzi stabiliti

dalle polizze assicurative per l'ipotesi di perdita (totale) del velivolo e di perdita costruttiva. Azionando molto spesso la copertura di secondo grado, ossia quella che opera nel caso in cui non sia stato indennizzato l'operatore (il *lessee*) per il rischio corrispondente (perdita dell'aeromobile), sempre che l'evento determinante sia stato dedotto nelle condizioni di polizza. Emblematica di tale realtà è la nota controversia giudiziaria che coinvolge AerCap Ireland Limited ("AerCap") in qualità di attore e AIG Europe S.A. ("AIG") e Lloyd's Insurance Company S.A. ("LIC") in qualità di convenuti dinanzi alla Commercial Court of the Business & Property Courts della High Court of Justice di Londra la quale, preso atto dell'aumento esponenziale dei *claims*, sta esplorando delle misure di gestione collettiva degli stessi che possano assicurare soluzioni uniformi. La controversia riguarda essenzialmente la possibilità di equiparare alla perdita fisica (effettiva) del bene (perdita fisica di ciascun aeromobile e motore) in relazione all'indennizzo richiesto, l'ipotesi diversa dell'impossibilità del *lessor* di rimpossessarsi del bene (velivolo e motore). La vicenda è di grande interesse perché coinvolge il tema della "perdita" del velivolo la cui dimensione è ritenuta non perfettamente coincidente con il corrispondente concetto contemplato negli istituti assicurativi più propriamente marittimi che comprende, oltre alla perdita totale, l'ipotesi della perdita totale costruttiva basata sulla privazione del possesso fisico dell'aeromobile e dei motori in circostanze in cui il recupero è incerto. Tema assai delicato se si considera, tra l'altro, che l'applicabilità dei principi marittimistici alle polizze assicurative aeronautiche è normalmente esclusa dalla prassi (con particolare riferimento al principio della irrecuperabilità della perdita).

Risolto il problema della configurabilità o meno della perdita totale nell'ipotesi di irrecuperabilità del bene, altro problema, al primo logicamente subordinato, è quello della applicabilità o meno, in caso di soluzione affermativa del medesimo, della polizza

Hull All Risks (che, tuttavia, con la clausola AVN 48B esclude dalla copertura i rischi causati da particolari eventi come guerre, invasioni, tensioni internazionali, confische, nazionalizzazioni, sequestri o appropriazioni da parte di o sotto l'ordine di qualsiasi governo, dal momento che la mancata restituzione degli aeromobili risulterebbe di fatto imputabile, in primo luogo, ai divieti disposti dal governo russo quale contromisura alle sanzioni USA, UE e UK) o della polizza *War Risks* (LSW 555 - *Aviation Hull "War and allied perils" Policy*).

Altro tema, anch'esso subordinato al positivo superamento del primo, è quello del *quantum* dell'indennità e se possa riconoscersi l'indennità per perdita totale. Tuttavia, la formulazione delle polizze aeronautiche maggiormente in uso (clausola LSW555D) contiene un'ampia descrizione dei pericoli legati alla guerra, tale da potere richiedere al tribunale un'analisi speciale sul nesso di causalità tra pericolo specifico e ciascun aeromobile e motore oggetto della richiesta di indennizzo. In particolare, è probabile che i tribunali vengano chiamati a pronunciarsi sul tema se abbia o meno una rilevanza causale autonoma rispetto al fermo dell'aeromobile, il rifiuto degli operatori di procedere alla riconsegna degli aeromobili benchè continuino a gestirli con regolarità.

O Acesso Transnacional à Justiça no Transporte Internacional de Passageiros: A Convenção de Montreal, O Direito Brasileiro e O Excesso de Judicialização

Valéria Curi de Aguiar e Silva Starling

Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de Brasília, Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela PUC/SP. Conselheira do Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (IBAER); fundadora do Instituto Panamericano de Direito Aeronáutico (IPDA); membro da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB/SP. É sócia fundadora de Di Ciero Advogados e advogada militante no Direito Aeronáutico há mais de 20 anos.

Resumo

O Brasil, atualmente, é o *Forum Shopping* da aviação civil reunindo 98,5% das ações cíveis de passageiros do mundo. Esse desproporcional número de processos judiciais não tem relação com o serviço prestado (que é muito bom no Brasil), e sim a dois fatores combinados: o fácil acesso à Justiça e a ilimitada aplicação pelos Tribunais brasileiros de danos morais *in re ipsa* aos casos. A comparação entre a jurisdição brasileira e da Convenção de Montreal, nos casos relativos aos passageiros transnacionais, mostra apenas um ponto de conflito (Código de Defesa do Consumidor, 101, I e Código de Processo Civil, 22, II com a Convenção de Montreal, art. 33, 2). Ainda, na comparação, os Tribunais brasileiros estão mais abertos a aplicar a Convenção de Montreal (Tema 210 do Supremo Tribunal Federal - STF), no que diz respeito à questão processual da jurisdição, do que no direito material, onde aplicam a legislação brasileira para arbitrar livremente os danos morais, o que quase sempre ocorre de forma presumida. A aplicação irrestrita de danos morais no transporte aéreo internacional foi endossada pelo recente Tema 1240 do STF, o que aumenta a atração do Brasil como Forum Shopping da aviação civil no mundo. As novas tecnologias se apresentam aos consumidores e facilitam o acesso à jurisdição, mas também dão margem ao estabelecimento de empresas eletrônicas (sites ou aplicativos, brasileiros e estrangeiros) que promovem o ajuizamento de demandas predatórias.

Palavras Chave: Transporte Aéreo Internacional de Passageiros; Convenção de Montreal; Tema 210 do Supremo Tribunal Federal; Jurisdição; Dano Moral *In re Ipsa*; Tema 1240 do Supremo Tribunal Federal; Excesso de Judicialização.

Abstract

Brazil, currently, is the “Forum Shopping” of civil aviation, bringing together 98.5% of the civil actions of passengers in the world. The disproportional number of lawsuits is not related to the service provided (it is very good in Brazil), but to two combined factors: easy access to Justice and unlimited by the application Brazilian courts of damages for emotional distress in re ipsa to cases. The comparison between the Brazilian jurisdiction and the Montreal Convention, in cases related to transnational passengers, shows only one point of conflict (Consumer Protection Code, 101, I and Civil Procedure Code, 22, II with the Montreal Convention, art. 33, 2). Still, in comparison, Brazilian Courts are more open to applying the Montreal Convention (Issue 210 of the Supreme Federal Court - STF), regarding the procedural issue of jurisdiction, than in substantive law, where to apply Brazilian legislation to freely arbitrate damages for emotional distress, which almost always occurs presumably. The unrestricted application of damages for emotional distress in international air transport was endorsed by the recent Issue 1240 of the STF, which increases the attraction of Brazil as Forum Shopping for civil aviation in the world. New technologies are presented to consumers and facilitate access to jurisdiction, but also give rise to the establishment of electronic companies (websites or apps, Brazilian and foreign) that promote the filing of predatory claims.

Keywords: *International Passenger Air Transport; Montreal Convention; Issue 210 of the Supreme Federal Court; Jurisdiction; Damages for Emotional Distress In re Ipsa; Issue 1240 of the Supreme Federal Court; Excessive Use of the Courts.*

1. Introdução

O Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico – IBAER apurou que 98,5% das ações cíveis no mundo de passageiros contra as companhias aéreas estão concentradas no Brasil. Esse percentual alarmante consta expressamente da Cartilha do Transporte Aéreo, publicada em 25 de maio de 2021, pelo Conselho Nacional de Justiça ^[1]. Ao contrário do que se pode imaginar num primeiro momento, pelo menos para o transporte aéreo internacional, esse desproporcional número de processos judiciais não tem relação com o serviço prestado, visto que o mesmo serviço prestado no Brasil é aquele prestado nos demais países do mundo, com baixíssima judicialização.

Como estudante do Direito Internacional e advogada militante no transporte aéreo internacional de passageiros há mais de 20 anos, acredito que o excesso de judicialização, no Brasil, está ligado a ilimitada aplicação pelos Tribunais brasileiros de danos morais *in re ipsa* aos casos, pela interpretação de que é mandamento constitucional a indenização ampla por danos morais e pela interpretação, nos casos de transporte aéreo internacional, de que os danos morais não estariam contemplados

1. Para Cartilha do Transporte Aéreo do Conselho Nacional de Justiça, acesse: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/cartilha-transporte-aereo-CNJ_2021-05-20_V10.pdf

na Convenção de Montreal, ou que seus termos e limites não seriam adequados para a reparação integral dos danos ^[2].

A esse respeito, em julgamento de 16 de dezembro de 2022, no RE 1.394.401- SP, o Supremo Tribunal Federal, em Plenário Virtual, declarou reafirmar o contido nos votos que fizeram parte do julgamento do Tema 210 do Supremo Tribunal Federal (STF) para criar uma nova Tese de Repercussão Geral, Tema 1.240, e dizer que, aos danos extrapatrimoniais decorrentes do contrato de transporte aéreo internacional, NÃO se aplica o Tema 210 do STF, ou seja, que os danos morais podem ser julgados de acordo com a legislação consumerista brasileira, porque os limites da Convenção de Montreal dizem respeito unicamente aos danos materiais, já que: *“a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parecem condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral”* ^[3]. O Tema 1.240, dessa forma, tem a seguinte redação:

“Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.”

Essa decisão não altera o quadro atual de judicialização no Brasil, pois de certa forma o Judiciário já vinha atuando da forma estabelecida pelo Tema 1.240, mas pode agravá-lo. Com todo o respeito, o Supremo Tribunal Federal perdeu a chance de assegurar mais coerência e harmonia na disciplina, caso fosse reconhecida a aplicação integral da legislação internacional nas causas envolvendo o transporte aéreo internacional, sem a distinção entre danos materiais e morais, que a própria Convenção de Montreal jamais fez.

2. Dessa forma, reiteradamente, o Brasil nega vigência às normas e princípios previstos nos tratados internacionais sobre responsabilidade civil do transportador aéreo, considerados adequados pelo Brasil e por todos os 133 países signatários da Convenção de Montreal. Vide: https://en.wikipedia.org/wiki/Montreal_Convention#:~:text=Other%20states%20that%20have%20ratified,Turkey%2C%20Ukraine%2C%20the%20United%20Arab

3. STF, RE 1394401, voto da Min. Relatora Rosa Weber

Com efeito, a postura do Supremo Tribunal Federal na aplicação da Convenção de Montreal, só aumenta a atração do Brasil como *Forum Shopping* da aviação civil. A possibilidade de indenização ilimitada por danos morais presumidos no transporte aéreo se tornou um “investimento jurídico”, e faz com que, todos os dias, o Judiciário receba novas demandas. Daí a afirmação pública do CEO da Azul Linhas Aéreas Brasileira em 17 de novembro de 2022, ao afirmar que a empresa recebe: “4 mil novos processos judiciais todos os meses”^[4], sendo que esse excesso processual é um dos bloqueios para que o Brasil atraia novas empresas aéreas.

Seja como for, o que desde logo podemos afirmar é que temos hoje no Brasil, no campo da aviação civil, é o fenômeno do *forum shopping*, isto é, a opção por processar no Brasil, quando isso for possível ao passageiro.

Neste artigo, usaremos o método qualitativo e estamos nos propondo à fazer uma análise legislativa internacional e nacional sobre o tema do acesso transnacional à justiça no transporte aéreo internacional, além da verificação da aplicação na Convenção de Montreal (1999) no Direito brasileiro, quando da análise de alguns casos práticos sobre jurisdição, assim como a análise de como as novas tecnologias estão produzindo “*law techs*”, que praticam a advocacia predatória, ao se aproveitarem do Direito e Jurisprudência para processarem no Brasil.

2. Fundamentação

2.1. Da legislação aplicável à escolha do foro pelo passageiro transnacional no Brasil

Um dos escopos do Direito Internacional Privado é identificar o Direito aplicável em caso de conflito transnacional

4. Vide AEROIN: <https://aeroin.net/recebemos-4-mil-novos-processos-judiciais-todos-os-meses- afirma-ceo-da-azul/>

e determinar a autoridade competente ou jurisdição para análise do tema.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 se sobrepõe à todas as demais normas, irradiando seus efeitos sobre elas, sendo o texto inaugural da nossa ordem jurídica e seu fundamento de validade. Destacamos, desde logo, os seguintes princípios constitucionais: o amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV ^[5]), a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII ^[6]), à indenização ampla por danos materiais, morais e à imagem (art. 5º, V ^[7]) e, dentre os princípios da ordem econômica, a proteção do consumidor com a observância dos tratados, quanto à regulação do transporte aéreo internacional (arts. 170, V ^[8] e 178 ^[9], *caput*).

No que tange ao Direito Aeronáutico, temos em vigor o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) de 1986, que determina, em seu artigo 1º, que: “*O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.*”, trazendo em seu Capítulo II, disposições de Direito Internacional Privado que trazem à baila o tema da jurisdição, como o artigo 10, I, que assim determina: “*Não terão eficácia no Brasil, em matéria de transporte aéreo, quaisquer disposições de direito estrangeiro, cláusulas constantes de contrato, bilhete de passagem, conhecimento e outros documentos que: I - excluam a competência de foro do lugar de destino.*” (grifamos).

5. CF, Art. 5º, XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*”

6. CF, Art. 5º, XXXII: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;*”

7. CF, Art. 5º, V: “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*”

8. CF, Art. 170, V: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios... V - defesa do consumidor;*”

9. CF, Art. 178, *caput*: “*A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.*”

No que diz respeito à legislação relativa ao transporte internacional, a Convenção de Montreal (1999) foi ratificada pelo Brasil, tendo entrado em vigência internacional no dia 4 de novembro de 2003 e em vigência nacional no dia 27 de setembro de 2006, com a publicação do Decreto nº 5.910/2006. No que diz respeito à jurisdição, a Convenção de Montreal, em seu artigo 33, estabelece o seguinte:

“Artigo 33 – Jurisdição

1. A ação de indenização de danos deverá ser iniciada, à escolha do autor, no território de um dos Estados Partes, seja ante o tribunal do domicílio do transportador, da sede da matriz da empresa, ou onde possua o estabelecimento por cujo intermédio se tenha realizado o contrato, seja perante o tribunal do lugar de destino.

2. Com relação ao dano resultante na morte ou lesões do passageiro, a ação poderá ser iniciada perante um dos tribunais mencionados no número 1 deste Artigo ou no território de um Estado Parte em que o passageiro tenha sua residência principal e permanente no momento do acidente e para e desde o qual o transportador explore serviços de transporte aéreo de passageiros em suas próprias aeronaves ou nas de outro transportador, sob um acordo comercial, e em que o transportador realiza suas atividades de transporte aéreo de passageiros, desde locais arrendados ou que são de sua propriedade ou de outro transportador com o qual tenha um acordo comercial.

3. Para os fins do número 2,

a) “acordo comercial” significa um acordo, que não um contrato de agência, feito entre transportadores e relativo à provisão de seus serviços conjuntos de transporte aéreo de passageiros;

b) “residência principal e permanente” significa o domicílio do passageiro, no momento do acidente. A nacionalidade do passageiro não será o fator determinante a esse respeito.

4. As normas processuais serão reguladas pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.”

Sobre o artigo 33 da Convenção de Montreal, comentamos que: a Convenção de Montreal permite que o Autor escolha, entre quatro opções de foro, sendo que, em caso de morte ou lesão do passageiro, mais uma opção se coloca: o local de seu domicílio ou residência (justamente por isso ficou conhecida como a “*fifth jurisdiction*”^[10]). Além disso, as normas processuais serão reguladas pela lei nacional do Tribunal que conhecer da demanda^[11].

Paralelamente à legislação aeronáutica, vige a legislação brasileira genérica que também pode ser aplicável às relações do transporte aéreo, como: a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4657/1942), o Código de Defesa do Consumidor (1990), o Código Civil (2002) e o Código de Processo Civil (2015).

Antes de passar à análise dos Códigos, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei nº 4657, vem desde 1942 orientando nossos Tribunais na aplicação do Direito, determina em seu art. 12, *caput*, que: “*Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.*”^[12].

A legislação genérica, notadamente o Código de Defesa do Consumidor (CDC), tem sido amplamente aplicada para resolução dos casos de transporte aéreo internacional, por ter o passageiro sido comparado à figura do consumidor, como destinatário final da prestação de serviço de transporte. O CDC não exclui outros

10. A denominação “*fifth jurisdiction*” é consagrada na Doutrina e pode ser encontrada in LEÓN, Pablo Mendes de; EYSKENS, Werner (*The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System*, pg. 1159 /1160); e também in DEMPSEY, Paul Stephen (*International Air Cargo & Baggage Liability and the Tower of Babel*, pg. 268); entre outros.

11. A Convenção de Varsóvia (1929) que precedeu à Convenção de Montreal trazia quatro possibilidades de Foros para demandas decorrentes do transporte aéreo internacional, sendo que já declarava que as normas processuais de tais demandas seriam as normas nacionais do Tribunal que conhecer da questão.

12. Sobre o art. 12 da LINDB, sempre pertinentes as lições de Maria Helena Diniz, em seu livro “Lei de Introdução ao Código Civil”, p. 299/313.

direitos previstos em Convenções Internacionais das quais o Brasil seja signatário (art. 7, *caput*^[13]). Sobre a jurisdição, temos no CDC os artigos 93, I e II^[14], 101, I^[15], que outorgam ao consumidor (passageiro) o direito de escolha do foro competente, quer o foro do local do dano (“*onde ocorreu ou deva ocorrer o dano*”), que o foro do domicílio do autor, com o objetivo claro de facilitar a defesa de seus direitos^[16] (CDC, art. 6º, VIII^[17]).

No que diz respeito à jurisdição, o Código Civil (CC), no seu Capítulo XIV (arts. 730 a 756) que traz disposições que servem de base para todos os modais de Transporte, remete, aos contratos de transporte, os preceitos constantes da legislação especial de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as disposições do Código (CC, art. 732^[18]).

Por fim, no que concerne à legislação genérica nacional, muito importante mencionar o Código de Processo Civil (CPC) no rol das leis de interesse para o transporte aéreo, pois, além de dar relevância aos precedentes (na aviação internacional, o Tema nº 210 e o Tema nº 1240 do Supremo Tribunal Federal - STF), sobre a jurisdição em casos transnacionais o CPC determina que:

13. CDC, Art. 7, *caput*: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

14. CDC, Art. 93: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

15. CDC, Art. 101: “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;”

16. Guillermo PALAO MORENO, em seu artigo “*Acesso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado*”, aponta que também na Europa, desde a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, foram sendo desenvolvidas normas que dão uma atenção “desigual” ao consumidor, com a finalidade de protegê-lo, mas também com a perspectiva de facilitar e desenvolver o desenvolvimento do mercado europeu.

17. CDC, Art. 6º, VIII: “São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

18. CC, Art. 732: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

- I. Art. 13^[19] - sejam utilizadas as normas processuais brasileiras aos casos, ressalvadas disposições específicas estabelecidas nas Convenções internacionais das quais o Brasil faça parte. Neste ponto, verificamos que o art. 13 do CPC está em total consonância com o art. 33, 4, da Convenção de Montreal;
- II. Art. 21^[20] - atribui à autoridade brasileira a competência para as ações: em que o réu (independentemente de sua nacionalidade) estiver domiciliado no Brasil; em que a obrigação seja aqui cumprida; ou que o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil;
- III. Art. 22, II^[21] – a autoridade brasileira tem competência para processar e julgar as ações decorrentes de relação de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil^[22]. Entendemos que a competência atribuída no art. 22 é concorrente, pois no CPC os casos de competência exclusiva estão elencados no art. 23^[23];
- IV. Art. 83^[24] – via de regra, o autor (seja brasileiro ou estrangeiro), que residir fora do Brasil, ou deixar de residir no Brasil no curso

19. CPC, Art. 13: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

20. CPC, Art. 21: “Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.”

21. CPC, Art. 22: “Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: ...II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;”

22. Ao comentarem sobre as novas hipóteses de competência concorrente no CPC de 2015, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, em seu livro *Direito Internacional Privado*, assim esclarecem que: “Nas litígios internacionais relativos a consumo, obrigar o consumidor a processar o fornecedor no seu domicílio no estrangeiro significa, via de regra, negar àquele o acesso à justiça. Visando assegurar os direitos da parte mais fraca da relação jurídica, o Protocolo de Santa Maria (que não está em vigor) abre uma exceção à regra geral da competência do foro do domicílio do réu, para, nos moldes do que ocorre na Europa, admitir o ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor (mesmo que seja o autor da demanda). O art. 22 do CPC de 2015 resolve essa questão admitindo a competência internacional do Judiciário brasileiro quando o consumidor estiver aqui residente ou domiciliado.”

23. Para reforçar essa opinião, trago as lições de Nelson Nery Junior e de Rosa M. A. Nery, in *Comentários ao Código de Processo Civil*: “Competência internacional para demandas envolvendo relações de consumo. O CPC 22, II, ao determinar a competência da autoridade judiciária brasileira para conhecer de ações em que seja parte o consumidor residente ou domiciliado no Brasil, quer assegurar a aplicação de todos os instrumentos protetivos constantes do processo no direito do consumidor, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente. O CDC 7º prevê que os direitos constantes do CDC não impedem o reconhecimento de outros, seja por tratados internacionais, seja por legislação ordinária. Assim sendo, dentro da sistemática do diálogo das fontes, esta regra do CPC 22 II é mais um direito consumerista dentro do sistema de proteção ao consumidor no Brasil.”

24. CPC, Art. 83: “O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento. § 1º Não se exigirá a caução de que trata o caput: I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte; II - na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença; III - na reconvenção. § 2º Verificando-se no trâmite do processo que se desfalcou a garantia, poderá o interessado exigir reforço da caução, justificando seu pedido com a indicação da depreciação do bem dado em garantia e a importância do reforço que pretende obter.”

da demanda, deverá prestar caução suficiente ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bem imóvel que lhes assegure o pagamento.

Com o levantamento acima, poderíamos resumir que no Brasil o passageiro (seja ele brasileiro ou estrangeiro), como consumidor transnacional, tem direito de ação nos seguintes locais:

ACESSO À JURISDIÇÃO NO BRASIL: PASSAGEIRO, COMO CONSUMIDOR TRANSNACIONAL	
Possíveis locais de ajuizamento de ação, à escolha do passageiro:	Legislação que autoriza:
Domicílio ou residência do passageiro	Convenção de Montreal, 33, 2 (para casos de morte e lesão coporal); CBA, art. 1; CDC, arts. 7 e 101, I; CC, art. 732; CPC, 22, II;
Domicílio do transportador	Convenção de Montreal, 33, 1; CBA, art. 1; LINDB, art. 12, <i>caput</i> (se tiver domicílio no Brasil) CDC, art. 7; CC, art. 732; CPC, 21, I;
Sede matriz do transportador	Convenção de Montreal, 33, 1; CBA, art. 1; CDC, art. 7; CC, art. 732;
Local onde o transportador tenha estabelecimento e tenha sido realizado o contrato	Convenção de Montreal, 33, 1; CBA, art. 1; CDC, art. 7; CC, art. 732;
Tribunal do local de destino	Convenção de Montreal, 33, 1; CBA, art. 10, I; LINDB, art. 12, <i>caput</i> (se o local de destino for o Brasil) CDC, art. 7; CC, art. 732;

Dessa forma, fazemos uma interpretação sistemática da legislação acima mencionada para concluir que, no que diz respeito ao acesso à justiça e à jurisdição, como é o próprio passageiro quem escolherá o foro de sua preferência, dentre as cinco opções supra (“*fifth jurisdiction*”), a legislação brasileira só encontra um ponto de conflito com a Convenção de Montreal, qual seja, para os casos em que o passageiro optar pela ação no seu domicílio no Brasil (CDC, 101, I e CPC, 22, II), que não seja por morte ou lesão corporal (Convenção de Montreal, art. 33, 2, que só coloca como opção o domicílio do passageiro nos casos de morte e lesão corporal – contudo, para tais casos a jurisprudência brasileira é pacífica em acolher a regra do domicílio do consumidor^[25]).

2.2. O acesso à jurisdição brasileira nos casos práticos

Por mandamento constitucional, o acesso à Justiça no Brasil para casos de consumo é amplo e irrestrito para brasileiros e estrangeiros residentes e domiciliados no Brasil. A Lei 9099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis isentou todos os casos do pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios até a sentença de primeira instância (art. 54), sendo que, para casos até 20 salários-mínimos, o Autor da demanda não necessitará (obrigatoriamente) da assistência de um advogado (art. 9).

Para as ações de rito comum, aplica-se, desde 1950, a Lei 1060, que concede a assistência judiciária, com isenção de custas e honorários advocatícios, a todas as pessoas que se autodeclarem necessitadas, nos termos da Lei.

25. Ao comentarem sobre as novas hipóteses de competência concorrente no CPC de 2015, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, em seu livro *Direito Internacional Privado*, assim esclarecem que: “*Nos litígios internacionais relativos a consumo, obrigar o consumidor a processar o fornecedor no seu domicílio no estrangeiro significa, via de regra, negar àquele o acesso à justiça. Visando assegurar os direitos da parte mais fraca da relação jurídica, o Protocolo de Santa Maria (que não está em vigor) abre uma exceção à regra geral da competência do foro do domicílio do réu, para, nos moldes do que ocorre na Europa, admitir o ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor (mesmo que seja o autor da demanda). O art. 22 do CPC de 2015 resolve essa questão admitindo a competência internacional do Judiciário brasileiro quando o consumidor estiver aqui residente ou domiciliado.*”

Assim, é simples e fácil o acesso à Justiça no Brasil, sendo que a maior parte das ações por danos no transporte aéreo internacional têm pedidos com valor compatível para ingresso nos Juizados Especiais Cíveis (isto é, inferior ou igual a 40 salários-mínimos).

Ao interpretar o art. 178, caput da Constituição, o Supremo Tribunal Federal pontificou de forma ampla e irrestrita a tese de repercussão geral, Tema 210 (de 25 de maio de 2017). Passamos a reproduzir o artigo constitucional, seguido de sua interpretação, para melhor elucidação do tema:

CF, Art. 178, caput: *“A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”*

TEMA 210: *“Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.”*

Apesar dos assuntos que foram analisados (dano material no extravio de bagagem e prescrição), o Tema 210 do STF é amplo e não poderia deixar de ser assim, visto que as mesmas razões que levaram os Ministros a dar prevalência a norma específica para esses dois assuntos (“ratio decidendi”^[26]), deveriam nortear nossas Cortes a dar prevalência às normas especiais do transporte aéreo em todos os assuntos, equiparando-se à lei.

26. Nelson Nery Junior e Rosa M. B. B. de Andrade Nery, em parecer datado de 14 de fevereiro de 2022, tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a “ratio decidendi do Tema 210 do STF, afirmando categoricamente que: “De acordo com a ratio decidendi do julgamento do mérito do Tema 210, todas as questões relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional estão sujeitas à tese afirmada pelo STF e, portanto, devem ser reguladas pelos dispositivos previstos na Convenção de Montreal, incluídas aqui as questões relativas a atraso e cancelamento de voo, prazos de prescrição de pretensão indenizatória e demais dispositivos convencionais”. Vide fls.44/45: <https://www.iata.org/contentassets/0b6d1c34ebb24fa390b6030be3327751/br-16-05-2022-versao-final-revisada-nnj-rmn.pdf>

Essa generalidade do Tema 210 do STF, levou Defossez e Medina a discutirem se o referido tema seria aplicável também à jurisdição, o que restringiria à Justiça Brasileira no julgamento dos casos que não tratam de morte ou lesão corporal e são ajuizados no foro de domicílio ou residência do passageiro (em direção oposta ao art.33,1, da Convenção de Montreal). Traduzimos livremente o estudo mencionado, pelo qual Defossez e Medina^[27] concluem que:

*“O julgamento de 2017 pode ter consequências mais abrangentes do que o esperado. Até agora, o Brasil assumia uma ampla jurisdição em casos de consumo, com casos sendo resolvidos no Brasil, enquanto a maioria dos fatores de conexão apontavam para outro país. Se aceita a analogia, o julgamento do STF poderia, portanto, mudar mais do que apenas a relação com o CDC. De fato, o julgamento também restringiria o escopo de ação dos tribunais brasileiros. Embora o CDC e o Novo CPC tenham bases legais semelhantes, o Novo CPC foi promulgado muito depois do CDC e após a ratificação do Montreal. Consequentemente, os tribunais podem se recusar a aplicar a Convenção juntamente com o julgamento do STF sob o argumento de que o Novo CPC é uma norma mais recente. Ainda assim, pode-se argumentar que a Convenção de Montreal prevalece por ser uma *lex specialis*. A prevalência da *lex specialis* também é reconhecida pelo artigo 13 do CPC.*”

*Embora em teoria isso possa ter um grande impacto, este artigo demonstrou que a interpretação do Artigo 33(1) varia em todo o mundo. Consequentemente, mesmo que o Brasil assumira uma jurisdição ampla, ainda estará em consonância com algumas das interpretações existentes, especialmente no que diz respeito às vendas online. Além disso, na maioria dos casos, os Artigos 33(1) Montreal e 21 CPC dariam resultados semelhantes. No entanto, em algumas situações, a abordagem brasileira pode levar ao *forum shopping*. A única questão que resta é o que aconteceria em situações semelhantes à brasileira morando na Suécia. Nesse caso, parece que apenas um julgamento do STF será capaz de dirimir tal questão.”*

Defossez e Medina estavam certas: após o julgamento do Tema 210 do STF, a questão da jurisdição passou a ser mais

27. DEFOSSEZ, Delphine; MEDINA, Janny Carrasco. *The prevalence of the Montreal Convention after the 2017 STF Decision: What about jurisdiction?*, pg. 59

amplamente discutida nos Tribunais, mas sempre em casos de passageiros não residentes no Brasil, com contratos de transporte aéreo estabelecidos e cumpridos no exterior, para os quais está afastando a jurisdição da Justiça brasileira, seja porque entende inaplicáveis as normas do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor, seja porque estão aplicando diretamente a Convenção de Montreal (e o Tema 210 do STF). Vejamos abaixo alguns exemplos de casos julgados perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

- I. **Processo nº 1006032-97.2020.8.26.0100** – Em Acórdão proferido em 17 de outubro de 2022, o TJSP decidiu pela prevalência da Convenção de Montreal, com a aplicação de seu artigo 33, para um caso em que a Autora era boliviana, residente e domiciliada na Bolívia; com passagem adquirida no exterior, com montagem de itinerário com diferentes companhias e várias conexões; companhia aérea, Ré, sediada na Alemanha; e voo com destino final à Bolívia; entendendo que inexistia fundamento para vinculação da ação à jurisdição brasileira;
- II. **Processo nº 1040188-14.2020.8.260100** - Em Acórdão proferido em 25 de junho de 2021, o TJSP decidiu por afastar o caso do conhecimento da justiça brasileira, visto que o atraso de voo ocorreu no exterior, a Autora está domiciliada no exterior, tendo comprado os bilhetes no exterior, sendo que o fato da passageira ter como destino final a cidade de São Paulo não torna a Justiça brasileira competente para a análise do caso.
- III. **Processo nº 1007783-32.2019.8.26.0011** - Em Acórdão proferido em 18 de dezembro de 2019, o TJSP confirmou a incompetência da Justiça brasileira (já declarada em sentença), considerando que o extravio de bagagem ocorreu no exterior, que a Autora e a Ré são domiciliadas no exterior;
- IV. **Processo nº 1010347-37.2021.8.26.0100** – Em Sentença proferida em 28 de junho de 2021, o MM. Juiz da 38ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, decidiu pela improcedência da ação de indenização por extravio de bagagem, consignando a prevalência da Convenção de

Montreal, uma vez que a contratação entre as partes se deu no exterior, assim como o transporte foi realizado integralmente no exterior. O MM. Juiz ainda consignou que o art. 5º, XXXII, da Constituição tem como escopo a proteção do consumidor em âmbito nacional, sendo que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor num caso semelhante seria como defender a sua extraterritorialidade;

- V. **Processo nº 1112637-04.2019.26.0100** – Em Sentença proferida em 26 de junho de 2020, o MM. Juiz da 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, decidiu pela extinção do feito sem julgamento do mérito, por incompetência absoluta do Juízo, visto que, embora se tratasse de relação de consumo, os Autores têm residência no exterior, onde adquiriram os bilhetes aéreos e lá realizaram a viagem. A MM. Juíza afirmou, ainda, que mesmo que os Autores tenham nacionalidade brasileira e a empresa aérea para conhecer do caso e aplicar o art. 21 do Código de Processo Civil. Com os mesmos fundamentos, a Sentença proferida no **Processo nº 1006041- 59.2020.8.26.0100**, em 4 de junho de 2020, pelo MM. Juiz da 24ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, também decidiu pela extinção do feito sem julgamento do mérito, numa ação de indenização por danos morais decorrentes de atraso de voo.
- VI. **Processo nº 1109277-61.2019.8.26.0100** – Em Sentença proferida em 19 de fevereiro de 2021, o MM. Juiz da 41ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, decidiu pela extinção do feito sem julgamento do mérito, por incompetência absoluta do Juízo para conhecer de ação de indenização por danos morais, aplicando o Tema 210 do STF, assim como o art. 33 da Convenção de Montreal, visto que Autoras e Réu têm domicílio na Suíça, onde o contrato foi estabelecido e executado. Ao final, o MM. Juiz consignou que: *“a propositura de ações em foro aleatório, sem qualquer fundamento legal que justifique sua vinculação à respectiva Comarca, não só corresponde a verdadeira violação do princípio do Juiz Natural e eventual abuso de direito, como já dito, como também acarreta maior dificuldade na elucidação das circunstâncias do caso, na medida em que tenta afastar o contato direto da parte, as quais, aliás, residem no mesmo País (Suíça).”*.

Observamos que encontramos casos de conflito negativo de competência no transporte aéreo internacional de passageiros, mas em nenhum deles foi afastada a jurisdição brasileira, considerando que os Autores dos casos pesquisados tinham domicílio no Brasil. Colocamos como exemplo a ação de indenização por extravio de bagagem, **processo nº 1043597-61.2021.0100**, no qual o MM. Juiz da 1ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo – SP, aplicando o artigo 33 da Convenção de Montreal (em virtude do Tema 210 do STF), combinado com o art. 22, II, do Código de Processo Civil, declinou a competência do Foro da Comarca da Capital (domicílio de filial da Ré, escolhido pelo Autor) para o Foro da Comarca de Limeira – SP, por ser o Foro de domicílio do Autor. Em sentido diametralmente oposto, o TJSP, em Acórdão proferido no Conflito Negativo de Competência (**processo nº 0020068- 73.2020.8.26.0000**), aplicando o mesmo art. 33 da Convenção de Montreal, declarou como competente o Foro do domicílio do Réu, como competente para conhecer sobre a ação de indenização por atraso de voo, por ter sido essa a escolha do passageiro no ajuizamento da demanda^[28].

Se, por um lado, os Tribunais estão sendo mais abertos a aplicar a Convenção de Montreal (mencionando ou não Tema 210 do STF), no que diz respeito à questão processual da jurisdição, por outro lado, os julgamentos de mérito que sucederam o Tema 210 do STF apontam para a restrição de seu alcance, somente aos casos de danos materiais no extravio de bagagem e prescrição.

Em julgamento de 16 de dezembro de 2022, no RE 1394401, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o contido nos votos que fizeram parte do julgamento do Tema 210 do STF para dizer que,

28. Nádia Araújo, em seu livro “Direito Internacional Privado”, p. 185, já havia apontado que: “*Há confusão nas decisões dos tribunais entre autonomia da vontade em escolher a lei aplicável...*”. Essa nos parece ser a justificativa para termos decisões justificadas no mesmo artigo de lei (art. 33 da Convenção de Montreal) que remetem as demandas para Foros diversos (um para o domicílio do Autor e outro para o domicílio da filial do Réu).

aos danos extrapatrimoniais decorrentes do contrato de transporte aéreo internacional, NÃO se aplica o Tema 210 do STF, ou seja, que os danos morais podem ser julgados de acordo com a legislação consumerista brasileira, porque os limites da Convenção de Montreal dizem respeito unicamente aos danos materiais, já que: “a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parecem condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral” [29].

A postura restritiva do Supremo Tribunal Federal na aplicação da Convenção de Montreal, apenas para o dano material, só aumenta a atração do Brasil como *Forum Shopping*. A possibilidade de indenização ilimitada por danos morais presumidos no transporte aéreo se tornou um “investimento jurídico”, e faz com que, todos os dias, o Judiciário receba novas demandas, seja porque o passageiro comprou o bilhete aéreo no Brasil, seja porque reside no Brasil, seja porque é brasileiro - ainda que muitas vezes seja domiciliado no exterior, e que tenha que prestar caução (CPC, art. 83) [30].

Recente matéria publicada em 22 de julho de 2023 revela que a Azul teve um corte de rotas para Rondônia, e que a sua concorrente, a GOL seguiu o mesmo caminho, reduzindo pela metade os voos no Estado. Interessante verificar, na matéria jornalística, a seguinte constatação: “O motivo alegado pelas duas empresas é o mesmo: a alta taxa de judicialização. O estado tem apenas 0,8% da população brasileira, mas gera 10 processos ao dia em média contra a GOL e concentra 20% das ações no país contra a Azul.”. Em nota oficial a GOL declarou que: “A alta judicialização enfrentada pela Companhia em Rondônia é um fato decisivo para o encolhimento das operações da GOL no estado e, ainda, um

29. STF, RE 1394401, voto da Min. Relatora Rosa Weber

30. Esse problema também foi objeto de análise e estudo por Defossez e Medina, in *The prevalence of the Montreal Convention after the 2017 STF Decision: What about jurisdiction?*, p. 45

desestímulo para a manutenção dos serviços. Neste momento, não há previsão para retomar a oferta em Porto Velho.” ^[31]

2.3. As novas tecnologias contribuindo para o excesso de judicialização no setor aéreo

O Juízo 100% digital

Atualmente, as novas tecnologias se apresentam aos consumidores e facilitam o acesso à jurisdição. Podemos dizer que no Brasil todos os novos processos cíveis já estão 100% digitalizados, o que vem sendo implantado desde 2006 (Lei nº 11.419), sendo certo que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem propagado os benefícios do Juízo 100% Digital ^[32], que “...é a possibilidade de o cidadão valer-se da *tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos Fóruns, uma vez que, no “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela Internet. Isso vale, também, para as audiências e sessões de julgamento, que vão ocorrer exclusivamente por videoconferência.*” ^[33].

Por outro lado, as novas tecnologias também estão abrindo novos mercados na internet, seja por sites ou aplicativos, com empresas brasileiras e transnacionais que, se aproveitam do fácil acesso à jurisdição no Brasil e das indenizações ilimitadas e presumidas na aviação civil, para favorecer o aumento de demandas predatórias. Como bem pontuou Luciana B. Scotti,

31. Vide AEROIN: <https://aeroin-net.cdn.ampproject.org/c/s/aeroin.net/gol-segue-azul-e-tambem-corta-voos-em-rondonia-apos-onda-de-processos-judiciais/?amp>

32. O Conselho Nacional de Justiça e o Brasil estão alinhados com os planos de ação para a incorporação das novas tecnologias aos processos judiciais que estão ocorrendo pelo mundo. Apontamos o relatório da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) adotado na 37ª Reunião Plenária realizada entre 8 e 9 de dezembro de 2021, que consistiu num plano de ação denominado “*Digitalisation for a better justice*”, que aponta que a Justiça é sempre humana, mas que a digitalização melhora e agiliza o acesso à justiça. Vide: <https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>

33. Vide: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/projeto-juizo-100-digital/>

que traduzimos livremente: “*A internet facilita o início de verdadeiros conflitos transatlânticos...*”^[34].

Em matéria para o ConJur, Renan Xavier esclarece que a advocacia predatória põe em risco atendimento jurídico à sociedade, explicando que “*A advocacia predatória é configurada por ações de massa, em petições padronizadas, objetivando vantagens indevidas. As alegações são, em geral, genéricas, sem fundamentação idônea. Quando são identificadas, percebe-se, em grande parte, o uso de pessoas vulneráveis no polo ativo dos processos.*”^[35]

A advocacia predatória no setor aéreo: os “abutres”

Ao comentar sobre o excesso de ações de passageiros no Brasil, Franciely Chropacz, *in* Introdução ao Direito Aeronáutico^[36], explicou que:

“Essa realidade se constituiu, em parte, pelo grande número de aplicativos e sites que oferecem serviços de “processar companhia aérea”. Páginas da internet oferecem serviços de indenizações em caso de voos cancelados, malas extraviadas e vários deles compram o “direito” de indenização do passageiro em troca de valor pré-fixado. Em decorrência dessa situação, a Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR) está prevendo oneração do setor aéreo (GAZETA DO POVO, 2020), e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) procedeu à verificação de atuação de advogados em desacordo com o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 1994) (CONJUR, 2019) e da prática do exercício ilegal da advocacia”.

Sobre a advocacia predatória no setor aéreo, que na aviação se popularizou com a denominação de “abutres”^[37], é interessante expor o seguinte:

34. SCOTTI, Luciana B. *Incidências de Las Nuevas Tecnologías em el Derecho Internacional Privado*, pg. 412

35. Vide: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-20/advocacia-predatoria-poe-risco-atendimento-juridico-sociedade?imprimir=1>

36. CHROPACZ, Franciely. *Introdução ao Direito Aeronáutico*, pg. 111/112

37. É o que como os denominou a Associação Brasileira de Empresas Aéreas - ABEAR, vide: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/justica-federal-desativa-37-sites-abutres-que-estimulam-o-excesso-de-judicializacao-no-setor-aereo/>

Os “abutres” criam páginas e perfis na internet (sites ou aplicativos, brasileiros ou estrangeiros), oferecendo indenizações automáticas e assessoria jurídica para o ajuizamento de demandas contra as empresas aéreas. Vejamos por exemplo uma simples busca do Google com “indenização atraso de voo”, os primeiros três resultados já trazem empresas e escritórios que oferecem uma compensação imediata para os passageiros prejudicados, com valores de até R\$ 10.000,00^[38].

Essa compensação, no geral, é paga ao passageiro antecipadamente, sendo que o passageiro firma termos de sub-rogação, quitação, contratos de honorários, procurações, cartas de preposto, declarações de pobreza (para obtenção de Justiça gratuita), sendo que após isso o passageiro raramente sabe do desfecho do processo judicial que será ajuizado em seu nome.

Outro expediente muito utilizado pelos “abutres” é o ajuizamento das ações na Vara Cível, pelo procedimento comum, com petições padronizadas e apenas por indenizações por danos morais. Aliás, a preferência de escolha pela Vara Cível, pelos “abutres”, é o procedimento aliado ao valor da condenação, a saber

- I. Sobre o procedimento, porque no geral, nas Varas Cíveis, as audiências poderão ser dispensadas, sendo que pelo procedimento do Juizado Especial Cível, a Lei nº 9099/95 determina que os Autores compareçam, pessoalmente, aos atos processuais, sob pena de extinção do feito sem julgamento de mérito. Por outro lado, na Vara Cível há em muitos casos o deferimento de ações pela justiça gratuita, mediante simples declaração dos Autores, com a adoção pelos Tribunais (mesmo após a vigência do CPC/2015) da Súmula 326 do STJ, que assim determina: “*Na ação de indenização por dano*

38. É o que se verifica em: https://www.google.com/search?q=indeniza%C3%92sv=557782243&xsrf=AB5stBgzKcxE2TYoYhC-nb2bxhIVA05GePA%3A1692277364032&source=hp&ie=cxreZnNlPJTf1sQPhJi7sA8&ifsig=AD69kcEAAAAAZN4ohNI-vpsRsql%7%C3%A3o+atraso+de+voo&gs_l=Egdn3Mtd2l6IhtpbmRlml6YcOnw6NvIGF0cmFzbyBkZSB2b28yBQYsQPCSAxgKwgIKAAAYgAQYsQMYCsICCBAAAGBYHhgP&sclient=gws-wiz

moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”;

- II. Sobre o valor da condenação, tradicionalmente, o valor das condenações em Vara Cível é superior aos valores que encontramos nos Juizados Especiais Cíveis.

De qualquer forma, frisamos que a preferência dos “abutres” não é exclusiva e dependerá muito da relação jurídica que eles estabeleçam com os passageiros, sendo certo que há “abutres” que usam dos benefícios dos Juizados Especiais Cíveis, como a ausência de custas processuais e condenação em verbas sucumbências na primeira instância.

Por fim, sabemos que a fragilidade da proteção de dados pessoais no Brasil aliada às buscas na internet, fazem com que algoritmos sejam estabelecidos para enviar e-mails diretos aos passageiros, com ou sem danos no transporte aéreo, convidando-os para conhecer os benefícios das indenizações diretas pelos problemas relacionados ao transporte aéreo.

A OAB, os Tribunais brasileiros e a advocacia predatória

A Corregedoria Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) já informou que, desde o final de 2019 até hoje, dos 65 sites e aplicativos mapeados pela OAB, que estimulam o excesso de judicialização na aviação civil, 37 foram impedidos de atuar por decisão judicial. A busca não é fácil, pois a maior parte dos “abutres” não são escritórios de advocacia, ao contrário são empresas comerciais que contratam vários escritórios de advocacia para pulverizarem as demandas e não serem mapeados. A OAB tem ajuizado dezenas de ações nas Varas Federais de diversos Estados brasileiros para coibir essa prática, visto que essas empresas violam o Código de Ética e o Estatuto da OAB, por meio de atividade ilícita e mercantilização da advocacia^[39].

39. É o que noticiou o Globo, vide: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/06/30/justica-suspende-37-sites-que-prestam-servico-juridico-contra-companhias-aereas.ghtml>

Os Tribunais brasileiros, por sua vez, permanecem protegendo os consumidores, mas estão atentos às demandas predatórias. Utilizando a internet como meio de atingir um maior número de pessoas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2021, realizou dois webinários, o primeiro, em 25 de maio de 2021, denominado “*O Setor Aéreo Brasileiro: Caminhos para a Redução da Litigiosidade*”; e o segundo, em 29 de novembro de 2021, com o título “*Judicialização desenfreada ou litigância necessária?*”^[40]. Em ambas as ocasiões o CNJ reuniu autoridades, juízes, professores, representantes da OAB, dos consumidores e, também, das companhias aéreas, para discutir sobre a judicialização no setor aéreo no Brasil, sendo que já no primeiro encontro o CNJ lançou a Cartilha Digital do Transporte Aéreo^[41], que reúne informações e jurisprudência sobre os direitos básicos dos passageiros na aviação civil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, criou um Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas (NUMOPEDE)^[42], que, através de inteligência artificial, tem mapeado as demandas predatórias e traçado aos Juízes uma série de recomendações por meio do CG nº 2456/2019, dentre elas, “Exigir do demandante a descrição minuciosa dos fatos que embasam o pedido de reparação de danos”. Isso mesmo foi mencionado em decisão constante do **Processo nº 1109412-73.20149.8.26.0100**, pelo MM. Juiz da 25ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, que:

40. Ambos os seminários realizados pelo CNJ encontram-se disponível ao público em geral no canal do YouTube, na íntegra. Vale conferir: <https://www.youtube.com/watch?v=k5uPcLxU3D4>; <https://www.youtube.com/watch?v=8IKHg2xQxF0>; <https://www.youtube.com/watch?v=j6lVa66V4BM>

41. Vide link citado na nota de rodapé nº 1.

42. Sobre o NUMOPEDE, em matéria publicada no ConJur de 19 de julho de 2023, Renan Xavier registrou que: “*De 2022 até maio deste ano, o Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas (Numopede), da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, recebeu 735 comunicações de magistrados relacionadas a litigância predatória verificadas em processos que correm no estado. Conforme levantamentos realizados pelo Numopede, a partir de casos em que efetivamente reconhecida a ocorrência de litigância predatória pelo juiz da causa, é possível estimar que a litigância predatória gera uma movimentação entre 300 mil a 600 mil processos, a um custo que ultrapassa R\$ 1 bilhão por ano, apenas no Judiciário Paulista.*”. Obviamente que aqui **não** estamos falando apenas de demandas relacionadas ao transporte aéreo, mas os números expressivos deveriam representar um alerta ao Judiciário brasileiro.

“1. É notório o ajuizamento de milhares de demandas idênticas perante o Judiciário Paulista pelo mesmo advogado: ações indenizatórias em decorrência de atraso de voo e/ou extravio de bagagem, com pedido de gratuidade processual, ajuizada no foro do domicílio da requerida (em descompasso com a garantia da facilitação de acesso ao judiciário prevista no Código de Defesa do Consumidor), sendo que em muitos casos a parte autora não reside no Estado de São Paulo, e, em certos casos, sequer residem no país. Diante desse cenário, o Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas (Numopede) traçou uma série de recomendações por meio do CG nº 2456/2019...” – grifamos

Apesar de louváveis as iniciativas da OAB e do Judiciário em coibir as demandas predatórias, a essa altura vê-se nitidamente que a aplicação claudicante da Convenção de Montreal na aviação civil leva às duas faces do *Forum Shopping* no Brasil: a primeira, dificilmente um caso de consumo será afastado da jurisdição brasileira, que dá amplo e fácil acesso ao Poder Judicial; e, a segunda, o interesse econômico nas grandes vantagens auferidas pelos passageiros nos Tribunais brasileiros, que não limitam os pedidos de dano moral aos valores existentes na Convenção de Montreal (da qual o Brasil faz parte e já foi incorporada como lei interna, o Decreto 5910/2006)^[43].

3. Conclusões

“As normas de direito internacional privado para as relações contratuais e extracontratuais nas relações de consumo no transporte aéreo têm por objetivo oferecer segurança e previsibilidade, tornado claras as regras sobre o direito aplicável e o tribunal competente para dirimir os eventuais litígios.” (Inez Lopes)^[44]

43. Sobre a aplicação das normas internacionais no transporte aéreo no Brasil e, especialmente, sobre a aplicação de danos morais *in re ipsa* no Brasil, já nos manifestamos no artigo “A aviação civil internacional e o passageiro, como consumidor transnacional”, publicado no livro *Direito Aeronáutico*, vol. 2, p. 944/966

44. LOPES, Inês. *O Direito Internacional Privado e a proteção do consumidor em serviços de transporte aéreo*. P. 108.

Iniciamos este artigo verificando que o Brasil, atualmente, é o *Forum Shopping* da aviação civil reunindo 98,5% das ações cíveis de passageiros do mundo. Ao contrário do que se poderia imaginar num primeiro momento, esse desproporcional número de processos judiciais não tem relação com o serviço prestado (que no Brasil é semelhante e em certos pontos até melhor, do que o serviço prestado no resto do mundo), e sim aos seguintes fatores combinados: o fácil acesso à Justiça e a ilimitada aplicação pelos Tribunais brasileiros de danos morais *in re ipsa* aos casos, pela interpretação de que é mandamento constitucional a indenização ampla por danos morais e, nos casos de transporte aéreo internacional, de que os danos morais não estariam contemplados na Convenção de Montreal.

Ao compararmos a legislação brasileira e a Convenção de Montreal, nos casos relativos aos passageiros transnacionais, verificamos que a Convenção de Montreal só tem um ponto de conflito com a legislação brasileira, qual seja, para os casos em que o passageiro optar pela ação no seu domicílio no Brasil (CDC, 101, I e CPC, 22, II), que não seja por morte ou lesão corporal (lembramos que Convenção de Montreal, art. 33, 2, só coloca como opção o domicílio do passageiro nos casos de morte e lesão corporal). De resto, não encontramos nenhum outro ponto de conflito ou divergência com a Convenção de Montreal (art. 33), tendo em vista que a jurisdição é uma escolha do passageiro e esse tipo de competência não é exclusiva no Brasil.

Verificamos, ainda, que, se, por um lado, os Tribunais estão sendo mais abertos a aplicar a Convenção de Montreal (mencionando ou não Tema 210 do STF), no que diz respeito à questão processual da jurisdição (sempre em casos de passageiros não residentes no Brasil, com contratos de transporte aéreo estabelecidos e cumpridos no exterior, para os quais está afastando a jurisdição da Justiça brasileira), por outro lado, os julgamentos de mérito que sucederam o Tema 210 do STF apontam para a restrição

de seu alcance, somente aos casos de danos materiais no extravio de bagagem e na prescrição, abrindo com isso a possibilidade dos Tribunais de fixarem livremente os danos morais, o que quase sempre ocorre de forma presumida, e que, de certo modo, agora foi endossado pelo novo Tema nº 1240, ao declarar que a Convenção de Montreal não estabelece limites para danos morais.

As novas tecnologias se apresentam aos consumidores e facilitam o acesso à jurisdição, mas também dão margem ao estabelecimento de empresas eletrônicas (sites ou aplicativos, brasileiros e estrangeiros) que promovem o ajuizamento predatórios, ao comprar os direitos dos passageiros para o ajuizamento das demandas (os “abutres”). Tais empresas estão obviamente interessadas nos grandes benefícios auferidos com os danos morais presumidos e ilimitados, concedidos pelas Cortes brasileiras.

É certo que a tutela diferenciada dos direitos do consumidor assegurada pelo Código de Defesa do Consumidor é decorrência da sua real vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica) no mercado de consumo, mas, por outro lado, é certo que não ampara a sua aplicação e interpretação que venham a frustrar o seu próprio princípio fundamental de *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores* (art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Concretamente, a tutela dos direitos do consumidor não autoriza a facilitação da defesa de seus direitos de forma incondicionada, desproporcional, irrazoável ou exagerada (p. ex. inversão do ônus da prova), desvirtuando o seu escopo principal, pois que, ao final, tal prática resultará em prejuízo ao próprio

consumidor, majorando os custos da produção e tornando escassos certos produtos e serviços ^[45].

Nesse passo, o desvirtuamento dessa proteção está dando asas à negócios nunca vistos, à uma indústria de ações judiciais, aqui demonstrada pelo crescimento exponencial dessas empresas que praticam a advocacia predatória, os “abutres”. Por outro lado, ressalto que os limites de indenização estabelecidos pela Convenção de Montreal não representam abuso ou prejudicam o consumidor, mas, ao contrário, contribuem para o melhorar os serviços de transporte aéreo, tendo em vista as suas peculiaridades que estão baseados na segurança e na previsibilidade regulatória.

Por derradeiro, registramos nossa opinião de que o acesso à justiça deve ser fácil e gratuito e que as novas tecnologias só têm auxiliado na ampliação disso. Todas as ações do Poder Judiciário na implementação das tecnologias que facilitem o acesso à justiça são louváveis e dignas de aplausos. Contudo, enquanto o Judiciário proteger de forma desproporcional os consumidores (passageiros), sem oferecer segurança e previsibilidade aos fornecedores de serviço (transportadores aéreos) - já existentes nas Convenções Internacionais do transporte aéreo -, mais mercados de demandas predatórias estará incentivando e menos empresas de transporte aéreo estarão atraídas a trabalhar no Brasil ^[46].

45. Vide trecho da manifestação do Ministro Luis Roberto Barroso quando do julgamento do RE 631.331/RJ, Tema 210, no Plenário do Supremo Tribunal Federal: “E se nós constatássemos que a Convenção de Varsóvia deixa o consumidor inteiramente desguarnecido, aí, sim, eu acho que seria o caso de se pronunciar a inconstitucionalidade da Convenção, ou do decreto que internalizou a Convenção. Mas esse definitivamente não me parece ser o caso, até porque, Ministro Gilmar, nós estamos aqui lidando com transporte aéreo; nós não estamos lidando com um consumidor hipossuficiente, que precise de uma exacerbação da proteção do Estado.” (Min. LUIS ROBERTO BARROSO, pág. 22/23 do v. Acórdão, RE 631.331/RJ, Plenário do STF)

46. Nesse sentido, a doutrina de Humberto Theodoro Junior: “É sempre bom lembrar que a exacerbação de tutela dos consumidores, além de contrariar o princípio constitucional da livre- iniciativa, acaba por majorar custos da produção e escassez de certos produtos e serviços, o que, afinal, vem prejudicar os próprios destinatários das normas protetivas.” (HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Direitos do Consumidor*, p. 30).

3. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Nádía. Direito Internacional Privado, teoria e prática brasileira, 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CHROPACZ, Franciely. Introdução ao Direito Aeronáutico, 2ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

DEFOSSEZ, Delphine; MEDINA, Janny Carrasco. The prevalence of the Montreal Convention after the 2017 STF Decision: What about jurisdiction? Revista Direito. UnB / Janeiro – Abril, 2021, v. 05, n. 2, ISSN 2357-8009, p. 43-63.

DEMPSEY, Paul Stephen. International Air Cargo & Baggage Liability and the Tower of Babel. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1809185>

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado, 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

LEON, Pablo Mendes de; 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 1155, 2001. Disponível em <https://scholar.smu/jalc/vol66/iss3/4>

LOPES, Inez. O Direito Internacional Privado e a Proteção do Consumidor em Serviços de Transporte Aéreo. Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI. p. 101-108, Braga: UMinho Editora, 2021. Disponível em <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/30/71/822-1>

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Transporte Aéreo Internacional de Passageiros. Disponível em <https://www.iata.org/contentassets/0b6d1c34ebb24fa390b6030be3327751/br-16-05-2022-versao-final-revisada-nnj-rmn.pdf>

PALAO MORENO, Guillermo. Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 47, n. 1, pp. 61-91, jan./jun. 2019, ISSN 2178-0498

SCOTTI, Luciana B. *Incidencias de Las Nuevas Tecnologías em el Derecho Internacional Privado*. Disponível em <https://doi.org/10.24215/25916386e051>

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, 2011

**Surgimiento de las Circunstancias
Extraordinarias con Ocasión
de los Pasajeros Disruptivos y
Transporte de Mascotas**

José Elías Del Hierro Hoyos

Introducción

Esta ponencia la preparo con ocasión de la presentación que haré para la XLV Jornadas Latinoamericanas de derecho aeronáutico y espacial y XIV Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico, que se llevará a cabo el día 4 de octubre del 2023 en la ciudad de San Pablo, Brasil.

Desde la óptica del derecho aeronáutico, la industria de la aviación a nivel interno de cada país y a nivel mundial tiene un aspecto bien interesante para estudiar y se refiere a todo el régimen de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del transportista frente al cumplimiento de su obligación principal de conducir sano, a cambio de un precio, a un pasajero de un lugar a otro por determinado medio y en el plazo fijado ^[1].

Este tema ha dado lugar a extensas regulaciones domésticas en cada país, como regulaciones a nivel de acuerdos bilaterales y acuerdos multilaterales, como sería la Decisión 619 de la Comunidad Andina de Nacionales, el Reglamento 261 de 2004 de la Unión Europea, por supuesto el Convenio de Varsovia de

1. Siguiendo nuestra tradición del código civil de Napoleón y Justiniano, se ha dicho que las obligaciones del transportista son obligaciones de resultado y no de medio. Incluso en un proyecto de ley que hoy día cursa en el Congreso de Colombia, se establece que dentro del contrato de transporte el uso de frases tales como “haremos nuestros mejores esfuerzos para cumplir con este contrato de transporte”, se deben entender por no escritas.

1929 y el Convenio de Montreal de 1999, solo por mencionar las regulaciones que, para nosotros, a este lado del Atlántico, nos conciernen.

La proliferación de regulaciones^[2] de todo tipo y alcance, como se ha anotado de manera breve anteriormente, hace que con frecuencia su aplicación e interpretación se haga dispendiosa y porque no enredada, tengamos que acudir al espíritu del legislador y a lo que las cortes^[3], en su sabiduría, hayan estudiado para orientar su entendimiento, incluso y no menos importante, para que los operadores judiciales conozcan^[4] los lineamientos y tendencias en una industria, que además de tener el carácter de internacional, es una industria cambiante día a día y se debe ajustar permanentemente a la naturaleza de la actividad aérea^[5].

En la disciplina de interpretar este entramado de regulaciones nos encontramos con frecuencia que en ciertas jurisdicciones la aplicación de unas normas son más amplias que en otra, me refiero, a manera de ejemplo, la Decisión 619, que no solo se aplica entre los países miembros^[6] de la CAN, sino que también se aplica como norma interna de dichos países^[7], con un aspecto muy importante

2. Acuerdos multilaterales, bilateral, regionales, leyes, códigos aeronáuticos, decretos, resoluciones y reglamentos aeronáuticos, por citar algunos tipos de regulaciones.

3. Cuando se hace referencia a las cortes, se entiende a los operadores judiciales, jueces y autoridades administrativas con funciones no solo administrativas sino excepcionalmente judiciales.

4. No en pocas oportunidad en el ejercicio profesional del día a día nos podemos encontrar con jueces y autoridades muy competentes y estudiosos de estos temas, pero así mismo, nos hemos encontrado con jueces y autoridades que desconocen estas regulaciones, especialmente las de carácter internacional, dejándolas de aplicar y limitándose a aplicar solo la regulación interna del país, que en ocasiones es más gravosa para el transportista, y que conlleva al incumplimiento por parte de un estado, de estos instrumentos multilaterales.

5. Este es un tema bien interesante y que en todas las jurisdicciones lo vivimos en marzo de 2022 con todo el tema de la pandemia y el Covid 19.

6. Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

7. Decisión 619, artículo 2.- La presente Decisión será aplicable a: a) Los pasajeros que inicien su viaje en un aeropuerto de un País Miembro de la Comunidad Andina; b) Los pasajeros que inicien su viaje en el aeropuerto de un tercer país a cargo de un transportista aéreo de un País Miembro con destino o escala a un aeropuerto de un País Miembro; c) Los pasajeros que hayan sido transferidos en un aeropuerto de un País Miembro por un transportista aéreo u operador turístico del vuelo para el que disponían de una reserva, independientemente de los motivos que haya dado lugar a la transferencia; y, d) Los pasajeros que posean billetes expedidos dentro de programas para usuarios habituales, billetes en compensación u otros programas comerciales.

y es que dicha Decisión de la CAN ^[8] expresamente fija reglas que deben ser aplicada, preferencialmente, sobre las regulaciones domésticas.

Sin irnos muy lejos, miremos el Convenio de Montreal de 1999^[9], allí se regula todo un tema de límites de responsabilidad del transportista, que en no pocas oportunidades riñe con la regulación interna, en la que en oportunidades o no acepta limitaciones de responsabilidad, o los topes de responsabilidad son más bajos que los señalados en Montreal 1999.

Es de resaltar, como lo disponen la mayoría de las regulaciones, que las exclusiones y eximentes de responsabilidad, así como las prohibiciones para los particulares deben estar expresamente dispuestas en la ley y de querer dar una aplicación por analogía de estas normas tiene un carácter restrictivo, salvo que las cortes, en su interpretación ^[10] se encarguen de dar un alcance mucho más extenso y preciso, o porque no, como lo veremos en este estudio van, dando luces y orientaciones en su interpretación.

Desde la óptica de este estudio, propongo dejar en evidencia cuál es la situación de las circunstancias extraordinarias como eximentes de responsabilidad de los transportadores o como mecanismo para excepcionar el pago de compensaciones a los pasajeros, haciendo particular énfasis en el surgimiento de estas circunstancias excepcionales frente a dos escenarios relativamente nuevos como son los pasajeros disruptivos o insubordinados y el transporte de mascotas.

El plan de vuelo que planteo en esta ponencia inicia con (i) un estudio sobre las circunstancias extraordinarias en general, (ii)

8. Comunidad Andina de Naciones.

9. Artículo 22 del Convenio de Montreal 1999.

10. Ratio decidendi.

algunas regulaciones que lideran su desarrollo legislativo y que van mostrando una línea doctrinal y de interpretación. (iii) Luego pasaré a plantear los escenarios en las que estas circunstancias extraordinarias son aplicables y sus efectos, para luego (iv) plantear las principales circunstancias extraordinarias que las diferentes regulaciones proponen, (v) esbozar el surgimiento de unas circunstancias extraordinarias especiales como son las conductas de los pasajeros disruptivos o insubordinados y el transporte de mascotas y finalmente (vi) concluir con el estado del arte hoy día en la región y en Colombia.

Luego de haber atendido todas las instrucciones y recomendaciones de la tripulación, sabiendo donde están las salidas de emergencia, como debemos hacer uso de las máscaras de oxígeno, haber verificado la posición vertical de nuestras sillas y abrochados los cinturones de seguridad, nos dirigimos a la cabecera de la pista para iniciar nuestro vuelo.

Dependiendo de la regulación a la que nos refiramos, podemos encontrar expresiones como circunstancias extraordinarias, o circunstancias imprevistas^[11], circunstancia de exoneración del transportador^[12], todas ellas nos pueden ir dando una aproximación a una definición que nos sirve para orientar nuestro estudio en este campo.

Podemos partir señalando que se entiende como circunstancias extraordinarias, para efectos de este estudio, todas aquellas situaciones o hechos que el transportista pueda argumentar en su defensa, a fin de quedar exonerado del pago de las compensaciones establecidas en la ley o contrato a que tuviera derecho un pasajero, por hechos descritos en la ley. Sin embargo,

11. Decisión 619 de la CAN.

12. Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) 3.10.2.10.

esta sería una definición que le faltarían muchos elementos para que sea aplicables en los casos reales, como pasaremos a ver.

Vamos a revisar diferentes legislaciones para ir dejando una huella que al final de este estudio daría pautas importantes para su revisión.

Iniciemos este ejercicio con el Reglamento 261

Es de anotar que este Reglamento 261, aun cuando en su texto no trae una definición de circunstancias extraordinarias, si se está planteando una noción en la propuesta que se tiene con el fin de modificar dicho Reglamento^[13] y se define como circunstancias extraordinarias aquellos “sucesos que, por su naturaleza o su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapen a su control efectivo.”

Esta definición se compagina con el desarrollo jurisprudencial reciente^[14] de los tribunales europeos, en la que se plantean unos criterios importantes para establecer tales circunstancias extraordinarias.

El referido Tribunal construyó esta noción de circunstancia extraordinaria basado en dos criterios muy claros y restrictivos.

Se resalta la circunstancia del carácter restrictivo precisamente porque con él se podría entender que se están vulnerando los derechos de los pasajeros, los cuales en todas las legislaciones tiene una protección muy especial.^[15]

13. Reforma propuesta de fecha marzo 13 de 2013

14. STJUE del 11 de junio de 2020, Transportes Aéreos Portugueses. C-74/19 ECLI:EU:C2020:4600. y STJCE Wallentin-Hermann.

15. En la legislación como la de Colombia, los derechos y deberes de los consumidores, tienen estas normas un carácter de orden público y protección constitucional.

El primero de ellos obedece según el Tribunal, al hecho que el suceso no debe ser inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista afectado o como lo ha venido precisando aun más, que este hecho generador de la compensación no forme parte del ejercicio normal y habitual de una aerolínea en una operación corriente.

El segundo criterio planteado por el Tribunal obedece a que dicho hecho se escape del control que pueda hacer de manera efectiva el transportista.

En las sentencias ya citadas, el Tribunal ha dejado en claro que los dos criterios deben estar presentes en el análisis para que pueda ser tenidos y calificados como circunstancias extraordinarias.

Continuando con el análisis vemos como en el Reglamento 261 en su artículo primero y de manera particular, en cuanto a la materia se refiere, señala que solo se aplica a sucesos o hechos relacionados con (i) la denegación de embarque contra la voluntad de los pasajeros, (ii) cancelación de vuelos o (iii) retraso de un vuelo con respecto a la hora de salida previsto.^[16]

Una vez el Reglamento señala en qué escenarios se pueden aplicar estas circunstancias extraordinarias y por tanto no estar obligado al pago de compensaciones, viene un aspecto importante y es probar que ello ocurrió por situaciones que no se hubieran podido evitar incluso adoptando medidas razonables, veamos

“3. Un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación^[17] conforme al artículo 7 si puede probar que la cancelación se debe a **circunstancias**

16. Artículo 1 del Reglamento 261.

17. Resaltemos el hecho de que se limita al pago de compensaciones exclusivamente y no a otro tipo de indemnizaciones.

extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables.”^[18]

El mismo Reglamento 261 en sus consideraciones iniciales, concretamente en la número 14, hace una precisión bien interesante que daría pie, como en efecto ha ocurrido, a que las cortes puedan interpretar de manera más amplia estas regulaciones y excepciones, al señalar una lista no taxativa pero si ilustrativa de circunstancia para tener en cuenta como extraordinarias para estos efectos, veamos

“(14) Del mismo modo que en el marco del Convenio de Montreal, **las obligaciones de los transportistas** aéreos encargados de efectuar un vuelo **se deben limitar o excluir cuando** un suceso haya sido **causado por circunstancias extraordinarias** que **no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables**. Dichas **circunstancias pueden producirse, en particular**, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.”

Y continua en Reglamento 261 en su consideración (15):

“(15) Debe considerarse que concurren circunstancias extraordinarias cuando las repercusiones de una **decisión de gestión del tránsito aéreo**, en relación con una aeronave determinada y en una fecha determinada, den lugar a un gran retraso, a un retraso de un día para el otro o a la cancelación de uno o más vuelos de la aeronave, aunque el transportista aéreo interesado haya hecho todo lo posible por evitar dichos retrasos o cancelaciones:”

18. Artículo 5 del Reglamento 261. El Resaltado esta fuera del texto original.

Ahora bien, y viene un tema interesante y que da pie a este estudio, y se trata del análisis jurisprudencial que han venido haciendo los tribunales europeos para tratar de aplicar estos conceptos y criterios, en asuntos diferentes a los que hemos venido mencionado e incluso a los que de manera expresa están señalados en la ley, concretamente a temas relacionados con problemas técnicos y de mantenimiento y los accidentes aviarios.

Siguiendo estos criterios, hay ciertas contingencias que por su frecuencia en la operación aérea pueden catalogarse como riesgos típicos de una aerolínea y que han sido catalogada como inherentes a su operación ^[19], con el posible efecto de no poderlos tomar como circunstancias extraordinarias, no obstante lo anterior, se han venido fraguando argumentos en los tribunales europeos, que a pesar de lo anterior, el hecho de tratarse de mantenimientos muy frecuentes y numerosos y un exhaustivo ejercicio de controles sobre los mismos, empezará a hacer carrera que se salen del control mismo del transportista, precisamente por su carácter de imposible para un transportista de controlar y conocer.

Siguiendo con las pautas plateadas por los tribunales europeos, no basta con que se den los dos criterios ya mencionados ^[20], sino que también debe haber una relación o nexo de causalidad entre la cancelación del vuelo o el retraso y las circunstancias extraordinarias.

Similar a lo que ocurre en nuestras legislaciones con origen en el código civil napoleónico y romano ese nexo causal es fundamental. ^[21]

19. Como por ejemplo problemas técnicos detectados al momento de hacer el mantenimiento o por mantenimientos hechos deficientemente, fallos de repuesto, componentes o piezas o accidentes aviarios, o el cierre de la pista por aceite derramado.

20. El primero es que el hecho no debe ser inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista y el segundo que se salga del control del transportista.

21. En el antecedente jurisprudencial ya mencionado de Transportes Aéreos de Portugal, se evidencia esta circunstancia al tratarse de un vuelo entre un punto de Brasil y Noruega con conexión en España, el pasajero que sale de Brasil llega a su destino final con más de 24 horas de retraso. La aerolínea justifica su posición de defensa en el hecho de que el avión que debería salir del punto de Brasil a España para luego conectar con Noruega se demoró en llegar al punto inicial de Brasil y esa demora que retrasa la salida de Brasil hacia España sea considerada como circunstancia extraordinaria por parte del tribunal europeo ya que no solo el transportista no podía controlar esa circunstancia y adicionalmente no contaba con otra aeronave para suplir ese vuelo entre el punto de Brasil y España y luego conectar para Noruega que era el destino final sino que se demostró ese nexo causal entre los hechos mencionados.

Finalmente en el Reglamento 261 hace referencia a un término muy subjetivo y son “las medidas razonables”.

El Reglamento en su artículo 5.3. señala que la aerolínea se exonera de su responsabilidad de pagar las compensaciones si demuestra que tales circunstancias extraordinarias no podían haberse evitado, incluso si hubieran tomado todas las medidas razonables. Es por ello, como lo señala el tribunal europeo, que las aerolíneas deben estar muy atentas en su operación a ir dejando evidencias de haber tomado “todas” las medidas razonables para evitar la circunstancia generadora de la compensación.

La pregunta que surge ahora, y que felizmente el tribunal europeo ya respondió, se enfoca en determinar qué se entiende por medidas razonables, y señala que se trata de un concepto individualizado y flexible que debe ser evaluado en cada caso en particular, atendiendo las circunstancias de cada caso, y si las referidas medidas adoptadas eran las pertinentes, desde la óptica de la técnica, de personal, de la flota, incluso financiera que disponga el transportista en el momento mismo de producirse dicha circunstancia extraordinaria, sin estar obligado a lo imposible o a situaciones extremadamente complejas y onerosas.

Seguimos con el Convenio de Montreal 1999

Con el desarrollo inicial que hemos planteado gracias a las cortes europeas, podemos entrar a revisar qué dice al respecto el convenio de Montreal de 1999 frente a las circunstancias extraordinaria que eximan al transportista de responder frente a sus obligaciones de transportador

Inicia este Convenio con lo dispuesto en su artículo 20, veamos

“Exoneración.- Si el transportista prueba que **la negligencia u otra acción indebida de la persona que pide indemnización**, o la persona de la que proviene su derecho, **causó el daño o contribuyó a él, el transportista quedará exonerado**, total o parcialmente, de su responsabilidad con respecto al reclamante, en la medida en que esta negligencia o acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él. Cuando pide indemnización una persona que no sea el pasajero, en razón de muerte o lesión de éste último, el transportista quedará igualmente liberado de su responsabilidad, total o parcialmente, en la medida en que pruebe que la negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero que causó el daño o contribuyó a él. Este artículo se aplica a todas las disposiciones sobre responsabilidad del presente Convenio, incluso al párrafo 1 del artículo 21.”

Es importante ver de qué manera este Convenio de Montreal tiene como base para exonerar al transportista dos conductas, tanto la negligencia como las acciones indebidas de la persona que pide la indemnización. No deben presentarse las dos simultáneamente, basta con que una de las dos se de para que estemos frente a esta exoneración.

Este es un aspecto importante para tener en cuenta, sobre la base de que sirve de apoyo y complemento a otras regulaciones como sería el caso del Reglamento 261, máxime cuando este Convenio tiene un carácter también de multilateral.

Quiero resaltar que a diferencia de lo regulado en la 261, que se limita a retrasos, cancelaciones y denegaciones de embarque, en esta circunstancia del Convenio de Montreal es más genérico, ya que no limita las circunstancias en las que se puede alicar esa exoneración.

Sin embargo, Montreal 99, si reguló de manera expresa el tema del retraso en el capítulo tercero concretamente en el artículo 19, veamos

“Artículo 19.- Retraso.- El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista **no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y otros, adoptar dichas medidas.”**

Este Convenio plantea de manera similar a la 261, ya que se señala la exoneración se adoptaron todas las medidas razonablemente necesarias para evitar el daño, y a diferencia de lo dispuesto por el Reglamento 261, estas medidas bien pudieron haber sido adoptada por el transportista, sus dependientes o sus agentes.

También a diferencia del Reglamento 261, se puede exonerar si demuestra que le fue imposible adoptar dichas medidas. En este punto el enfoque probatorio se hace aún más complejo, ya que demostrar esa “imposibilidad” en la adopción de dichas medidas es bien complejo ^[22], o más complejo que probar el hecho de ser inevitable, como lo dispone la 261.

Siguiendo con este análisis de las regulaciones de carácter multilateral, vamos ahora a revisar qué dice al respecto la Comunidad Andina de Naciones a través de su Decisión 619 del 15 de julio de 2005.

Es interesante ver cómo en esta norma se toma el legislador el tiempo de definir, no tanto las circunstancias extraordinarias, sino hacer referencia a circunstancias imprevistas, veamos

22. Incluso la doctrina la ha llamado la prueba diabólica (probatio diabolica), que consiste en exigirle probar hechos negativos o inexistentes, está prohibida en Colombia, pues afecta y desconoce el proceso como es debido, ya que le exige demostrar al implicado una negación.

“Circunstancias Imprevistas: Son **causas ajenas al normal desenvolvimiento de la actividad del transportista** que impiden que el vuelo se lleve a cabo^[23] o que retrasen^[24] su iniciación tales como causas meteorológicas que impiden la operación del vuelo, fallas técnicas no correspondientes al mantenimiento programado o rutinario de la aeronave o causadas por pasajeros o terceros en el momento del vuelo, fallas de los equipos de soporte en tierra, entre otros^[25] ^[26].”

Analizando esta definición llama mucho la atención que el legislador andino ha sido muy juicioso al momento de legislar y revisa los antecedentes de otras normas y jurisdicciones y se hace evidente esta afirmación en hechos como los siguientes^[27]:

Decisión 619 de la Comunidad Andina de Naciones

Las circunstancias imprevistas son **causas ajenas al normal desenvolvimiento de la actividad del transportista**, es decir que toma los mismos lineamientos del Reglamento 261 en este punto para exonerar al transportista al pago de compensaciones, pero solo para cancelaciones y retrasos. No hace referencia a denegación de embarque en este caso en particular, como si lo hace el Reglamento 261, pero se toma el tiempo la Decisión 619 para regular el tema de la denegación de embarque como lo veremos más adelante.

Luego la Decisión 619 hace una relación ilustrativa de casos que se entienden como eximentes de responsabilidad que ya

23. La decisión 619 habla de cancelación de vuelos, al igual que la 261.

24. La decisión 619 habla de retraso de vuelos al igual que la 261.

25. La decisión 619 recoge las experiencias del Reglamento 261, tales como las causas meteorológicas, fallas técnicas no correspondientes a mantenimiento programado o rutinaria.

26. La decisión 619 deja abierta a nuevas causas que tengan relación a las que de manera ilustrativa indica.

27. Para tener en el radar fechas importantes. El Convenio de Montreal tiene como fecha el 18 de mayo de 1999, el Reglamento 261 tiene como fecha 11 de febrero de 2004 y la Decisión 619 tiene como fecha 15 de julio de 2005.

las habíamos analizado anteriormente y que surgen con ocasión de desarrollos jurisprudenciales en el Reglamento 261, como son temas de meteorología, fallas de mantenimiento, pero no los programados, ya que allí se habría control de la aerolínea en los términos de la regulación europea, y las fallas de equipo de soporte.

Del Convenio de Montreal de 1999, adopta las causales que provienen de los pasajeros o de terceros en el momento del vuelo.

Me permito resaltar que esa expresión de “terceros” de la Decisión 619, va más allá de los dependientes y agentes del transportista del Convenio de Montreal 99, incluso, de acuerdo con la 619 podrían entrar como circunstancias imprevistas las causales que provienen de otros operadores aéreos, como aeropuertos y concesionarios.

Sin embargo, quiero resaltar aún más la claridad que deja esta Decisión 619, frente al punto de ser una relación ilustrativa la de estas causas al señara al final la expresión “entre otros”.

Con esto se le permite al juez ser más amplio en la interpretación y calificación de una circunstancia imprevista, siempre y cuando cumpla con las características de ser causas ajenas al normal desenvolvimiento de la actividad del transportista que tengan por objeto la cancelación o retraso del vuelo.

Ahora bien, frente a la denegación de embarque, esta Decisión 619 también presenta una definición legal en los siguientes términos:

“Denegación de embarque: La negativa a transportar pasajeros en un vuelo pese a haberse presentado al embarque con reserva confirmada y en las condiciones establecidas en el contrato de transporte, **salvo que haya motivos razonables para denegar su embarque, tales como razones de salud o de seguridad o**

la presentación de documentos de viaje inadecuados, o la presentación tardía del pasajero al chequeo. ^[28]”

La Decisión 619 como se pudo leer, le permite al transportista denegar el embarque cuando se den esas circunstancias, las cuales ya por definición legal, son calificadas como motivos razonables y que por tanto justifican al transportador a tomar estas decisiones sin que den lugar a compensaciones: (i) por motivos de salud, (ii) por motivos de seguridad del vuelo, (iii) la presentación de documentos inadecuados, y (iv) la presentación tardía del pasajero al chequeo.

Quiero llamar nuevamente la atención del legislador andino, ya fue más allá de lo indicado tanto en Montreal 99, como el Reglamento 261, y dentro de su preocupación reguladora se lanza a definir cuáles causas no son imputables al transportista y que por tanto quedaría exonerado al reconocimiento y pago de compensaciones, veamos

“Se considerarán como causas no imputables al transportista aéreo, las circunstancias imprevistas, la fuerza mayor o el caso fortuito debidamente verificadas por la autoridad nacional competente. En este caso, el transportista quedará exonerado de las **compensaciones** ^[29] establecidas en el artículo siguiente”. Ese siguiente artículo hace referencia al retraso en la iniciación del vuelo, interrupción del transporte y cancelación del vuelo.

Desde el año 2005, la Comunidad Andina de Naciones a través de su Tribunal ya estaba visualizando las circunstancias que hoy día ocupan de manera importante a la industria de la aviación

28. Esta definición toma elementos de la 261, como se puede ver a continuación: “j) denegación de embarque, la negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque en las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 3, salvo que haya motivos razonables para denegar su embarque, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados;”

29. Como ya se hizo mención en la oportunidad al hacer referencia al Reglamento 261, en la Decisión 619 también se hace referencia solo a exonerar al pago de compensaciones y no otros compromisos contractuales o legales.

y son los hechos relacionados con los pasajeros disruptivos y el transporte de mascotas, razón por la cual se encargó de regular el comportamiento del usuario y los actos indebidos o contra la seguridad, de la siguiente manera

“Artículo 15.- Comportamiento del usuario. Es obligación del usuario acatar las instrucciones del personal del transportista aéreo en las operaciones de embarque, rodaje, despegue, vuelo, aterrizaje y desembarque. En caso contrario, el transportista no será responsable de los efectos adversos o daños que pudiera sufrir el usuario.”

Con este artículo de la Decisión 619, los países de la CAN, no solo en sus vuelos intracomunitarios sino incluso en sus vuelos domésticos, cuentan sin duda con un primer principio para regular y atender las conductas de los pasajeros disruptivos.

Sobre la base de que no hay conductas en particular sobre las cuales imputarle al pasajero, sino principios generales de comportamiento a los cuales deberían ajustar las referidas conductas de los pasajeros y en qué momento del transporte, y si bien vale la pena resaltar la exoneración de responsabilidad del transportista por los efectos adversos o daños que pueda sufrir el pasajero por no atender este principio de comportamiento.

No siendo suficiente esta declaración de principio en cuanto se refiere al comportamiento del pasajero, en el artículo 16 de la Decisión 619, la CAN precisa aun más los actos indebidos o contra la seguridad que un pasajero, de llegar a realizarlos, sin la menor duda ve comprometida su responsabilidad y por consiguiente una exoneración de esta al transportador, veamos

“Artículo 16.- Actos indebidos o contra la seguridad. **El usuario deberá abstenerse de todo acto** que pueda atentar **contra la seguridad del vuelo, contra su propia seguridad o la de las**

demás personas, así como de **cualquier conducta que atente contra el buen orden, la moral o la disciplina**; o que de **cualquier modo implique molestias a los demás usuarios**. En caso contrario el transportista aéreo podrá suspender la prestación del servicio respecto del usuario que incurra en las referidas conductas, **sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan.**”

Esta obligación de abstención cuando ocurran estas conductas que se enlistan, y por supuesto no de manera taxativa, le dan al transportador patente de curso para denegar el embarque al pasajero, y de contera, eximirse de las obligaciones de pagar las eventuales compensaciones y porque no, perjuicios.

En este aspecto ya vamos viendo de qué manera la regulación en comento, especialmente frente al hecho de conductas inapropiadas y peligrosas de pasajeros disruptivos van surgiendo como circunstancias extraordinarias que le permitirán a los transportadores eximirse de sus obligaciones contractuales, particularmente de aquellas relacionadas con el pago de compensaciones y perjuicios.

Viene ahora el punto de esta frase, **“sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan.”** Es muy importante esta frase ya que el transportista no tiene que acudir a los principios generales del derecho y de la ley de contratos y obligaciones para ver de qué manera arma una estructura jurídica para reclamarle al pasajero disruptivo una indemnización por los daños que dicho pasajero, a través actos indebidos o contra la seguridad, le generen e incluso las acciones de orden penal, de ser ello conducente.

Así mismo, este par de artículos, abren también la ruta para analizar el comportamiento del pasajero y de las mascotas que vaya a transportar, bien en la cabina de la aeronave o en su bodega.

Reglamentos Aeronáuticos de Colombia RAC

Aterrizando ahora en Colombia, los reglamentos aeronáuticos y concretamente la sección tercera frente a las circunstancias extraordinarias que exonera al transportista de su responsabilidad han regulado estas instituciones de la siguiente manera:

“3.10.2.10. Exoneración del transportador.- En aplicación de los artículos 1003 ^[30] y 1880 ^[31] del Código de Comercio ^[32], **el transportador no será responsable** de daños sufridos por los pasajeros, cuando estos **ocurran por obra exclusiva de terceras personas**, cuando ocurran **por culpa exclusiva del pasajero**, por lesiones orgánicas o enfermedad anterior al vuelo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables a dicho transportador y a **condición de que acredite igualmente que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas**. Lo anterior, **sin perjuicio de las disposiciones aplicables en virtud de convenios internacionales vigentes para Colombia.**”

La legislación de Colombia que se acaba de transcribir se refiere al hecho de que el transportista no será responsable de daños sufridos por el pasajero cuando se den las circunstancias

30. ARTÍCULO 1003. <RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR>. El transportador responderá de todos **los daños que sobrevengan al pasajero** desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato. **Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos:** 1) Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; 2) Cuando los daños ocurran **por fuerza mayor**, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño; 3) Cuando los daños ocurran **por culpa exclusiva del pasajero**, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador, y 4) Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse “a la mano” y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador.

31. ARTÍCULO 1880. <RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR POR DAÑO EN CASO DE MUERTE O LESIÓN DEL PASAJERO>. El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, **a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1o. y 3o. del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas**. Dichas operaciones comprenden desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto hasta que ellos acceden a sitios similares.

32. De Colombia.

allí indicadas, mientras que en la Decisión 619 y el reglamento 261 hablan de los temas de compensaciones.

Viene la pregunta, será que las compensaciones hacen parte de la indemnización de los daños sufridos por los pasajeros, podríamos decir que en efecto una indemnización, en sus elementos, daño emergente y lucro cesante, si se trataría de una compensación económica, que tiene como finalidad reparar o resarcir los daños que se le causen al pasajero.

Importante resaltar en este momento que los RAC ^[33] y el Código de Comercio de Colombia, están en sintonía con el conjunto de normas internacionales de manera especial con aquella condición de que se acredite que se tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas, es decir una conjunción entre la norma andina y la europea.

De igual manera es importante ver cómo el RAC trae una expresión que bien vale la pena dedicarle unos renglones y es la expresión, “sin perjuicio de las disposiciones aplicables en virtud de convenios internacionales vigentes para Colombia.”

Esta es una excelente y conveniente puerta de apertura, desde las normas domésticas, a los convenios internacionales, al menos en los que Colombia es parte, lo que permite sin duda alguna aplicar las regulaciones que hemos venido mencionando en este escrito ^[34], sin tener que hacer interpretaciones o correr riesgos, como los que ya se han corrido, que algunos operadores judicial no apliquen los convenio internacionales, precisamente por tratarse de este tipo de legislación y por no tener una remisión expresa a esas regulaciones.

33. Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

34. Salvo el Reglamento 261.

Como complemento de esta norma, el RAC trae frente a los pasajeros disruptivos una regulación, que en mi opinión es bastante completa y protectora de los derechos de los demás pasajeros cuando hay un pasajero disruptivo, e incluso protectora de los intereses de la aerolínea en este tipo de situaciones.

"3.10.3.14. Responsabilidad del pasajero por incumplimiento"

"El incumplimiento de sus obligaciones por parte del pasajero constituye violación al contrato de transporte aéreo, en cuyo caso el transportador no será responsable de los perjuicios sufridos por dicho pasajero como consecuencia de tal incumplimiento. En tales casos y dependiendo de la gravedad de la situación el transportador, representado por el comandante de la aeronave en los términos de ley, podrá inadmitir al pasajero, disponer su desembarque si la aeronave estuviese en tierra o durante el siguiente aterrizaje o escala, ya sea que esta fuese prevista o efectuada con ese exclusivo propósito, solicitando si fuera necesario, el apoyo de las autoridades aeroportuarias o policivas en el respectivo aeropuerto."

"Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de dicho pasajero y de las acciones legales en su contra, por los daños inferidos al transportador o a otros pasajeros."

"Interrumpido el transporte bajo las anteriores condiciones, **el transportador quedará relevado de su obligación de conducir al pasajero hasta el destino convenido, sin que haya lugar al reembolso** y sin perjuicio de que éste acepte llevarlo en el mismo o en otro vuelo, cuando existan razones para creer que la situación de peligro o incumplimiento ha cesado y no se producirán nuevos hechos similares. En estos casos el transportador informará inmediatamente a la Autoridad Aeronáutica, sobre las decisiones adoptadas."

Esta es una norma bien interesante, por que aun cuando pareciera ser solo para pasajeros disruptivos, aplica para los pasajeros que incumplan, en general sus obligaciones como pasajero y establecen la no responsabilidad del trasportista frente a la indemnización de los daños ocurridos.

Ahora bien, este artículo también tiene unas bondades frente al incumplimiento de los pasajeros y es resaltar lo que el Convenio de Tokio dispone, y es la autoridad que tiene el comandante de la aeronave, incluso para inadmitir el pasajero o denegar su embarque o bajarlo del avión en la siguiente escala y porque no, incluso desviar el avión a una escala no prevista para dejar allí al pasajero, por supuesto si las circunstancias así lo ameritan y conducirlo con las autoridades para lo de su competencia.

Cerrando ya el ciclo de este escrito y nuevamente atendiendo las instrucciones de la tripulación, nos vamos abrochando nuevamente el cinturón de seguridad y poniendo nuestras sillas en posición vertical y apagando los dispositivos móviles para ir preparando la aeronave para el aterrizaje, entramos en el capítulo del transporte de animales o mascotas y el surgimiento de las ya mencionadas circunstancias extraordinaria eximentes de responsabilidad.

Al respecto el RAC dispone lo siguiente:

“3.10.3.11. Transporte de animales o mascotas. No se podrá llevar en la cabina de pasajeros de una aeronave, animales o mascotas que puedan provocar **riesgos para la seguridad aérea o para la salubridad, ni molestias** para las demás personas a bordo.”[...]

Esta disposición del RAC debe ser estudiada y aplicada con cuidado por parte de las aerolíneas si pretenden ser exonerados de su responsabilidad por los riesgos de seguridad, por la salubridad o por molestias a los demás pasajeros, principalmente por que como ya se vio en párrafos precedentes^[35], el surgimiento de estas causales extraordinarias deben contar con un paso adicional para parte del transportista y es la acreditación o la prueba que la ley les exige de

35. 3.10.2.10. Exoneración del transportador.

haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas.

Por lo anterior, los transportistas deben ser muy conscientes, y así los dispone el RAC, que deben contar con políticas muy clara de transporte de mascotas que pueden ir desde no permitir el transporte de mascotas abordo en cabina, incluyendo las mascotas de soporte emocional, hasta ser muy laxos en sus políticas, lo que haría al transportista más vulnerable por eventuales comportamientos molestos o peligrosos de las mascotas en relación con los demás pasajeros.

Es fundamental también, para el caso de transporte de mascotas, tener en claro que las regulaciones internas sobre este asunto son, al menos en Colombia, muy exigentes y detalladas, precisamente para tener claridad en cuanto se refiere al comportamiento de las mascotas y las obligaciones de los pasajeros que viajan con sus mascotas.

Como conclusión de este estudio, se pueden plantear las siguientes:

1. Definitivamente la legislación sobre circunstancias extraordinaria es amplia, clara y ha sido objeto de un interesante desarrollo jurisprudencial que han permitido que otras jurisdicciones aprovechen de estas experiencias para redactar sus propias normas, como lo pudimos ver con el Reglamento 261 que sirvió se modelo en algunos temas a la Decisión 619 y éstas a su vez, para la regulación de Colombia.
2. El soporte expreso en la ley para poder aplicar estas circunstancias extraordinarias es evidente, y detallado.
3. También se cuenta con la bondad de que en no

pocas oportunidades, la regulación señala de manera enumerativa y no taxativa, conductas eximentes de responsabilidad para los transportadores para que sirvan de ilustración para la aplicación de los operadores judiciales en casos de darse situaciones no contempladas por la ley pero que puedan considerarse como circunstancias extraordinarias.

4. La labor interpretativa de las diferentes regulaciones se vuelve muy interesante ya que pueden servir de base no solo las otras regulaciones ya mencionadas sino también la evolución que desde la jurisprudencia se da para que tanto los pasajeros estén tranquilos de que no van a ser objeto de abusos, como para los transportadores de que cuentan con las herramientas legales para que no se vulneren también sus derechos.
5. En materia de pasajeros disruptivos la regulación andina y el RAC, cuentan con un detalle importante para ser aplicados y legislar en todos los aspectos que se puedan considerar, y en lo no regulado, dejan abierta la regulación para que se pueda interpretar y aplicar sin mayores inconvenientes en otros casos similares.
6. La regulación citada ha sido diseñada para dar pautas de comportamiento y consecuencias claras en el caso de las circunstancias extraordinarias frente al hechos de presentarse pasajeros disruptivos o insubordinados.
7. Estas mismas conclusiones frente a los pasajeros insubordinados, aplicaría también frente al transporte de mascotas, sobre la base de que su regulación, al menos en el RAC, es extenso y clara y así mismo se establecen pautas para su transporte.

8. Es claro que en las regulaciones revisadas, no hay obligación de orden legal para las aerolíneas de tener que transportar mascotas en cabina o en bodega, la legislación le permite a la aerolínea tener sus propias políticas y reglamentos internos para el transporte de mascotas.
9. Finalmente recomendamos a los transportistas ser muy prudentes al momento de redactar sus políticas de transporte de mascotas, ya que es obligación del transportista al momento de argumentar las circunstancias extraordinarias contar con las evidencias de haber tomado todas las medidas razonables para evitar el daño o que fue imposible tomarlas.

Transporte Aéreo. Não Presunção do Dano *in re ipsa* e Indústria dos Danos Morais

Rogério Martes Lemos Passos

Gerente Jurídico da LATAM Airlines Brasil. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela EPD. Especialista em Propriedade Imaterial pela ESA-SP. MBA em Gestão de Tecnologia da Informação pela FGV/SP. Advogado.

Jayne Barbosa Lima Netto

Sócio da Lee Brock Camargo Advogados. Mestrando em Direito dos Negócios pela FGV/SP (Fundação Getúlio Vargas). MBA em Gestão Empresarial pela FGV/SP. Especialista em Privacidade e Proteção de Dados pela Data Privacy Brasil. Especialista em Compliance pela PUC-SP. Graduado em Direito pela Universidade de Taubaté (2002). Premiado pela Leaders League em 2021, 2022 e 2023. Autor de diversos artigos jornalísticos. Autor de capítulo Contratos Eletrônicos e Contratações de Seguro, no Manual de Direito na Era Digital. Organizador e autor de E-book sobre Direito Aeronáutico - Contrato de transporte aéreo. Responsabilidade civil, danos morais e nova administração de litígios. Advogado, com atuação em Direito Empresarial nas áreas de Contencioso Civil e Consumidor.

Resumo

O presente capítulo pretende como recorte principal, dissertar sobre o reconhecimento dos danos morais nos contratos de transporte aéreo. A abordagem, não exaustiva, objetiva uma explanação teórica e de aspectos práticos baseada na experiência dos autores no setor, especialmente junto ao contencioso judicial de relações de consumo. Serão abordados o conceito de dano indenizável e os preceitos que norteiam a indenização extrapatrimonial, juntamente ao dever de indenizar os consumidores, e a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a necessidade da comprovação dos danos morais para fazer jus a indenização. Além do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal (STF), questões sobre a judicialização excessiva na aviação civil serão considerados.

Palavras Chave: Danos morais; Comprovação judicial; Dever de indenizar; Judicialização excessiva.

Abstract

The main focus of this chapter is to discuss the recognition of moral damages in air transport contracts. The approach, which is not exhaustive, aims to provide a theoretical explanation and practical aspects based on the authors' experience in the sector, especially in consumer claims. The concept of indemnity damage and the precepts that guide compensation, together with the duty to compensate consumers, the position of the Superior Court of Justice about moral damages and the need to prove them. Beside, the present position of the Federal Supreme Court, questions about excessive judicialization in civil aviation will be addressed.

Keywords: Moral damages; Judicial proof; Duty to compensate; Excessive litigation.

Sumário

1. Introdução;
2. Contrato de Transporte Aéreo. Contrato de Adesão;
3. Dano Moral. Conceito e Reconhecimento;
4. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o Dano *in re ipsa* e As Alterações do Código Brasileiro de Aeronáutica;
5. Tema 210 e 1240 do Supremo Tribunal Federal;
6. Judicialização Excessiva e Indústria dos Danos Morais;
7. Conclusão;
8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A prestação de serviços aéreos por empresas particulares, sob o regime de autorização da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), tem como princípio basilar a segurança de voo das operações. Para uma aeronave decolar, diversos protocolos de segurança devem ser seguidos, como revisão técnica das condições da aeronave, condições meteorológicas favoráveis, rígido treinamento de tripulação, períodos de descanso mínimo dos tripulantes entre uma viagem e outra, além de deveres estabelecidos aos próprios passageiros, os quais constam em todo contrato de transporte aéreo e que é disponibilizado no momento da aquisição do bilhete aéreo.

Hoje a acessibilidade ao transporte aéreo é muito maior, onde cada vez mais passageiros têm acesso aos serviços, pois há uma gama de ofertas de tarifas. A liberdade tarifária na aviação civil brasileira permitiu que milhões de passageiros que anteriormente não viajavam de avião, passassem a usufruir deste tipo de transporte.

Segundo a Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), em 2022 os voos domésticos no Brasil atingiram 97,8 (noventa e sete milhões e oitocentos mil) passageiros transportados.^[1]

1. Volume de passageiros transportados em 2022 registra maior patamar desde 2020. [www.abear.com.br](https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/volume-de-passageiros-transportados-em-2022). 2023. Disponível em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/volume-de-passageiros-transportados-em-2022>. Acessado em 11.09.2023.

Contudo, na contramão desta evolução social, a expressiva quantidade de passageiros transportados anualmente acompanha também números expressivos de processos judiciais propostos contra companhias aéreas.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (IBAER) e da Associação Internacional de Transportes Aéreos (IATA), a cada 227 (duzentos e vinte e sete) passageiros transportados é distribuído um novo processo judicial no Brasil.^[2] Atrelados a esses números, há levantamento que indica que 98,5% das ações cíveis distribuídas contra companhias aéreas concentram-se no Brasil^[3], o que é extremamente preocupante para empresários do ramo e para sociedade consumidora, pois os altos custos para condução de processos judiciais, são repassados aos consumidores.

Estas ações judiciais em sua grande maioria discutem a relação entre transportadores, para o Código de Defesa do Consumidor fornecedores, e passageiros, nomeados consumidores. Firmadas através de contratos de adesão, e facilitadas pelo aprimoramento de práticas comerciais como o e-commerce, hoje é possível efetuar uma contratação a distância pela rede mundial de computadores (Internet), seja diretamente nos sítios oficiais das companhias aéreas ou através de agência de viagens.

Estes consumidores são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas legislações especiais como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7565/1986) e por Tratados e Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal (Decreto 5.910/2006), além das regras de direito civil, as quais preveem que em todos os contratos verifiquem-se a boa-fé objetiva e equilíbrio, por exemplo.

2. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Com oito processos a cada 100 voos, especialistas discutem impacto de decisões sobre setor aéreo. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/com-oito-processos-a-cada-100-voos-especialistas-discutem-impacto-de-decisoes-sobre-setor-aereo/>. Acessado em 13.9.2023.

3. JOTA. Voos programados para 2021. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/02/abear-brochura-bsb2021-digital-a-partir-da-pagina-10-1.pdf>. Acessado em 13.09.2023.

Por óbvio que discussões judiciais acerca do cumprimento do contrato nos moldes firmados podem ocorrer, até porque, como apontado, são mais de 97 (noventa e sete milhões de passageiros) transportados anualmente. Neste ponto chamamos a atenção para o objeto deste capítulo, especificamente a um dos aspectos da responsabilidade civil, qual seja, a prova do dano, no caso em estudo, dos danos extrapatrimoniais, no que pese a necessária abordagem contextual sobre outros tipos de danos.

Para fins metodológicos, abordaremos posicionamento jurisprudencial anterior, que entendia que os danos morais nos contratos de transporte aéreo eram presumidos. Sobre os entendimentos atuais, debateremos os temas 210 e 1240 do Supremo Tribunal Federal, bem como posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade de comprovação dos danos para fazer jus a indenização por danos morais.

Por fim, objetiva-se a atenção do leitor para a prejudicialidade da alta judicialização no setor aéreo, com a formação do que o mercado jurídico denomina como indústria dos danos morais.

2. Contrato de Transporte Aéreo. Contrato de Adesão.

Os contratos de transporte aéreo são contratos de adesão, em que consumidores, através de inúmeros canais, adquirem bilhetes aéreos para os mais diversos destinos, sejam domésticos ou internacionais, com ou sem conexão e em diferentes categorias de passagens, mediante pagamento de tarifas diferentes, aderindo a cláusulas pré-estabelecidas.

A primeira leitura parece nos levar a um tipo de contrato irregular, o que não é verdade. Os contratos de adesão são previstos

na legislação civil e junto ao Código de Defesa do Consumidor nos artigos 54 e seguintes. Neles, no que pese a disposição de cláusulas de forma unilateral, não maculam a sua validade, desde que respeitados os princípios da transparência, boa-fé objetiva e função social, dentre outros. Trata-se de uma forma de contrato que acompanha as tendências de mercado e a necessidade da população pelo consumo de forma ágil e segura.

Mesmo que ignorados pela maioria dos usuários da aviação, no momento da compra de um bilhete aéreo, os contratos de adesão são disponibilizados com cláusulas que preveem direitos e deveres, inclusive aos próprios passageiros.

Neste sentido, como enfatiza o professor Morsello, “por óbvio, o princípio da boa-fé objetiva, entendido como regra de conduta, não se caracteriza por cunho unilateral, impondo o denominado dever de colaboração, abarcador, outrossim, da parte aderente”^[4].

Amparados na legislação consumerista e regulação da Agência Nacional de Aviação Civil, os contratos de transporte aéreo preveem direitos, limitações, penalizações, condições resolutivas, dentre outras. É o exemplo das regras sobre no-show, as quais preveem que um passageiro poderá ter seu bilhete cancelado relativo ao trecho de volta, caso não utilizado o trecho de ida e o transportador não tenha sido avisado, regra esta extraída do artigo 19 da Resolução 400.^[5]

Tratando-se de setor regulado, a aviação civil submete-se a regramentos específicas da ANAC, e que também seguem dispostas nos contratos de transporte, garantindo proteção extra

4. MORSELLO, Marco Fabio, *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo. Editora Atlas. 2007. Pág. 153

5. Art. 19. Caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta.

aos consumidores. A norma disposta no artigo 19 da Resolução 400, também disposta no contrato de transporte aéreo, como negócio jurídico nada mais é do que a expressão da vontade de uma das partes. Cabe a outra parte contratante aderir ou não, também manifestando sua vontade.

Wanderley Fernandes explica que os agentes econômicos, aqui chamados de companhias aéreas, podem entabular os negócios jurídicos de acordo com seus próprios interesses, confeccionando os contratos como bem lhe aprouver.

“Seja pelo princípio da autonomia da vontade, seja por necessidade, os agentes econômicos dispõem da possibilidade de criar relações jurídicas e desenhar operações econômicas de maneira a compatibilizar seus interesses e alocar os riscos entre si. Para isso, contam com alguns padrões ou tipos já definidos pela lei, ao mesmo tempo que estão, igualmente, aptos para criar novas operações, pela combinação de tipos ou criação de novas modalidades de contratos.”^[6]

O professor Wanderley faz duas importantes menções, as quais no direito empresarial e no mercado, seja este aéreo ou não, definem as operações. Referimo-nos ao desenho de operações econômicas e a alocação de riscos. Trata-se da estratégia empresarial individual, que respeita limites pelas legislações protetivas e sem isso um negócio empresarial não prosperaria, sendo fadado ao insucesso e a sua quebra.

Explicamos! O artigo 19 da Resolução 400 indica que o transportador poderá, ou seja, há a faculdade de cancelar o bilhete de volta, caso o de ida não tenha sido utilizado. Extraímos que a regulação lhe permite escolher uma ou outra opção, quais sejam, cancelar ou não o bilhete, o que entendemos tratar-se de um desenho operacional de negócio que em nada fere direitos dos

6. FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade. São Paulo. FGV Direito São Paulo. Editora Saraiva. 2013. Página 120.

consumidores, vez que não se trata de cláusula abusiva repelida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor prevê que as cláusulas contratuais devam ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. No caso acima, no que pese o esforço interpretativo, não vislumbramos quaisquer possibilidades de interpretação que leve a invalidação da cláusula, na hipótese de questionamento de sua validade por um consumidor.

A avaliação que fazemos não leva em conta a posição de um ou de outro agente, mas sim sobre as regras de direito contratual geral, disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor e regulação do setor aéreo.

Importante destacar que não há intenção de estigmatizar consumidores ou companhias aéreas transportadoras, limitando-se este capítulo a interpretação do posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a ocorrência dos danos morais e a necessidade de prova oriundas dos contratos de transporte aéreo, além de apontar o movimento atual vivenciado no Poder Judiciário, chamado de indústria dos danos morais.

3. Dano Moral. Conceito e Reconhecimento

O próprio nome sugere o que venha a ser dano moral, contudo, na prática o reconhecimento dessa figura jurídica é bastante contraditório. Por tratar-se de ferimento ao direito de personalidade, vislumbrar a sua ocorrência adentra ao campo do subjetivismo, mas equivocadamente.

Para o direito brasileiro o dano é o ferimento de um bem jurídico tutelado, seja ele corpóreo ou incorpóreo. Exemplificativamente e dentro da aviação civil, na hipótese de uma bagagem de um passageiro ser extraviada, a não localização e entrega ao consumidor proprietário, gera um dever de indenização, ao menos em tese, denominada pela legislação como dano material. O dever de indenizar depende de diversos fatores, pois existem inúmeras questões que devem ser avaliadas, dentre elas a declaração sobre o conteúdo transportado e fornecimento de seguro, até excludentes de responsabilidade como culpa de terceiros ou do próprio consumidor.

Não há uma fórmula matemática entre alegação de danos e a respectiva indenização, pois há necessidade de prova. Ou seja, não há absolutismos que sem aceitáveis no direito pátrio, ainda mais sobre danos morais.

Os danos materiais são mensuráveis mais facilmente, premissa que adotamos da exegese do 944 do Código Civil, que indica a necessidade de medição da extensão dos danos para cálculos indenizatórios. Neste particular, abordar-se-á os danos como elemento configurador da responsabilidade civil do transportador aéreo, apenas contextualizando a conduta e nexos causal contextualmente.

Tecidos estes comentários sobre a necessidade de mensuração dos danos para imposição do dever de indenização, passamos a avaliar os danos morais, os quais podem ser conceituados como aqueles que ferem a honra subjetiva, os direitos da personalidade do indivíduo, a saúde mental e imagem.

Silvio Venosa de forma simples bem conceitua o que venha a ser o dano moral. Para o jurista “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo,

o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.” (VENOSA, 2004, pág. 39).

Flávio Tartuce distingue a reparação dos danos morais, não nomeando-a como ressarcimento, pois a lesão a direitos da personalidade não seriam mensuráveis, pois, dispensada determinação de um preço, mas sim pagamento que de alguma forma atenua a dor. Neste sentido:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo, derivativo* ou *sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento quanto aos danos morais, conforme outrora foi comentado.^[7]

Sobre o viés probatório, o professor Tartuce explica que os danos morais subdividem-se em subjetivos (provados) ou objetivos (*in re ipsa*).

Quanto à necessidade ou não de prova, os danos morais podem ser classificados da seguinte forma:

a) Dano moral provado ou dano moral subjetivo – constituindo regra geral, segundo o atual estágio da jurisprudência nacional, é aquele que necessita ser comprovado pelo autor da demanda, ônus que lhe cabe.

b) Dano moral objetivo ou presumidor (in re ipsa) – não necessita de prova, como nos casos de abalo de crédito ou abalo moral, protesto indevido de títulos, envio do nome de pessoa natural ou jurídica para o *rol dos inadimplentes* (SERASA, SPC), morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo.

7. TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Volume 2. 3ª Edição. 2008. Pág. 397.

No último caso, há que se falar também em *dano estético presumido (in re ipsa)*.^[8]

Sobre o reconhecimento dos danos morais em juízo, o ônus probatório de sua ocorrência cabe a quem os alega. Trata-se da regra geral processual sobre ônus de prova, que pode ser distribuída de forma diversa em casos excepcionais ou previstos em lei.

O Código de Processo Civil é claro ao determinar que o ônus do fato constitutivo de um direito cabe a quem o alega, devendo a defesa incumbir-se de comprovar fato modificativo, impeditivo ou suspensivo do direito alegado (art. 373, I e II). Havendo dificuldade excessiva na prova do direito ou casos especificados na lei, pode o magistrado no despacho atribuir ônus diverso (art. 373, § 1º do CPC).

Trata-se de uma regra de exceção para uma distribuição adequada do ônus da prova, que na prática forense nos casos envolvendo relações de consumo, por vezes é aplicada como regra geral e sem fundamentação. O artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão do ônus de prova em favor dos consumidores, desde que a critério do julgador haja verossimilhança do direito alegado ou hipossuficiência da parte.

Todavia, a hipossuficiência que a legislação protetiva dos consumidores menciona não é exclusivamente a financeira, mas também a processual para fazer prova. A *ratio legis* para inversão do ônus probante é a dificuldade excessiva da prova.

A nosso ver, trata-se de preceito lógico, pois caso a lei intencionasse autorizar a inversão do ônus probatório apenas pelo critério da hipossuficiência financeira, praticamente em 100% (cem por cento) dos processos esta facilitação seria deferida

8. TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Volume 2. 3ª Edição. 2008. Pág 397/398.

em favor dos consumidores, pois financeiramente as pessoas físicas são hipossuficientes em relação a empresas fornecedoras de produtos e serviços, salvo exceções. Estaríamos confrontando poderio financeiro de pessoas físicas e empresas, algumas delas multinacionais.

Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso.^[9]

Destacamos a expressão “seja de outra natureza”, justamente para demonstrar que não se trata de critério único.

Sucedem que na prática essa inversão é deferida em decisões simplórias, as quais padecem de fundamentação. Nas relações de consumo a incidência é ainda maior, o que, junto com outros fatores, fomenta, não intencionalmente é claro, a propositura de ações judiciais ao arrepio das soluções alternativas de resolução de conflitos, como os próprios canais das empresas, plataformas públicas como consumidor.gov.br, dentre outras soluções.

Desta forma, em relação aos danos morais, a simples alegação de sua ocorrência sem a devida comprovação, acaba sendo presumida. Invertido o ônus probante, não parece crível que o transportador aéreo defina o sentimento e o abalo psíquico de outrem. Ou seja, neste particular a contraprova acaba por ser muito difícil, para não dizer impossível.

9. C.f. WATANABE, Kazuo. Ob. cit. p.617-618 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 7ª Edição. Revista, atualizada e ampliada até a Lei 12.414/2011. Editoria Forense. 2011. pág. 165.

Atrelada a inversão automática do ônus da prova, havia entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a presunção dos danos no transporte aéreo. Atualmente o entendimento jurisprudencial foi modificado, mas não na prática, onde visualizamos muitas situações contrárias.

4. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça Sobre o Dano *In Re Ipsa* e as Alterações do Código Brasileiro de Aeronáutica

Os danos morais discutidos judicialmente, decorrentes de vícios ou defeitos na prestação de serviços de transporte aéreo, eram presumidos. O STJ entendeu durante muito tempo que os danos morais operavam-se *in re ipsa*, prescindindo de prova.

O acórdão proferido no Recurso Especial 299.532 da lavra do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro explica o entendimento há época.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DAS REGRAS DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. CONDENAÇÃO EM FRANCO POINCARÉ - CONVERSÃO PARA DES - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1 - A responsabilidade civil por atraso de vôo internacional deve ser apurada a luz do Código de Defesa do Consumidor, não se restringindo as situações descritas na Convenção de Varsóvia, eis que aquele, traz em seu bojo a orientação constitucional de que o dano moral é amplamente indenizável. 2. O dano moral decorrente de atraso de vôo, prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro. 3 - Não obstante o texto Constitucional assegurar indenização por dano moral sem restrições quantitativas e do Código de Defesa do Consumidor garantir a

indenização plena dos danos causados pelo mau funcionamento dos serviços em relação ao consumo, o pedido da parte autora limita a indenização ao equivalente a 5.000 francos poincaré, cujos precedentes desta Egrégia Corte determinam a sua conversão para 332 DES (Direito Especial de Saque). 4 - Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.

Este entendimento foi modificado, sendo que atualmente é pacífico que para fazer jus a uma indenização por danos morais, quem os alega deve comprová-los. Essa mudança de entendimento é demonstrada no Recurso Especial 1.796.716 da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, oriundo de contenda entre passageiro e uma companhia aérea.

IREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO DOMÉSTICO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. Ação de compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de cancelamento de voo doméstico. 2. Ação ajuizada em 03/12/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 17/07/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de cancelamento de voo doméstico. 4. Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida. 5. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder

compromisso inadiável no destino, dentre outros. 6. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável. 7. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários.

A leitura da ementa acima demonstra que além da prova, outros fatores devem ser considerados para caracterizar o abalo psíquico e transtornos justificadores do dever de reparação por danos morais.

A Relatora fundamenta seu voto, o que concordamos, sobre questões circunstanciais, dentre eles o tempo que o transportador demorou para solucionar a questão, a oferta de alternativas ao consumidor, prestação de informações, oferta de suporte material (assistência material) e se, além disso, houve alguma consequência. Circunstâncias especialmente relacionadas as providências para mitigação dos danos dos passageiros, no caso de algum infortúnio na prestação de serviços, devem ser levadas em consideração no reconhecimento da responsabilidade e sobretudo na dosimetria da indenização.

A nosso ver a Ministra Nancy de forma muito assertiva demonstrou em seu voto (RESP 1.796.716), que há situações que sim poderiam levar a uma indenização *in re ipsa*, mas outras não.

Para elucidar a necessidade de prova, trazemos trecho do acórdão mencionado. Nele verificamos a preocupação com absolutismos que distorceriam situações que comumente podem ocorrer, como bem menciona, situações vivenciadas nos aeroportos do Brasil, não devem ser aplicadas.

(...)

A alegação do recorrente de que o dano moral é presumido (*in re ipsa*) quando há atraso e cancelamento de voo, independentemente da duração

do atraso, da justificativa do cancelamento e das demais circunstâncias envolvidas, exigiu maiores reflexões desta Relatora sobre a controvérsia, notadamente porque a construção de referida premissa induz à conclusão de que uma situação corriqueira na maioria – se não por dizer na totalidade – dos aeroportos brasileiros ensejaria, de plano, dano moral a ser compensado, independentemente da comprovação de qualquer abalo psicológico eventualmente suportado.

Quanto ao ponto, necessário tecer breves considerações acerca do dano moral presumido, que é aquele que se origina de uma presunção absoluta, dispensando, portanto, prova em contrário.

Como mesmo elucida Carlos Alberto Bittar, o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que se efetiva, justamente, com a sua reparação. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado. A título exemplificativo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em Juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso pública da obra. Há, assim, fatos sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral, que à sensibilidade do juiz se evidenciam (Reparação civil por danos morais. 3 ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 216-217). (REsp 1.796.716. 3ª Turma, 27.08.2019)

(...)

Acrescentamos que, além do transportador, há obrigação dos consumidores tentarem reduzir de alguma forma seus próprios prejuízos, evitando o enriquecimento indevido - *duty to mitigate the loss*.

O Código Civil no artigo 944 prevê que a indenização mede-se pela extensão do dano. Nesta esteira, não há como mensurar uma indenização sobre algo que minimamente não ocorreu e, caso ocorrido, não seja comprovado.

Caminhando um pouco mais, a evolução legislativa trazida pela lei 14.034 de 2020, que dispôs sobre medidas emergenciais para

aviação civil decorrentes da pandemia da Covid-19, dentre outras, modificou o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA (Lei 7565/86), positivando a necessidade da prova dos danos extrapatrimoniais em decorrência de falha na execução do contrato de transporte aéreo, devendo haver efetiva demonstração do prejuízo e sua extensão (artigo 251-A).^[10]

Todavia, no que pese os avanços legislativos, **é comum a aplicação do** Código de Defesa do Consumidor de forma indistinta e ao arrepio da legislação especial – CBA e dos Tratados e Convenções Internacionais, os quais estudaremos adiante.

5. Tema 210 STF e 1240 do Supremo Tribunal Federal

O STF firmou o tema 210 no julgamento do recurso extraordinário 636.331, entendendo que “nos termos do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.”^[11]

Já o STJ aplicou as legislações geral e especial de forma híbrida, o que poderá ocasionar efeito desastroso em relação a indústria dos danos morais que ganha cada vez mais força no país, pois aplicar-se-á a Convenção de Montreal aos danos materiais e o Código de Defesa do Consumidor aos danos morais.

10. Art. 251-A. A indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário de carga.

11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.331. Relator Min. Gilmar Mendes. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210>. Acesso em 15.9.2023.

No julgamento do Recurso Especial 1.842.066 da lavra do Ministro Moura Ribeiro, os danos morais nos casos de atrasos e extravio de bagagens em voos internacionais, não se submetem as limitações da Convenção de Montreal, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, transcrito na ementa abaixo.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DE MONTREAL. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA TRANSPORTADORA APENAS QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AOS DANOS MORAIS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O STF, no julgamento do RE nº 636.331/RJ, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese jurídica: Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. 3. Referido entendimento tem aplicação apenas aos pedidos de reparação por danos materiais. 4. As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC. 5. Recurso especial não provido. (Resp. 1.842.066. 3ª Turma, Ministro Moura Ribeiro).

Atualmente, foi firmado novo entendimento sobre a questão dos danos morais e a Convenção de Montreal. O Tema 1240 firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 1.394.401 da

relatoria da Ministra Rosa Weber aprofundou os debates e firmou a tese de que as Convenções de Varsóvia e Montreal não se aplicam às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.

Discordamos desta nova posição, pois o Tema 210 havia amoldado situações e de alguma forma combateria a indústria dos danos morais na aviação civil, porém, no Tema 1240 o Supremo Tribunal Federal abriu espaço para retomada desenfreada de ações judiciais na busca de indenizações por danos morais, pois na prática haverá a aplicação de duas legislações, uma de caráter geral e outro especial. Uma aplicação híbrida legislativa.

O Decreto 5.910 de 27 de setembro de 2006 promulgou a Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Trata-se de norma especial aplicadas a uma atividade eivada de especialidades.

Principalmente pelo critério da especialidade, **não compactuamos com o receio na aplicação da Convenção** em sua totalidade, pois ela **não revoga ou retira dos consumidores a proteção** que eles necessitam e que o Código de Defesa do Consumidor já previa. Trata-se de norma que outorga proteção especial aos passageiros consumidores.

Uma prova desta proteção é a disposição do artigo 19, sobre a possibilidade de indenização na ocorrência de danos no transporte aéreo.^[12] Ou seja, na prática, o entendimento firmado no Tema 1240 leva a aplicação de duas normas ao mesmo objeto discutido, causando insegurança jurídica, pois a norma geral fundamenta

12. Artigo 19. O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

a indenização por danos morais pelo Código de Defesa do Consumidor, e a especial fundamenta o direito material discutido em voos internacionais (Convenção de Montreal).

Os consumidores buscarão dois tipos de indenizações com base em duas normas protetivas, que no fim poderá tornar-se irrazoável e desproporcional, fomentando cada vez mais o litígio e não a pacificação e o bem comum.

6. Judicialização Excessiva e Indústria dos Danos Morais

Como elucidamos, a aviação civil tem como princípio norteador a segurança de voo envolvendo passageiros e tripulação. Essa preocupação é transparente, mas ao mesmo tempo ignorada pela maioria dos usuários do setor.

O conhecimento sobre os bastidores da aviação civil, requisitos e condições do transporte aéreo é uma peça fundamental para entender a correlação entre as razões de um cancelamento de voo, por exemplo, e as ações judiciais propostas em decorrência deste acontecimento.

A complexidade inerente da aviação civil começa com a escolha da classe tarifária para a compra do bilhete, sendo neste momento que o consumidor toma conhecimento, pela leitura do contrato, de como dar-se-á questões de reembolso.

As bagagens precisam ser despachadas de acordo com suas dimensões e peso, ao passo que a bagagem de mão permitida tem outras dimensões e limites de peso. Ou seja, normas a serem seguidas que envolvem, além do conforto dos próprios passageiros, novamente a segurança.

Ultrapassada esta fase de aquisição dos bilhetes aéreos, os passageiros devem dirigir-se ao aeroporto, aeródromo público administrado sobre o regime de concessão federal e supervisionado pela Polícia Federal e, no caso de aeroportos internacionais, alfandegados e de responsabilidade da Receita Federal. Enfatizamos a complexidade das operações aéreas e novamente as questões ligadas a segurança.

Outra curiosidade a ser mencionada, é a necessidade de limpeza da aeronave entre voos, sistema de abastecimento de alimentos e bebidas, bem como abastecimento de QAV (combustível). Ademais, para uma aeronave levantar voo, ela depende de autorização conferida pelas respectivas autoridades aeroportuárias. Ainda, como se não bastasse isso tudo, toda vez que uma aeronave pousa no seu destino, ela passa por uma rigorosa checagem técnica, mais uma vez, para garantia da segurança.

Estes procedimentos dispostos intencionalmente demonstram que a ignorância sobre a complexidade da aviação civil leva a conclusões equivocadas sobre a razão de cancelamentos, atrasos, dentre outras ocorrências e consequências. As frustrações dos passageiros por ocorrências muitas vezes corriqueiras e não diretamente relacionadas às companhias aéreas, são interpretadas como justificadores de uma indenização, fomentado uma verdadeira **indústria dos danos morais**, assim chamada no jargão forense.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) produz relatórios com os indicadores do Poder Judiciário, apontando, dentre outros dados, os temas mais discutidos no Brasil. Neste relatório é possível perceber as dimensões das discussões envolta dos danos morais.

A Justiça Estadual, com aproximadamente 71% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, reúne grande diversidade de assuntos. O tema Direito Civil aparece duas vezes entre os cinco

assuntos mais frequentes na justiça, constando também como principal matéria em todos os graus de jurisdição da Justiça Estadual, especialmente na forma de ações sobre obrigações contratuais e de indenizações por dano moral, que surgem tanto na árvore do direito civil quanto na de direito do consumidor.^[13]

O fato de consumidores terem a seu favor legislações específicas para sua proteção, demonstra que o estudo não busca esquivar as companhias aéreas de seus deveres para com seus consumidores, mas sim trazer a temática alta judicialização como reflexão, para vislumbrar os malefícios a diversos agentes, como passageiros, transportadores aéreos e Poder Judiciário.

A desjudicialização é um movimento defendido por diversos setores da sociedade, dentre eles as companhias aéreas, acompanhadas do Poder Público na figura do Conselho Nacional de Justiça CNJ e Tribunais de Justiça, além da própria SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor, uma das fomentadoras das soluções alternativas de resolução de conflitos e defensora de um Judiciário sustentável.

Sob o viés educativo, o CNJ lançou cartilha com os direitos e deveres dos passageiros e das companhias aéreas, intencionando a promoção da desjudicialização como vertente principal.^[14] Justamente por esse motivo que as empresas aéreas buscam a proximidade com os Tribunais de Justiça de todo país, incentivando a busca por soluções alternativas de resolução de conflitos, para quem discussões possam ser resolvidas com celeridade.

13. BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acessado em 16.9.2023. pág. 276.

14. BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do CNJ informa direitos e deveres de passageiros de empresas aéreas. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cartilha-do-cnj-informa-direitos-e-deveres-de-passageiros-para-conter-alta-de-processos-contracias-aereas/>. Acessado em 14.09.2023.

A mencionada cartilha lançada há época da presidência do Ministro Luiz Fux, magistrado este que coordenou os estudos sobre o Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015 e que no seu bojo estimula a mediação e método consensuais ^[15], comprova que o movimento da desjudicialização é extremamente importante para desafogamento do Poder Judiciário e manutenção das atividades empresariais, sobretudo o transporte aéreo.

Retomando o tema danos morais, imaginemos que qualquer um desses serviços passe por alguma dificuldade e o voo atrase ou seja cancelado. São devidos os danos morais?

Novamente, **não intencionamos afastar a responsabilidade do transportador** sobre quaisquer eventos, entretanto entendemos salutar para justiça, e diante da vedação do enriquecimento sem causa, que **não se banalize a responsabilidade civil e muito menos o** arbitramento de danos morais, pois entendimentos extremos e absolutos não são benéficos a sociedade.

A responsabilidade objetiva da cadeia de fornecimento do Código de Defesa do Consumidor, comporta espaço para interpretação técnica do dano suportado pelo passageiro consumidor e se este realmente merece ressarcimento extrapatrimonial.

Fechamos o raciocínio sobre a nocividade deste movimento, ao mencionar que uma companhia aérea mudou seus planos empresariais, desistindo de rotas para evitar o recebimento de altos números de processos judiciais, pelo impacto em suas operações, não deixando de demonstrar que os consumidores

15. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

também são prejudicados.^[16] E esta decisão empresarial não foi isolada, tendo se repetido em outra companhia aérea.^[17]

A preocupação com demandas repetitivas é tamanha, que levou os Tribunais de Justiça a instalar **Núcleos de Monitoramento dos Perfis de Demandas da Corregedoria Geral da Justiça (NUMOPED), como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo.**^[18]

Segundo o corregedor-geral da Justiça, desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, considerando que novos fenômenos processuais como as demandas repetitivas, a litigiosidade em massa e grandes litigantes impactam diretamente na organização e qualidade dos serviços prestados pelas unidades judiciais e que a CGJ recebe de forma difusa e descentralizada denúncias por parte de magistrados, advogados, partes e servidores quanto a práticas fraudulentas reiteradas de litigantes em processos judiciais e que são conduzidos por meio de expedientes descentralizados e independentes, mostra-se adequada a centralização de informações sobre distribuição de ações, perfis de demandas e práticas fraudulentas reiteradas, a permitir melhor conhecimento da realidade que permeia a realização de trabalhos pelas unidades judiciais e, conseqüentemente, a seleção das melhores estratégias para enfrentar os respectivos problemas e, ainda, centralizar tais informações como mecanismo para potencializar sua divulgação a toda comunidade jurídica.

Como o próprio Tribunal de Justiça enfatiza, o núcleo busca um monitoramento da eficiência e efetividade do Poder Judiciário, onde a litigância em massa fomentada pela indústria dos danos morais torna cada vez mais a justiça morosa e menos eficiente.

16. Azul foi processada 15 mil vezes em Rondônia em um ano e meio. <https://rondoniaempauta.com.br/>. 2023. Acessado em 23.07.2023. Disponível em <https://rondoniaempauta.com.br/azul-foi-processada-15-mil-vezes-em-rondonia-em-um-ano-e-meio/>

17. Gol retira voos diretos de Porto Velho a Manaus e também alega excesso de ações judiciais em RO. <https://g1.globo.com/>. 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2023/07/20/gol-retira-voos-porto-velho-a-manaus-excesso-de-judicializacao.ghtml>. Acessado em 23.07.2023

18. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Corregedoria Geral da Justiça cria Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/noticia?codigoNoticia=36713&Id=36713>. Acessado em 16.9.2023.

7. Conclusão

Em síntese, trouxemos à discussão a judicialização excessiva e a busca de indenizações por danos morais no transporte aéreo, sem a devida comprovação dos reais danos e extensões, afetando assim o Poder Judiciário, mercado aéreo e principalmente os próprios consumidores.

Predisposmos a análise exclusivamente do dano moral, como elemento da responsabilidade civil do transportador aéreo, não abordando com profundidade demais elementos como conduta e nexos de causalidade, e **tão pouco a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.**

Elencamos as peculiaridades do setor aéreo, sobretudo no que pertence aplicação de legislações especiais trouxeram aspectos teóricos e atuais da jurisprudência das cortes superiores (STJ e STF). A insegurança jurídica e a possibilidade de enriquecimento indevido pelo acúmulo de indenizações materiais e morais, ancoradas em mais de um diploma legal, foi abordada como preocupação a atividade empresarial do transportador aéreo, em especial.

Sobre os aspectos dos danos morais, a sua comprovação em juízo restou imperiosa, não apenas sob o aspecto civil da necessidade de mensuração da sua extensão, mas também pelo caráter personalíssimo e a defesa da não inversão absoluta do ônus probatório.

E, por último, a respeito do aspecto personalíssimo e mais uma vez em relação a indústria dos danos morais, o fomento da alta judicialização acaba ganhando força pela aplicação híbrida das normas especial (Convenção) e geral (CDC), bem como pela ainda não pacificada rechaça do dano *in re ipsa*.

8. Referências Bibliográficas

ABEAR – Associação Brasileira de Empresas Aéreas. Volume de passageiros transportados em 2022 registra maior patamar desde 2020. 2023. Disponível em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/volume-de-passageiros-transportados-em-2022>. Acessado em 11.09.2023.

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acessado em 16.9.2023.

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Com oito processos a cada 100 voos, especialistas discutem impacto de decisões sobre setor aéreo. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/com-oito-processos-a-cada-100-voos-especialistas-discutem-impacto-de-decisoes-sobre-setor-aereo/>. Acessado em 13.9.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial. Acórdão nº 299.532. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. DJE 23.11.2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Acórdão. Recurso Especial nº 1.796.716. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 27.08.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.394.401. Relatora Min. Rosa Weber. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6450365>. Acessado em 15.9.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Corregedoria Geral da Justiça cria Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/noticia?codigoNoticia=36713&Id=36713>. Acessado em 16.9.2023.

FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade. São Paulo. FGV Direito São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

JOTA. Voos programados para 2021. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/02/abear-brochura-bsb2021-digital-a-partir-da-pagina-10-1.pdf>. Acessado em 13.09.2023.

MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. 1ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2007.

PORTAL G1. Gol retira voos diretos de Porto Velho a Manaus e também alega excesso de ações judiciais em RO. <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2023/07/20/gol-retira-voos-porto-velho-a-manaus-excesso-de-judicializacao.ghtml>. Acessado em 23.07.2023.

RONDONIA EM PAUTA. Azul foi processada 15 mil vezes em Rondônia em um ano e meio. <https://rondoniaempauta.com.br/>. 2023. Acessado em 23.07.2023. Disponível em <https://rondoniaempauta.com.br/azul-foi-processada-15-mil-vezes-em-rondonia-em-um-ano-e-meio/>

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Volume 2. 3ª Edição. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo. Editora Atlas. Volume 2. 4ª Edição. 2004.

WATANABE, Kazuo. Ob. cit. apud **THEODORO JÚNIOR,** Humberto. Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 7ª Edição. Revista, atualizada e ampliada até a Lei 12.414/2011. Editoria Forense. 2011.

Trasporto Aereo di Bagaglio, Tipologie di Danno e Limitazione Della Responsabilità. Il Problema Degli Ausili dei Passeggeri a Mobilità Ridotta

Elisabetta Giovanna Rosafio

Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca *"Rethinking the Principle of Unlimited Liability in the Context of the Current Legal Framework: the Pioneering Role of Maritime, Air and Transportation Law as Forerunner of the New Rules and Models of Limitation of Liability and Claims?"* Programmi di Ricerca Scientifica di Rilevante Interesse Nazionale, prot. 20208JFB98_004.

Abstract

The essay analyses the provisions of Montreal Convention of 28 May 1999 concerning the international carriage by air of baggage with special regard to the carrier's liability, the limits of liability and to the interpretation the Court of Justice ascertained to the international legal regime. Careful attention is given to the issue of damage caused to the aids for reduced mobility passengers as no specific provisions are placed to this regard neither in Montreal Convention 1999 nor in the Regulation (EC) No 2027/97 as amended by the Regulation (EC) No 889/2002.

1. Il consolidamento dell'abbandono dei modelli di assimilazione della responsabilità del vettore aereo per danni al bagaglio a quella del vettore di merci. Cenni al trasporto marittimo di persone.

La Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, e, in particolare, il suo art. 17, par. 2 ^[1], sotto la rubrica "*Death and Injury of Passengers – Damage to Baggage*", detta la disciplina relativa al "*checked baggage*" ("*bagages enregistrés*" nel testo francese, "*equipaje facturado*" in quello spagnolo), da intendersi come quello affidato al vettore e alla sua custodia ^[2] e allo "*unchecked baggage*" ("*bagages non enregistrés*", "*equipaje no facturado*" rispettivamente nella lingua francese e spagnola), che resta nella disponibilità del passeggero durante il trasporto ^[3].

1. Article 17 – *Death and Injury of Passengers – Damage to Baggage* "[...] 2. The carrier is liable for damage sustained in case of destruction or loss of, or of damage to, checked baggage upon condition only that the event which caused the destruction, loss or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier. However, the carrier is not liable if and to the extent that the damage resulted from the inherent defect, quality or vice of the baggage. In the case of unchecked baggage, including personal items, the carrier is liable if the damage resulted from its fault or that of its servants or agents. // 3. If the carrier admits the loss of the checked baggage, or if the checked baggage has not arrived at the expiration of twenty-one days after the date on which it ought to have arrived, the passenger is entitled to enforce against the carrier the rights which flow from the contract of carriage. // 4. Unless otherwise specified, in this Convention the term "baggage" means both checked baggage and unchecked baggage".

2. Sul punto v. S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXVI, t. 3, 2001, 204. Seppur con riferimento al sistema di Varsavia, cfr. R. Schmid, *sub* Art. 18, in *Warsaw Convention*, Deventer, 1992, a cura di E. Gjemulla, R. Schmid, Suppl. 9 (August 1998), specifica che "*objects put in the charge of the carrier before or during the flight are registered baggage. The fact that these objects are to accompany the passenger on the flight, even though they may not be carried in the cabin but in the compartment, indicates that are 'registered baggage' – otherwise they would be cargo*".

3. Sulla mancanza di una definizione di "bagaglio" e di "bagaglio registrato", sia nel testo originario della Convenzione di Varsavia che nei successivi Protocolli, si era espresso R. H. Mankiewicz, *The Liability Regime of International Air Carrier, A Commentary on the Present Warsaw System*, Deventer, 1981, 62, cui si rinvia, anche, per una sommaria distinzione nel regime della Convenzione di Varsavia del 1929 (testo originario), tra bagaglio registrato e bagaglio a mano.

La formulazione di tale disposizione e, specialmente, la sua collocazione sembrano rappresentare la conclusione di un processo che ha condotto a un deciso abbandono dei modelli di assimilazione della responsabilità del vettore aereo per danni al bagaglio a quella del vettore di merci ^[4], per un affiancamento sistematico e completo della medesima alla responsabilità del vettore di passeggeri ^[5]. Ciò si evince, in particolare, seguendo il percorso di modifica della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929, nella sua prima formulazione, poi emendata dal Protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955, e, infine, dal Protocollo di Montreal del 25 settembre 1975 n. 4 ^[6].

Il consolidamento, oramai assodato, del legame tra trasporto di persone e di bagaglio (che è pur una *res* ma legata inscindibilmente alle esigenze del viaggio del passeggero e, per questo, assoggettata a un regime normativo specifico) ^[7] emerge con chiarezza anche nella proposta di Risoluzione del Parlamento europeo del 4 ottobre 2023 su dimensioni standardizzate per i bagagli a mano (2023/2774(RSP)), nella quale, nell'ottica di un'armonizzazione a livello dell'Unione europea dei requisiti in materia di dimensioni,

4. Sul trasporto aereo di cose, cfr. E. G. Rosafio, *Il trasporto aereo di cose. Riflessioni sul nuovo regime legale*, Milano, 2007; M. V. Petit Laval, *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, Granada, 2007.

5. Cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, ed. III, Milano, 2015, 238, per il quale il trasporto di bagaglio rappresenta, in ogni caso, una prestazione accessoria gravante sul vettore di persone.

6. Occorre precisare che già nel Protocollo di Guatemala City 1971 si era assistito ad un'attrazione della responsabilità del vettore aereo per bagaglio in quella di persone e ad una conseguente separazione da quella di merci. Ed infatti, all'art. IV, era stata prevista una nuova formulazione dell'art. 17 della Convenzione, che prevedeva un regime di responsabilità oggettiva gravante sul vettore aereo di bagagli, e una previsione di esonero da tale responsabilità consistente nella prova che il danno è risultato unicamente da natura o vizio proprio dei bagagli. Il regime dell'imputazione dell'obbligazione per colpa restava in capo al vettore, ai sensi dell'art. VI del Protocollo, solo per i danni da ritardo, sia nel trasporto di persone che bagagli, ove era prevista una prova liberatoria consistente nell'aver adottato da parte del vettore medesimo e dei suoi preposti tutte le misure necessarie e possibili ad evitare il danno. Sembra interessante notare come quella formulazione dell'art. 17 prendesse in considerazione la responsabilità del vettore inerente ai danni al "baggage", e non al "checked baggage", come previsto nella Convenzione di Varsavia, con la conseguenza che nell'ambito di applicazione di tale norma poteva essere incluso, oltre il bagaglio consegnato, anche il bagaglio a mano, a differenza di quanto poi previsto successivamente nel sistema di Varsavia-Aia-Montreal n. 4.

7. Basti pensare, sotto altra prospettiva, al contenuto dell'art. 1681 c.c., per il quale: "Salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno". In argomento, cfr., *ex multis*, A. Flamini, *Trasporto*, in A. Flamini, M. V. Cozzi, R. Lenzi, *Trasporto, spedizione, deposito, noleggio, Trattato di diritto civile*, diretto da Perlingieri, IV, 25, Napoli, 2008, 65 ss.; S. Zunarelli, C. Alvisi, *Del trasporto - art. 1678-1702*, sub art. 1681, in *Commentario al codice civile*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2014, 84 s.; A. La Mattina, *Del trasporto, art. 1678-1702*, sub art. 1681, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2018, 84 s.

peso e tipo di bagaglio a mano e bagaglio registrato per tutte le compagnie aeree che operano nell'Unione europea, al fine di migliorare la trasparenza e la protezione dei consumatori per tutti i viaggiatori aerei (punto 9), si ricorda (punto 2) che, conformemente alla sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2014 nella causa C-487/12, "il bagaglio a mano deve essere considerato un 'elemento indispensabile' del trasporto di passeggeri a condizione che tale bagaglio soddisfi 'requisiti ragionevoli' in termini di peso e dimensioni e che il trasporto di tali bagagli non può pertanto essere sottoposto a un supplemento di prezzo" ^[8].

La tendenza, cui sopra si è fatto cenno, si riscontra anche nel trasporto marittimo di persone ^[9], nel cui ambito la convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, fin dal suo testo originario, si riferisce al "*Carriage of Passengers and their Luggage by Sea*" e definisce il bagaglio, nel suo art. 1, par. 5, come "*any article or vehicle carried by the carrier under a contract of carriage, excluding: a) articles and vehicles carried under a charter party, bill of lading or other contract primarily concerned with the carriage of goods; and b) live animal*" ^[10]. Quanto alla responsabilità, nel contesto come modificato dal protocollo di Londra del 1° novembre 2002 ("*Protocol of 2002 to the Athens Convention relating to the Carriage*

8. Il riferimento è a C. giust. Ue 18 settembre 2014, causa C487/12, *Vueling Airlines SA c. Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia*, EU:C:2014:2232, per la quale "L'art. 22, par. 1, reg. Ce n. 1008/2008 osta ad una normativa, come quella spagnola, che obbliga i vettori aerei, in tutte le circostanze, a trasportare non solo il passeggero, ma anche i bagagli registrati dello stesso, a condizione che tali bagagli posseggano determinati requisiti relativi in particolare al loro peso, per il prezzo del biglietto aereo e senza che possa essere richiesto alcun supplemento di prezzo per il trasporto di detti bagagli". La decisione è stata pubblicata in *Riv. dir. nav.*, 2015, 329, con nota di L. Erba, *La legittimità delle tariffe supplementari per il trasporto dei bagagli registrati*, ivi, 336. Sulla decisione, cfr. V. Correia, *Cour de justice, 5e ch., 18 septembre 2014, Vueling Airlines SA c/ Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia*, aff. C-487/12, EU:C:2014:2232, in *Jurisprudence de la CJUE 2014*, a cura di F. Picod, Bruxelles, 2014, 794; A. Tenenbaum, *Les droits du passager en matière de transport par les compagnies low cost: quelques précisions pratiques dans un contexte délicat*, in *Revue des contrats*, 2015, 138-139; D. Bocchese, *La Corte di Giustizia europea interpreta le disposizioni sulle tariffe aeree presenti nel reg. (CE) n. 1008/2008*, in *Dir. trasp.*, 2015, 435 ss.

9. Sulla questione generale dell'influenza reciproca tra i vari testi di diritto uniforme, v. G. Romanelli, *Principi comuni nelle convenzioni internazionali in materia di trasporto*, in *Dir. maritt.*, 1999, 197 ss.

10. A completamento della definizione riportata nel testo, i paragrafi 6 e 7 del medesimo art. 1, offrono rispettivamente le seguenti definizioni: "*'cabin luggage' means luggage which the passenger has in his cabin or is otherwise in his possession, custody or control. Except for the application of paragraph 8 of this Article and Article 8, cabin luggage includes luggage which the passenger has in or on his vehicle*"; "*loss of or damage to luggage*" includes pecuniary loss resulting from the luggage not having been re-delivered to the passenger within a reasonable time after the arrival of the ship on which the luggage has been or should have been carried, but does not include delays resulting from labour disputes".

of Passengers and their Luggage by Sea, 1974"), il vettore risponde^[11] in relazione alla tipologia di bagaglio trasportato ("*cabin luggage*" o "*luggage other than cabin luggage*") e con limiti^[12] relativi alla perdita o a danni al bagaglio a mano (fino, in ogni caso, a 2.250 unità di conto per passeggero per ciascun trasporto); alla perdita o ai danni ai veicoli, compresi tutti i bagagli trasportati sopra o all'interno del veicolo (in ogni caso, fino a 12.700 unità di conto per veicolo per ciascun trasporto) e, infine, nelle ipotesi differenti da quelli ora menzionate (in ogni caso fino a 3.375 unità di conto per passeggero per ciascun trasporto).

Alla convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, come modificata dal Protocollo di Londra del 1° novembre 2002^[13], fa rinvio il reg. Ce n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente^[14]. In tale contesto è utile ricordare che, oltre al richiamo della disciplina cui ora si è fatto cenno rispetto al bagaglio e al veicolo del passeggero marittimo^[15], l'art. 4 prevede che in caso di perdita o di danni ad ausili alla mobilità o ad altre apparecchiature specifiche utilizzate da un passeggero a mobilità ridotta, la responsabilità del vettore

11. L'art. 3, par. 3, della Convenzione PAL 2022 prevede, infatti, che "*For the loss suffered as a result of the loss of or damage to cabin luggage, the carrier shall be liable if the incident which caused the loss was due to the fault or neglect of the carrier. The fault or neglect of the carrier shall be presumed for loss caused by a shipping incident*". Il successivo par. 4 dispone: "*For the loss suffered as a result of the loss of or damage to luggage other than cabin luggage, the carrier shall be liable unless the carrier proves that the incident which caused the loss occurred without the fault or neglect of the carrier*".

12. Di seguito il testo dell'art. 8 della Convenzione PAL 2022: "*1. The liability of the carrier for the loss of or damage to cabin luggage shall in no case exceed 2,250 units of account per passenger, per carriage. // 2. The liability of the carrier for the loss of or damage to vehicles including all luggage carried in or on the vehicle shall in no case exceed 12,700 units of account per vehicle, per carriage. // 3. The liability of the carrier for the loss of or damage to luggage other than that mentioned in paragraphs 1 and 2 shall in no case exceed 3,375 units of account per passenger, per carriage [...]*".

13. La Convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, sia nel testo originario che in quello modificato dal Protocollo di Londra del 1° novembre 2002, non è mai stata ratificata dall'Italia.

14. E. G. Rosafio, *Brevi note in materia di giurisdizione e trasporto marittimo di persone*, in *Riv. dir. nav.*, 2022, 83 ss., cui si rinvia per la dottrina ivi citata.

15. In particolare, l'art. 3 del reg. Ce n. 392/2009, per disciplinare il regime di responsabilità del vettore nei confronti dei passeggeri, del loro bagaglio e dei loro veicoli, rinvia ad alcune disposizioni della Convenzione di Atene come modificata. Con specifico riguardo al "*cabin luggage*", il riferimento è all'art. 3, par. 3, per il quale: "*[...] the carrier shall be liable if the incident which caused the loss was due to the fault or neglect of the carrier. The fault or neglect of the carrier shall be presumed for loss caused by a shipping incident*". Il successivo par. 4, prevede per il danno al "*luggage other than cabin luggage*", che il vettore "*shall be liable unless the carrier proves that the incident which caused the loss occurred without the fault or neglect of the carrier*".

è disciplinata dall'art. 3, par. 3, della Convenzione di Atene, facendolo rientrare, quindi, nella categoria del "*luggage other than cabin luggage*". Il risarcimento, tuttavia, corrisponde al valore di sostituzione dell'apparecchiatura in questione o, se del caso, ai costi di riparazione. Sul contenuto di tale disposizione si tornerà nel prosieguo di queste osservazioni.

2. La responsabilità del vettore per la perdita o il danneggiamento del bagaglio nonché per il ritardo nella convenzione di Montreal del 28 maggio 1999. Cenni ricostruttivi dell'istituto.

Nel regime di Varsavia-L'Aja, nell'art. 18, era trattata la sola responsabilità del vettore per bagaglio consegnato unitamente a quella per le merci ^[16]. Per questa ragione, la dottrina aveva ritenuto che la disciplina della responsabilità del vettore per il "*bagage non enregistré*" rimanesse al di fuori del danno risarcibile coperto dalla Convenzione ^[17], nonostante l'art. 22, par. 3 prevedesse un limite di responsabilità del vettore per gli oggetti di cui il passeggero conservava la custodia ^[18]. Con l'entrata in vigore del Protocollo di Montreal 1975 n. 4 ^[19], nell'art. 18, si era determinata una scissione tra la responsabilità del vettore per le merci e quella per il bagaglio. Quest'ultima, rimasta ancorata a criteri di imputazione

16. R. Schmid, *sub* Art. 18, in *Warsaw Convention*, cit., 4, afferma che l'art. 18 della Convenzione di Varsavia disciplina la responsabilità del vettore (definita "*mandatory*") per danni alla proprietà.

17. Sul punto v. R. Schmid, *sub* Art. 18, in *Warsaw Convention*, cit., 4; Id., *Security Checks of Carry-on Baggage Examined in the Light of the Warsaw Convention*, in *Air & Space Law* 1993, 292; L. Goldhirsh, *The Warsaw Convention Annotated*, Deventer, 2000, 90; M. Bogdan, *The Air Carriers Responsibility for the Passenger's Hand Baggage*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1987, 13-27, e *ivi spec.* 21; B. Reukema, *Hand Luggage – Passengers love it, the Airlines hate it and the Warsaw Convention is not clear on how to handle it*, in *Annals Air & Space Law*, 1987, 119-127.

18. Cfr. E. M. Giumulla, *sub* art. 22, in *Warsaw Convention*, cit., Suppl. 12 (January 2000), il quale rileva come, in contrasto con altri tipi di danno menzionati dall'art. 22, "[...] *the possible causes of damage to objects in the charge of passenger are not specified*".

19. Sulla questione v., M. M. Comenale Pinto, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, in *Dir. maritt.*, 2000, 798-830, 801.

tradizionali ^[20], sia per il contenuto della responsabilità ^[21] che dell'onere probatorio a carico del vettore, aveva avvicinato il regime di responsabilità gravante sul vettore di bagaglio a quello di persone, pur essendo materialmente ancora collocato nell'art. 18.

La disciplina della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (cui fa rinvio per disciplinare la responsabilità del vettore aereo europeo il reg. Ce n. 2027/97 del Consiglio del 9 ottobre 1997 con riferimento al trasporto aereo dei passeggeri e dei loro bagagli) è imperniata, come sopra si faceva cenno, sull'art. 17, par. 2 (^[22]), per il quale "*The carrier is liable for damage sustained in case of destruction or loss of, or of damage to, checked baggage upon condition only that the event which caused the destruction, loss, or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier*" ^[23]. Il vettore può esonerarsi dalla responsabilità che su di lui grava, qualora provi che il danno risulti derivare da "*inherent defect, quality or vice of the baggage*".

Nel caso di bagaglio a mano che includa oggetti personali ("*personal items*"), sempre l'art. 17, par. 2, prevede che il vettore è responsabile qualora il danno derivi da colpa sua o dei suoi dipendenti o preposti, con un onere della prova a carico del passeggero che ha subito il danno.

20. In questi termini si esprime anche M. M. Comenale Pinto, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, cit., 801 e 808, ove l'autore nota che, in base al combinato disposto degli art. 18, par. 1 e 20 della Convenzione di Varsavia, era sancito un principio di responsabilità fondata sulla colpa. Vedi anche in argomento M. M. Comenale Pinto, *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 68 ss.; A. Antonini, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, regolamento comunitario*, in *Dir. trasp.*, 2000, 615-657.

21. Sul vettore gravava una responsabilità per distruzione, perdita o avaria dei bagagli registrati, quando l'evento che aveva causato il danno si fosse verificato durante il trasporto aereo e un onere probatorio ai sensi del quale egli poteva liberarsi dalla responsabilità, provando che egli ed i suoi preposti avevano adottato tutte le misure necessarie e possibili ad evitare il danno.

22. Cfr., in argomento, nella dottrina italiana, D. Bocchese, *Il trasporto aereo di bagaglio*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, I, a cura di A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani, Pisa, 2016, 291; S. Pollastrelli, *La tutela del passeggero nel trasporto aereo di bagaglio*, Macerata, 2013; V. Corona, *Trasporto del bagaglio*, in *Diritto della navigazione*, a cura di M. Deiana, Milano, 2010, 496; M. Riguzzi, *La responsabilità del vettore per perdita o avari dei bagagli*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, a cura di L. Tullio, Napoli, 2006, 97 ss.; E. G. Rosafio, *Riflessioni sulla responsabilità del vettore aereo di bagaglio nella disciplina legale*, in *Dir. trasp.*, 2001, 473 ss. Si veda, in generale, altresì M. F. Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo, 2006, 92.

23. Sul punto v. le osservazioni di M. M. Comenale Pinto, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, cit., 822.

L'arco temporale di estensione della responsabilità del vettore per il trasporto del bagaglio consegnato è determinato dall'art. 17, par. 2, Convenzione di Montreal 1999 sulla base del fatto che l'evento "*which caused the destruction, loss or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier*"; si atteggia come più ampio rispetto al corrispondente ambito temporale relativo alla responsabilità del vettore nel trasporto di passeggeri e del relativo bagaglio non consegnato in cui l'evento che ha causato la morte o la lesione si è prodotto a bordo dell'aeromobile o nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o di sbarco.

Del resto, il riferimento alla custodia era presente anche nell'art. 18, par. 4 e 5, della Convenzione di Varsavia-L'Aja-Montreal, con una formulazione sul punto analoga a quella della Convenzione di Varsavia-L'Aja. In tale contesto, l'accezione "*transport aérien*" doveva essere intesa, in modo analogo, sia per il trasporto di bagaglio consegnato che per il trasporto di merci, come il periodo durante il quale i bagagli o le merci si trovano sotto la custodia del vettore sia in un aerodromo, sia a bordo di un aeromobile sia in un luogo qualsiasi in caso d'atterraggio fuori d'un aerodromo (art. 18, par. 4, Varsavia-L'Aja-Montreal). Era escluso, di contro, qualunque trasporto terrestre, marittimo o fluviale, effettuato fuori da un aerodromo, a meno che un tale trasporto fosse effettuato per eseguire il contratto di trasporto aereo a motivo del carico, della consegna o del trasbordo. In tale caso si presumeva che ogni danno, salvo prova contraria, fosse stato causato da un avvenimento accaduto durante il trasporto aereo (art. 18, par. 5, Varsavia-L'Aja-Montreal).

È appena il caso di ricordare che il reg. Ce n. 785/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, fa gravare sui vettori aerei (nonché sugli esercenti) di aeromobili che effettuino voli all'interno del territorio di uno Stato membro cui si

applica il Trattato, a destinazione o in provenienza dallo stesso, o che lo sorvolano, un obbligo di assicurare la propria responsabilità per ciascun volo (art. 4, par. 2) ^[24]. Per "volo", sulla base dell'art. 3, lett. d) dello stesso regolamento, si intende per quanto riguarda i bagagli non registrati (nonché i passeggeri), il periodo di trasporto dei passeggeri mediante aeromobile, inclusi imbarco e sbarco; per quanto riguarda i bagagli registrati (nonché le merci), il periodo che decorre dal momento in cui i bagagli (o le merci) sono affidati al vettore aereo fino al momento della consegna al destinatario designato. Per i bagagli, l'art. 6, par. 2 ^[25], prevede che la copertura assicurativa minima della responsabilità vettoriale nelle operazioni commerciali ammonti a 1288 DSP per ciascun passeggero ^[26], che corrisponde, poi, al limite risarcitorio di quella stessa responsabilità ^[27].

Sia con riferimento al trasporto di bagaglio consegnato che non consegnato, opera il contenuto dell'art. 21 Convenzione Montreal 1999 ^[28], secondo cui il vettore è liberato in tutto o in parte dalla sua responsabilità nella misura in cui provi che il danno è stato causato completamente o parzialmente "*by the negligence or other wrongful act or omission of the person claiming compensation, or the person from whom he or she derives his or her rights*". Si tratta del principio generale della *contributory negligence*, corrispondente all'ipotesi che, nel nostro ordinamento, qualificheremmo come "concorso di colpa del danneggiato nella causazione del danno".

24. In generale su tali obblighi di copertura assicurativa v. M. Deiana, *I minimali assicurativi nell'evoluzione normativa*, in *Dir. trasp.*, 2004, 757; M. Grigoli, *Un incisivo intervento del legislatore comunitario per integrare le garanzie assicurative richieste al vettore aereo ed all'esercente dell'aeromobile*, in *Assic.*, 2005, I, 3; C. Severoni, *Requisiti assicurativi minimi nell'assicurazione di responsabilità del vettore aereo*, in *Dir. trasp.*, 2004, 769.

25. Nel testo emendato dal reg. delegato (Ue) 2020/1118 della Commissione del 27 aprile 2020, a seguito degli adeguamenti dei limiti risarcitori operati dall'ICAO.

26. A. ANTONINI, A. GAGGIA, *Le assicurazioni aeronautiche*, in *Il trasporto aereo tra normativa comunitaria ed uniforme*, a cura di R. Tranquilli Leali e E. G. Rosafio, Milano, 2011, 281 e spec. 294; M. DEIANA, *L'assicurazione*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, a cura di L. Tullio, Napoli, 2006, 365 e spec. 373; C. SEVERONI, *Requisiti assicurativi minimi nell'assicurazione di responsabilità del vettore aereo*, cit., 765 ss.

27. *Infra*, § III.

28. In argomento cfr. A. Zamponi, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri*, in *Dir. trasp.*, 2000, 7, spec. 22.

Infine, con una disposizione comune per il trasporto sia di persone, sia di bagaglio, sia di cose, l'art. 19 esclude la responsabilità del vettore per i danni da ritardo nel caso in cui provi che egli e i suoi "*servants and agents*" abbiano preso tutte le misure che ragionevolmente potevano essere adottate a evitare il danno o che era impossibile per loro adottarle^[29].

Tenuto conto del fatto che i diritti derivanti dal contratto di trasporto possono essere esercitati dal passeggero qualora siano trascorsi ventuno giorni dalla data in cui il bagaglio consegnato sarebbe dovuto arrivare o in cui il vettore abbia riconosciuto il danno (art. 17, par. 3, Convenzione Montreal 1999), l'art. 31 Convenzione Montreal 1999 specifica che il ricevimento senza riserve del bagaglio consegnato o della merce da parte della persona avente diritto costituisce, salvo prova contraria, presunzione della consegna in buono stato e conformemente al titolo di trasporto o alle registrazioni con altri mezzi, di cui all'art. 3, par. 2, e all'art. 4, par. 2 Convenzione Montreal 1999.

In caso di danno, la persona avente diritto alla consegna deve presentare reclamo al vettore, appena constatato il danno e, comunque, entro sette giorni dalla data del ricevimento, in caso di bagaglio consegnato, ed entro quattordici giorni dalla data di ricevimento, in caso di merce. Per il ritardo, il reclamo, avente forma scritta, deve essere inoltrato entro ventuno giorni dalla data in cui il bagaglio o la merce sono stati messi a sua disposizione. In mancanza di reclamo nei termini anzidetti, si estinguono le azioni nei confronti del vettore, salva l'ipotesi di "*fraud*" da parte di quest'ultimo (art. 31 Convenzione Montreal 1999).

29. Cfr. Trib. Roma, sez. XVII, 22 febbraio 2023, n. 2995, in Redazione Giuffrè 2023, per la quale "L'art. 19 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 [...] introduce una presunzione *iuris tantum* di responsabilità del vettore aereo, superabile offrendo la prova liberatoria del caso fortuito o della forza maggiore, cioè dell'imprevedibilità del danno, tale che non era ragionevole *ex ante* adottare delle misure idonee ad evitarne l'avveramento, ovvero dell'oggettiva impossibilità di adottarle, ma non detta alcuna regola specifica in ordine alla prova dell'inadempimento".

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha interpretato tale disposizione con sentenza del 12 aprile 2018 ^[30], con particolare riguardo al significato da attribuirsi al requisito della forma scritta del reclamo, che, anche ai fini di possibili decadenze, è rispettato nel caso in cui sia registrato nel sistema informatico del vettore aereo e nel caso in cui un agente di quest'ultimo trasponga la denuncia di danno, a scienza del passeggero, in forma scritta, su supporto cartaceo o elettronico, inserendolo nel sistema elettronico. Ciò perché l'art. 31 Convenzione Montreal 1999 dev'essere interpretato nel senso che il reclamo non è subordinato ad altro requisito sostanziale se non a quello per il quale il vettore aereo deve essere posto a conoscenza del danno causato, mentre, dal lato del passeggero, questi deve poter verificare l'esattezza del testo del reclamo, o, anche, sostituirlo, anteriormente alla scadenza del termine previsto dall'art. 31, par. 2, Convenzione di Montreal 1999.

Quanto alla documentazione, l'emissione di una "*bagage identification tag*" ^[31], per ciascun bagaglio registrato, è prevista dall'art. 3, par. 3, Convenzione di Montreal 1999. Essa rappresenta l'unico obbligo gravante sul vettore circa la documentazione dei bagagli a lui consegnati dal passeggero, e deve contenere l'indicazione che il trasporto è sottoposto alle norme che limitano la responsabilità del vettore per perdita, danneggiamento al bagaglio e per il ritardo ^[32]. Ove il vettore non ottemperi, l'inosservanza delle

30. V. C. giust. Ue 12 aprile 2018, causa C-258/16, *Finnair Oyj c. Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia*, EU:C:2018:252, in *Dir. trasp.*, 2019, 131, con nota di D. BOCCHESI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla forma dei reclami per i danni ai bagagli consegnati nel trasporto aereo* e in *Dir. maritt.*, 2019, 546, con nota di M. STUCCHI, *Sul termine per la presentazione dei reclami contro il vettore nel trasporto aereo di bagagli*, ivi, 547.

31. Sembrano potersi riscontrare analogie tra la "*baggage identification tag*" ("*fiche d'identification*" nella lingua francese e "*talón de identificación*" in quella spagnola) così come prevista dall'art. 3, par. 3 della Convenzione di Montreal 1999 e il "*bulletin de bagages*", così come previsto dal sistema di Varsavia, anche se nella convenzione di Montreal del 1999 la sua emissione appare, almeno formalmente, sganciata dall'emissione del biglietto di passaggio aereo.

32. In argomento cfr. D. Bocchese, in *Il biglietto di passaggio e lo scontrino di identificazione del bagaglio*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, a cura di L. Tullio, Napoli, 2006, 11, e spec. 25 ss., per la quale (ivi, 25) lo scontrino di identificazione del bagaglio "finisce per coincidere con quello che nella prassi si denomina "*identification tag*", ossia il nastro adesivo recante il nome del passeggero, la data, il numero del volo e la sigla dell'aeroporto di destinazione che nel corso delle operazioni di check-in viene apposto sul bagaglio consegnato al vettore ed al quale fa riscontro il *claim check*, il tagliando adesivo fissato dall'operatore sul biglietto di passaggio che riproduce le stesse".

norme circa l'emissione dell'"*identification tag*" non pregiudica né l'esistenza né la validità del contratto di trasporto che sarà ugualmente soggetto alla Convenzione di Montreal (dall'art. 3, par. 5, Convenzione di Montreal 1999), senza che ciò comporti la decadenza dal beneficio del limite, come era invece previsto nel regime di Varsavia (art. 4, par. 2) ^[33].

3. La limitazione globale dell'esposizione risarcitoria del vettore per "each passenger" per la perdita o il danneggiamento del bagaglio

L'art. 22, par. 2, Convenzione Montreal del 1999 prevede che la responsabilità del vettore per distruzione, perdita, avaria, o ritardo è limitata a 1288 DSP ^[34] per ciascun passeggero, a meno che quest'ultimo, prima dell'imbarco, non renda una dichiarazione di valore ^[35]. È importante notare che l'articolo in questione opera un generico riferimento al trasporto di bagagli ("*in the carriage of baggage*"), con la conseguenza che il limite ora menzionato dovrebbe intendersi riferito sia al bagaglio consegnato sia a quello non consegnato. Infatti, l'art. 17, par. 4, prevede che, ove non altrimenti specificato, il termine "*baggage*" abbia il significato sia di "*checked baggage*" sia di "*unchecked baggage*".

33. In tema, v. M. M. Comenale Pinto, *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, cit., 72 e 79 (con riferimento alla formulazione del Protocollo dell'Aja del 1955).

34. Nel testo originario della Convenzione di Montreal del 1999 il riferimento era a 1000 DSP; l'attuale valore deriva dalla revisione operata dall'ICAO, ai sensi dell'art. 24 della stessa Convenzione

35. L'art. 22, par. 2, Montreal Convention 1999 dispone: "2. *In the carriage of baggage, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 1 288 Special Drawing Rights for each passenger unless the passenger has made, at the time when the checked baggage was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the passenger's actual interest in delivery at destination*". Per un'analisi comparata della dichiarazione di valore nelle varie modalità di trasporto (con riferimento, per la modalità aerea, alla Convenzione di Varsavia), v. I. Diederiks-Verschoor, *Observations sur la déclaration de valeur*, in *Annals of Air & Space L.*, 5, 1980, 37.

Il fatto che la dichiarazione di valore possa essere resa dal passeggero solo con riferimento "*at the time when the checked baggage was handed over the carrier*" sembra possa sollevare non pochi problemi di interpretazione (^[36]). Incidentalmente, analoga questione si è posta con riferimento al sistema di Varsavia. Anche in questo regime, infatti, ancorché fosse prevista una responsabilità limitata del vettore sia per il bagaglio "*enregistré*" (art. 22, par. 2), che per quello a mano che contenesse oggetti personali (art. 22, par. 3), e, ancorché le cause di decadenza dal beneficio della limitazione si applicassero genericamente al "*transport de bagages*", la dichiarazione di valore veniva prevista solo con riferimento al "*bagage enregistré*". L'art. 3 *bis* del reg. Ce. n. 2027/1997, come modificato dal reg. Ce n. 889/2002, prevede che l'importo supplementare che può essere chiesto da un vettore aereo europeo qualora un passeggero faccia una dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione del proprio bagaglio sulla base dell'art. 22, par. 2 della Convenzione Montreal 1999, sia basato su una tariffa correlata ai costi supplementari connessi al trasporto e all'assicurazione del bagaglio, in aggiunta a quelli per il bagaglio valutato a un livello pari o inferiore al limite di responsabilità. La tariffa deve essere messa a disposizione dei passeggeri che ne facciano richiesta.

36. Cfr. C. giust. Ue, sez. IV, 9 luglio 2020, causa C-86/19, *SL c. Vueling Airlines SA*, EU:C:2020:538, per la quale, con riferimento all'onere della prova da parte del passeggero, "l'art. 17 paragrafo 2 convenzione di Montreal, letto in combinato disposto con l'art. 22 paragrafo 2, deve essere interpretato nel senso che l'importo del risarcimento dovuto a un passeggero il cui bagaglio consegnato, che non sia stato oggetto di una dichiarazione speciale di interesse alla consegna, abbia subito una distruzione, una perdita, un deterioramento o un ritardo, deve essere determinato dal giudice nazionale conformemente alle norme di diritto nazionale applicabili, segnatamente in materia di prova". Tali regole, tuttavia, non debbono essere meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi analoghi in diritto interno, né strutturate in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla convenzione di Montreal. "Questo combinato disposto poi deve essere interpretato nel senso che la somma prevista da quest'ultima disposizione quale limite della responsabilità del vettore aereo in caso di distruzione, di perdita, di deterioramento o di ritardo dei bagagli consegnati che non siano stati oggetto di una dichiarazione speciale di interesse alla consegna costituisce un massimale di risarcimento del quale il passeggero interessato non gode di diritto e forfettariamente. Di conseguenza, spetta al giudice del nazionale determinare, entro tale limite, l'importo del risarcimento che gli è dovuto con riguardo alle circostanze oggetto del caso di specie". La sentenza è stata commentata da V. Corona, *La natura della limitazione risarcitoria e lo standard probatorio per la distruzione e perdita del bagaglio nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 2021, 249, P.P. Fiorini, *La limitazione della responsabilità del vettore aereo per perdita del bagaglio e la prova del danno*, in *Riv. it. dir. trasp.*, 2022, 138 e, con nota redaz., da G. Milizia, *La perdita del bagaglio sul volo è sempre risarcibile, ma a chi spetta l'onere della prova?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 133, 2020, 1.

L'adozione di una limitazione riferita a "*each passenger*"^[37], non correlata al singolo bagaglio (consegnato o non consegnato) o al peso del bagaglio registrato, cui sopra si è fatto cenno, suscita qualche perplessità di carattere generale, dovendosi, pertanto, ritenere una limitazione globale dell'esposizione risarcitoria del vettore verso ciascun passeggero e non per ciascun bagaglio. Qualche dubbio sulla razionalità della previsione sembra sorgere anche in relazione all'omessa considerazione dell'ipotesi in cui il passeggero ecceda rispetto alla franchigia, e si veda conseguentemente richiedere il pagamento di un supplemento di tariffa, in ragione del quale non è tuttavia prevista di per sé alcuna elevazione del limite risarcitorio. Né le perplessità risultano attenuate per la previsione della decadenza del vettore dal beneficio della limitazione, nell'ipotesi in cui il danno derivi da un atto o da una omissione sua, o dei suoi dipendenti o incaricati nell'esercizio delle loro funzioni, compiuto con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che probabilmente ne deriverà un danno (art. 22, par. 5, Convenzione Montreal 1999)^[38].

La questione della limitazione risarcitoria del vettore di bagaglio è stata oggetto di un'interessante sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2012, causa C410/11^[39], che ha interpretato

37. Cfr. M. M. Comenale Pinto, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, cit., 809, che sottolinea come attraverso il sistema della limitazione della responsabilità del vettore per ciascun passeggero si sia abbandonato la soluzione della determinazione sulla base del peso.

38. Sembra condivisibile l'affermazione di A. Zampone, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri*, cit., 27, per il quale: "occorre osservare che l'abbandono della limitazione nel trasporto di persone e la previsione della responsabilità oggettiva con un limite dichiarato espressamente insuperabile nel trasporto di merci riducono, nel sistema della nuova Convenzione, l'ambito di applicazione della nozione di condotta temeraria e consapevole, quale ipotesi di decadenza dal beneficio della limitazione; tale nozione continuerà ad avere rilevanza nei soli casi di danno da ritardo e danno al bagaglio".

39. Cfr. C. giust. 22 novembre 2012, causa C 410/11, *Pedro Espada Sánchez e altri c. Iberia Líneas Aéreas de España SA*, EU:C:2012:747, nell'ambito della quale qualche profilo di interesse offrono alcuni passi (ivi, punti 32-35), secondo i quali "non si può validamente sostenere che il riconoscimento del diritto al risarcimento previsto all'art. 22, par. 2, della convenzione di Montreal al passeggero i cui oggetti si trovavano nel bagaglio consegnato da un altro passeggero pregiudicherebbe il giusto equilibrio degli interessi, in quanto comporterebbe per i vettori aerei un onere di riparazione molto gravoso, difficilmente identificabile e calcolabile, idoneo a compromettere, se non a paralizzare, la loro attività economica, e sarebbe così contrario a tale convenzione", tenuto conto del fatto che un tale riconoscimento non osta affatto alla possibilità, per i vettori aerei, di identificare e di calcolare chiaramente, per ciascun passeggero, l'onere di risarcimento a cui essi possono essere assoggettati. In particolare (punto 34 della sentenza), non solo tale onere potenziale non è idoneo a compromettere o paralizzare l'attività economica di detti vettori, ma si afferma che poiché "le limitazioni di responsabilità menzionate al punto 29 della [...] sentenza avvantaggiano i vettori aerei e che, per quanto riguarda i bagagli, il limite previsto costituisce, in applicazione dell'art. 22, par. 2, della convenzione di Montreal, un massimale di risarcimento che non può quindi essere acquisito di diritto e in via forfettaria da ciascun passeggero in caso di perdita dei suoi bagagli".

l'art. 22, par. 2, Convenzione di Montreal 1999, in combinato disposto con l'art. 3, par. 3 della medesima convenzione, nel senso che il diritto al risarcimento e la limitazione risarcitoria del vettore in caso di perdita del bagaglio sono applicabili anche nei confronti del passeggero che chieda il risarcimento a titolo di perdita di un bagaglio consegnato a nome di un altro passeggero, a condizione che tale bagaglio perduto contenesse effettivamente gli oggetti del primo passeggero. In particolare, è stato in tale ambito rilevato, è onere dei passeggeri interessati, sotto il controllo del giudice nazionale, dare la prova dell'effettivo contenuto dei bagagli smarriti e della sua appartenenza a un passeggero imbarcato sullo stesso volo di quello a nome del quale risulta la consegna al vettore. A tal riguardo, il giudice nazionale può tener conto del fatto che detti passeggeri siano membri di una medesima famiglia, abbiano acquistato i biglietti insieme o, ancora, si siano registrati nello stesso momento (punto 35 sent.).

Sulla delicata questione della risarcibilità del danno non patrimoniale e del suo eventuale concorso con il danno di natura contrattuale, si è pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione ^[40] con una importante sentenza resa in data 6 maggio 2010 ^[41], relativamente ad una richiesta risarcitoria per lo smarrimento di un bagaglio nel corso di un trasporto aereo in partenza da Barcellona e diretto a Oporto, comprendente sia il controvalore del bagaglio smarrito sia i danni morali causati da detto smarrimento. La Corte, dopo aver precisato che il termine "*préjudice*" figurante tanto nel titolo del capo III quanto nel paragrafo 1 dell'art. 17 della Convenzione di Montreal del

40. Al riguardo, cfr. E. G. Rosafio, *Il danno non patrimoniale nel trasporto aereo*, in *XXXIV Jornadas Latino americanas de derecho aeronáutico y espacial*, a cura di M. Folchi, Michele M. Comenale Pinto, Umberto La Torre, Francesco Morandi, Rita Tranquilli-Leali, con il coordinamento di L. Masala, Elisabetta G. Rosafio, Anna L. Melania Sia, Cedam, Padova, 2010, 241 ss.

41. Cfr. C. giust. Ue 6 maggio 2010, causa C-63/09, *Axel Walz c. Clickair SA*, EU:C:2010:251, commentata da M. M. Franciseti Brolin, *La Corte di giustizia riconosce (limitatamente) il danno morale per perdita del bagaglio nel trasporto aereo*, in *Contr. impr. Europa*, 2010, 881; *Dir. maritt.*, 2011, 421, con nota M. Brignardello, *Il risarcimento limitato dei danni morali derivanti da perdita del bagaglio nel trasporto aereo*; in *Riv. dir. nav.*, 2011, 267, con nota di N. Liberatoscioli, *Nel caso di perdita dei bagagli, il massimale di responsabilità del vettore aereo comprende i danni sia materiali sia morali*, ivi, 274.

1999, nella versione in lingua francese, è da considerarsi, ai fini dell'interpretazione di tale Convenzione, come sinonimo di "dommage", menzionato nel titolo e nel paragrafo 2 dell'art. 17 della detta Convenzione, ha affermato il principio per il quale i due termini debbano essere intesi nel senso che includono tanto i danni di natura materiale quanto quelli di natura morale. Ne consegue che le differenti limitazioni del risarcimento menzionate al capo III della Convenzione di Montreal, compresa quella di cui all'art. 22, par. 2, vadano applicate all'integralità del danno causato, indipendentemente dalla natura materiale o morale di quest'ultimo^[42].

42. Nel medesimo filone, nella giurisprudenza interna italiana, cfr. Cass., sez. III, 6 maggio 2023, n. 28200, per la quale "L'art. 22 della Convenzione di Montreal ha lo scopo di stabilire una limitazione della responsabilità del vettore aereo". Ne consegue che "l'indennità di 1000 diritti speciali di prelievo (unità convenzionale il cui valore, legato alle quotazioni dell'oro, è rilevabile giornalmente, ai sensi delle tabelle ufficiali predisposte dal Fondo monetario), da esso previsto in caso di perdita totale del bagaglio registrato, ricomprende tutte le voci di danno rivendicate dal passeggero (e, dunque, non soltanto il danno patrimoniale derivante dai beni perduti e dal costo per l'acquisto dei nuovi beni necessari, ma anche il danno non patrimoniale). Il passeggero deve fornire un elenco dei beni contenuti all'interno del bagaglio soltanto nel caso in cui voglia ottenere un risarcimento maggiore di quello consentito dalla Convenzione"; Cass., sez. VI, ord. 9 febbraio 2021, n. 3165, in *Riv. dir. nav.*, 2021, 444, (per la quale tema di trasporto aereo internazionale eseguito da più vettori successivi, ove si verifichi un incidente o un ritardo nella consegna del bagaglio o della merce e resti indimostrato che il fatto dannoso si sia verificato nel percorso di competenza di uno solo, in applicazione dell'art. 36 della Convenzione di Montreal del e dell' art. 1700 c.c., nei confronti del danneggiato opera la responsabilità solidale di tutti i vettori mentre, nei rapporti interni, ciascuno risponde in proporzione alla tratta di propria competenza), con nota M. Lamon, *Vettori aerei successivi, responsabilità per ritardo nella riconsegna del bagaglio e limitazione risarcitoria*, ivi, 450; Cass., sez. III, 14 luglio 2015, n. 1466, in *Dir. trasp.*, 2016, 545, che ha enunciato il seguente principio di diritto: "Ai sensi della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (recante l'unificazione di alcune norme sul trasporto aereo internazionale), ove il vettore aereo internazionale si renda responsabile del ritardo nella consegna al passeggero del proprio bagaglio (art. 19 della Convenzione), la limitazione della responsabilità risarcitoria dello stesso vettore fissata (nella misura di 1000 diritti speciali di prelievo per passeggero) dall'art. 22, n. 2, della Convenzione opera in riferimento al danno di qualsiasi natura patito dal passeggero medesimo e, dunque, sia nella sua componente meramente patrimoniale, che in quella non patrimoniale, da risarcirsi, quest'ultima, (allorquando, come nella specie, trovi applicazione il diritto interno) ai sensi dell'art. 2059 c.c., come conseguenza seria della lesione grave di diritti inviolabili della persona, costituzionalmente tutelati". Al riguardo cfr. la nota critica di L. Tullio, *La risarcibilità del danno morale secondo la Convenzione di Montreal: la Cassazione travisa l'interpretazione della Corte di giustizia europea*, in *Dir. trasp.*, 2017, 552, per il quale: "In definitiva, occorre ribadire che, nel trasporto aereo regolato dalla Convenzione di Montreal, il danno morale è sempre risarcibile, perché così ha detto la Corte di giustizia europea, le cui sentenze sono vincolanti per gli Stati membri. Rimane, naturalmente, a carico del passeggero l'onere preventivo di provare la sussistenza di un danno morale, cioè di un danno che abbia determinato un'alterazione in senso negativo dell'equilibrio spirituale della persona. Ma, una volta provata la sussistenza di una tale tipologia di danno, esso è risarcibile anche se non sia lesivo di diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti" (ivi, 554). Per la giurisprudenza di merito cfr., di recente, App. Napoli, sez. VII, 8 maggio 2023, n. 2032, in *Redazione Giuffrè* 2023, per la quale "In caso di perdita di bagaglio durante un viaggio aereo, il vettore aereo è responsabile della perdita del bagaglio del passeggero, entro i limiti indicati nella Convenzione di Montreal del 1999, dall'art. 22, par. 2, e tali limiti riguardano il danno di qualsiasi natura patito dal passeggero medesimo e, dunque, non solo nella sua componente meramente patrimoniale, ma anche in quella non patrimoniale, da risarcire. Il sistema di limitazione della responsabilità che attiene ad ipotesi specifica di perdita del bagaglio e non già a quella diversa di morte o lesioni della persona rappresenta un equilibrato contemperamento degli interessi delle compagnie aeree e dei diritti dei passeggeri". Cfr., altresì, Trib. Frosinone 22 novembre 2016, ove "il danno non patrimoniale derivante dalla perdita delle immagini fotografiche scattate durante il viaggio di nozze, pur avendo rilevanza sul piano affettivo, non produce una lesione grave di diritti costituzionalmente rilevanti e non è pertanto risarcibile. La sentenza è pubblicata, in *Giust. civ. comm.*, 2016, con nota di A. Dasara, *Perdita delle foto ricordo del viaggio di nozze: il risarcimento è da dimenticare*; Trib. Marsala 5 aprile 2007, per il quale la limitazione dell'obbligazione risarcitoria prevista dall'art. 17 della convenzione di Montreal del 1999 si riferisce non soltanto al danno patrimoniale consistente *ex se* nello smarrimento del bagaglio aereo, ma anche a tutte le altre tipologie di danno, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 9, 1902, con nota di S. Vernizzi *Perdita del bagaglio consegnato: il vettore aereo risponde (limitatamente) del pregiudizio non patrimoniale conseguente al suo inadempimento contrattuale?*.

Tale conclusione troverebbe conforto, a detta della Corte, nell'esigenza, posta in luce anche nel quinto paragrafo del Preambolo della Convenzione, di "realizzare il giusto equilibrio degli interessi", tra vettori aerei e passeggeri, prevedendo "nelle diverse ipotesi nelle quali il vettore è ritenuto responsabile in forza del capo III della convenzione di Montreal [...] limiti chiari di risarcimento riferiti all'integralità del danno subito da ciascun passeggero in ciascuna delle dette ipotesi, indipendentemente dalla natura del danno causato a quest'ultimo. Infatti, una limitazione così concepita consente ai passeggeri d'essere risarciti agevolmente e rapidamente, senza per questo imporre ai vettori aerei un onere di riparazione molto gravoso, difficilmente identificabile e calcolabile, idoneo a compromettere, se non a paralizzare, la loro attività economica".

È chiaro che le problematiche qui in discussione sono connesse all'ammissibilità della risarcibilità del danno non patrimoniale ^[43] legato all'avvenuta conclusione di un contratto di trasporto aereo, valutando se, negli ordinamenti nazionali (ivi compreso il nostro diritto interno), nella normativa europea e in quella internazionale, vi sia spazio per una autonoma risarcibilità del danno non patrimoniale legato alla conclusione

43. In Italia, con riferimento ai danni non patrimoniali, l'art. 2059 c.c., inserito nel titolo relativo ai fatti illeciti, prevede che "il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge". Non è presente nel nostro ordinamento una disposizione di contenuto analogo che si riferisca espressamente al campo contrattuale. Per questo motivo, la maggior parte della giurisprudenza di legittimità e della dottrina italiana, almeno fino alla sentenza delle sezioni unite della Cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2008 n. 26972 (alla quale in questa sede si intende solo fare un cenno), propendeva per una non risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni. Di recente, Cass., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 4723, ha stabilito che in caso di ritardata consegna del bagaglio in un trasporto aereo internazionale, è risarcibile il danno non patrimoniale, consistente nello stress, nell'ansia e nel disagio scaturiti dalla lesione del diritto di circolazione (che ha rilievo costituzionale ex art. 16 Cost.), la quale va intesa come limitazione alla libertà di movimento derivante dall'indisponibilità dei propri oggetti personali durante una parte del soggiorno all'estero. Di interesse è anche la decisione del giudice di Pace di Bari del 20 gennaio 2010, n. 399 (in un momento precedente quindi alla sentenza della C. giust. 6 maggio 2010, causa C-63/09, *Axel Walz c. Clickair SA*) aveva ritenuto ammissibile in favore del passeggero oltre che il risarcimento del danno patrimoniale subito anche di quello non patrimoniale. Si trattava di un passeggero cui era stato consegnato con molto ritardo il bagaglio in cui erano contenuti medicinali e una macchina indispensabile per permettergli un riposo senza complicazioni, essendo affetto da particolare sindrome, e che aveva avanzato una richiesta di risarcimento del danno patrimoniale subito e di quello non patrimoniale poiché la ritardata consegna del bagaglio lo aveva notevolmente pregiudicato nella salute e nell'animo.

di un contratto di trasporto aereo^[44]. La questione mostra tutto il suo interesse, ove si tenga conto in particolar modo della sentenza della Corte di giustizia alla quale si è fatto prima cenno, poiché dalla lettura della motivazione della stessa si ricava l'impressione che i giudici europei propendano per una risarcibilità (e, quindi, in ultima analisi per una ammissibilità) del danno non patrimoniale, seppur entro i limiti di cui all'art. 22, par. 2 della Convenzione di Montreal del 1999.

4. Il problema dell'assoggettabilità dei danni agli ausili dei passeggeri a mobilità ridotta a limiti risarcitori e considerazioni conclusive

Un cenno a parte merita il problema del danno agli ausili alla mobilità che siano trasportati insieme al passeggero aereo o che siano imbarcati, per i quali né nella convenzione di Montreal del 1999 né nel reg. Ce 2027/1997, come modificato dal reg. Ce 889/2002, vi è un accenno: ciò implica che ove questi siano consegnati al vettore o comunque vadano danneggiati nel trasporto il risarcimento soggiacerà ai limiti del previsti per il bagaglio nella convenzione medesima.

44. Cfr. Cass., sez. III, 14 luglio 2015, n. 1466, cit., nel cui ambito può leggersi: "[...] il Collegio intende aderire alla richiamata, convincente, esegesi [...], osservando, altresì, che l'art. 22, n. 2, della Convenzione di Montreal individua, entro un determinato "limite assoluto" di ristoro, soltanto la portata complessiva dell'area di risarcibilità del danno, da assumersi secondo una nozione generica e come tale astrattamente omnicomprensiva sia del pregiudizio inferito alla sfera meramente patrimoniale del passeggero (il danno "materiale"), sia di quello attinente alla sfera "non patrimoniale" (il danno "morale"), lasciando, però, alle regole di ciascun ordinamento degli Stati aderenti la fissazione del contenuto proprio della obbligazione risarcitoria. Nel caso di specie (in cui non è in discussione l'applicazione del nostro diritto nazionale), in riferimento al danno "morale" occorre, quindi, far riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2059 cod. civ., alla luce del "diritto vivente" consolidatosi a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite civili del novembre 2008 (cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972), ossia secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata di detta norma che consente la risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi "previsti dalla legge", e cioè nelle ipotesi di fatto illecito astrattamente configurabile come reato, di fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato e, infine, di fatto illecito gravemente lesivo di diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale. Con l'ulteriore precisazione che in quest'ultima ipotesi (come in quella di espressa previsione legislativa), il danno non patrimoniale sarà risarcibile anche se derivante da inadempimento contrattuale (siccome, per l'appunto, ricondotto dall'attuale "diritto vivente" alla norma dell'art. 2059 c.c., e non nell'orbita della disciplina, contrattuale, di cui agli artt. 1174, 1218, 1223, 1225 e 1227 c.c.)."

È utile ricordare, seppur sinteticamente, che il reg. Ce n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo prevede, all'art. 12, che nel caso in cui le sedie a rotelle, le altre attrezzature per agevolare la mobilità o i dispositivi di assistenza vengano persi o danneggiati durante la gestione in aeroporto o il trasporto a bordo degli aeromobili, il passeggero cui appartengono è risarcito in conformità di quanto prevede il diritto internazionale. Nel trasporto marittimo di persone, invece, la Convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, come modificata dal Protocollo di Londra del 1° novembre 2002^[45], cui fa peraltro rinvio il reg. Ce n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009^[46], prevede all'art. 4 che in caso di perdita o di danni ad ausili alla mobilità o ad altre apparecchiature specifiche utilizzate da un passeggero a mobilità ridotta, la responsabilità del vettore sia disciplinata dall'art. 3, par. 3, della stessa Convenzione di Atene, considerandolo, quindi, nella categoria del *"luggage other than cabin luggage"*. Tuttavia, come sopra accennato, in questo caso, il risarcimento corrisponde al valore di sostituzione dell'apparecchiatura in questione o, se del caso, ai costi di riparazione.

In conclusione, nel porre in luce come nel trasporto aereo manchi una disciplina specifica, tanto che, in più occasioni, è stata applicata quella della responsabilità per la perdita o l'avaria del bagaglio, sembra doversi rilevare come una tale collocazione non sia condivisibile in quanto, trattandosi di ausili alla mobilità o ad altre apparecchiature specifiche utilizzate da un passeggero a mobilità

45. La Convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, sia nel testo originario che in quello modificato dal Protocollo di Londra del 1° novembre 2002, non è mai stata ratificata dall'Italia.

46. In particolare, l'art. 3 del reg. Ce n. 392/2009, per disciplinare il regime di responsabilità del vettore nei confronti dei passeggeri, del loro bagaglio e dei loro veicoli, rinvia ad alcune disposizioni della Convenzione di Atene come modificata. Con specifico riguardo al *"cabin luggage"*, il riferimento è all'art. 3, par. 3, per il quale: *"[...] the carrier shall be liable if the incident which caused the loss was due to the fault or neglect of the carrier. The fault or neglect of the carrier shall be presumed for loss caused by a shipping incident"*. Il successivo par. 4, prevede per il danno al *"luggage other than cabin luggage"*, che il vettore *"shall be liable unless the carrier proves that the incident which caused the loss occurred without the fault or neglect of the carrier"*.

ridotta, sembrerebbe più confacente che essi siano ricondotti nei danni alla persona e, quindi, non siano assoggettabili ad alcun limite risarcitorio. Una tale interpretazione sarebbe anche in linea con il contenuto della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CDPD), adottata il 13 dicembre 2006 a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, entrata in vigore a livello internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata dall'Italia con l. 3 marzo 2009 n. 18, e di cui è parte l'Unione ^[47], tenuto conto che il rispetto dell'integrità fisica e mentale su base di uguaglianza con gli altri della persona con disabilità (art. 17) non può prescindere dalla considerazione dell'ausilio alla mobilità come parte integrante della persona stessa del disabile ^[48].

47. L'art. 33, par. 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CDPD) impone agli Stati parte della Convenzione di istituire un quadro per promuovere, proteggere e monitorare l'attuazione della CDPD. In quanto parte della CDPD, l'Unione europea ha designato tale quadro di riferimento per le questioni di competenza dell'UE, tra cui: "legislazione e politica dell'UE: non discriminazione, diritti dei passeggeri, finanziamento UE, ecc.; pubblica amministrazione dell'UE: selezione del personale, accesso ai documenti, ecc.". Il Quadro dell'UE, diventato operativo nel 2013, integra i quadri nazionali di monitoraggio, che si occupano della promozione, della protezione e del monitoraggio della CDPD negli Stati membri dell'Unione europea. Al riguardo cfr. <https://fra.europa.eu/it/content/quadro-dellue-la-convenzione-delle-nazioni-unite-sui-diritti-delle-persone-con-disabilita>.

48. Si veda l'art. 20, relativo alla mobilità personale per il quale: "*States Parties shall take effective measures to ensure personal mobility with the greatest possible independence for persons with disabilities, including by: a) Facilitating the personal mobility of persons with disabilities in the manner and at the time of their choice, and at affordable cost; // b) Facilitating access by persons with disabilities to quality mobility aids, devices, assistive technologies and forms of live assistance and intermediaries, including by making them available at affordable cost; // c) Providing training in mobility skills to persons with disabilities and to specialist staff working with persons with disabilities; // d) Encouraging entities that produce mobility aids, devices and assistive technologies to take into account all aspects of mobility for persons with disabilities*".

**El concepto de daño moral
(extrapatrimonial) en Argentina y
distinción con el daño psíquico y la
cuantificación de este en el transporte aéreo.
Baremos y criterios**

Emilio Romualdi

1. La norma fraccionada

Las normas jurídicas son representaciones abstractas y razonadas de la conducta humana y se expresan a través del lenguaje.

En este sentido, Heidegger ha afirmado que “el pensar consume la referencia del ser a la esencia del hombre. No hace ni efectúa esta referencia, el pensar sólo la ofrece al ser como aquello que le ha sido entregado por el ser. Este ofrecer consiste en que el pensar el ser tiene la palabra. La palabra – el habla - es la casa del ser. En su morada habita el hombre”^[1]

Así, el lenguaje dice lo que está dentro del ser humano, sus ideas, su voluntad, sus sentimientos y ha sido objeto de estudio estructural y finalista^[2], que si bien exceden el objeto de este trabajo merecen algunas consideraciones.

Esta posibilidad de comunicarnos a través del lenguaje, transmitiendo y compartiendo ideas o mensajes es lo que nos ha permitido convertirnos en la especie dominante del planeta.

1. Heidegger, Martín Cartas sobre el Humanismo, Ediciones del 80, Buenos Aires, 1997, pág. 63

2. Entre otros ver: Ecco, Humberto Obra Abierta, Plantea- De Agostini, Buenos Aires, 1992 Brandom, K. B. Making it Explicit, Cambridge, Massachusets, 1994, Ferdinand de Saussure Curso de Lingüística General 22 edición, Losada, Buenos Aires, Derrida, Jacques L'Écriture et la Différence, Éditions du Seuil, París, 1967

Sin embargo, a veces el lenguaje actúa como factor de exclusión o de división cultural. En este sentido, afirmaba John Locke “la mayor parte de las cuestiones y controversias que afectan a la humanidad residen en el uso dudoso e incierto de las palabras, o lo que es lo mismo, las ideas indefinidas que ellas representan”^[3].

El intérprete de la norma debe, mediante el lenguaje, establecer cuál es en definitiva el sentido de la solución adoptada. La normativa internacional pretende unificar soluciones en base a una idea común.

Ahora bien, los términos pueden significar cosas distintas y se requiere un sistema que permita unificar la comprensión de los términos normativos. “El saber implícito relativo a cómo se sigue una regla antecede al saber explícito de cuál regla es la que uno sigue. Uno debe entenderse en una práctica guiada por reglas antes de poder hacer explícita esta capacidad y de formular con tal esa regla que intuitivamente se sabe”^[4].

No es un problema exclusivamente de polisemia del término en el lenguaje; es además y esencialmente, un problema de significado jurídico y la interpretación judicial hace precisamente esta tarea: es la jurisprudencia.

El objeto de la normativa internacional no es que tenga un efecto solipsista. El dominio práctico de la norma jurídica, tanto internacional como nacional, es su capacidad de participación social.

En el caso de un convenio internacional, es que sus postulados abstractos unifiquen las soluciones concretas de cada caso particular que en el campo del derecho comparado se expresa en la idea de la uniformidad o unificación normativa. Sin embargo, este postulado no es tan sencillo de cumplir.

3. Locke, John, Ensayo sobre el entendimiento humano, Sarpe, Madrid, 1984, pág. 4

4. Habermas, Jürgen Acción comunicativa y razón sin trascendencia, Piados, Buenos Aires, 2003, pág. 85

Ello así porque simplemente a partir de la ausencia de significación unívoca de un concepto, ese proceso de unificación de soluciones concretas desaparece. Es que el discurso – toda norma jurídica lo es – “tendrá desde luego como tarea el decir lo que es, pero no será más que lo que dice”^[5] .

El lenguaje de la norma ya no es representación como para los clásicos, sino que es significación y la tarea es precisamente darle un significado al convenio internacional en relación con las cosas o conductas a las que refiere la norma.

En este sentido, no es relevante el texto literal de la norma y las deficiencias que pudiera tener como las que resalta Ferrer^[6] en la redacción del art. 21 al convenio de Montreal de 1999, sino el significado que conforme le asigna la jurisprudencia del lugar donde se resuelve el conflicto. Como discurso, las normas no existen, sino que significan.

Es que, como sostiene Carrió^[7] puede haber, y hay, diversos concretos del deber jurídico, “o con mayor precisión, más de un concepto de deber jurídico. Es común que los autores elaboren su propia noción y desplieguen el contenido de ella en la forma de una definición especulativa...”.

En el mundo académico se podría intentar definir algunos términos o establecer reglas que permitan unificar el sentido simbólico de la norma. Sin embargo, el efecto práctico de esta tarea es relativo. Más aún, en el orden internacional esta idea de definir conceptos en los convenios empieza a ceder progresivamente.

5. Foucault, Michel *Las palabras y las cosas* (una arqueología de las ciencias humanas), Siglo XXI editores S.A de CV, México, 1997, pág. 50

6. Ferrer, Manuel Augusto en *Transporte Aéreo Internacional – Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional – Dirección Mario O. Folchi, ALADA*, Buenos Aires, 2002, pág. 256/257

7. Carrió, Genaro, “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires., 1986, p. 178.

La razón es que, en el funcionamiento del sistema jurídico, quien realiza la tarea de darle significación al concepto contenido en el convenio internacional es la jurisprudencia.

En este sentido, el significado final del discurso contenido en la norma no es literario, sino que es jurídico, entendiendo como tal la interpretación de la misma a partir de la definición que da a cada instituto el derecho local, por intermedio de la jurisprudencia.

En este sentido, es de apreciar que en el trabajo presentado en las Primeras Jornadas Académicas del Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico realizadas por la Asociación de Líneas Aéreas de Costa Rica (ALA) la Dra. Elizabeth M. Freidenberg^[8] menciona - entre otras - algunas diferencias en los países del Mercosur sobre el reconocimiento del daño moral y su inclusión o exclusión del límite cuantitativo previsto en el convenio, el reconocimiento del retraso que demuestran una aplicación diversificada de una misma norma jurídica.

Este breve análisis permite concluir que la jurisprudencia vincula y valora las normas internacionales con las locales.

Estas últimas actúan como verdaderas circunstancias no contempladas en la ley^[9], estableciendo modificaciones que terminan fraccionando el convenio internacional.

El propio Kelsen^[10] ha sostenido que “una norma jurídica tiene dos o más significados”^[11] - pero también su producto: “mediante una interpretación auténtica una norma jurídica puede

8. Freidenberg, Elizabeth M. “Jurisprudencia sobre la Responsabilidad Emergente del Contrato de Transporte Aéreo Internacional en el Mercosur”, Publicación de las “Primeras Jornadas Académicas del Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico”, pags. 217 a 248, Costa Rica, 1999

9. Conforme el desarrollo de Carlos Cossio en su libro “La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad”

10. Kelsen, Hans (“Sobre la interpretación”, Revista Eunomía (1), 2011, pp. 173-184..

11. Kelsen, H ob cit, Pág. 2

ser reemplazada por otra norma de contenido completamente diferente”^[12]. Es decir, Kelsen utiliza el término “norma” para referirse indistintamente tanto al objeto de interpretación como a su producto.

Todo ello, sin dejar de considerar la valoración de normas y conductas por parte del juez. Sin dudas esa operación valorativa individual, acto de la personalidad del juzgador, terminará condicionando y fraccionando la norma internacional con sus prejuicios culturales, que diferirá conforme el lugar del mundo en que se encuentre.

Lo cierto es que las normas jurídicas en cuanto a su carácter prescriptivo, parafraseando a Herman Lotze citado por Herrera Figueroa^[13], no existen, sino que valen porque la prescripción contiene necesariamente valores vinculados con la moral colectiva. Ésta al ser espontánea refleja claramente cuáles son los valores colectivos vigentes en la sociedad en un momento histórico determinado.

Para concluir con la idea: la norma jurídica de un convenio internacional es un discurso cuyo significado está dado por la jurisprudencia que interpreta su texto, aplica sus institutos y otorga validez a su contenido a partir de las normas locales, condicionadas por reglas morales y valores culturales de cada sociedad.

Sin embargo, no es el único desafío que se le presenta al magistrado en el momento de emitir su sentencia. Al significado conceptual jurídico valorativo hay que relacionarlo con el comportamiento de los actores sociales, que no siempre se comportan como lo refleja la norma jurídica. Toda norma jurídica tiene un presupuesto fáctico, una representación abstracta de la

12. Kelsen, H ob cit, Pág 2 y 5

13. Herrera Figueroa, Miguel Filosofía de los valores, Leuka, Buenos Aires, 1997, pág. 52

realidad vinculada con el comportamiento de los actores sociales al momento de su dictado. Sin embargo, ese comportamiento se va modificando con el transcurrir del tiempo y muchas veces se disocia de manera notable con el comportamiento de los actores sociales. Esta cuestión tampoco es menor; en el proceso de adecuación, los prejuicios derivados de la normativa nacional, los valores culturales y el estado de la jurisprudencia local juegan un papel trascendente para dar respuesta a esta tarea y pueden llevar a soluciones no sólo no uniformes, sino disímiles para casos similares.

2. Los sistemas de unificación controversiales y consultivos

Los sistemas legales han tratado de dar solución al problema del fraccionamiento normativo a partir de los sistemas uniformadores de la jurisprudencia local, como los sistemas casatorios perfectos (interpretación de la norma en abstracto mediante un tribunal que tiene esta exclusiva función) o los sistemas casatorios imperfectos que, al resolver el caso, establecen una doctrina legal uniforme para sus tribunales inferiores.

Por ejemplo, el art. 65 del ordenamiento judicial italiano al disciplinar las atribuciones de la Corte de Casación, establece en su primera parte, que “la corte suprema de casación, como órgano supremo de justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, (y) la unidad del derecho objetivo nacional de casación, como órgano supremo de justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, (y) la unidad del derecho objetivo nacional.

En este sentido, sostiene Chiarloni ^[14] que en la “uniforme interpretación de la ley” es necesario concentrar la atención. Ésta es la tarea fundamental de la corte de casación y, en general, de todas las cortes supremas. Así, desde hace algún tiempo, han sido puestos a la luz los valores contenidos en la uniformidad de la interpretación asegurada a través de la autoridad, no importa si persuasiva o vinculante ^[15].

A modo de ejemplo, en Argentina ha existido el instituto del plenario previsto en el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o los recursos que, con distinta denominación, hace que los tribunales superiores estaduales establezcan una doctrina legal vinculante para sus tribunales inferiores ^[16].

Así, siguiendo al procesalista antes mencionado, se puede decir que la casación persigue en primer lugar, el principio de igualdad, tal como se expresa en el persuasivo enunciado, “trata las situaciones iguales en modo igual”. Resoluciones sucesivas incoherentes contravienen el principio de paridad de tratamiento de los sujetos que recurren a la tutela jurisdiccional.

En segundo lugar, la predictibilidad de las decisiones. Una praxis de precedentes uniformes de la corte suprema reduce la conflictividad y permite seguridad y previsibilidad del tráfico jurídico.

En tercer lugar, la autoridad misma de la corte suprema. La coherencia interna determinada por decisiones estandarizadas en un sistema de precedentes produce un reforzamiento de la institución judicial en el cuadro de los poderes del Estado, que una jurisprudencia signada por contrastes, deserciones y oscilaciones.

Si bien estas consideraciones fueron efectuadas en el marco del proceso contradictorio, la función de los procesos consultivos previos es similar.

14. CHIARLONI, Sergio Un mito rivisitato: note comparative sul precedente giudiziale, en Riv. dir. proc., 2001

15. CHIARLONI, S ob cit, p. 614 ss.

16. Art. 161 ic. 3.a) de la Constitución de la provincia de Buenos Aires

Los 'procesos de "armonización" en derecho comparado requieren de los procedimientos de opiniones consultivas que generan uniformidad dentro del grupo de países.

Sostiene Carrizo Adris^[17] que, si bien en los procesos de integración la uniformidad absoluta no siempre está justificada, todo acuerdo de complementación regional requiere de la integración jurídica. En este sentido, el concepto de armonización desplazó los viejos anhelos de alcanzar la unificación "de derecho por metas más cercanas a las posibilidades fácticas de realización (...) actualmente la expresión unificar disposiciones legales no involucra solamente a las reglas de derecho positivo. El fin no es alcanzar necesariamente la ley uniforme, pretendida por los comparatistas de antaño. Si bien la ley uniforme se nos presenta como el procedimiento más importante de unificación, hoy se apela a otras formas, tales como la ley modelo^[18] e incluso la uniformización derivada de la práctica diaria de los abogados al utilizar contratos modelos, delineados para ciertas áreas del derecho comercial^[19].

Ahora bien, unificares distinto de armonizar. La armonización es el proceso de aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos o doctrina común (jurisprudencia casatoria previa) que puedan servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales coordinen el enfoque práctico jurídico de un conflicto de intereses determinados^[20].

En América carecemos de un mecanismo regional previsto para armonizar jurisprudencia y en el orden regional el Protocolo de Olivos sobre resolución de controversias, vigente desde enero de 2004^[21], no

17. Carrizo Adris, Gustavo El procedimiento de opinión consultiva en el Protocolo de Olivos sobre resolución de controversias - Estudio comparado entre el procedimiento de opinión consultiva y el envío prejudicial -, IJ Editores, Buenos Aires, 2010, págs.9 y 13

18. Como el proyecto de Código Latinoamericano efectuado por ALADA

19. Carrizo Adris, Gustavo, ob cit pág. 11

20. Garro, Alejandro M Armonización y unificación del Derecho privado en América Latina, esfuerzos, tendencias y realidades , RDCO N° 147, mayo/agosto 1992, pág. 301

21. Aprobado en Argentina por ley 26405 S 20/8/2008, P 9/9/2008, BO 12/9/2008

tiene un mecanismo similar al europeo para armonizar la normativa del grupo de países sobre temas de derecho común. A diferencia del Mercosur, la Comunidad Andina estableció un Tribunal de Justicia con facultades similares a las previstas en la comunidad europea. Ello así, ya que el Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su art. 6° regula la creación del Tribunal de Justicia y en el art. 41 del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Protocolo de Trujillo) establece que ese tribunal será el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina.

En el caso argentino conforme los arts. 28 a 31 se prevé el procedimiento consultivo por vía prejudicial cuya interpretación es obligatoria para los jueces nacionales (art. 31).

Una solución similar tiene el proceso de integración centroamericana en el que el 13 de diciembre de 1991, los Presidentes del Istmo Centroamericano, firmaron el Protocolo de Tegucigalpa, que reforma la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) constituyendo el “Sistema de la Integración Centroamericana”, que establece La Corte Centroamericana de Justicia en el artículo 12 y que en el art. 22 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia ^[22] establece las facultades consultivas.

22. ARTÍCULO 22. La competencia de La Corte será: a) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Previamente las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio. b) Conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana. c) Conocer, a solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten los Convenios, Tratados y de cualquier otra normativa del Derecho de la Integración Centroamericana, o de los Acuerdos o resoluciones de sus Organos u organismos; ch) Conocer y fallar, si así lo decide, como árbitro, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio ex aequo et bono, si los interesados, lo convienen; d) Actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo; e) Actuar como órgano de Consulta de los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, en la interpretación y aplicación del “Protocolo de Tegucigalpa de reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)”, y de los instrumentos complementarios y actos derivados de los mismos; Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Organos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales; g) Conocer de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Órgano u Organismo del Sistema de la Integración Centroamericana; h) Conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado Centroamericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos; i) Hacer estudios comparativos de las Legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes para realizar la integración jurídica de Centroamérica. Esta labor la realizará en forma directa o por medio de institutos u organismos especializados como el Consejo Judicial Centroamericano o el Instituto Centroamericano de Derecho de Integración; j) Conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Organos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada; k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del “Sistema de la Integración Centroamericana”, creado por el “Protocolo de Tegucigalpa”, sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

Ahora bien, está claro que no existe en la región un mecanismo de armonización jurisprudencial, pero queda subsidiariamente lo dispuesto por el art. 64 de la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica, 7/22 de noviembre de 1969) que establece que “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que le compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Las cuestiones vinculadas con el daño a las personas han sido objeto de tratamiento en la Corte donde se ha desarrollado el concepto de “daño existencial” en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos humanos en los casos “Loayza Tamayo”,^[23] que se consolida posteriormente en el precedente “Bulacio”^[24] y en el precedente Mapiripan,^[25] se introduce – como ya desarrollara en Bogotá en el marco de las XXXIIas. Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial - la afectación al proyecto de vida, como módulo de reparación tanto del daño patrimonial como del extrapatrimonial. La Corte Interamericana,

23. Corte Interamericana de Derechos Humanos *Loayza Tamayo vs. Perú*, serie C n. 33, del 17/9/1997 - Corte Interamericana de Derechos Humanos *Loayza Tamayo vs. Perú* párrafo 12 del voto de los jueces Trindade y Burelli

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina* S: 18/09/2003, SJA 2/6/2004

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos *Masacre de Mapiripán v. Colombia* 15/9/2005

además de reconocer esta idea, sostiene que la reparación concebida de este modo contribuye a “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones^[26] y que debe ser seguida por los tribunales superiores de cada estado integrante del Pacto de San José de Costa Rica.

Así, si los tribunales superiores de los países que integran el Pacto deben seguir sus directivas y si consideramos a los bienes del equipaje como parte integrante del interior del ser humano, más allá de su corporización material, podría seguirse el camino previsto por el art. 64 de la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, a fin de que se expida sobre la aplicación del límite al daño moral – en el caso de carga o equipaje en el marco de Montreal de 1999 - y la eventual violación del Pacto por la aplicación de un límite cuántico que aun cuando es sabido que el reconocimiento de una suma de dinero no puede reemplazar el daño a los afectos y los sentimientos y que lo que se procura es mitigar o remediar el dolor por medio de bienes deleitables que mitigan la tristeza, desazón, penurias (ED 112-280; “De los daños a la persona” y Revista de Derecho de Daños N.º 6 “Daño Moral” p. 197), su aplicación puede resultar violatorio de los derechos humanos reconocidos en el instrumento internacional.

3. El daño resarcible

En primer lugar, me parece siempre oportuno destacar que los sistemas de responsabilidad son mecanismos de transferencia o distribución de los daños entre agente productor del daño y agente

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú párrafo 12 del voto de los jueces Trindade y Burelli

dañado, mediante la extensión del daño resarcible y el factor de atribución de responsabilidad. Ello así, dado que no se resarcen los daños sufridos por el agente dañado, sino que solo son compensados los que el sistema normativo reconoce como indemnizables.

Este es el concepto de **daño resarcible**, que no es algo dado -del mundo del ser- sino una construcción ^[27] -del mundo del deber ser-.

En el contexto de esta reflexión previa, me parece oportuno analizar algunos aspectos vinculados con la indemnización del daño resarcible en el transporte aéreo con una breve introducción de carácter general para luego analizar el problema del daño moral.

1) Definición La indemnización consiste en un método de resarcimiento de los daños sufridos por el damnificado en su patrimonio los que son derivados de actos ilícitos o antijurídicos del agente productor del daño. Esta definición me parece la más adecuada toda vez que todos los daños –incluido el moral– afectan el patrimonio del damnificado. Resulta inadecuada o limitada la definición que establece la indemnización es “el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio” ^[28] toda vez que por su limitación conceptual resulta adecuada a la indemnización de los daños derivados de incumplimientos contractuales.

En el caso de los actos ilícitos el resarcimiento consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior – la regla -, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero – opción legal por imposibilidad de cumplimiento de la regla -.

27. Martins-Costa, Judith, “Los daños a las personas en el derecho brasileño y la naturaleza de la reparación”, Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2001, La Ley, Buenos Aires, p. 101.

28. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil- cuarta edición -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983 pág. 66.

El damnificado también puede optar por la indemnización en dinero – opción personal.

Es decir, que en el acto ilícito el objeto primordial es el restablecimiento del estado de cosas a la situación anterior al incumplimiento, salvo que ello no fuera posible en cuyo caso se recurre a la reparación dineraria. Sin embargo, deja al perjudicado un amplio derecho de opción: en cualquier hipótesis el perjudicado puede exigir directamente el pago de una indemnización dineraria ^[29].

2) Elementos: La indemnización de los daños materiales debe responder a una realidad que debe ser demostrada de manera cierta por quien la reclama. Está integrada por dos elementos ^[30]:

- el daño emergente que es el efectivamente sufrido por el damnificado por el incumplimiento contractual o el acto ilícito.
- el lucro cesante es la ganancia frustrada o utilidad que ha dejado de percibir el damnificado por el incumplimiento contractual o acto ilícito.

Concuero con Borda ^[31] en que establecer si estos conceptos son coincidentes con la denominación daños e intereses resulta una cuestión terminológica de relativa trascendencia. Así lo entiendo, toda vez que la jurisprudencia ha reconocido – al igual que el léxico tribunalicio – a estos elementos como integrantes de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual o extracontractual.

La indemnización de los daños no materiales resarce las afecciones de sentimientos o tranquilidad anímica sufrida por el

29. Caseaux – Trigo Represas, . Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Editora Platense, La Plata, 1970, pág. 215

30. Conforme Borda , Guillermo Tratado de Derecho Civil; Obligaciones 8° edición, Abeledo Perrot, 1998, pág. 128 y sigtes

31. Borda Guillermo, ob. cit. Tomo I, pág. 129.

damnificado dentro del cual se encuentra el daño moral que es una relación causal indemnizable distinta al daño psíquico.

El daño moral y el daño psíquico o psíquico o psicológico son conceptos habitualmente usados en la Psicología Forense en casos de accidentes de tráfico o laborales, delitos penales o con responsabilidad civil dentro de los cuales se encuentra la resultante de un incumplimiento en el marco del contrato de transporte aéreo.

Se los suele confundir, pero son términos distintos que bien definidos que resarcen distintas relaciones causales indemnizables.

Estudiemos entonces ambos conceptos.

4. El daño psíquico y el daño moral

La Corte Suprema de Justicia argentina en accidente aeronáutico ha establecido que “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida” (Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792)^[32].

32. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios 29 de junio de 2004Mj-JU-M-3156-AR|MJJ3156|MJJ3156 (nota es accidente aeronáutico)

4.1. El daño psíquico

El daño psicológico puede conceptualizarse como el trastorno mental y/o psicológico transitorio o permanente del equilibrio psíquico preexistente, de carácter patológico, que cuando es producido por un hecho ilícito, y genera, en quien lo padece, un detrimento en la plenitud de su capacidad humana y con ello legitimación para reclamar una indemnización por tal concepto, a quien lo haya ocasionado o deba responder por ello. La determinación de la procedencia del daño como rubro indemnizatorio requiere que el impacto emocional experimentado se deba a situaciones de cierta gravedad.

En el ámbito forense, según Echeburúa, De Corral y Amor^[33], definen el daño psicológico o psíquico en referencia a:

Las lesiones psíquicas:

Se trata de una alteración clínicamente significativa que afecta en mayor o menor grado la adaptación de la persona a los distintos ámbitos de su vida personal, social, familiar o laboral, perdura en el tiempo y lleva consigo la aparición de unos síntomas que traen como consecuencia problemas psicológicos (secuela) como Trastorno de Estrés de Postraumáticos, Depresión, Ansiedad, Obsesivos, etc.

Los grados de lesión y su relación causal en términos de daño reparable están establecidos en los baremos que se realizan a tal efecto.

Los baremos sirven para establecer rangos a la hora de evaluar diferentes campos. Es una forma de asegurar que todas

33. Echeburúa, E., De Corral, P. y Amor, P. J. . Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, 2004 páginas 227-244

las circunstancias evaluadas sobre el mismo baremo van a estar estandarizadas y se van a evaluar de forma justa y no en función de la persona que haga la evaluación.

El baremo médico es aquel que es diseñado para ser utilizado por los peritos médicos en valoración de daños corporales o psíquicos, en el marco del Derecho Común tomando en cuenta el estado anterior y las incapacidades múltiples.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en 1980 publicó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM),

Existen distintos baremos utilizados como, por ejemplo, en Argentina, el denominado “Altube – Rinaldi”^[34] para derecho civil o el establecido en el Decreto 559/96 en el ámbito de riesgos del trabajo o en España el establecido en el Real Decreto 888/2002. En Ecuador tenemos la Calificación de la discapacidad. Manual. Ministerio de Salud Pública, Dirección Nacional de Normalización, Dirección Nacional de Discapacidades- MSP del año 2018.

En general se resarcen lo que se denominan reacciones anormales vivenciales neuróticas que tienen distintas graduaciones de acuerdo con el baremo que se utilice para establecer el alcance del daño resarcible.

En el baremo elaborado por la Asociación Argentina de Compañías de Seguros, que se toma como referencia para este trabajo^[35], se establece en lo vinculado al daño psíquico que en las reacciones vivenciales anormales neuróticas, como consecuencia de accidentes, hay que evaluar cuidadosamente la personalidad previa.

34. Altube, José L. - Rinaldi, Carlos A. Baremo general para el fuero civil, García Alonso, Buenos Aires, 2019.

35. Baremo AACCS 2012 Clasificación y valoración de secuelas psicofísicas

Se considerarán rasgos importantes para la evaluación: la personalidad básica del sujeto, la biografía, los episodios de duelo, la repuesta afectiva, las expectativas laborales frustradas y sus relaciones personales con el medio.

Grado I

Definición: Están relacionadas con situaciones cotidianas, la magnitud es leve, no interfiere en las actividades de la vida diaria ni en la adaptación de su medio. No requieren tratamiento en forma permanente.

INCAPACIDAD: 0%

Grado II

Definición: Se acentúan los rasgos de la personalidad de base, no presentan alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria. Necesitan a veces algún tipo de

tratamiento medicamentoso o psicoterapéutico.

INCAPACIDAD: 1-10%

Grado III

Definición: Requieren un tratamiento más intensivo. Hay remisión de los síntomas más

agudos antes de los tres meses. Se verifican trastornos de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico y psicodiagnóstico. Las formas de presentación van desde depresión a crisis conversivas, crisis de pánico, fobias y obsesiones. Son reversibles con el tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico adecuado. Al año continúan los controles.

INCAPACIDAD: 11-20%

Grado IV

Definición: Requieren asistencia permanente por parte de terceros. Las neurosis fóbicas y las conversiones histéricas son las expresiones clínicas más invalidantes en este

tipo de reacciones. Las depresiones neuróticas también pueden ser muy invalidantes.

INCAPACIDAD: 21-30%

Las Reacciones o desórdenes por estrés postraumático

Estas serán reconocidas cuando tengan directa relación con eventos traumáticos relevantes, ya sea como accidentado o como testigo del evento. Constituyen una enfermedad, reconocida oficialmente por el DSM IV y la CIE 10 (OMS), que tiene una etiología, una presentación y una evolución, así como un pronóstico y resolución.

En general tienden a adaptarse a su nueva realidad y la gran mayoría de los pacientes mejoran al cabo de tres a seis meses, sin secuelas.

Un grupo menor de casos evolucionan a una NEUROSIS POSTRAUMÁTICA, la que sí determina algún grado de incapacidad.

Serán consideradas para su evaluación como REACCIONES VIVENCIALES ANORMALES conforme lo ya establecido previamente

En definitiva, el daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación. Por tanto, se considera que el daño psicológico es la consecuencia de un acontecimiento que afecta a la estructura vital y puede acarrear trastornos en la organización psíquica.

La Depresión psicótica es cuando un cuadro depresivo reactivo tiene una evolución de características psicóticas

melancólicas que se desvía del motivo que la originó y evoluciona a una psicosis afectiva, es incapacitante mientras dure la fase, que remite con restitución ad integrum en la mayoría de los casos. Sólo se considerarán aquellas que tengan origen en accidentes laborales.

Por las características de estos exámenes de evaluación de la incapacidad, deberá estudiarse para descartar las posibles: simulaciones, metasimulaciones o perseveración y sobresimulación.

SIMULACIÓN: Producción voluntaria de síntomas psíquicos o físicos falsos o exagerados, motivados por la consecución de algún objetivo, como la obtención de compensaciones económicas.

METASIMULACIÓN O PERSEVERACIÓN: Caracterizada por descripción de síntomas desaparecidos o patología ya curada.

SOBRESIMULACIÓN: Exageración de síntomas subjetivos que pudieran subsistir.

Estados paranoides

Reacción paranoide: Reacción vivencial anormal de origen psicológico, secundario a experiencia intensamente vivida. Hay una personalidad vulnerable predisponente, como las litigantes y las sensitivas de K. Schneider. La duración es de semanas a meses, sin dejar secuelas.

Desarrollo paranoico o paranoia. Delirio sistematizado interpretativo crónico, irreductible, incapacitante, irreversible. Sólo se consideran resarcibles aquellas que tengan origen en accidentes laborales.

4.2. El daño moral

El daño moral, es una afectación anímica, un sufrimiento emocional y/o perjuicio inmaterial que afecta a la víctima

como consecuencia de haber experimentado una vivencia que necesariamente no ha de acarrear consecuencias dolosas de carácter patrimonial o físicas, mermando en mayor o menor medida, el desempeño de las actividades de la vida diaria trabajo, relaciones sociales, ocio, relaciones familiares que pueden verse afectadas^[36]

En materia de daños, se debe distinguir entre “dolores o padecimientos” – daño moral y “lesiones” – daño psíquico.

El primer concepto integra un aspecto subjetivo de la cuestión y el segundo es un aspecto objetivo que debe ser acreditado mediante prueba concreta en el expediente judicial. Es decir, hay una relación del ser que es reconocida por el deber ser como reparable que se mide objetivamente.

En cuanto al daño moral se refiere, esas dos ideas aparecían en su origen como confundidas, al extremo de nombrarse tradicionalmente al daño moral como el doloroso aspecto subjetivo de las lesiones. La idea fue haciéndose más objetiva con el tiempo, y en la actualidad, la base objetiva del daño moral es la razonabilidad de la lesión a valores de tipo intangible vinculadas con un sujeto ideal que sufre el daño.

Así, las molestias, el sufrimiento, las preocupaciones, la afrenta a los sentimientos, los dolores intensos, los temores ante una posible invalidez, los padecimientos propios de la rehabilitación, las aflicciones por cambios en la dinámica familiar, la pérdida de autoestima, la afectación en valores éticos y morales, etc. que verosímilmente el sujeto tuvo (en los momentos inmediatos al hecho) o tiene (hasta el momento de la peritación psicológica), que constituyen el llamado Daño Moral y no es labor del perito psicólogo determinarlo, aunque de detectarlo en su práctica pericial, puede

36. Arce, R., Fariña, F. y Novo, M. (2007). Evaluación del daño moral: Procedimiento para discriminar realidad y simulación. MAPFRE Medicina. 18. 33-48.

informarlo al juez quien es el que, junto a otras pruebas arrimadas al expediente, determinará o no la existencia de Daño Moral. Debo aclarar que en este sentido la jurisprudencia no es pacífica y existen fallos que claramente adscriben a la idea de que se trata de rubros indemnizatorios diferentes y, aunque con cierta dificultad, posibles de ser discriminados. Otro conjunto de fallos establece que no son independientes y uno queda subsumido al otro, al tratarse en ambos casos de una afectación en el equilibrio espiritual de la persona. La mayoría de los psiquiatras y psicólogos forenses adscribimos a la discriminación de ambos rubros^[37].

Este daño también repercute en la capacidad de la persona de gozar, limitando su satisfacción y desarrollo personal en el marco de su proyecto vital o proyecto de vida.

Es, en doctrina, muy variada la conceptualización de este daño ^[38] que procede tanto en los incumplimientos contractuales ^[39], como en los derivados de cuestiones de familia ^[40] o daño extracontractual ^[41].

En este contexto de dispersión doctrinaria me parece importante, entonces, dejar su definición a la jurisprudencia con la salvedad, nuevamente que cada país puede tener un concepto distinto de este daño.

37. Castela, Silvia EL DAÑO PSÍQUICO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y SU ESPECIFICIDAD EN CASOS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO, MALA PRAXIS MÉDICA Y DUELOS Cuadernos de Medicina Forense Argentina • Año 3 - N° 1, pág. 79-98.

38. Quintanilla, Marcelo R. EL DAÑO MORAL EN LOS CONTRATOS: ¿RESARCITORIO O PUNITORIO? 06-04-2010 MJ-DOC-4658-AR||MJD4658

39. Cifuentes, Santos CONTRATO DE AGENCIA A PLAZO RENOVADO Y EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO POR LA RESCISIÓN UNILATERAL DEL PRODUCTOR. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS. EL DAÑO MORAL 13-02-1998 MJ-DOC-874-AR|ED, 181-261|MJD874

40. : Ghersi, Carlos A. VIOLACIÓN AL DERECHO PERSONALÍSIMO A LA IDENTIDAD Y LA PERTENENCIA AL ESTADO DE FAMILIA. EL DAÑO MORAL 11-08-2008MJ-DOC-4112-AR||MJD4112; Ghersi, Carlos A DAÑO MORAL DE LA MADRE POR RETICENCIA AL RECONOCIMIENTO DEL HIJO DE AMBOS. COMENTARIO AL CASO 'O. E. M. Y OTRO C/ P. A. O.' 07-10-2013 MJ-DOC-6454-AR||MJD6454

41. Mayo, Jorge A.LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Autor: Mayo, Jorge A. 12-10-2010 MJ-DOC-4916-AR||MJD4916

Se ha sostenido así que *el daño moral constituye la lesión a derechos que afecten el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho antijurídico, no siendo referible a cualquier perturbación del ánimo. Su naturaleza es de carácter resarcitorio, no se trata de punir al autor responsable, de infringirle un castigo, sino de procurar una compensación del daño sufrido por la víctima.*^[42]

Luego se ha dicho que *no es referible a cualquier perturbación del ánimo. Basta para su admisibilidad la certeza de que existió, ya que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa-. Siendo su naturaleza de carácter resarcitorio, no se trata de punir al autor responsable de infringirle un castigo, sino de procurar una compensación del daño sufrido*^[43].

Así, conceptualmente, el daño moral es aquello que la persona que por el hecho de un tercero causa angustia, impotencia, frustración, inseguridad, ansiedad, pena.

Es decir, un sufrimiento psicológico elevado, pero no una psicopatología derivada, en ambos casos, de un hecho traumático con origen del daño físico, a sus bienes materiales o simplemente a un hecho perturbador de la persona.

5. La determinación del daño

5.1. El daño psíquico

En el caso del daño psíquico se requiere la determinación médica – mediante pericia – de la patología, su relación con

42. SCBA LPB 66146 RSD-1-2023 S 01/02/2023 Cachau, Enrique y otros contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios.

43. SCBA LPC 118399 S 17/05/2021 Tornielli, Néstor y otra c/ Chamorro José y otros s/Daños y Perjuicios

la estructura de base de la persona y la incidencia que tuvo el hecho objeto de resolución.

Es decir, la noción jurídica de daño psicológico plantea una relación de causalidad/ concausalidad entre el evento dañoso y su consecuencia psíquica patológica.

Luego, es una mala técnica de la judicatura no evaluar por separado la cuantía que se asigna al daño físico y la que se asigna al daño psicológico, permitiendo de tal modo conocer cómo se llega a la determinación de cada una de ellas.

El hecho de que la persona humana sea una, no implica que el daño psíquico y el físico guardan unicidad, dado que en uno y otro caso es distinta tanto la naturaleza de la afección como el modo en que afectan la aptitud para obrar, operando también cada una de ellas de modo particular de acuerdo con las circunstancias personales de la persona que la sufre.

Ello hace más que conveniente desdoblar, a los fines de su cuantificación, la secuela física de la psíquica, atento la distinta índole de esas afecciones y el modo también diferente como afectan esa capacidad: una desde el ángulo anatomofuncional, la otra desde el ángulo intelectual, volitivo y afectivo. Lo único en que convergen es en producir genéricamente un mismo resultado lesivo, cual es la merma en la capacidad de obrar de quien las sufre, pero actuando sobre ella de distinto modo

Luego a tal fin de establecer el detrimento por daño psíquico que, como dijimos, refiere a aquellas alteraciones patológicas de la personalidad de la víctima, sea que se asienten en algunas o varias de sus áreas, afectivas, intelectuales, volitivas, causando daño material a las facultades de las personas, cuya configuración y clasificación, determinación de alcances y vinculación causal o concausal con el hecho lesivo exige, en cada caso, la intervención

de expertos con conocimientos especiales sobre dichos aspectos de la salud humana, toda vez que son ajenos a los conocimientos científicos y empíricos del juez^[44]

Conforme sostiene Castelao^[45] *puede existir un nexo causal directo que se verifica un vínculo causal directo entre el hecho dañoso y la presencia de Daño Psíquico cuando se verifique la existencia de una patología psíquica como inaugural, novedosa e inexistente con anterioridad en la vida del sujeto en cuestión.*

Luego puede existir el nexo concausal indirecto que se verifica cuando un daño en el cuerpo o en la salud es agravado como resultado de una predisposición preexistente o de una complicación sobreviniente, existe concausa o concausalidad, es decir reunión de dos o más causas en la producción de un estado mórbido: la propia de un daño y la que emana de aquella predisposición o complicación sobreviniente. La causa, que introduce un efecto dañoso, aparece como exógena al ser humano (hecho que se investiga en autos) y otra endógena (proviene de una situación patológica previa del sujeto) y en ciertas circunstancias la fusión de ambas (concausalidad) hace producir un resultado no esperado (daño). El nexo concausal indirecto implica una aceleración, un agravamiento o un evidenciamiento de lo que el sujeto tenía previamente al hecho de auto

El porcentaje de incapacidad psíquica se establece conforme a baremos estandarizados en los que se detallan una serie de cuadros psicopatológicos, sus grados y el porcentaje de incapacidad que les corresponde

Se ha establecido en cuanto a la necesidad de determinación del daño psíquico que *si el dictamen de la pericia psiquiátrica adolece de falta de fundamentación cuando la experta diagnóstica*

44. CC0002 SM 53567 RSD-358-3 S 16/09/2003 Bavastro, Mirta c/Garófalo, Oscar y Puerto, Lydia Susana s/Daños y perjuicios

45. Castelao Silvia, ob cit, pág 82

un grado de incapacidad con basamento en un baremo para valorar incapacidades en el fuero civil, sin indicar el fundamento por el cual concluye como causante de tal afección el siniestro sufrido. Así, cuando el informe no brinda suficientes razones de por qué existe relación causal entre la patología, el grado de incapacidad diagnosticado y el accidente sufrido, se resta su valor de convicción. Igualmente, cuando se omite establecer adecuadamente las razones que llevaron a dictaminar que la incapacidad no pueda ser revertida mediante un adecuado tratamiento psicoterapéutico, ni mucho menos de en qué consiste la afectación a la capacidad laborativa. No puede dejar de advertirse que la inseguridad que la actora vivencia ante la eventualidad de sufrir un robo, choque o cualquier otra situación imprevista que pudiera suscitarse en la vía pública no se erige en una patología que pueda incidir en su capacidad laborativa y/o afectar su existencia vital, máxime cuando lamentablemente resulta habitual en el contexto actual que la población experimente esos temores, pese a no haber sufrido ningún accidente^[46]

Es decir, en conclusión, que no cualquier afección establecida en el dictamen pericial justifica el reconocimiento de la reparación del daño y que la certeza en la relación de causalidad tiene la misma naturaleza técnica que en el caso de daño físico que también se cuantifica por baremos y se determina por pericia médica.

5.2. Daño moral

En primer lugar, no se puede perder de vista que siendo de naturaleza resarcitoria, no se trata de sancionar al autor responsable sino de procurar una compensación del daño sufrido por la víctima^[47].

46. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba Sala II Mateos Valentina Inés c/ Empresa de Transporte Coniferal y otros s/ ordinario s/ daños y perjuicios s/ accidente de tránsito: 4 de abril de 2023

47. SCBA 118399 S 17/05/2021 Torielli, Néstor y otra c/ Chamorro José y otros s/Daños y Perjuicios

Luego, si bien el daño moral se prueba con una presunción que encuentra como indicio el propio hecho antijurídico, toda vez que ciertos ilícitos -no todos- dañan a la persona causando un perjuicio en su cuerpo o en su psique, en la salud o en la integridad física como también el año al honor, a libertad de movimiento.

Esta situación se patentiza cuando exigirle adicional prueba de sus mortificaciones sufrimientos al accionante implicaría incurrir en un excesivo rigor desde que dicha consecuencia ha de tenerse por verificada a partir de la constatación, naturaleza, magnitud e impacto de la propia acción antijurídica, de la repercusión que ésta produce de ordinario según lo que es común y corriente, en tanto tal indicio resulte vigoroso y de tal trascendente eficacia probatoria que permita razonablemente de acuerdo con las particularidades de cada caso- arribar a dicho resultado en virtud del empleo de presunciones hominis

Por el contrario, en los casos en que sólo se dañan bienes materiales, cosas muebles o inmuebles, o las relaciones jurídicas reales o crediticias o intelectuales, en los que el daño moral debe probarse^[48].

En el transporte aéreo el transportista responde por la muerte o daños físicos del pasajero y el daño moral derivado del incumplimiento^[49] el que requiere de la acreditación por parte del pasajero^[50] salvo que el daño resulte de las mismas circunstancias del caso^[51].

48. CC0202 LP 131817 RSD 152/22 S 14/07/2022 "Rodríguez Pereyra Elizabet C/ Giacobone Jorge S/ Vicios Redhibitorios"

49. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Farstein, Juan c y otro c/ Varig S.A. s/ daños y perjuicios" S 10/12/2003, LL 16/03/2004 pág. 1;

50. CNFed. Ci. Y Com. Sala I "Asúa, María y otro c/ Iberia S.A." S 26/6/2001, RAT N° 31 pág.96

51. CNFed. Civ. y Com., Sala I "Toporovsky, Rosa maría y otros c/ United Airlines s/ daños y perjuicios varios" S 7/03/1996, LL-1996-B, pág. 539, ED 168, pág. 584

En el daño físico es incuestionable y se presume por lo que cabe analizar su procedencia en el transporte de cosas.

Un supuesto donde no se necesita acreditación en el marco del transporte aéreo puede ser el del equipaje que de por sí tenga una naturaleza muy especial, como el caso de la silla de ruedas de una persona que sufre alguna discapacidad física, ocurrido en el precedente *M., M. G. c/Tam Líneas Aéreas SA y Otro s/Pérdida / Daño de Equipaje Línea Aérea* ^[52], en el cual se debió indemnizar a la pasajera por el daño moral que le causó la demora en la entrega de su silla de ruedas, despachada como parte de su equipaje, sino al equipaje común de las personas en un viaje de rutina.

En igual sentido se dijo que corresponde reconocer la procedencia de la indemnización por daño moral originada en la pérdida y el faltante de equipaje acaecido durante los transportes aéreos y condenar a la empresa aérea al pago íntegro de las sumas originadas en dicho concepto. -indumentaria y equipo de buceo, toda vez que el motivo del viaje era la práctica de tal deporte. Debe considerarse a los efectos del resarcimiento moral, la naturaleza de los efectos perdidos, el objeto del viaje, los trastornos y pérdida de tiempo que provoca un hecho de esa especie -más valioso si se tiene en cuenta la corta duración del viaje- ; pérdida de tiempo que es, en esencia, pérdida de la libertad de dedicar ese tramo de vida a menesteres distintos a los que obligan las mortificantes tramitaciones burocráticas; y que la característica que el daño moral tiene carácter principalmente resarcitorio, siendo su monto independiente de la magnitud de los perjuicios materiales. ^[53]

52. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I S 4/6/2013 IM., *M. G. c/ Tam Líneas Aéreas S.A. y otro s/ pérdida/ daño de equipaje*

53. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III Giangreco Marcelo c/ Mexicana de Aviación S.A. s/ daños y perjuicios: 19 de abril de 2005 Fallos MJ-JU-M-3982-AR[MJJ3982][MJJ3982]

También se ha dicho que La empresa aérea demandada debe resarcir el daño moral ocasionado a la actora por la muerte del can transportado, pues, el proyecto de la accionante se vio claramente alterado, tanto por la pérdida del ejemplar, especialmente preparado para competir, como la perturbación lógica de estar obligada a efectuar trámites conducentes a la autopsia del can y a la presentación de reclamos ante la firma transportadora responsable, en forma concomitante con la exhibición de los restantes canes en un campeonato mundial, además, la peculiar mercancía objeto de este contrato de transporte internacional, ya que se trataba de un ser vivo criado con finalidad de preservación y mejoramiento de la raza a la que pertenecía, con inversión de esfuerzo y generación de expectativas como sólo suscitan los seres vivientes, parece suficiente fundamento para admitir el resarcimiento de dicho rubro ^[54].

En este sentido no se puede perder de vista que el equipaje no solamente se compone, - a diferencia de la carga de mercadería donde en principio son solamente “cosas” -, de “efectos personales”, sino también de “afectos personales”.

El equipaje es una extensión de la persona y en él existen bienes, no simples cosas, que se vinculan con el pasado del sujeto, con sus afectos. La reposición de una camisa no es sólo eso en sí mismo, sino que puede representar aquella prenda que me regaló alguien especial o con quien compartí parte de mi vida o experiencias irrepetibles. Ciertamente no todos somos iguales, pero la experiencia me demuestra que las personas nos vinculamos con ciertas cosas a partir del vínculo que tenemos con personas o hechos que hacen que se conviertan en bienes preciados de nuestro pasado.

La pérdida de esos bienes, además de la incertidumbre que pueda generar si además ocurrió en un lugar lejano al domicilio

54. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I Fasanelli de Gianfrante Mirta Silvia y otro c/ Air France s/ daños y perjuicios 14 de noviembre de 2002 MJ-JU-M-58219-AR[MJJ58219][MJJ58219]

de residencia y las dificultades y zozobras que ello genera, hace que esos bienes sean la extensión de la persona. En este contexto se ha reconocido la procedencia de daño moral en caso de retraso de entrega de este ^[55]

En este sentido, la jurisprudencia modernamente ha sostenido que “la privación de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás caros afectos es lo que justifica la indemnización por daño moral” ^[56] (destaco el último párrafo).

Por otra parte, la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión, ni deba aquélla por qué guardar proporcionalidad con el daño material, pues no depende de éste sino de la índole del hecho generador ^[57] .

En este sentido el artículo 1741 del Código Civil y Comercial establece una noción de “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” como un concepto que debe guiar al juzgador al momento de determinar el quantum de daño moral lo cual produce una absoluta subjetividad en la fijación de su monto.

55. CNFed. Ci. Y Com. Sala I “Asúa, María y otro c/ Iberia S.A.” S 26/6/2001, RAT N° 31 pág.96

56. SCBA, L 68961 S 18-4-2000 Lezcano, Mariano c/ Comercio Internacional SACIFIA s/ Ley 9688

57. SCBA LPC 119073 S 29/08/2018 Caffaro, Norberto José y otros contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios. Por responsabilidad del Estado por sus agentes o funció

6. Epílogo

El presente trabajo tiene no muchas referencias al transporte aéreo más allá de la cita de algunos precedentes vinculados al tema concreto de daño moral.

La razón es muy sencilla. No existe un derecho de daños aeronáutico. Esto es, reconocida la procedencia de la relación causal indemnizable el instituto del daño psíquico o del daño moral es igual al resto del sistema normativo.

De allí que, reconocida por la Corte la unidad psicofísica de las personas y la procedencia del daño moral en el transporte aéreo ^[58] la conceptualización de los mismos se establece en base al derecho general dada la ausencia de institutos particulares de los mismos en el transporte aéreo.

58. Corte Suprema de Justicia de la Nación Las Heras Oscar Alfredo y otro c/ Avianca Aerovías Nacionales de Colombia y otra s/ ordinario 21 de diciembre de 1999 MJ-JU-M-54721-AR|MJJ54721|MJJ54721

La jurisprudencia de los tribunales brasileños. Desafíos y perspectivas

Marco Fábio Morsello

Juez Camarista y de Apelaciones del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (Brasil). Profesor Asociado en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Profesor de la FGV/LAW y Escuela Paulista de Magistratura. Doctor (Phd) y Libre Docente en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Coordinador Internacional y Profesor de la Escola Paulista da Magistratura (EPM-São Paulo). Visiting Professor (Università di Sassari, Italia - Diritto della Navigazione), Università Tor Vergata (Roma); Université de Lyon III-Jean Moulin, Universidade de Lisboa, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Málaga, Universidad de Las Islas Baleares, Universidade Lazarski, Varsóvia. Visiting Researcher - Universidades La Sapienza (Roma) y Mc-Gill (Montreal- Institute of Air and Space Law). Miembro Plenario y Vicepresidente II de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA).

Sumario

1. Introducción.
2. Las fuentes normativas de los contratos de transporte aéreo doméstico e internacional. La Convención de Montreal y su entrada en vigor en Brasil.
3. El contrato de transporte aéreo, el sistema de defensa del consumidor, el advenimiento del nuevo Código Civil y la Convención de Montreal. Repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales en Brasil.
4. Consideraciones conclusivas.

1. Introducción

El tema que me correspondió exponer es complejo, por cuanto es a través de la jurisprudencia como se implementan y consolidan las normas jurídicas y en este caso los convenios internacionales sobre derecho privado aéreo, como es, *e.g.*, la Convención de Montreal de 1999.

Además, en la realidad contemporánea, como es sabido, la responsabilidad civil es orientada por los principios de la prevención y de la amplia reparación del daño, desplazando, de esta forma, el papel central otrora desempeñado por la culpa.

De hecho, las repercusiones advenidas del maquinismo y complejidad de las relaciones jurídicas en las operaciones de masa impusieron, en un primer momento, la coordinación de estas actividades por el Estado, en el ámbito de la orden pública de dirección.

Asimismo, los influjos (*inputs*) provenientes del sistema social exigieron que la responsabilidad civil pudiera desempeñar, a contento, su función de reparación, con la justa compensación a la víctima, sin perjuicio de la función de retribución al causador del daño evento, como observan Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet.^[1] Ahora bien, en el período contemporáneo, como

1. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998. p. 1, párrafo 2.

discurren mencionados autores, emerge, asimismo, la denominada función preventiva de la responsabilidad civil, teniendo presente el temor legítimo de las sanciones pecuniarias impuestas.^[2] Referida función, dicho sea de paso, ha recibido influencia del denominado principio de la precaución (*Vorsorgeprinzip*), de inspiración germánica, en el ámbito del Derecho Comunitario de la Unión Europea.^[3]

Tejidas referidas ponderaciones, sobresale añadir, por oportuno, que la necesidad de defensa de los más vulnerables, juntamente con el rechazo a los conceptos jurídicos indeterminados, emanados de la hipertrofia de la actividad estatal, ínsitos al sistema abierto de reglas y principios, fomentaron el nacimiento de la orden pública de protección.

De ese modo, el principio fundamental de la dignidad de la persona humana y la objetivación de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta el deber de protección y seguridad previsto en el ordenamiento constitucional brasileño, en los términos del art.5º, *caput*, impusieron relectura en lo tocante a la prevalencia de la responsabilidad subjetiva en nuestro ordenamiento jurídico, aunque previamente a la entrada en vigor del nuevo Código Civil, e independientemente del carácter contractual o extracontractual.

2. Id. *Ibid.*, p. 2, párrafo 3. A ese respecto: Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987. p. 423, en la cual utiliza la nomenclatura *Präventionsgedanken*; Roberto Andorno, *El principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica*. In: Revista Argentina. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 1326-1333; Jean Louis Baudouin y Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*. 5. ed. Québec (Canada): Ed. Yvon Blais, 1998. p. 4; Guido Alpa, *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 - La responsabilità civile, p. 132 (referido autor, dicho sea de paso, titulaba la función preventiva como efectiva *deterrence*, y la reparación como efectiva compensación a la víctima); Patrice Jourdain. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998. p. 3; Geneviève Viney, *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 - Introduction à la responsabilité, p. 64; Philippe Kourilsky y Geneviève Viney, *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p.12-16; Antonio Creus Solé, *Gestión de la prevención*. Barcelona, Ediciones Ceac, 2006, p. 8-31; J. Kionka, *Torts in a nutshell*. 2. ed. St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996. p. 10; Teresa Ancona Lopez, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 9-11. Tesis para Concurso de Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, 2008; Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p.215-218; Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p.1; Carlos Ignacio Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado; funciones de la responsabilidad en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, p. 46-52, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Temis, 2013 (Colección Ensayos, n. 22).

3. A ese respecto: Le Tourneau y Cadiet, op. cit., p. 2, párrafo 3; Philippe Kourilsky y Geneviève Viney, op.cit, p.12-16; Teresa Ancona Lopez, op. cit, p. 9-11; Anderson Schreiber, op. cit, p. 215-218; Marco Fábio Morsello, op. cit, p.2.

Con efecto, como observa Gustavo Tepedino, la Constitución Federal de Brasil (1988), “proyecta el deber de reparación para más allá de los confines de la responsabilidad culposa de los individuos.”^[4]

En lo que concierne al aspecto contractual, emerge la importancia de los nuevos principios contractuales, con prominencia de la protección a la parte más débil, en consonancia con la orden pública de protección, sin perjuicio de la buena fe objetiva, con sus funciones interpretativa, suplementaria y correctiva.

Atenuado, por lo tanto, la rigurosidad absoluta de la autonomía privada y de los principios contractuales tradicionales, juntamente con el destaque dado a los nuevos principios, correlativos con el papel central desempeñado por la persona humana, hubo repercusiones, asimismo, en el ámbito de la responsabilidad civil.

De hecho, no obstante de la objetivación de la responsabilidad, en un primer momento, se delineó una expansión de la socialización de los riesgos, propugnándose, inclusive, por declinación de la responsabilidad individual, lo que, a nuestro juicio, no prospera.

En verdad, la realidad fáctica de aumento de las tarifas de siniestro, resultantes de la mitigación del principio de la prevención y de la inexistencia de responsabilidad del causador del daño, elevaron el denominado *spreading* delante del cuerpo social a niveles intolerables, para fines de la competitividad exigible en el mundo globalizado, ocasionando la revisión del sistema, con el escopo de responsabilizar al causador del daño, sobresaliéndose nuevamente el papel desempeñado por la responsabilidad civil.

4. *Temas de Direito Civil. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.175

Así, se deduce que, el daño y su amplia reparación, correlativos con justa compensación a la víctima, pasaron a tener papel de relieve, limitándose, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, las eximentes favorables a su causador, a la culpa exclusiva de la víctima, al hecho del tercer que no se coaduna con el emprendimiento ejercido, sin perjuicio de que los hechos extraordinarios deberán coadunarse con la denominada fuerza mayor extrínseca.^[5]

Como corolario de la asertiva supra, se infiere que, el contrato de transporte aéreo, naturalmente acorde con la actividad de riesgo, deberá moldarse a la mencionada realidad fáctica.

2. Las fuentes normativas de los contratos de transporte aéreo doméstico e internacional. La Convención de Montreal y su entrada en vigor en Brasil.

El nacimiento de la actividad de transporte aéreo civil impuso, en el área, inversiones abultadas a la época, de alto riesgo, que iniciaba el desarrollo considerado estratégico, con elevadas tarifas de siniestro y control estatal de las denominadas compañías de bandera, de modo que había la necesidad apremiante de edición de normas aptas a protegerlo. Teniendo presente, además, la célere transposición de fronteras internacionales se presentaba imprescindible editar legislación uniforme en varios países.

Con base, por lo tanto, en los factores adrede descritos, se editó, el 12 de octubre de 1929, la Convención de Varsovia, cuyo ámbito de aplicación se extendió a los documentos y al régimen de responsabilidad de transportador aéreo internacional. En aquella oportunidad, se erigió la espina dorsal de un sistema que

5. A ese respecto: Marco Fábio Morsello, *Contratos de Transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*, p. 387-409, São Paulo, Thomson Reuters, 2021

subsiste, en sus líneas maestras, en algunos países, hasta el presente, reglamentando las hipótesis de daño evento en el transporte aéreo, correlativas con muerte, herida o cualquier otra lesión corporal al pasajero ocurrida a bordo, o en las operaciones de embarque o desembarque (art. 17), pérdida, destrucción o avería de carga o equipaje, ocurridas durante el transporte (art. 18), retraso en el transporte de viajeros, equipajes o mercancías (art. 19), contenidas en el nivel y límite de indemnización (125.000 francos Poincaré, equivalentes a valores a la época de US\$ 8.300,00 por pasajero y 250 francos Poincaré por kilogramo, aproximadamente US\$ 20,00 (a la época) en el transporte de equipajes y mercancías, hasta el límite de 5.000 francos Poincaré por volumen) independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, proporcionando, de esta manera, como afirman Tito Ballarino y Silvio Busti, efectiva reducción de costos a las transportadoras a la época en que el sector se formaba.^[6]

En ese contexto, teniendo por objeto la efectiva sistematización de las ventajas propiciadas por el advenimiento de la Convención, como pone de relieve Drion, hay preponderancia de aquellas que favorecen al transportador, a saber: a) protección del sector en formación; b) división de los riesgos advenidos de eventos extraordinarios, que no podrían ser acarreados exclusivamente al nuevo sector; c) posibilidad ofrecida al transportador u operador de estimar riesgos, procediendo a la consecución del seguro respectivo; d) evitar litigios, teniendo presente la celeridad en la obtención de la liquidación del montante a ser indemnizado; e) posibilidad ofrecida a los reclamantes en potencial de celebrar contratos de seguro *de per se*; f) uniformidad de los criterios legales de indemnización ante las Altas Partes Contratantes que ratificaron la Convención,

6. *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 608-610. Para más detalles, en lo que se refiere a los orígenes históricas y legislaciones supervenidas formadoras del denominado Sistema de Varsovia, vide Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit, p.44-79. En lo que concierne a los aspectos históricos de la aviación comercial, bajo la perspectiva latinoamericana, vide Pablo Luciano Potenze, *Historia del transporte aerocomercial*, Buenos Aires, ALADA, UADE, 1997.

resaltando, en este aspecto, la vigencia prácticamente universal, puesto que casi todas las naciones del mundo la ratificaron; g) limitación del montante a ser indemnizado, en cambio a la imposición de presunción de culpa al transportador u operador de la aeronave.^[7]

Efectuada la elucidación en lo tocante a los cálculos del nivel de la indemnización, se infiere, asimismo, que la mencionada Convención reglamentó otros aspectos del transporte aéreo internacional. En verdad, en sus líneas esenciales, referida Convención, que fue expresamente promulgada por nuestro país (Brasil), por intermedio del Decreto n. 20.704, de 24 de noviembre de 1931, regula el transporte aéreo internacional de personas, equipajes y bienes, abarcando, asimismo, transportes gratuitos, siempre y cuando prestados por compañía aérea regularmente designada (art. 1º, línea 1, *in fine*).

Se observa, asimismo, la imposición de régimen de responsabilidad subjetiva (con presunción de culpa – art. 20, línea 1), limitada (art. 22, líneas 1,2 y 3) y con prohibición expresa de inserción de cláusulas convencionales, de modo a eximir o reducir los límites de indemnizaciones en ella establecidos (art. 23).

El campo de su aplicación es asaz amplio, a medida que, en los términos del que preceptúa el art. 24, con las correlacionadas modificaciones sobrevenidas, sometida a los límites y condiciones, delante de la existencia de transporte aéreo internacional, las acciones de responsabilidad establecidas en contrato, acto ilícito o cualquier otra razón. El transportador podrá eximirse del deber de indemnizar, siempre y cuando demuestre haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño, o la culpa de la víctima, *ex vi* de lo que preceptúan los arts. 20 y 21 de la referida Convención.

7. *Limitation of liabilities in international air law*. The Hague, 1954. p. 12-50.

La responsabilidad establecida en el nivel y límite, ante el transportador, solamente será integral en las hipótesis excepcionales de culpa grave (*faute lourde*), o dolo de aquello (art. 25), así como delante de la irregularidad o ausencia de documentos referentes a la relación jurídico contractual.

Ahora bien, el cambio de paradigma para la denominada orden pública de protección, correlativa con la justa compensación a las víctimas, que, proporcionó, paulatinamente, la fragmentación del Sistema de Varsovia, su desconsideración en carácter de jurisprudencia de algunos países, así como el advenimiento de nueva legislación por parte de algunos países asaz importantes, en el ámbito del tráfico aéreo, dieron génesis a la efectiva revisión del referido sistema, por medio de Convención sustitutiva.^[8]

Con efecto, no se discute la importancia fundamental de la Convención de Montreal, acordada tras sucesivas reuniones, en el período comprendido entre el 10 y el 28 de mayo de 1999.^[9]

8. Cf. Michael Milde, Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 may 1999). *Uniform Law Review- Revue de Droit Uniforme*, Roma, v.4, n.4, p. 835-861, 1999. A ese respecto: Silvio Busti, Contratto di trasporto aereo. In: Antonio Cicu y Antonio Messineo (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2001, t. 3., p. 779-783; Bianca Rodriguez, Recent developments in aviation liability law. *Journal of Air Law and Commerce*, Dallas, v. 66, n. 1, p. 24-126, winter 2000; Jullian Hermida, The new Montreal Convention: the international passenger's perspective. *Air and Space Law*, The Hague, v. 26, n. 3, p. 150-154, 2001; Sean Gates, La Convention de Montréal de 1999. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 439-446, oct./dic. 1999; Alessandro Zampone, Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 7-29, 2000; Alfredo Antonini, La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 615-657, 2000; Norberto E. Luongo, *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*. Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 37-82; Mario O. Folchi (coord.), *Transporte aéreo internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional-Montreal 1999*, p. 19-43, Buenos Aires, ALADA, 2002.

9. A ese respecto: Wolf Müller-Rostin, Die Internationale Luftrechtskonferenz von Montreal zur Reform des Warschauer Abkommens. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 1, p. 36-51, 2000; Hans-Georg Bollveg, Das Montrealer Übereinkommen. Rückblick-Überblick-Ausblick. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 4, p. 439-466, 2000; Kaspar Schiller, Vom Warschauer zum Montrealer Abkommen – einige Aspekte der neuen Haftungsordnung im Lufttransport. *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*. Zürich, v. 96, n. 8, p. 184-189, 2000; Ludwig Weber y A. Jakob, The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999; Michel G. Folliot, La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur. La Conférence Internationale de Montréal (10-28 may 1999). *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 409-437, oct./dic. 1999; Paul S. Dempsey y Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, p.1-43, Montreal, Centre for Research in Air and Space Law, McGill University, 2005; Mario O. Folchi (coord.), *Transporte aéreo internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional-Montreal 1999*, p. 19-43, Buenos Aires, ALADA, 2002; Norberto E. Luongo, op. cit, p 81- 93; Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. cit, pp.72-78; 110-115; 196-198 e 415-422.

Sobresale añadir, por oportuno, que, el 4 de noviembre de 2003, mencionada Convención entró en vigor, por cuanto alcanzada la condición previa de depósito de los instrumentos de ratificación, como mínimo 30 (treinta) países, también denominados *Estados Parte*, con la finalidad de inicio de cómputo del plazo de 60 (sesenta) días teniendo por objeto su entrada en vigencia, en los términos del art. 53, párrafo 6º, de la dicha Convención.^[10]

Referida Convención, dicho sea de paso, ya se encuentra en vigencia en Brasil, por medio del Decreto n. 5.910, de 27 de septiembre de 2006, que la promulgó.

Se aplica, pues, la Convención de Montreal, como resalta Michele Comenale Pinto, al transporte aéreo internacional, a título oneroso o gratuito, resaltándose, en la última hipótesis, la consecución por empresa de transporte aéreo, restando excluido el transporte postal^[11]. Además, referida aplicación ocurre, indistintamente, con fundamento en fuente que advenga de la existencia de un contrato, práctica de acto ilícito, o cualquier otra razón, *ex vi* del que preceptúa su art. 29.^[12] En ese contexto, cumple destacar, asimismo, que la inserción del transporte aéreo como internacional, según el denominado Sistema de Varsovia y Convención de Montreal, debe obedecer a algunas condiciones.

En verdad, con base en los mencionados diplomas legales, se considera transporte aéreo internacional aquel en que el punto de partida inicial y el punto de destino final estén situados en Estados Parte distintos o en que un punto de escala esté situado en un Estado diferente del Estado donde se sitúan los puntos de partida y de destino. Con fundamento, pues, en los referidos dictámenes,

10. Cf. Información obtenida in LEGAL BUREAU. Disponible en: <<http://www.icao.int/cgi/airlaw.pl>>. Accesos el 11 sep. 2022 y el 31 mar. 2023, sitio de la Organización de Aviación Civil Internacional.

11. Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo. *Diritto Marittimo*, Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

12. A ese respecto, Silvio Busti, *Contratto di trasporto aereo*, cit., p. 546

se presenta irrelevante la consecución de una o más escalas en un único Estado. Por consiguiente, se concluye que, en la legislación, el transporte aéreo será considerado internacional, asimismo, si, a pesar de los puntos de partida y de destino se localizan en un único Estado, hace escala en un Estado diferente del Estado de partida y de destino. Con base en el término “transporte” utilizado por las Convenciones, se exige punto de contacto con el territorio extranjero, siendo insuficiente el mero sobrevuelo.^[13]

Por vía de consecuencia, la nacionalidad de los contratantes, así como la de la aeronave, no determinan matiz diferenciador entre el transporte aéreo doméstico e internacional.^[14]

Además, se exige que tales Estados hayan ratificado los términos de la Convención de Varsovia, y, actualmente, de la Convención de Montreal, sustitutiva de aquella, para fines de inserción bajo el *status* de Altas Partes Contratantes. De ese modo, aunque la Convención de Montreal tenga efectiva capacidad reemplazante del Sistema de Varsovia, este último no podrá ser prontamente desconsiderado.

De hecho, se deduce que, para la aplicación de los dictámenes de la nueva Convención, en el ámbito del transporte aéreo internacional, se exige que los puntos de partida y de destino, independientemente de interrupción o trasbordo, estén ubicados en el territorio de dos Estados Parte, o sea, países que hayan ratificado el nuevo tratado, aceptándose excepcionalmente su aplicación en relación al Estado que no haya

13. A ese respecto: Jacques Naveau e Marc Godfroid, *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 190-191; Giumulla e Schmid et al., *Warsaw Convention – annotated*. The Hague/London/Boston: Kluwer, 2001, suplemento 4, p. 3, oct. 1994

14. A ese respecto: De Juglart, *Traité de droit aérien*. 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice et al. Paris: LGDJ, 1989, t. 1, p. 1010-1019, párrafos 2519 a 2527; René H. Mankiewicz, *The liability regime of the international carrier: a commentary on the present Warsaw system*. Dordrecht: Kluwer, 1981, p. 28-29; Shawcross e Beaumont, *Air law*. 3. ed. London: Butterworths, 1966, p. 406; Jacques Sesseli, *La notion de faute dans la Convention de Varsovie*. Lausanne: Société Anonyme de L’Imprimerie Rencontre, 1961, p. 19; Walter Schwenk, Werner Niester y Dieter Stukenberg, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. y ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996, p. 658-661.

ratificado, siempre y cuando el territorio de este sea utilizado, exclusivamente, como escala en transporte aéreo, cuyos puntos de origen y destino estén ubicados en territorio de un mismo Estado Parte.

Se concluye, por lo tanto, que en la hipótesis, *e.g.*, de transporte aéreo internacional entre un Estado Parte y otro que no lo sea, de modo que presupone su adhesión al Sistema de Varsovia, este comportará aplicación, en detrimento de la Convención de Montreal, con restricción de eventual antinomia en el ámbito de cada ordenamiento jurídico interno, con otras normas, sin perjuicio de análisis de aquellos vinculantes en nivel comunitario, u objeto de suscripción por transportadores aéreos pertenecientes a algunos países, que todavía no ratificaron la nueva Convención.

En verdad, podrán surgir hipótesis, a menudo, en las cuales en carácter de transporte aéreo internacional, *e.g.*, el punto de origen del transporte se coadune con Parte Contratante, que, efectivamente, ratificó la Convención, al paso que, el punto de destino denote dependencia con el país en el cual aún subsista el Sistema de Varsovia, circunstancia en la cual, este será aplicable, con la salvedad de la consecución de *round trip ticket*, puesto que, el punto de origen, se coadunará con el destino final.^[15]

Tejidas referidas ponderaciones, la Convención de Montreal se apoya en la indemnización integral del pasajero por daño evento muerte, herida o lesión corporal, determinando, para tanto, que los Estados Contratantes impongan a los transportadores sometidos a su autoridad, la celebración de contratos de seguro para ser factible

15. A ese respecto: Paul S. Dempsey y Michael Milde, *op. cit.*, p. 68-72; Mario O. Folchi, *op. cit.*, p.8-83. Para tal desiderátum, podemos, *e.g.*, incluir el transporte aéreo internacional en algunas rutas de destaque, a saber: São Paulo -Caracas, puesto que, hasta el presente, Venezuela no ratificó la Convención de Montreal. Por otro lado, con lo que respecta al vuelo round-trip (viaje de ida y vuelta, también titulada redonda en la jerga turística), es decir, São Paulo-Caracas- São Paulo, el destino final será idéntico al punto de origen, aplicándose, por lo tanto, la Convención de Montreal, ya que, expresamente ratificada por Brasil.

la cobertura, en la hipótesis de siniestros, en los términos del que preceptúa el art. 50.^[16]

Asimismo, se infiere que hubo adopción de la teoría de riesgo de la actividad emprendida, en detrimento de la presunción de culpa, que orientaba el sistema pretérito. Se deduce, pues, que la responsabilidad no se escuda en la actividad culposa del causador del daño, sino en la propia actividad emprendida por el transportador, lo que caracteriza su responsabilidad objetiva.

Sin embargo, emergen peculiaridades que no tienen posibilidades de llevar a cabo, la adopción de sistema puro de responsabilidad objetiva, puesto que se adoptó un sistema de responsabilidad en dos niveles (*two-tier system*), de acuerdo con las cifras que compongan eventual conflicto de intereses.

En efecto, en síntesis, la materia atinente a la responsabilidad civil presenta las siguientes características: a) responsabilidad objetiva hasta una suma determinada (128.821 DEG, equivalente a aproximadamente US\$ 178.183,92)^[17]; b) responsabilidad subjetiva basada en la culpa, aunque presumida, en lo que concierne al montante que supera el nivel descrito en el ítem anterior; c) existencia de excluyentes de la responsabilidad, en situaciones especialísimas, en carácter de responsabilidad objetiva; d) posibilidad de antelación de valores, que podrán ser descontados en ulterior liquidación.

Obsérvese que la responsabilidad objetiva que traspasa el sistema, hasta el límite de 128.821 DEG, no se erige al *status* de teoría de riesgo integral o responsabilidad absoluta, máxime teniendo presente la previsión de eximentes, escudadas en la prueba

16. A ese respecto, Alessandra Arrojado Lisboa de Andrade, *Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial, (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 2-18, nov. 1999.

17. Los datos presentados están actualizados a la luz de los nuevos montos, conforme a la *escalator clause* de dicha Convención.

por el transportador de culpa exclusiva de la víctima, en carácter exclusivo o concurrente y fuerza mayor extrínseca.

Competirá, de este modo, a la víctima tan solo comprobar que el daño ocurrió a bordo de la aeronave, o durante las operaciones de embarque o desembarque, conviniendo, evidentemente, a los Tribunales, la apreciación, *in concreto*, de las mencionadas operaciones. En caso de que el daño efectivo supere el nivel de 128.821 DEG, emerge no más que la presunción de culpa del transportador que podrá eximirse del deber de indemnizar, por si acaso compruebe que la causa del daño evento no promanó de negligencia u otra acción u omisión suya, de sus dependientes o agentes.

Enrique Mapelli preceptúa, con perspicacia, que, en la hipótesis del hecho de tercero, el transportador se exonerará solamente del deber de indemnizar que supere el montante establecido, en carácter de responsabilidad objetiva, en la cual mencionado hecho no se erija al *status* de excluyente. Solo, por lo tanto, en la hipótesis de comprobación de hecho de la víctima, habrá la inexistencia del deber de indemnizar, a cualquier título. Sin perjuicio de la asertiva *supra*, es conveniente que, no obstante la denominada fuerza mayor intrínseca no caracterice excluyente, la fuerza mayor extrínseca, también denominada fortuito externo, elidiendo el propio nexo causal, si acaso comprobada, también elidirá el deber de indemnizar, bajo pena de caracterizar efectivo riesgo integral.^[18]

En lo tocante al retraso de vuelo, la Convención no establece normas concernientes a la elucidación de cuales presupuestos se presentan aptos a posibilitar el deber de indemnizar, no obstante disponga que, en los términos del art. 19, habrá excluyente

18. Consideraciones jurídicas sobre el Convenio de Montreal de 1999. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 22-25, dic. 2001.

favorable al transportador cuando este comprobar que tomó las medidas idóneas y posibles para evitar el daño, o que se presentaba imposible adoptarlas. Además, en los trabajos preparatorios, emergió amplio debate con lo que respecta a la conveniencia de determinación de un nivel y límite de indemnización correlativa con el retraso de vuelo, preponderando la corriente que estableció la limitación de hasta 5.346 DEG (Derechos Especiales de Giro) por pasajero, o sea, aproximadamente US\$ 7.394,53. Se decidió, en tal caso, que la responsabilidad del transportador por el retraso en el transporte de equipaje se encuentra limitada a 1.288 DEG (aproximadamente US\$ 1.781,55), subsistiendo las mismas excluyentes previstas para los casos de destrucción, pérdida o avería de equipaje.^[19]

En lo que concierne al retraso en el transporte aéreo de mercancías, se determinó el mismo límite pretérito de 22 DEG (aproximadamente US\$ 30,43) por kilogramo, reiterando, en este aspecto, las disposiciones incluidas en el Protocolo de Montreal n.3, que todavía no entró en vigencia, y la imposibilidad, mediante disposición expresa, de superación de la limitación, subsistiendo como excluyentes las disposiciones incluidas para pérdidas, destrucción o avería de carga, destacándose, *e.g.*, acto de guerra o conflicto, o acto de autoridad pública correlativo con la entrada, salida o tránsito de mercancía.

Para equipajes no registrados, en los moldes de la Convención de Varsovia, subsiste la teoría de la culpa, imponiéndose al pasajero el gravamen de la prueba correlativo.

Por otro lado, en lo que concierne al equipaje registrado, hay la responsabilidad objetiva del transportador, estableciéndose el nivel

19. Para mayores detalles acerca de los efectos de la Convención en las hipótesis de retraso, vide Manuel Guillermo Sarmiento García, Los Derechos del Pasajero derivados del Convenio de Montreal de 1999 y del Derecho Comunitario Andino, *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBD A)*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 50-57, abr. 2010.

y límite de 1.288 DEG (Derechos Especiales de Giro), con base de cálculo totalmente diversa de la anterior. Con efecto, mientras en el denominado Sistema de Varsovia se adoptaba el criterio de peso por equipaje entregado, en el nuevo sistema el *quantum* adrede referido será establecido por pasajero transportado. Por obvio, a la luz de la nueva Convención, la superación del límite estará condicionada a la prueba por el pasajero de dolo o culpa grave del transportador del equipaje, o por medio de previa declaración especial de valor, con el pago del correlato suplemento de tarifa.

En lo tocante al transporte aéreo doméstico, actualmente, en Brasil, está en vigencia el Código Brasileño de Aeronáutica (Ley n.7.565, de 19 de diciembre de 1986).

Referido diploma se aplica al transporte aéreo doméstico (nacional o regional), es decir, aquel en el cual los puntos de partida, intermedios y de destino estén situados en territorio nacional. El transporte aéreo no perderá referido *status* cuando, por motivo de fuerza mayor, la aeronave haga escala en territorio extranjero, estando, sin embargo, en territorio brasileño sus puntos de llegada y de destino, *ex vi* del que preceptúa el art. 215, *caput* y párrafo único.

Se observa la adopción, como regla, de los principios del denominado Sistema de Varsovia, de modo a establecer nivel y límite de indemnización en las hipótesis de daño evento a los pasajeros, equipajes y cargas. En lo que concierne a la cancelación de vuelo, se estipuló el derecho al reembolso del valor ya pagado (art. 229). Si acaso hay retraso en la partida, o interrupción o retraso en el aeropuerto de escala, por período superior a cuatro horas, podrá haber endoso de billete o reembolso del valor pagado, cabiendo al transportador velar, en el referido intersticio temporal, por los gastos de transporte, alimentación y hospedaje del pasajero, sin perjuicio de la responsabilidad civil (arts. 230 y 231). Los mencionados

límites (aplicables en los ámbitos contractual y extracontractual), comportarían exclusión, no más que, en las hipótesis de dolo o culpa grave del transportador y sus instidores.

No obstante referidas asertivas, emergen peculiaridades cuya mención es de rigor.

Inicialmente, no se adoptó la presunción de culpa, prevista en la Convención de Varsovia, a medida que, aun delante de la comprobación de adopción de diligencias imponibles, o de que no fuera posible adoptarlas, subsistiría el deber de indemnizar. Se vislumbra, pues, la adopción de la responsabilidad objetiva, en los ámbitos contractual y extracontractual.

Cumple, ahora bien, analizar mencionadas Convenciones en cotejo con la obligación de protección, propuesta de definición del contrato de transporte aéreo, sistema de defensa del consumidor y nuevo Código Civil, puesto que, estos dos últimos, también presentan normas aptas a regular el contrato en consideración, con importantes repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

3. El contrato de transporte aéreo, el sistema de defensa del consumidor, el advenimiento del nuevo Código Civil y la Convención de Montreal. Repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales en Brasil.

El contrato de transporte aéreo como tipo general es aquel en el cual un sujeto (transportador) se obliga, con frecuencia (aunque no imprescindible), por medio de contraprestación pecuniaria, a desplazar personas y cosas de un sitio a otro, con seguridad y con celeridad, utilizándose de vehículo de transporte (aeronave) apto para la navegación aérea.

Obsérvese que, en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, la obligación de protección impuesta al transportador se presenta como fundamental. No se debe desatender, ahora bien, de su peculiaridad en lo que toca a la celeridad, a medida que, en la percepción social de la figura del contrato del transporte aéreo, esta es un elemento integrante y motivo determinante de la contratación.

De ese modo, en las hipótesis de retraso en vuelo, preconizamos la aplicación de régimen de responsabilidad objetiva del transportador, no prosperando, por lo tanto, la eximente positiva de la debida diligencia y tampoco límites temporales mínimos establecidos en legislación especial, como condición previa al deber de indemnizar, debiéndose sopesar, por lo tanto, *in concreto*, con circunstancias específicas, eventual daño causado por retraso, en cotejo con conducta del usuario del transporte, de tercero o fuerza mayor extrínseca.^[20]

Mencionado entendimiento, dicho sea de paso, es exaltado por los dictámenes del art. 737 del nuevo Código Civil, el cual prevé que los horarios divulgados por el transportador sean vinculantes, salvo eximente de fuerza mayor extrínseca, también denominada fortuito externo, lo que corrobora nuestro entendimiento, en lo que se refiere a la responsabilidad objetiva del transportador aéreo por retraso, haciendo, por lo tanto, insubsistente, bajo cualquier aspecto, la eximente positiva de la debida diligencia.

20. A ese respecto, consideramos manifiestamente abusivas las normas inscriptas en los arts.230 y 231, del Código Brasileño de Aeronáutica, aplicables al transporte aéreo doméstico, puesto que, establecen límite mínimo de cuatro horas para la caracterización de retraso para indemnización y deber de asistencia para endoso de billete. Para tal desiderátum, llevemos en cuenta, e.g., la duración de cuarenta y cinco minutos normalmente, del trayecto São Paulo-Rio de Janeiro, realizado en sistema puente aéreo, para que analicemos que, en el intervalo de cuatro horas, conforme preconiza el Código Brasileño de Aeronáutica, podrían ser realizados cinco vuelos en el mencionado recorrido. Asimismo, considerando la celeridad como importante elemento insito al referido transporte, el lapso de tiempo establecido en legislación específica no apreciaría, por las máximas de experiencia, probables compromisos profesionales marcados inmediatamente después del transporte en el mencionado trayecto. Para mayores detalles, en lo que concierne al retraso en vuelo, vide Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit, p. 171-180.

Ni se argumenta, además, que el elemento rapidez del transporte pudiera poner en riesgo la seguridad del vuelo, puesto que las eximentes correlativas con la responsabilidad objetiva permitirían la exención de responsabilidad del transportador, máxime cuando puesta en riesgo la obligación de protección del usuario, la cual, preponderará ante la celeridad.

Tejidas referidas ponderaciones, cumple proceder al análisis de las repercusiones provenientes del sistema de defensa del consumidor y advenimiento del nuevo Código Civil.

Como es sabido, en nuestro país, delante del principio fundamental de la dignidad de la persona humana, predominancia de la orden pública de protección, así como de los nuevos principios contractuales en vigencia, ya mencionados anteriormente, el legislador constitucional erigió la defensa del consumidor al *status* derecho fundamental, en los términos del art. 5º, XXXII, teniendo el Código de Defensa del Consumidor concretizado referidos dictámenes y la norma del art. 48 de las Disposiciones Transitorias implementado, a nuestro juicio, el principio de protección a la parte más débil.

El Código de Defensa del Consumidor estableció, además, cláusula general de responsabilidad civil escudada en el riesgo de la actividad profesional del proveedor, consagrándose, pues, la responsabilidad objetiva, que abarca el transporte aéreo, naturalmente no insertado en la salvedad prevista en el art.14, § 4º, del referido código.

A nuestro juicio, al paso que una persona natural es supuesta consumidora, la persona jurídica solamente podrá beneficiarse de las reglas del microsistema de consumo cuando demuestre que no utilizó el producto para nueva comercialización, sacándolo del ciclo productivo o utilizándolo como insumo, y cuando haya la

comprobación esencial de vulnerabilidad en caso concreto, a veces vinculada a la actividad distinta de aquella ejercida por la empresa.

De hecho, el destinatario final, como preconiza Cláudia Lima Marques, “es el *Endverbraucher*, el consumidor final, el que saca el bien del mercado al adquirirlo o simplemente utilizarlo (destinatario final fáctico) aquel que coloca un fin en la cadena de producción (destinatario final económico) y no aquel que utiliza el bien para continuar a producir, pues él no es el consumidor final, está transformando el bien, utilizando el bien para ofrecerlo sin embargo al cliente, su consumidor”.^[21]

Patente, de este modo, la exclusión de aquel que utiliza producto o servicio para fines de reventa o reinserción en el ciclo productivo, también denominado consumidor intermedio.^[22]

Asimismo, teniendo presente el primado específico de las mencionadas normas, es evidente que el elemento vulnerabilidad emerge como otra conjetura para la caracterización de la figura.^[23]

Con efecto, podrán surgir hipótesis de inserción del transportador aéreo como proveedor y del transporte aéreo como

21. Cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 279.

22. A ese respecto: Marco Antonio Zanellato, Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 173, enero/marzo 2003, observando que, “se entiendo que la Ley 8078/90 hace distinción entre el consumidor final y el consumidor intermedio, al inferir, habida cuenta del determinado en el art.2º, *caput*, que solamente la adquisición para uso propio de bienes o servicios para la utilización en la actividad final de la empresa”; Antonio Herman V. Benjamin, O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 34-35, abr./jun. 1998; Newton De Lucca, O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1993, p. 65; Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 71-72, opinando que “destinatario final es aquel destinatario fáctico y económico del bien o servicio, sea persona jurídica o física. El destinatario final es consumidor final, el que saca el bien del mercado y al adquirirlo o simplemente utilizarlo (destinatario final fáctico), aquel que coloca un fin en la cadena de producción (destinatario final económico), y no solo aquel que utiliza el bien para continuar a producir, pues él no es consumidor final, él está transformando el bien, utilizando el bien, incluyendo el servicio contratado en el suyo, para ofrecerlo por lo tanto, a su cliente, a su consumidor, utilizándolo en su servicio de construcción, en sus cálculos de precio, como insumo de su producción.”; Sérgio Pinheiro Marçal, Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p. 100-101, abr./jun. 1993; Marco Aurélio Maselli Gouvêa, O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 190-192, jul./dic. 1997.0

23. A ese respecto: Juliana Santos Pinheiro, O conceito jurídico de consumidor. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 334-336.

servicio, sin, ahora bien, caracterizar relación de consumo, a medida que, a veces, el usuario no se cualificará como consumidor.^[24]

De hecho, considerando la vigencia de la Ley n. 8.078/90 hay considerable lapso de tiempo, observamos que sociedades comerciales bien organizadas, cuando adquieren productos o utilizan servicios, propugnan por inserción en el mencionado microsistema, que les sería más benéfico. Ahora bien, a nuestro juicio, tal conducta es injustificable, puesto que el escopo del Código de Defensa del Consumidor es la protección especial de un grupo de la sociedad considerado más vulnerable, o sea, aquellos que efectivamente necesitan protección, suprimiéndose, en tal caso, la vulgarización de sus preceptos, de modo a no abarcar relaciones interempresariales correlativas con los denominados profesionales consumidores, que seguramente finalizarían con fragilidad el nivel de protección destinado a los más vulnerables.^[25]

De este modo, en la hipótesis de contrato de transporte de mercancías, solamente cuando comprobada la condición de destinatario final, fáctico y económico del producto o servicio, con actividad diversa de aquella correlativa con la mercancía adquirida o servicio utilizado, sin perjuicio de prueba de efectiva vulnerabilidad, se aplicará excepcionalmente el microsistema de consumo, bajo pena de deslucirlo.

Se concluye que, en este contrato, ya que no se comprobaron las condiciones excepcionales consideradas en el párrafo anterior, la determinación previa del nivel y límite para la indemnización se presenta como legítima, cabiendo, en el ámbito de las relaciones interempresariales, la contratación de eventual seguro complementar por el usuario del transporte, empresario adquirente, evitando el

24. A ese respecto, Antônio Herman de V. y Benjamin, O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor, cit., p.36

25. A ese respecto: Marco Antonio Zanellato, op. cit., p. 187-189; Newton Luiz Finato, Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 42, abr./jun. 2002, p. 185, afirmando que "vemos con cautela la extensión de la protección amplia, pues podría descaracterizar la naturaleza protectora del Código de Defesa do Consumidor, puesto que, es sabido que aquel que todo protege pierde su especificidad".

repase para la tarifa de los costos que advendrían de la inexistencia de cualquier limite en ese ámbito.

Por vía de consecuencia, en las relaciones interempresariales, no caracterizándose el *status* de destinatario final, así como la vulnerabilidad del adquirente de producto o servicio, que podrá salvaguardar sus intereses, se aplicarán las legislaciones aeronáuticas; si hay incompatibilidad entre estos y el nuevo Código Civil, se aplicará este último.

Referida posición fue robustecida, bajo nuestro punto de vista, por el nuevo Código Civil, la medida que, en el contrato de transporte de cosas, se admitió expresamente la determinación previa de nivel y límite de indemnización, en los términos del art. 750.

Por otro lado, en los contratos de transporte aéreo de pasajeros y equipajes, está vigente la relación de consumo, que posibilita la reparación integral del daño, *ex vi* del que preceptúan los arts. 6º, VI y 22, párrafo único, de la Ley n. 8.078/90, que prevalecían, en ese aspecto, delante de disposiciones en contrario establecidas en el Sistema de Varsovia, en la Convención de Montreal y en el Código Brasileño de Aeronáutica, con salvedad, en lo tocante al transporte de equipajes, la formación del juicio de verosimilitud en lo que concierne a la prueba de su contenido.^[26]

26. Este entendimiento fue acogido en un primer momento en carácter mayoritario por la jurisprudencia patria, teniendo el Superior Tribunal de Justicia, uniformizado la materia a este respecto, a saber: “La jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia se orienta en el sentido de la prevalencia de las normas del Código de Defensa del Consumidor, en detrimento de las disposiciones insertadas en Convenciones Internacionales, como la Convención de Montreal, en los caso de fallo en la prestación de servicios de transporte aéreo internacional, por verificar la existencia de relación de consumo entre la empresa aérea y el pasajero, considerando que la propia Constitución Federal de 1988 elevó la defensa del consumidor a la esfera constitucional de nuestra ordenación.” AgRg en el Agravio de Instrumento 14.106772. Relator: Ministro Sidnei Benetti, juicio el 9 de agosto de 2011. A ese respecto: “Responsabilidad civil. Daños materiales y morales. Ya está asentado en la Sección de Derecho Privado que el Código de Defensa del Consumidor se aplica en la hipótesis de indemnización por extravío de equipaje.” Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 2002/0167065-9. Corroborando el mismo entendimiento, siguen decenas de juzgados, incluyendo, entre otros, los siguientes: REsp 300190-RJ, REsp 169000-RJ, REsp 173256-SP, REsp 209527-RJ, REsp 154943-DF. Disponibles en www.stj.jus.br. Accesos el 10 y 11 de septiembre de 2022. Sobresale acrecentar, por oportuno, que, a la luz de la ratificación de la Convención de Montreal por Brasil, el Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional de nuestro país, con fundamento en juicios contradictorios, ora aplicando el plazo prescriptivo de los tratados internacionales, ora la indemnización amplia e integral, inclusive extrapatrimonial, con soporte constitucional, concluyó que la materia denotaba repercusión general, a saber: AI 762184- RG/RJ- Rio de Janeiro. Repercusión General en el Agravio de Instrumento. Relator: Ministro Cezar Peluso. Juicio el 22/10/2009. “Recurso Extraordinario. Extravío de equipaje. Limitación de daños materiales y morales. Convención de Varsovia. Código de Defensa del Consumidor. Principio constitucional de la indemnización irrestricta. Norma prevaleciente. Relevancia de la cuestión. Repercusión general reconocida.” Disponible en www.stf.jus.br. Accesos: 20 nov. 2022 y 10 mar. 2023.

De hecho, del análisis del microsistema que tutela los derechos del consumidor, se observó que estos están agrupados por la función y no por el objeto, evidenciando alcance y segmentación horizontales en el ámbito de las denominadas relaciones de consumo, y que preponderaban, pues, con fulcro en el criterio de la especialidad, ante otros diplomas legales que eventualmente presentasen campos de aplicación idénticos, con normas más desfavorables al consumidor, aunque a la luz del advenimiento de la Convención de Montreal y del nuevo Código Civil.^[27]

Tejidas referidas ponderaciones, cumple resaltar que el nuevo Código Civil reglamentó el contrato de transporte, estipulando en su art. 732 que prevalecerá si acaso otras normas reguladoras de la misma materia denoten incompatibilidad con sus dictámenes.^[28]

Sucede que tal asertiva, a nuestro juicio, no implica, en momento ninguno, el alejamiento del principio de la indemnización integral determinado en el sistema de defensa del consumidor, por las razones ya expuestas anteriormente, bajo la égida del criterio de la especialidad.

27. A ese respecto, con lo que se refiere a la subsistencia de los dictámenes de la Ley n.8.078/90, aunque delante del advenimiento del nuevo Código Civil, vide: Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin y Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74 - aspectos materiales, cit., p. 34-36.; Maria Helena Diniz, Parte especial – Libro complementario – Das disposições finais e transitórias. In: Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22, p.565-569.; Carlos Roberto Gonçalves, Parte especial: *Do direito das obrigações*, cit., v. 11, p. 144.; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor - pontos de convergência, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, oct./dic. 2003, p. 57, p. 57, aseverando que, “en el conflicto entre principios, se aplica a la relación de consumo el Código de Defensa del Consumidor”; Renan Lotufo, O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, jul./sep. 2002, p. 21, observando que “es regla de interpretación que la norma general solo revoca la especial cuando expresamente así la dispone. La dición revocatoria de la incidencia de las normas especiales conflictivas habría que ser expresamente indicadas, pues no se puede entender que de manera genérica el Código Civil revoque el Código de Defensa del Consumidor, que es evidentemente especial delante de la generalidad del Código Civil.” Adalberto Pasqualotto, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./sep. 2002, concluyendo (op. cit, p. 110), que: “La entrada en vigor del nuevo Código Civil brasileño, en enero de 2003, no les traerá a los consumidores ninguna pérdida. El Código de Defensa del Consumidor es una ley especial ante el Código Civil y su aplicación será beneficiada por la institución del derecho de empresa. (cit.). De otra parte, ciertas disposiciones del nuevo Código Civil que estipulen niveles de protección inferiores a los establecidos en el CDC en nada incidirán en los consumidores, en virtud del principio de que la ley especial prevalece sobre la ley general, mientras normas convergentes y complementarias al CDC, eventualmente más amplias o benéficas, podrán ser aplicadas de forma suplementarias a favor de los consumidores”.

28. A ese respecto, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin y Bruno Miragem, op. cit., p.37 elucidando que, “como en toda regla hay excepción, también en el CC/2002 hay una excepción expresa: en materia de contrato de transporte, el art.732 prevé la subsidiariedad de las leyes especiales, aunque de fuente internacional, como la Convención de Varsovia. Aquí se prevé, pues, la aplicación prioritaria de las nuevas normas del CC/2002 a excepción al sistema normal, que es de aplicación subsidiaria”. Tal premisa, ahora bien, a nuestro juicio, no hay la facultad de desnaturalizar el principio de la reparación legal integral, en carácter de las relaciones de consumo.

Además, procediendo al análisis del contrato de transporte de personas en el nuevo Código Civil, no existe norma expresa determinante de nivel y límite de indemnización en la hipótesis de daño evento por muerte o lesión corporal. Al revés, la norma establecida en el art.734 permite *diálogo de las fuentes* - en la feliz expresión de Erik Jayme, utilizada por Cláudia Lima Marques^[29] - con el microsistema de consumo, llevándonos a la conclusión de que la ilimitación del montante de la indemnización es la regla en el contrato de transporte de personas, diferentemente, *e.g.*, del transporte de cosas, en que el legislador eligió por la mención a la existencia de limitación, *ex vi* del que preceptúa el art. 750 del nuevo diploma legal.^[30]

Cumple anotar, asimismo, que bajo la perspectiva constitucional, la defensa del consumidor consolida derecho fundamental (art. 5º, XXXII), de eficacia plena, de modo que la existencia de norma en antinomia con aquellas que hayan implementado la mencionada defensa naturalmente no podrá subsistir, teniendo en cuenta la fuerza normativa que promana de la Constitución Federal. En este aspecto, no hay como negar, además, que el deber de seguridad y protección previsto en el art. 5º, *caput*, del ordenamiento constitucional patrio abarcará el consumidor, principalmente en las actividades de riesgo, como el transporte aéreo.^[31]

29. Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74 - aspectos materiales, cit., p. 26.

30. A ese respecto, Renan Lotufo, *O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil*, cit., p. 212, aseverando que, “las disposiciones del nuevo Código Civil son conflictivas con el contenido de la Convención de Varsovia y aunque con el mismo contenido de nuestras leyes referentes a los transportadores aeronáutico y marítimo, que determinan limitaciones al valor de las indemnizaciones, a pretexto de que sean hipótesis de responsabilidad objetiva. La disposición del art. 734 está conforme el contenido constitucional que se refiere a las personas, al ser humano como valor fundamental y a la vida como merecedora de protección especial. Aquí la regla del art. 732 tiene plena aplicación, o sea, otras limitaciones normativas no interfieren”.

31. Para más detalles acerca del sistema de defensa del consumidor y correlata repercusión en el ámbito del contrato de transporte aéreo, vide Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit.p. 390-422.

En lo que concierne al Sistema de Varsovia y Convención de Montreal, su clasificación como tratados internacionales, no hay la facultad de hacer posible la inserción en los dictámenes del art. 5º § 2º, de la Constitución Federal, ni tampoco en el § 3.º, del mismo dispositivo legal.

De hecho, en lo tocante al Sistema de Varsovia, como mencionado anteriormente, este se fundamenta en la pretérita orden pública de dirección, teniendo presente privilegiar el desarrollo del sector aeronáutico, obstaculizando, a nuestro juicio, la justa compensación a la víctima y el correlato alcance de la obligación de protección, vulnerando el propio escopo de los tratados internacionales de derechos humanos y los principios inscriptos en la Convención de Viena, de 1969. Asimismo, no obstante los ingentes esfuerzos, que culminaron en el advenimiento de la Convención de Montreal, se infiere, a la evidencia, que no se caracteriza como tratado de derechos humanos, existiendo, inclusive restricciones al derecho del usuario consumidor, como *e.g.*, en la determinación del *two-tier system*, adrede mencionado.

Además, cumple observar que nuestra tradición pretoriana reciente, evidencia inexistencia de privilegio jerárquico de los tratados internacionales de este género, cuando cotejados con la ley ordinaria. De hecho, la corriente dualista, con fulcro en la paridad entre el tratado y la ley nacional, fue consagrada en los Estados Unidos de América obteniendo aceptación y prevalencia en nuestro país, máxime a partir del juicio del Recurso Extraordinario n. 80.004, en el cual, como informa José Francisco Rezek, restó “asentada, por mayoría, la tesis de que, ante la realidad del conflicto entre tratado y ley posterior, esta, porque expresión última de la voluntad del legislador republicano, debe tener su prevalencia

garantizada por la justicia – no obstante de las consecuencias del incumplimiento”.^[32]

Ni se argumente, dicho sea de paso, que el art. 178 de la Constitución Federal denotaría preponderancia *in casu*. De hecho, a nuestro juicio, los derechos fundamentales de defensa del consumidor y la obligación de seguridad y protección preponderan delante del art. 178 de la Constitución Federal, de modo que, si acaso subsistiera efectivo conflicto de normas, emergería para el último dispositivo el *status* de norma constitucional inconstitucional, como preconiza Otto Bachof.^[33] Bajo nuestro punto de vista, ahora bien, se presenta plenamente factible compatibilizar la norma del art. 178 con los derechos fundamentales supra referidos, concluyéndose que la ley dispondrá sobre la ordenación de los transportes aéreo acuático y terrestre, debiendo, con lo que respecta a la ordenación del transporte internacional, observar los acuerdos firmados por la Unión, que deberán estar en conformidad con

32. Cf. *Direito Internacional Público*, 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 105-106, resumiendo ulteriores datos con referencia a los fundamentos del dictamen, publicado in RTJ 83/809: “La mayoría se valió de precedentes del propio Tribunal para dar como indudable la introducción del pacto – en el caso, la Ley uniforme de Ginebra sobre letras de cambio y pagarés-en la orden jurídica brasileña, desde su promulgación. Reconoció, en seguida, el conflicto real entre el pacto y un diploma doméstico de nivel igual que las leyes federales ordinarias – el Decreto Ley n.427/69, posterior, en aproximadamente tres años, la promulgación de aquel-, puesto que la falta de registro del pagaré, no admitida por el texto de Ginebra como causa de nulidad del título, lo sería en los términos del decreto ley. Admitieron las voces mayoritarias que, faltante en la Constitución de Brasil garantía de privilegio jerárquico del tratado internacional sobre las leyes del Congreso, era inevitable que la justicia debiera garantizar la autoridad de la más reciente de las normas, porque está en el mismo nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico”. Se infiere, asimismo, que referido autor acoge de forma doctrinaria el mismo entendimiento (op. cit. p.102-103) al disponer que, “el primado del derecho de gentes sobre el derecho nacional del Estado soberano sigue todavía hoy, una proposición doctrinaria. No hay en derecho internacional positivo, norma que asegure tal primado”. A ese respecto, el Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Constitucional de nuestro país, ya se había manifestado acerca de la materia, reconociendo la plena reparación del daño moral, independientemente del dispuesto en Convenciones internacionales, con fundamento en fuerza normativa de la Constitución, a saber: RE 575.803 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO, Juicio en 5.12.2009. Relator: Ministro Cezar Peluso. Resumen 1. Recurso. Extraordinario. Inadmisibile. Error material. Reconsideración. Demostrada la existencia de error material en la decisión agravada, debe ser apreciado el recurso nuevamente. 2.TRANSPORTE AÉREO. Prestación mala de servicio. Reconsideración. Daño moral. Configurado. Aplicación del Código de Defensa del Consumidor. Ofensa indirecta a la Constitución. Agravio reglamentario no provisto. Se aplica el Código de Defensa del Consumidor en los casos de indemnización por daños morales y materiales por mala prestación de servicio en Transporte aéreo. Disponible en www.stf.jus.br. Accesos el 20 y 22 de septiembre de 2022. De cualquier modo, como ya mencionado en este trabajo, considerando la relevancia de la materia, se reconoció su repercusión general.

33. Cf. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Traducción de José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 54-59, elucidando la existencia de inconstitucionalidad de normas constitucionales en virtud de la contradicción con normas constitucionales de grado superior. En ese mismo ámbito, en la doctrina italiana, vide Vezio Crisafulli y Livio Palladin, *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 9.

el deber de seguridad y protección a la persona y al consumidor, preponderantes, en la referida hipótesis.^[34]

Cumple destacar, asimismo, todavía bajo el prisma de los tratados internacionales, que en la Convención de Viena de 1969, que los regula, aunque determinada su superioridad jerárquica con respecto a las leyes ordinarias de varios países, se admite su denegación en el cerne de los ordenamientos jurídicos internos, cuando vulnerado eventual derecho fundamental.^[35] En esto, pues, hay, bajo nuestro punto de vista, otro fundamento, para el rechazo de montantes de indemnizaciones, que en verdad no protegen efectivamente a la víctima o herederos en la hipótesis de daño evento.

De hecho, además de la incompatibilidad con el nuevo paradigma vigente, en el cerne de la propia orden internacional y de los tratados correlatos, hay infracción a los dictámenes del ordenamiento constitucional patrio, en el ámbito del deber de seguridad y protección referido, en conjunto con la justa reparación de la víctima y protección al consumidor, espejados en el principio de la reparación integral.

Además, el alcance de la obligación de protección juntamente con el principio de justa compensación a las víctimas, permiten

34. A ese respecto, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.1096-1099, que, refiriéndose al ámbito del “catálogo apartado” de los principios de la interpretación constitucional, añade el importante principio de la concordancia práctica o armonización, aseverando que, “este principio no debe divorciarse de otros principios de interpretación ya mencionados (principio de la unidad, principio del efecto integrador). Reducido a su núcleo esencial, el principio de la concordancia práctica impone la coordinación y combinación de los bienes jurídicos en conflicto de forma a evitar el sacrificio (total) de unos con relación a los demás”. Justamente, con fundamento en la concordancia práctica mencionada, a nuestro juicio, no habría necesidad de denuncia al tratado en comento.

35. A ese respecto: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1995. p.263-266, afirmando que, en observación a los dictámenes de la redacción final del art.46 de la referida Convención, “se nota que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se definió por concepción ecléctica: un Estado no puede, en principio, invocar la violación de su Derecho Interno, como viciando su consentimiento en el plano internacional (tesis internacionalista), pero hay una excepción para el caso de la violación ser manifiesta y concerniente a una regla del Derecho Interno de importancia fundamental (tesis constitucionalista)”; Mirtô Fraga, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.33-34. Referida autora asevera, asimismo (op. cit., p. 123-126), que no obstante rarísimas las ocurrencias, en el conflicto entre el tratado y la Constitución, esta última prevalecerá. En el ámbito jurisprudencial, conforme mencionado anteriormente, el Supremo Tribunal Federal, reconoció la repercusión general de la materia.

inferir inclusión de la figura de los daños extrapatrimoniales, con fulcro en fuerza normativa advenida de la Constitución Federal, en los términos del art. 5º, V y X, razón por la cual las restricciones expresas determinadas en ese aspecto por la Convención de Montreal no se figuran como vinculantes.^[36]

En este contexto, cabe resaltar, asimismo, que, la obligación de protección al pasajero se encuentra ínsita en la propia avenencia pactada, siendo importante poner énfasis que la preocupación creciente con la protección a la persona, independientemente de la calificación contractual o extracontractual, propicia, a nuestro juicio, concepción *lato sensu* del concepto de accidente, abarcando todo acontecimiento o daño evento correlativo con la actividad de transporte del proveedor, o sea, incluyendo, por lo tanto, incidentes o irregularidades, superadores de definición restrictiva prevista en el Sistema de Varsovia, no modificada en ese aspecto por la Convención de Montreal.

Por vía de consecuencia, en los accidentes aéreos, el daño derivado de causa desconocida, que, por las máximas de experiencia, posibilita innúmeros impedimentos a las víctimas y sus herederos, impone al transportador los gravámenes correlatos.^[37]

Sin embargo de las consideraciones anteriores, hubo un cambio de tendencia jurisprudencial, ya que el Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió a nivel de repercusión general por la prevalencia de la Convención de Montreal, sin aclarar sí

36. Sobresale añadir, por oportuno, que no vislumbramos carácter punitivo, pero meramente compensatorio en la figura de los daños extrapatrimoniales mencionados, lo que, a nuestro juicio, facilitaría la concordancia práctica o armonización con tratados internacionales, cuya mayor preocupación, seguramente, se coadunó con la imposición, a veces abusiva, de los denominados *punitive damages*.

37. Para más detalles acerca de la denominada teoría de la causa desconocida e interpretación del concepto de accidente aeronáutico, vide: Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit, p. 258-266; Donat Ficht, *Die unbekannte Schadenursache im internationalen Luftverkehr. Schriften zum Luft- und Weltraumrecht. Herausgegeben von Karl Heinz Böckstiegel*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1986, p.205-207.

los topes indemnizatorios incluían el daño moral, lo que generó incertidumbres sólo aclaradas recientemente.

De hecho, el Supremo Tribunal Federal, en mayo de 2017, evaluó en régimen de repercusión general, caso de extravío de equipaje en vuelo internacional, estableciendo la siguiente tesis:

En los términos del art. 178 de la Constitución de la República, las normas y los tratados internacionales limitadores de la responsabilidad de las transportadoras aéreas de pasajeros, especialmente las Convenciones de Varsovia y Montreal, prevalecen en relación con el Código de Defensa del Consumidor.^[38]

Una célere lectura de la tesis acordada podría llevar a la equivocada comprensión de lo que la Corte Constitucional brasileña definió acerca de la responsabilidad del transportador aéreo.

En efecto, no obstante haya prevalecido entendimiento contrario a la jurisprudencia por ahora mayoritaria, considerándose, en ese espectro, los Tribunales inferiores, se impone subrayar que no quedó asentado que las normas de las Convenciones que reglamentan el transporte aéreo internacional se sobreponen indistintamente sobre el derecho patrio, como puede hacer creer el enunciado del Tema 210.

De hecho, las Cortes brasileñas, incluso el Supremo Tribunal Federal, ya estaban reconociendo la prevalencia del principio constitucional de la defensa del consumidor, considerado como garantía fundamental en el art. 5º inciso XXXII, y como principio

38. Insertada, inicialmente, en el ordenamiento jurídico brasileño, por la Enmienda Constitucional nº 45/04, la repercusión general objetivaba crear un “filtro cualitativo”, reduciendo los recursos examinados por la Corte Constitucional brasileña, al introducir un nuevo requisito de admisibilidad: que la cuestión bajo análisis excediese el interés subjetivo de las partes, siendo relevante para el orden constitucional. A pesar de analizada bajo proceso subjetivo, en efecto *inter partes*, el STF quedaría dispensado de pronunciarse en los procesos de materia idéntica, lo que también repercutiría en la disminución del flujo de recurso en la Corte Constitucional. Se trata de innovación en el sistema jurídico brasileño que, aunque se adecue a la *civil law*, está adoptando características propias de la *common law*, con el carácter vinculante de precedentes judiciales, lo que quedó acentuado con el Nuevo Código de Proceso Civil de 2015.

de la orden económica en el art.170, inciso V, de la Constitución Brasileña de 1988, sobre la regla específica del art. 178 ^[39], lo que apartaba los límites de indemnización de las Convenciones internacionales ^[40].

A partir del juicio del RE-636.331, elucidando la Corte responsable por la interpretación de la Constitución estableció que, sea por los criterios de solución de aparentes antinomias (Min. Gilmar Mendes), sea considerando el art.178 como regla de *sobrederecho*, que prepondera sobre norma de principio de base ^[41] como el art. 5º, inciso XXXII (Min. Roberto Barroso), las Convenciones de Varsovia y de Montreal pueden sí, prevalecer sobre el Código de Defensa del Consumidor.

Obsérvese, del análisis de los votos proferidos y largas discusiones ^[42], que los Ministros revelaron una preocupación en consignar que la tesis instituida no acogía el reparo por daños morales, puesto que el art. 22, de la Convención de Varsovia, no le hace cualquier referencia, así como por la naturaleza intangible del bien jurídico tutelado, íntimamente relacionado al principio de la dignidad de la persona humana. Eso quedó aclarado en la enmienda que especifica tratar de “daños materiales”, lo que no se reflejó en el texto de la tesis acordada.

39. “Art.178. La ley dispondrá sobre el ordenamiento de los transportes aéreo, acuático y terrestre, debiendo, en lo que concierne al ordenamiento del transporte internacional, observar los acuerdos establecidos por la Unión, atendido el principio de la reciprocidad.”

40. Es lo que se extrae del precedente paradigmático de la Corte Constitucional de 2009: RE-351750, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ la Sentencia: Min. Carlos Britto, Primer Grupo, sentenciado en 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 ENMIENDA VOL-02375-03 PP- 01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143.

41. Lo que corresponde a la norma que convoca la actuación del legislador. Sin embargo, el principio de base todavía impide que un tratado internacional, fundamentado en el art. 178, culmine en la nulidad del derecho del consumidor, hipótesis en la cual será declarado inconstitucional.

42. Se manifestaron expresamente con el propósito de que no estarían tratando de daños morales los Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandovski, Rosa Weber, Marco Aurélio (vencido). Se puede suponer que el Min. Celso de Mello (vencido) también votaría por su exclusión, en el establecimiento del voto medio. Los Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli y Teori Zavaski (fallecido) no se manifestaron a respecto. La posición del Min. Roberto Barroso no fue clara, subrayándose sentencia posterior que incluyó los daños morales en la restricción de la Convención internacional. (ARE 700013 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primer grupo, sentenciado em 01/12/2017, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017).

En la orientación de las razones de decisión de la Corte Constitucional, la indemnización limitada de las Convenciones de Varsovia y Montreal debe armonizarse con la Constitución Federal brasileña. Así, la regla prevista en tratado internacional debe ser compatible con la indemnización irrestricta, prevista en los incisos V y X, del art. 5º, del Carta de 1988, que contemplan la figura de los daños extrapatrimoniales.

Para eso, el propio diploma internacional, prevé que no hay cualquier restricción en caso de que sea demostrado dolo o culpa del transportador (responsabilidad subjetiva)^[43], así como que el pasajero puede presentar “declaración especial” de equipaje, aunque tenga que pagar una tasa suplementaria^[44]. El óbice se restringe a derechos que, por no haber carácter patrimonial, como en las hipótesis de daño físico o muerte del pasajero, o daños morales, que derivan de la cláusula general de la tutela de la persona humana, no son susceptibles de institución previa de montante necesario a su reparación (bienes de naturaleza intangible).

Añádase a eso, conforme voto de la Min. Rosa Weber, que el art. 22, de la Convención de Varsovia, modificado por los Protocolos Adicionales de Montreal, que limita la reparación, no hace ninguna mención a los daños morales, y que los cambios promovidos por la Convención de Montreal, vinieron para promover la indemnización integral del pasajero por daño evento de muerte, herida o lesión corporal, además de adoptar la teoría del riesgo de la actividad emprendida (responsabilidad objetiva)^[45]. Así, una interpretación sistemática del diploma internacional también redundaría en la conclusión de que los

43. Conforme redacción actual del art. 25, de la Convención de Varsovia.

44. Para la Min. Rosa Weber, en voto proferido en el mencionado RE-636.331, se aplica la regla procesal doméstica de inversión del gravamen de la prueba (art. 6º, inciso VIII, del Código de Defensa del Consumidor), o distribución dinámica del gravamen de la prueba (art. 373, §1º, del Código del Proceso Civil). Tal interpretación disminuye los óbices impuestos al pasajero por la adopción de la responsabilidad subjetiva por encima de cierta cuota de indemnización.

45. MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 72-75.

daños morales estarían excluidos del techo de indemnización establecido.

No obstante, es importante ponderar que los límites propuestos por los Estados Parte objetivaban acoger, cuando de la redacción del acuerdo, los daños extrapatrimoniales, que abarcan los *punitive damages* del derecho anglosajón, y que podrían hacer inviable la actividad económica del transporte aéreo^[46].

En el derecho brasileño, además de no ser admitidos los *punitive damages*, que se diferencian del carácter del daño moral reconocido por la jurisprudencia brasileña, se considera que, a la penuria de previsión expresa, y como norma restrictiva de derechos, se encontraría razonable y adecuada la interpretación de que las Convenciones de Varsovia y Montreal no limitaron la indemnización por daños extrapatrimoniales.

Adoptando tales fundamentos, y valiéndose del entero contenido de la sentencia en el RE 636.331, las Cortes de Apelación, como el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo^[47] y el Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro^[48], entienden que los daños morales están excluidos de los límites impuestos en el ámbito de las Convenciones de Varsovia y Montreal, culminando por aplicarlos solamente en la esfera de los daños materiales, sin perjuicio de las observaciones previstas en los diplomas internacionales.

Aunque la aplicación del Tema 210 sea permeada por algún grado de incertidumbre, la interpretación de los tratados

46. Cf. Paul S. Dempsey y Michael M. Milde, *International Air Carrier Liability. The Montreal Convention of 1999*. Montréal: Centre for Research in Air and Space Law, McGill University, 2005.

47. TJSP; Apelación 1071892-50.2017.8.26.0100; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgano Juzgador: 22ª Cámara de Derecho Privado; Foro Central Civil - 4ª Juzgado Civil; Fecha de la Sentencia: 01/02/2018; Fecha de Registro: 02/02/2018; TJSP-Ap.1088184-42.2019.8.26.0100. Relator: Marco Fábio Morsello; Órgano Juzgador: 11ª. Cámara de Derecho Privado. Fecha de Registro: 09/02/2021, con la observación que sólo se aceptaron daños extrapatrimoniales compensatorios, excluyéndose los *punitive damages*.

48. TJRJ; 0387043-35.2016.8.19.0001 – Apelación; Magistrado: Luiz Fernando de Andrade Pinto - Juicio: 22/11/2017 – 25ª. Cámara Civil.

internacionales de transporte aéreo, a la luz de la fuerza normativa de la Constitución, direcciona en el sentido de la limitación de la indemnización solo para los daños materiales, como está siendo aplicada por los Tribunales de revisión fáctica en carácter infraconstitucional. El reconocimiento de un techo de indemnización, por la Suprema Corte Brasileña, para los daños materiales, tiene la finalidad de sedimentar el compromiso del Estado Brasileño con los acuerdos multilaterales, teniendo por objeto la seguridad jurídica, al paso que no hubo un descuido del pacto constitucional de protección integral de la persona, pilar del ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, quedaba inconcuso el riesgo de abertura de una nueva caja de Pandora, subsistiendo alta gama litigiosa en la materia, que justamente se propuso en un primer momento, dirimir con la sentencia en referencia.

Frente a estos temas, muy recientemente hubo un nuevo pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal (STF- 22.12.2022). De hecho, se estableció la siguiente tesis con repercusión general, y efectivo *distinguishing* en lo que atañe al Tema 210: **“Los Convenios de Varsovia y Montreal no se aplican a los casos de daño extrapatrimonial derivados de un contrato de transporte aéreo internacional”**.^[49]

Y para nosotros, así se concluye que la decisión admite los topes indemnizatorios en la órbita del daño material. Por otro lado, en nuestra opinión, el daño moral compensatorio es inconfundible con los punitive *damages* contemplados en el sistema del *common law*, en estricta conformidad con interpretación teleológica derivada de la preocupación de los redactores de la Convención de Montreal, al no contemplar ninguna reparación que incluyera referida figura.

49. Cf. Plenario con Repercusión General. RE-1.394.401 RG- SP. Relatora: Ministra Presidente Rosa Weber. El contenido integral de la reciente decisión puede ser obtenido en <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> con el código 775E-6350-7A9D-56C1 y seña 5CD3-5346-31C3-2685. Accesos: 30 mar. 2023 y 6 abr. 2023.

4. Consideraciones conclusivas

1. El transporte aéreo internacional es reglado por las Convenciones Internacionales. Sin embargo, a medida que la relación jurídica no es estática, sino un plexo de derechos y deberes, incluso aquellos laterales o adjuntos, que derivan de la cláusula general de la buena fe objetiva, que orienta el derecho contractual, especialmente los contratos dichos existenciales, subyace al contrato de transporte aéreo, independientemente de previsión específica, los deberes de protección y asistencia del pasajero, incluso en las fases pre y postcontractual, dado a la comprensión de obligación como proceso.
2. De este modo, a pesar de ocurrir un hecho extraordinario, que no podría ser evitado, aunque la compañía aérea hubiera tomado las medidas razonables para tanto, el rompimiento del vínculo contractual, delante de la imposibilidad del cumplimiento de la obligación principal de transportar, no redundará en la extinción del deber de asistencia, derivada de la buena fe objetiva, que impone la cooperación de las partes para alcanzar el buen fin de las obligaciones y posee solo vinculación mediata con el interés a la prestación persistiendo en la fase postcontractual.
3. En esta hipótesis, de inexigibilidad de la obligación de transporte, ya en la fase postcontractual el no cumplimiento de los deberes laterales por el transportador aéreo, con lo que respecta a la inobservancia de obligaciones procedentes del contrato, tendrá como consecuencia, el incumplimiento contractual, con el respectivo resarcimiento de los gastos suportados por el

pasajero, derivado de la ausencia de asistencia prestada por la compañía aérea, sin perjuicio de recomposición de eventuales daños morales estrictamente compensatorios (indemnización de las pérdidas y daños en los límites de la obligación incumplida), ya que la interpretación teleológica de la Convención de Montreal no admite los *punitive damages*.

4. Hasta para las compañías aéreas intituladas *low cost* subsiste la obligación de protección del pasajero y el correlato deber de asistencia, visto que también se les exigen la observancia de la cláusula general de la buena fe objetiva, acentuada a causa del valor social del contrato existencial de transporte aéreo, que exige la garantía de un núcleo mínimo esencial e intangible de protección al pasajero. De esa forma, hay la obligación de informar, de proveer alimentación, hospedaje y transporte, y hacer viable la comunicación, conforme el caso, en patrones compatibles con los valores medios de los billetes aéreos para el trayecto en cuestión.
5. La cláusula general de buena fe, que promana del principio correlato, impone no solo al transportador, sino también al pasajero, deberes de lealtad y probidad, emergiendo a partir de eso, la figura del *duty to mitigate the loss*, que exige de la víctima del daño evento, postura proactiva teniendo por objeto mitigar sus consecuencias. En ese contexto, aunque delante de un hecho del transportador, sea en el ámbito de la responsabilidad aquiliana o contractual, el pasajero perjudicado no podrá eximirse al deber de colaborar con el alcance de los fines pretendidos con el contrato de transporte, reduciendo los daños o evitando su agravamiento, observados ciertos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad,

figurándose insuficiente mera conducta de omisión en el entendimiento de no agravar el daño. Cumple, a la jurisprudencia, formular a la luz de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, grupos de casos teniendo como objeto, mayor seguridad jurídica en ese ámbito, a la luz del amplio volumen de demandas.

6. Por otro lado, en el transporte de cargas y mercancías predomina la doctrina de la asunción de riesgos, con mayor densidad de la autonomía privada, imponiendo-se a nivel de prevención la redacción de cláusulas de fuerza mayor y *hardship*.

Bibliografía Consultada

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor - pontos de convergência, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, oct./dic. 2003.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 - La responsabilità civile.

ANDORNO, Roberto. *El principio de Precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. In: Revista Argentina. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 1326-1335.

ANDRADE, Alessandra Arrojado Lisboa de. Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 2-18, nov. 1999.

ANTONINI, Alfredo. La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 615-657, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Coord). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11 y 22.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALLARINO, Tito; BUSTI, Silvio. *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988.

BAUDOIN, Jean Louis; DESLAURIERS, Patrice. *La responsabilité civile*. 5. ed. Québec (Canada): Ed. Yvon Blais, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 33-44, abr./jun. 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Arts. 1.º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BOLLVEG, Hans-Georg. Das Montrealer Übereinkommen. Rückblick-Überblick-Ausblick. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 4, p. 439-466, 2000.

BUSTI, Silvio. Contratto di trasporto aereo. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Antonio (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2001. t. 3.

BALLARINO, Tito. *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COMENALE PINTO, Michele M. Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo. *Diritto Marittimo*, Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

CREUS SOLÉ, Antonio. *Gestión de la prevención*. Barcelona: Ediciones CEAC, 2006.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

DE JUGLART, Michel. *Traité de droit aérien*. 2. ed. actual. por Emmanuel du Pontavice, Jacqueline Dutheil de La Rochère y Georgette M. Miller. Paris: LGDJ, 1989. t. 1 y 2.

DE LUCCA, Newton. O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 61-68, abr./jun. 1993.

DEMPSEY, Paul S; MILDE, Michael. *International Air Carrier Liability. The Montreal Convention of 1999*. Montreal: McGill University. Centre for Research in Air and Space Law, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Parte especial – Libro complementario – Das disposições finais e transitórias. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.

DRION, Huibert. *Limitation of liabilities in international air law*. The Hague, 1954.

FICHT, Donat. *Die unbekannte Schadenursache im internationalen Luftverkehr. Schriften zum Luft- und Weltraumrecht- Herausgegeben von Karl Heinz Böckstiegel*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1986.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 173-186, abr./jun. 2002.

FOLCHI, Mario O. (Coord.). *Transporte aéreo internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional-Montreal 1999*. Buenos Aires: ALADA, 2002.

FOLLIOT, Michel G. La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur. La Conférence Internationale de Montréal (10-28 may 1999). *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 409-437, oct./dic. 1999.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GATES, Sean. La Convention de Montréal de 1999. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 439-446, oct./dic. 1999.

GIEMULLA, Elmar. ROSTIN, WolfMüller; DETTLING-OTT, Regula; EHLERS, Nikolai (Org.). *Warsaw Convention – annotated*. The Hague/London/Boston: Kluwer, 2001.

GODFROID, Marc. NAVEAU, Jacques. *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Parte especial: Do direito das obrigações. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

GOUVÊA, Marco Aurélio Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 187-192, jul./dic. 1997.

HERMIDA, Julian. The new Montreal Convention: the international passenger’s perspective. *Air and Space Law*, The Hague, v. 26, n. 3, p. 150-154, 2001.

JAKOB, Arie; WEBER, Ludwig. The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado: funciones de la responsabilidad en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Temis, 2013 (Colección Ensayos, n. 22).

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998.

KIONKA, Edward J. *Torts in a nutshell*. 2. ed. St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996. KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris: Éditions Odile Jacob, 2000.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. Tesis para Concurso de Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. São Paulo, 2008.

LOTUFO, Renan. O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 205-214, jul./sep. 2002.

LUONGO, Norberto E. *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MANKIEWICZ, René H. *The liability regime of the international carrier: a commentary on the present Warsaw system*. Dordrecht: Kluwer, 1981.

MAPELLI, Enrique. Consideraciones jurídicas sobre el Convenio de Montreal de 1999. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 22-25, dic. 2001.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p. 98-108, abr./jun. 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1.º a 74 - aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1995.

MILDE, Michael. Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 may 1999). *Uniform Law Review = Revue de Droit Uniforme*, Rome, v. 4, n. 4, p.835-861, 1999.

DEMPESEY, Paul S. *International Air Carrier Liability. The Montreal Convention of 1999*. Montreal: McGill University. Centre for Research in Air and Space Law, 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1.º a 74 - aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MORSELO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior. São Paulo: Thomson Reuters- Revista dos Tribunais, 2021.

MÜLLER-ROSTIN, Wolf. Die Internationale Luftrechtskonferenz von Montreal zur Reform des Warschauer Abkommens. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 1, p. 36-51, 2000.

NAVEAU, Jacques; GODFROID, Marc. *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988.

NIESTER, Werner; SCHWENK, Walter; STUKENBERG, Dieter. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996.

ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (ICAO). Disponível em: <http://www2.icao.int/en/leb/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx>.

PALADIN, Livio; CRISAFULLI, Vezio. *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./sep. 2002.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 325-356.

POTENZE, Pablo Luciano. *Historia del transporte aerocomercial*. Buenos Aires: ALADA-UADE, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUEZ, Bianca. Recent developments in aviation liability law. *Journal of Air Law and Commerce*, Dallas, v. 66, n. 1, p. 21-127, winter 2000.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Los Derechos del Pasajero derivados del Convenio de Montreal de 1999 y del Derecho Comunitario Andino. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 50-57, abr. 2010.

SCHILLER, Kaspar. Vom Warschauer zum Montrealer Abkommen – einige Aspekte der neuen Haftungsordnung im Lufttransport. *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*. Zürich, v. 96, n. 8, p. 184-189, 2000.

SCHMID, Ronald; GIEMULLA, Elmar; DETTLING-OTT, Regula; EHLERS, Nikholai.

Warsaw Convention – annotated. The Hague/London/Boston: Kluwer, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHWENK, Walter; NIESTER, Werner; STUKENBERG, Dieter. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996.

SESSELI, Jacques. *La notion de faute dans la Convention de Varsovie*. Lausanne: Société Anonyme de L'Imprimerie Rencontre, 1961.

SHAWCROSS, Cristopher Nyholm; BEAUMONT, Kenneth Macdonald. *Air law*. 3. ed. London: Butterworths, 1966. v. 1 y 2.

STUKENBERG, Dieter; SCHWENK, Walter; NIESTER, Werner. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. y ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. Disponible en <http://www.stj.jus.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponible en <http://www.stf.jus.br>.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VINEY, Geneviève *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 – Introduction à la responsabilité. (Dir. Jacques Ghestin).

KOURILSKY, Philippe. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris: Éditions Odile Jacob, 2000.

WEBER, Ludwig; JAKOB, Arie. The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999.

ZAMPONE, Alessandro. Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 7-29, 2000.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 172-191, enero/marzo 2003.

Visión Desde la Jurisprudencia Argentina Del Daño Moral en El Transporte Aéreo de Pasajeros

Guadalupe Hidalgo

Abogada, egresada sobresaliente de la Universidad Nacional de Córdoba. Escribana, egresada de la Universidad Empresarial Siglo 21. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Empresarial Siglo 21. Especialista en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario del Instituto Argentino de Derecho Aeronáutico (INDAE) de la Universidad Nacional de la Defensa. Docente de Legislación y Documentación Aeronáutica en el Aeroclub Córdoba en convenio con la Universidad Nacional de Córdoba.

Sumario

El análisis y estudio de la jurisprudencia de los tribunales argentinos permite visualizar el diverso tratamiento que se le concede al daño extrapatrimonial en el transporte aéreo. Ello genera inseguridad jurídica, en la que algunos pasajeros aeronáuticos pueden verse más o menos beneficiados, obteniendo un mayor o menor resarcimiento del daño sufrido.

Palabras Claves: Transporte aéreo; Daño moral; Pasajeros; Responsabilidad limitada; Defensa de los consumidores.

Abstract

The analysis and study of the jurisprudence of the Argentine courts allows us to visualize the diverse treatment given to non-property damages in air transport. This generates legal uncertainty in which some aeronautical passengers may benefit more than others obtaining compensation for the damage suffered.

Keywords: *Air transport; Non-pecuniary damage; Passengers; Limited liability; Consumer protection.*

1. Introducción

El propósito de la presente investigación consiste en tratar de analizar el daño moral en el transporte aéreo, sus repercusiones, la importancia y complejidad de su cuantificación. Como objetivo general se plantea observar las soluciones brindadas por jurisprudencia argentina y, específicamente la de los tribunales cordobeses, a los fines de conocer las tendencias actuales. Para ello, se procederá a tratar la jurisprudencia seleccionada de manera separada y por temática conforme el tipo de afecciones o daños que puede sufrir un pasajero de transporte aerocomercial.

Como punto de partida se plantean una serie de preguntas investigativas que servirán de norte en la presente comunicación científica: ¿Existe un tratamiento unificado en cuestiones de daño moral en la Argentina? ¿Existe una tendencia de los jueces en aplicar la normativa específica de la materia o prima la aplicación del Derecho Común? ¿Cuáles son los diferentes criterios que siguen los jueces en materia de daño moral en el transporte aéreo?

Como hipótesis cabe mencionar que existe una tendencia en la Argentina, a que el tratamiento de las cuestiones por daños y perjuicios en el Derecho Aeronáutico no es realizado por los magistrados de una forma unívoca. Por el contrario, el problema comienza en una cuestión de jurisdicción y competencia que lleva a generar ciertas dudas en los magistrados respecto de la ley aplicable

para la solución del caso. Perfilándose inseguridad jurídica en la que algunos pasajeros aeronáuticos pueden verse más o menos beneficiados, o mejor dicho, con un mayor o menor resarcimiento del daño sufrido.

2. Derecho Humano a una Reparación Integral del Daño

La **reparación integral del daño** es reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 63.1, en donde se instaura la las consecuencias del daño causado y que constituye una vulneración de derechos, por lo que, impone el deber de resarcimiento, es decir, el *“pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que la reparación del daño consiste en la plena restitución, *“restitutio in integrum”*; lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la afección produjo, junto con el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos e incluyendo el daño moral. La liquidación o determinación cuantitativa de este último deberá ajustarse al principio de equidad.^[1]

El principio de reparación plena no fue definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero sí ha reconocido a este derecho en numerosos fallos. En este sentido, surge una pauta dirigida a los jueces inferiores para que sean criteriosos en el uso de sus facultades discrecionales y den plenitud a la reparación integral en los casos en los que les toca intervenir.

1. Correa, C. (2014). *El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH*. En Steiner, C. y Uribe P. (Coord). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentada. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 824.

Llegado el caso, deberán hacer un juicio de ponderación para la realización armónica de los derechos del dañado con los del dañador. [2]

La **responsabilidad civil** para Hernández Domínguez (2018) [3] “... es la consecuencia a la transgresión de un deber jurídico, que se transforma en una obligación en cuanto surge la necesidad de indemnizar, lo que se traduce en la obligación que tiene una persona de resarcir los daños y perjuicios ocasionados en consecuencia de un hecho realizado por sí misma, por otra persona o por la naturaleza que sea contrario a la norma jurídica...”.

Así pues, es posible decir que la teoría general de la responsabilidad tiene como principal objetivo, reparar el daño injusto sufrido por un sujeto: la víctima. Como segundo objetivo, busca prevenir los daños para evitar que ocurran. De hecho, será el Estado quien deberá crear mecanismos para obligar a prevenir daños, ya que, de lo contrario, indirectamente representaría una conducta tolerante a que vuelvan a ocurrir. Mientras que, si resulta inevitable que los daños sucedan, dichos mecanismos deben impedir que se repitan tan asiduamente. No obstante, en la práctica jurídica, lo cierto es que resulta mucho más económico pagar una indemnización que invertir en mecanismos preventivos del daño. Dicho en otras palabras, es menos costoso indemnizar a una víctima del daño sufrido que hacer más seguro un producto o servicio. [4]

En materia de transporte aéreo, es aquella responsabilidad que deriva de la celebración de un contrato de transporte aéreo que liga al transportista y al pasajero, como consecuencia de un

2. Burgueño Ibarguren, M. G. (2019). El derecho a la reparación integral. *Revista Código Civil y Comercial*, (125). Cita online: AR/DOC/19/2019.

3. Hernández Domínguez, E. (2018). La transversalidad de la responsabilidad civil notarial. En Pérez Fuentes, Gisela María, temas actuales de responsabilidad civil. México: Tirant lo Blanch. p. 270.

4. Shina, F. E. (2018). Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad. *SAIJ*. Cita online: Id SAIJ: DACF180271.

incumplimiento o cumplimiento anormal del mismo, recae bajo la órbita de la **responsabilidad contractual**. Mientras que, por otro lado, la **responsabilidad extracontractual** se encuentra vinculada por la lesión causada por un sujeto sin relación anterior con la víctima o persona perjudicada, como por ejemplo, la responsabilidad del transportador aéreo frente a daños ocasionados a terceros en superficie. El daño puede ocasionarse en la integridad psicofísica de la persona, en las cosas de las que es propietario o en su íntima sensibilidad, pudiendo utilizarse la división clásica entre **daño moral o extrapatrimonial** y **daño material o patrimonial**.

En el sistema del Código Civil y Comercial, en los artículos 1716 y 1737 está prevista la obligación de reparación del daño y, en efecto, el concepto de daño jurídico. El Código prescribe que la indemnización por daño incluye la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, estableciendo las consecuencias resarcibles por la afectación de dicho interés. A su vez, en el artículo 1738, se incluye al daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de chances -esto es, las consecuencias resarcibles desde el punto de vista patrimonial-, y, también a las consecuencias de la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, que pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Recién en el artículo 1741 el Código regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, pero el artículo 1740, menciona la reparación “plena”, e indica que consiste en “la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. En definitiva, parece haber sólo una diferenciación semántica, porque “integral” significa en su primera acepción “global”, “total”, “plena”, “completa”, llena.” Pero sí no distingue el tipo de perjuicio. ^[5]

5. Op. Cit. 3.

Satta (2012) ^[6] entiende que sin daño no existe la responsabilidad civil. Para que tenga lugar una condena a reparar, es indispensable la presencia de un daño jurídico. Y frente a un daño generador de responsabilidad civil, la reparación puede ser de dos clases, la reparación del perjuicio volviendo al estado anterior al daño o la reparación por equivalente mediante la entrega de una suma de dinero. Esto es de vital importancia y debe ser tenido en cuenta para el análisis que sigue a posterior.

Siguiendo a Carranza Zuñiga (2021) ^[7], el **daño moral o extrapatrimonial** se define como una afectación o lesión de una esfera extrapatrimonial del individuo, que implica una transgresión injusta de derechos esenciales del individuo que puede ser pasajera, o bien, puede tener efectos permanentes. Para dicho autor, es un daño complejo de determinar por el magistrado al momento de dictar un fallo, ya que no existe forma técnica o pericial capaz de medir si el dolor, la pérdida de las ganas de vivir, la zozobra, la angustia, entre otros sentimientos y emociones del damnificado, existieron y, por consiguiente, si el mismo ha desaparecido por completo. El Tribunal otorga a la víctima una suma indemnizatoria por dicho concepto, la cual, en definitiva, termina por obedecer a criterios discrecionales del órgano juzgador y basado en principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Para González Zabala (2016) ^[8], el daño moral implica una serie de consideraciones a tener en cuenta, sobre todo luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015. Para ello, este autor refiere que: la indemnización por daño moral no se “concede”, ya que no es algo que el juez “otorga”. Es un derecho

6. Satta, S. D. (2012). Daño psicológico. *Infojus*. Id SAJ: DACF120014. Publicado en: http://www.saj.gob.ar/doctrinaprint/dacf120014-satta-dano_psicologico.htm

7. Carranza Zuñiga, R. J. (2021). El Daño Moral y el Daño Psicológico diferencias entre ambos extremos indemnizatorios. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica. (130). pp. 97-110. ISSN 2215-2385.

8. González Zabala, R. M. (2016). Satisfacciones sustitutivas y compensatorias. *Revista Código Civil y Comercial*, (38). Cita Online: AR/DOC/3436/2016.

de la víctima, de rango constitucional y supra constitucional, como bien se mencionó líneas arriba, respecto de su recepción en Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Por tanto, la sentencia lo único que debe hacer es simplemente “reconocer” ese derecho y cuantificar su reparación.

En efecto, la condena por daño moral no es constitutiva sino declarativa de un derecho preexistente, lo que también determina el cómputo para el cálculo de los intereses de actualización, que corren desde la fecha de la producción del daño y no desde la condena. Dicho autor, destaca la importancia de una respuesta rápida por parte de los tribunales en su reconocimiento y cuantificación, en pos de una tutela judicial efectiva para el justiciable. El daño moral no busca engordar la indemnización por daño emergente, sino mitigar, por compensación, los daños extrapatrimoniales acaecidos.

3. Aplicación de la teoría del daño en el Derecho Aeronáutico

En el Convenio de Montreal, como menciona Capaldo (2009)^[9]: *“...los bienes jurídicos tutelados para el transporte de pasajeros son el tiempo, la vida y la salud de los usuarios, ya que el transportista debe responder en caso de retraso, muerte o lesión corporal de aquéllos. En tanto que los que se tutelan para el transporte de cosas son el tiempo y la integridad de los objetos despachados, ya que el transportador debe responder por retraso, destrucción, pérdida o avería.”*

Con lo dicho se quiere remarcar que en el ámbito de aplicación de la teoría del daño en el Derecho Aeronáutico, se incluyen todos aquellos daños ocasionados a las personas, equipajes

9. Capaldo, G. (2009). La investigación de accidentes e incidentes en sus aspectos técnicos y jurídicos. En el Seminario Relativo a Cuestiones Actuales de Derecho Aeronáutico, Salón Rojo de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

o cosas transportadas por el transportador aéreo en virtud de un contrato de transporte. Estos daños incluyen rotura, destrucción o avería de equipajes o cosas, daños físicos y psíquicos a las personas, como así también, la figura del retraso de vuelos y de equipaje o carga, la pérdida de estos dos últimos y la lesión grave o muerte de pasajeros.

La navegación aérea es una actividad riesgosa, ya que, por tener un hecho técnico navegatorio propio y muy particular, se desafía constantemente la ley de la gravedad a los fines de permitir la sustentación de las aeronaves en el aire. Ello implica una serie de riesgos, cuyas consecuencias podrían ocasionar una perturbación o un resultado dañoso para las personas involucradas, es decir, los pasajeros, o inclusive a personas ajenas a la navegación aérea, como los terceros superficiarios.

Es a raíz de ello, que en los primeros tiempos del Derecho Aeronáutico existió un régimen especial de responsabilidad en el transporte aéreo. En él, se reconocía el tipo de responsabilidad limitada para el transportador, ya que, como consecuencia de los excesivos costos económicos, el principio de responsabilidad ilimitada podía tornar difícil la subsistencia de la compañía aérea ante un accidente. Esta fue una manera de proteger a las empresas aerocomerciales, porque una respuesta integral del daño causado, podía traer aparejado la desaparición de estas empresas. Además, las primas de los seguros para una responsabilidad ilimitada presentaban una cuantía exorbitante. No obstante, actualmente con la aprobación del Convenio de Montreal de 1999 para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional, se dejó de lado para los casos de muerte y lesiones a pasajeros el criterio de limitación cuantitativa de la responsabilidad, precepto que fue receptado en numerosas legislaciones internas de los países

suscribientes.^[10] Sin perjuicio de ello, la normativa internacional reconoce ciertas situaciones en las cuales el transportador pierde el beneficio de ampararse en la limitación de responsabilidad y debe responder de manera integral, como por ejemplo, tras la existencia de un daño acaecido con dolo del transportista o transportador o de sus dependientes.

Se ha cuestionado mucho la legitimidad de la limitación de responsabilidad del transportador aéreo. Es vista, en muchos casos, como una diferencia de trato que se hace al pasajero respecto del transportador, dando lugar, en diversas oportunidades, al surgimiento de movimientos defensores de consumidores y usuarios como una forma de lograr una reparación integral del daño. De hecho, y continuando con ideas del autor anterior, a raíz del fortalecimiento de la industria aérea, esta limitación de responsabilidad paulatinamente está desapareciendo en sectores como la Unión Europea o Estados Unidos, a raíz de las resoluciones de los magistrados que han roto estos principios que amparaban al transportista. No obstante, se observa que en la actualidad continúan vigentes dichos topes indemnizatorios por las disposiciones la normativa internacional aplicable, y termina siendo una cuestión que se reduce al puro y solo arbitrio del juez competente en aplicarla o apartarse de su aplicación, por supuesto, mediante razones fundadas.

Cabe destacar, y citando reflexiones de Knobel (2019)^[11], menciona que el régimen de responsabilidad en el transporte aéreo, regulado en Convenio de Montreal de 1999, no prescribe una responsabilidad de tipo tarifado, sino que combina elementos de la responsabilidad objetiva y de la subjetiva, que determinan

10. Uribe Calderón, D. (2011). Contrato de Transporte Aéreo Internacional: Análisis Comparado. Tesis de Maestría. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 70/71.

11. Knobel, H. E. (2019). Contrato de asistencia al viajero y transporte aéreo. *La Ley*. Cita online: TR LALEY AR/DOC/678/2019.

la responsabilidad limitada del transportador sin prever un tope cuantitativo, como es en caso de muerte o de lesiones sufridas por los pasajeros. Mientras que, respecto de la responsabilidad del transportador aéreo, en caso de daños sufridos en el equipaje, la responsabilidad del transportador aéreo es objetiva y limitada. En tales casos la entidad del daño debe ser probada por quien lo alega, y el transportador deberá abonar el importe o el valor del perjuicio acreditado, salvo en cuanto exceda del tope o límite fijado en la norma. El beneficio de ampararse en la limitación de responsabilidad y de pagar hasta el límite fijado en la norma, justamente por tratarse de una responsabilidad de tipo objetiva, como ya se mencionó, se pierde en caso de dolo o conducta temeraria.

Como menciona Capaldo (2009)^[12], “...en nuestros estrados es cada vez más frecuente la adjudicación de indemnización por daño moral. Se observa un criterio cada vez más elástico para juzgar su procedencia, aun cuando debiera ser de interpretación restrictiva en el campo de las responsabilidades dimanantes de relaciones contractuales.” La autora anterior cita como respuesta, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal del año 1999, el cual sostuvo que “*el daño moral no es alcanzado por el tope de responsabilidad que prevé el art. 22 de la Convención de Varsovia de 1929*”.

No obstante, la jurisprudencia no es unánime al respecto, sino que por el contrario en el año 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Álvarez, Hilda Noemí c. British Airways s/ daños y perjuicios” hizo mención que “*la jurisprudencia de esta Corte [...] tiene señalado que el límite del art. 22 de la Convención de Varsovia constituye un tope máximo en la extensión pecuniaria del resarcimiento, más allá del cual no corresponde abonar suma alguna en concepto de capital.*”

12. Op. Cit. 9.

Cada vez es más común jurisprudencia en las que los magistrados perforan los límites de responsabilidad del transportador aéreo permitiendo que la indemnización por daño moral quede fuera de ellos. Ello podría representar una forma de reconocer un resarcimiento integral del daño. No obstante, esta hipótesis tampoco es de aplicación unánime, por el contrario muchos encuentran como solución positiva al límite de responsabilidad del transportador la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en cuestiones aeronáuticas, a partir de una curiosa interpretación del artículo 63 de dicho cuerpo legal.

La indemnización por daño moral en el transporte aéreo y, en el derecho en general, implica el desarrollo de una actividad intelectual del magistrado. No existe en el Derecho argentino un criterio de cuantificación previamente determinado para este tipo de daños que sufren las personas a su seno emocional, lo que conlleva a que su determinación sea discrecional del magistrado. Para comprobar ello, se realizará un análisis de jurisprudencia argentina y, específicamente de la ciudad de Córdoba - divididos por el tipo de afección que puede sufrir el pasajero en el transporte aéreo- a los fines de tratar de esclarecer cuales terminan siendo los criterios a tener en cuenta por los magistrados para fijar una indemnización por daño moral en el transporte aéreo.

Cabe recordar, que, en numerosas oportunidades, estos reclamos se ven trazados de dos problemas estructurales, uno de índole procesal, como lo es la jurisdicción y competencia del Tribunal y, otro, de fondo en lo que respecta a la ley aplicable. En efecto, en una primera parte, se podrá observar sentencias judiciales preferentemente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para luego adentrarse al examen de jurisprudencia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, que sin resultar competente a primera ratio, cada vez con mayor frecuencia se avoca al conocimiento

de este tipo de reclamos por daño moral en el transporte aéreo y dicta sentencias, que para los especialistas podrían ser consideradas alejadas al derecho vigente.

A) Daños derivados del Retraso y/o Cancelación del vuelo

En los autos **“Deambrosi Leonardo Enrique y otros c/ Turkish Airlines s/ cumplimiento de contrato”**, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, con fecha 16/02/2022, resolvió que correspondía admitir la indemnización del daño moral, por el incumplimiento contractual de la compañía aérea, por la demora de un vuelo proveniente de Buenos Aires-Argentina y con destino San Pablo-Brasil. Los actores reclamaron los gastos devengados del retraso (otros tickets aéreos, hotelería, comida, y los daños por no arribar al crucero contratado), más el daño moral sufrido por cada uno de ellos y su hijo menor de edad, con más los intereses y costas del pleito.

La Cámara consideró que, de los hechos probados en autos, se reveló que los actores fueron colocados en una situación de desasosiego y angustia por la demora del vuelo que habían contratado, la pérdida de conexión con un buque que tenían programado; las molestias, el estrés y la angustia que ello pudo haberles ocasionado, y la frustración del viaje familiar que tenían pensado. El principal argumento de la Cámara se basó en la idea de que *“el retraso constituye tiempo de vida perdido”*, por tanto, el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte por el retraso había producido la privación del derecho elemental del ser humano de decidir, voluntaria y libremente, cómo y dónde ocupar el tiempo de su vida.

En los autos caratulados **“Machiavellio, Claudio D. y Otro c/ Air Europa Líneas Aéreas SA s/ Incumplimiento de Contrato”**,

de fecha 29/12/2020, también se discutió el incumplimiento contractual de la demandada Air Europa Líneas Aéreas S.A. en la demora de un vuelo Buenos Aires-Madrid. Dicha demora ocasionó a su vez la imposibilidad de acceder a una combinación contratada en el aeropuerto de la ciudad de Milán con destino a Estambul. En efecto, reclamaron la responsabilidad de la compañía aérea en el retraso y solicitaron el resarcimiento de los rubros indemnizatorios por gastos y daño moral. Estimaron el monto reclamado conforme los límites del Convenio de Montreal de 1999, solicitando la suma resultante de la conversión de 1.600 D.E.G para resarcir el daño moral para cada actor, y 400 D.E.G. para los gastos erogados por cada accionista. Air Europa Líneas Aéreas S.A. contestó la demanda y solicitó su rechazo con expresa imposición de costas, alegando que el retraso se debió a un desperfecto técnico que afectaba a la seguridad del vuelo, constituyendo ello un eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor.

El Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda condenando a Air Europa Líneas Aéreas S.A al pago de los rubros daño material y daño moral para cada uno de los accionantes respectivamente. Sin perjuicio de ello, la parte actora apeló la sentencia por considerar insuficiente los montos regulados en la sentencia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, entendió que quedó firme la atribución de responsabilidad de la compañía demandada y que la responsabilidad del transportador aéreo surgía del artículo 19 del Convenio de Montreal de 1999, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 del mismo respecto de los límites de responsabilidad por retraso. Consideró que no había dudas sobre la situación mortificante y de disgusto que invadió a los actores al enterarse que su vuelo se encontraba demorado y que perderían las conexiones y servicios contratados en Estambul. Ello, configuraba un daño moral que

debía ser reparado, sin necesidad de prueba específica, porque el daño era consecuencia directa del incumplimiento contractual de la demandada. Utilizó el argumento clásico de la jurisprudencia para este tipo de casos, que la pérdida de tiempo no es otra cosa que “*pérdida de vida*”. Refirió que el monto otorgado por el magistrado de primera instancia, resultaba insuficiente y, por tanto, resolvió modificar la sentencia del a quo, elevando ambos montos reclamados, con costas a la vencida.

En ambos fallos, se puede observar de forma clara, que el principal argumento a favor del daño moral es que “*la pérdida de tiempo constituye pérdida de vida*” irrepetible, e incluso, un menoscabo de la libertad personal^[13]. Hasta aquí, no surgen dudas de la legislación aplicable para estos casos (Convenio de Montreal de 1999) y el respeto de la garantía constitucional de juez competente: Juez Federal.

B) Daños derivados de la Cancelación posterior compra ticket pasaje

En los autos “**Valle Sergio Roberto y otros c/ United Airlines Inc s/ incumplimiento de contrato**”, la Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó parcialmente la demanda interpuesta. Se trató de una pareja que adquirió, a través del sitio “web” de la aerolínea United Airline, dos pasajes en oferta con motivo del “Travel Sale”, para viajar desde Santiago de Chile hacia Sydney- Australia. Se trataba de un vuelo con escalas en Panamá y Houston. Lo curioso del caso es que, luego de tres días de la compra, las reservas habían sido canceladas, y la empresa aérea alegaba que era como consecuencia de “*una oferta de tarifas errónea*”.

13. Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II. (10/12/2003). Fairstein, Juan Carlos y otro c/ Varig SA s/ daños y perjuicios, causa 10482/2001.

Los actores reclamaron daño material, moral y punitivo, intereses y los gastos del juicio. Fundaron su reclamo en las disposiciones de la Ley 24.240 –artículos 7, 8, 10 bis y 52 bis, entre otras-, su Decreto Reglamentario N° 1798/94 –artículo 7- y del Código Civil y Comercial de la Nación. El juez de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a United Airlines a entregar el dinero necesario para adquirir los pasajes reclamados, para la misma época del año que habían sido adquiridos en un primer momento, a los valores vigentes al momento del pago de la sentencia. Fijó una suma de dinero en concepto de indemnización por daño moral y desestimó el daño punitivo reclamado. Todo ello más los gastos del juicio a cargo de la empresa demandada.

Dicha sentencia fue apelada por la vencida, pero la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, finalmente resolvió, modificar la sentencia de primera instancia, condenando a la entrega de boletos de pasaje idénticos a los comprados, y no el dinero “equivalente” como lo había ordenado el a quo, porque, a su criterio, excedía el objeto del juicio. Respecto al daño moral, entendió, a diferencia del a quo, que no se había configurado un daño moral susceptible de ser resarcido, debido a que *“la conducta antijurídica en que incurrió la aerolínea al decidir incumplir con el contrato de transporte no generó un daño moral resarcible a los accionantes pues el disgusto e impotencia razonablemente derivados de la cancelación de los pasajes por error en la tarifa adquiridos para la realización de un viaje vacacional, a los dos días de haberse pagado y emitido los tickets, carece de las características apuntadas para configurar un daño indemnizable”*. Finalmente desestimó la reparación del daño punitivo, en virtud de lo establecido por el artículo 29 del Convenio de Montreal aplicable al caso, que prohíbe, la aplicación de multas a raíz del trastorno que generó hacer los reclamos pertinentes. También se modificó la distribución de las costas y gastos del juicio.

Otro ejemplo de cancelación unilateral del contrato de transporte aéreo a los días de su compra es “**Savak Federico Ariel c/ United Airlines Inc. s/ ordinario**”, donde la Sala B, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, admitió la demanda similar a la anteriormente analizada, en contra de United Airlines, también por la cancelación imprevista de los pasajes que el accionante había adquirido durante el “Travel Sale”, con igual destino que el anterior. La parte actora solicitó la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor, el Código Civil y Comercial y el artículo 42 de la CN, argumentando la supletoriedad del artículo 63 de la Ley de Defensa del Consumidor, en lo que respecta al régimen del contrato de transporte aéreo. En Primera Instancia, se rechazó la demanda deducida, con costas a la actora vencida. El juez a quo entendió que el error en la cuantía del precio de los pasajes objeto de reclamo, en tanto esencial y reconocible (CCyC. artículos 265 y 267), se trataba de un vicio invalidante de la oferta formulada por United Airlines Inc., de modo que ello impidió la formación del consentimiento necesario para la concreción del contrato con su inherente efecto vinculante (CCyC. artículos 959, 971 y 972). Además, entendió que la consiguiente y pronta cancelación de la reserva, dentro de las 24 horas de la compra y la devolución de lo abonado, resultó ser una conducta irreprochable de la demandada.

La parte actora apeló el pronunciamiento y la Cámara interviniente resolvió admitir la demanda en virtud de lo dispuesto por el artículo 265 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto expresamente establece que *“el error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad”*. De hecho, entendió que la “reconocibilidad” del error, no se presumía, sino que corría a cargo de quien lo invoca la nulidad del negocio y la prueba de ese extremo. En este aspecto,

expresó que la regulación del error en el Código Civil y Comercial de la Nación cambia considerablemente, no sólo por el deber de información, sino por el sujeto que se tutela: el consumidor. Así pues, los contratos de consumo, debían ser interpretados a favor del consumidor. Manifestó que en términos generales, el consumidor promedio raramente tiene acceso a la información necesaria para poder determinar, con cierta precisión, cuándo un determinado producto o servicio es ofrecido a un precio atractivo y cuándo se incurrió en un error en su fijación. Pues resultaba ser una práctica habitual que se ofrezcan promociones, liquidaciones y descuentos para atraer al público en general. Con relación al rubro reclamado en concepto de daño moral, aquí también el ad quem lo desestimó, atento a que entendió que no se aportó a la causa prueba suficiente que demuestre el padecimiento emocional por él sufrido. Asimismo, rechazó el daño punitivo solicitado, este último sobre todo, en atención a su carácter restrictivo.

Luego del análisis de ambos fallos, se puede observar: En primer lugar, que ambos tribunales, que representan a órbitas de administración de justicia diferentes, se avocaron en el conocimiento del caso. De hecho, en el segundo, no se observa, el planteamiento por parte de la demandada de la excepción de incompetencia.

Respecto de la ley aplicable, también se visualiza diferencias en la normativa que aplican para la resolución del caso. En el primero se invoca normativa aeronáutica, mientras que en el segundo se aplica la Ley de Defensa del Consumidor. Como similitudes se destaca que en ambos casos se rechazó el rubro daño moral, por entender que la frustración emocional producida por la cancelación del vuelo, a pocos días de haber sido comprado en el “Travel Sale”, no resultaba suficiente para configurar un daño resarcible, o que no se aportó prueba suficiente para su acreditación y reconocimiento.

C) Daños derivados de la pérdida del equipaje facturado o de bodega

En autos “**Lorenzi María de los Ángeles y otros c/ Andes Líneas Aéreas S.A. s/ pérdida/daño de equipaje**”, las actoras iniciaron una demanda de daños y perjuicios contra Andes Líneas Aéreas S.A., como reclamo por la pérdida de un equipaje en el marco del contrato de transporte aéreo celebrado con ella. Andes S.A, al contestar el traslado de la demanda, opuso excepción de falta de legitimación pasiva, por entender que el vuelo había sido contratado a través de un agente de viajes.

El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda, con costas, tras considerar que las actoras no habían probado la pérdida del equipaje y que, por ende, no correspondía responsabilizar a la línea aérea por un daño inexistente.

Dicha resolución fue apelada y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Federal, Sala III, que el hecho de que la actora cuente con la constancia de haber despachado el bulto, hacía presumir, que las pertenencias identificadas y registradas en las oficinas de la aerolínea no le habían sido devueltas. A ello se le suma la “protesta aeronáutica” realizada ante el gerente del aeropuerto de destino, donde se asentaba la descripción de la valija, los datos personales de las damnificadas, el vuelo de origen y del hotel en el que se hospedarían. En consecuencia, el Tribunal resolvió revocar la sentencia de primera instancia y admitir la demanda, reconociendo el daño emergente derivado de su incumplimiento y el daño moral por la frustración de sus vacaciones, el disgusto emocional sufrido y el tiempo empleado para comprar los efectos perdidos. Mientras tanto, respecto del daño punitivo, la parte actora no había determinado el quantum de lo reclamado, por lo que consideró, que la conducta observada por la aerolínea no amerita la admisión de este rubro. Con respecto a los intereses reclamados, estimó que los mismos

iban a computarse desde el día en que el equipaje debería haber sido entregado, con la salvedad que el capital de la condena queda sujeto al límite de responsabilidad previsto en el artículo 17.2 del Convenio de Montreal, más no así los intereses, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17.6 del referido cuerpo legal.

D) Daños derivados de la denegación de embarque por motivo de Overbooking

En autos caratulados “**A., C. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. - Daños y Perjuicios**”, la Sala “**A**” de la Cámara Federal de Apelaciones Sala A de la ciudad de Córdoba, resolvió condenar a Aerolíneas Argentinas S.A. a pagar a la actora el un monto en dinero en concepto de daño material y moral reclamado. Se trató de una demanda de daños y perjuicios por la pérdida de su equipaje en el vuelo con el trayecto Ezeiza – Barcelona, sumado a un reclamo por denegación de embarque y demora en la salida del vuelo de regreso Barcelona- Córdoba, que contaba con una escala en Ezeiza. La demandante expresó que no había recuperado su equipaje durante todo su viaje y, que además, la demora generó postergaciones en su agenda laboral y un daño irremediable en su salud, ya que como consecuencia de ello, perdió su embarazo durante el vuelo.

El Juez federal de Río Cuarto hizo lugar parcialmente a la demanda en contra de la empresa Aerolíneas Argentinas S.A., reconoció los daños reclamados y rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios fijados en el artículo 22 párrafo primero de la Convención de Varsovia requerido por la parte actora. Dicho resolutorio fue apelado por ambas partes. Finalmente la Cámara, confirmó la sentencia del a quo respecto de la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios y de la indemnización por daño material y moral por el retraso en la entrega

del equipaje. En cuanto a la denegación de embarque y demora del segundo vuelo, consideró que debía rechazarse la petición en tal sentido por la inexistencia de pruebas contundentes y, por tanto ordenó revocar la sentencia de grado en el aspecto mencionado. Con relación al daño moral reclamado, entendió que no correspondía indemnización alguna, ya sea, en relación a su embarazo y pérdida posterior al viaje realizado, argumentando que la demora no fue superior a ocho horas.

E) Daños derivados de muerte o lesiones al pasajero

En los autos, “**García Hernández, Paola J. c/Aerolíneas Argentinas SA y Otro s/ Daños y Perjuicios**”, la parte actora interpuso demanda en contra de Aerolíneas Argentinas SA y de Nación Seguros SA por una lesión física que sufrió durante el procedimiento de embarque de un vuelo de la demandada, que tenía como ciudad de origen Caracas-Venezuela y con destino la ciudad de Buenos Aires-Argentina.

El Juez de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda entablada y condenó a Aerolíneas Argentinas SA y a Nación Seguros SA por los daños y perjuicios sufridos por la actora, con más sus intereses y las costas del juicio.

Dicho pronunciamiento fue apelado por ambas partes. En segunda instancia, los magistrados entendieron que la responsabilidad atribuida a la demandada había quedado firme, y elevó el monto de los daños regulados por el a quo. Mientras que, con relación al daño moral, entendió que el mismo respondía a daños en la esfera extrapatrimonial de la persona y que su fin era resarcitorio y no sancionatorio, pues con él, se procura establecer una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del

daño moral sufrido. Por lo que, entendió que convenía elevar el monto equivalente al mencionado rubro.

En el caso **“Mendanha, Solange Lia c/Aerovías de México S.A. de CV y otro s/daños y perjuicios”**, el Juez de Primera Instancia hizo parcialmente lugar a la acción, condenando a la demandada a pagar a la actora la suma de dinero correspondiente a los daños y perjuicios sufridos -siempre que no supere el límite previsto por el Convenio de Montreal de 1999-, con más los intereses a contar desde que el hecho generador tuvo lugar hasta el efectivo pago.

Para decidir de ese modo, el a quo, consideró que el reclamo resultaba procedente toda vez que, de las probanzas aportadas a la causa, se desprendía que la actora sufrió una lesión como consecuencia de las picaduras de un alacrán, mientras se encontraba a bordo de la aeronave de la compañía demandada. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 inc. 1 del Convenio de Montreal de 1999, concluyó que la transportista debía responder por los daños sufridos por la pasajera, por la sola razón de que el menoscabo se produjo durante la prestación de su servicio de transporte. No obstante, rechazó el daño físico por entender que de la pericia médica no surgía que la accionante padecía en la actualidad de incapacidad física alguna ni cicatrices, pero reconoció el daño psíquico sufrido, y los gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, traslados, tratamientos psicológicos y gastos futuros, más una suma adicional por daño moral.

Esta decisión fue apelada por ambas partes. El Tribunal de apelación entendió que existía una relación contractual y que no estaba discutido que la accionante sufrió dos picaduras de alacrán. Consideró que fue acertado el rechazo del daño físico por parte del a quo, ya que de la pericia médica si bien quedaba claro el dolor sufrido y la minusvalía, la realidad era que no había

generado consecuencias físicas que impidieran su desarrollo personal y económico.

Con relación al daño psíquico, rechazó el agravio de la parte demandada y elevó el monto fijado por el a quo en este rubro. Confirmó el monto reconocido por el rubro gastos y, en cuanto, al reclamo por daño moral, quedó comprobado el padecimiento psicológico y emocional que le produjo el hecho, generando nerviosismo, temor y fobia posteriores al hecho, en virtud de los dichos del psicólogo y el médico legal. Por tanto, consideró correspondía desestimar los agravios de la demandada y, de lo contrario, elevar su monto. Todo ello siempre que no se supere el límite previsto por el Convenio de Montreal de 1999, con costas a la vencida.

En el caso **“Fabro, Víctor y otra c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió condenar a los tres demandados por un accidente producido en el aeropuerto de la provincia de Río Negro. Se trató de una demanda de daños y perjuicios formulada por los familiares de la víctima, quien, durante las maniobras de desembarco de pasajeros, rodeó la aeronave por la popa y al dirigirse hacia proa en busca del equipaje, recibió un impacto de la hélice del motor derecho, falleciendo al instante.

El caso llega por recurso extraordinario a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien hizo una expresa diferenciación del marco legal aplicable a cada uno de los demandados. Reconoció que correspondía fijar la procedencia y cuantía de la indemnización reclamada, consistente en el daño patrimonial, los gastos resultantes de lo que los actores denominan daño psicológico y el daño moral. En lo que respecta al daño material, tras la existencia de prueba insuficiente, no se pudo establecer el valor de la vida humana. Reconoció los gastos resultantes del daño psicológico

de sus familiares, como así también, el daño material por pérdida de chance. Mientras que el daño moral fue regulado tanto para la madre de la víctima como para el viudo. Por último, resuelve condenar a los tres demandados y hace la condena extensiva a la citada en garantía.

Ciertamente, se menciona en todos los casos el límite de responsabilidad del Derecho Aeronáutico, sobre todo como defensas principales de las partes demandadas. En todos los casos, el daño moral fue reconocido y cuantificado mediante prudente arbitrio judicial, con la salvedad de no superar el límite establecido por la normativa aeronáutica. Incluso se observa cómo los distintos hechos generadores del daño, en cada uno de los fallos analizados, se relacionan con una interpretación amplia del concepto “accidente” del artículo 17.1 del Convenio de Montreal de 1999. Esto se debe a que no se circunscribe a una catástrofe aérea o siniestro aeronáutico, sino que por el contrario, refiere a todo hecho o suceso que ocurra a bordo de una aeronave o en durante las maniobras de embarque y desembarque de la misma, cuando el pasajero aún se encontraba a las órdenes del transportador.

Luego del análisis de los presentes, corresponde adentrarse en el tratamiento del daño moral por parte de los Tribunales cordobeses. Se hace alusión a los mismos con el fin de poner en jaque la realidad judicial cordobesa y cómo la praxis ha ido “naturalizando”, entre los abogados y jueces cordobeses, la competencia de los tribunales provinciales en cuestiones que podrían comprometer el transporte aéreo, como así también la normativa aplicable para la búsqueda de las soluciones.

4. Jurisprudencia Cordobesa

En la justicia cordobesa (tanto en el fuero federal como en el fuero provincial) aún no está claro cuál es el fuero que resulta competente para reclamos vinculados al transporte aéreo de pasajeros.^[14] Por un lado, los tribunales provinciales, probablemente por desconocimiento de la especialidad de la materia, comenzaron a avocarse al conocimiento de este tipo de causas. Por el contrario, los tribunales federales cordobeses en ciertas situaciones no se avocaron, ya sea, también por desconocimiento de su propia competencia o porque el derecho invocado en la demanda resultaba ser la Ley de Defensa del Consumidor.

Resaltando el pensamiento de la autora anterior, “*el Derecho Aeronáutico requiere cierta especialización para tomar decisiones en los casos concretos que se presentan.*” Así pues, en el Ciclo de Conferencias de Derecho de la Navegación, Transporte, Aduanero y Turismo Córdoba 2020, expresó que algunos jueces, para no aplicar norma específica aeronáutica, que es lo que más se ve en Córdoba, caratulan las actuaciones como “*cobro de pesos*”, por tanto, corresponde la aplicación del Derecho común y, la Justicia Ordinaria es la competente. De allí, resulta inentendible la negativa de los jueces de atender a lo específico de la relación contractual o de la materia. Se visualiza que, todavía, en la praxis judicial actual, no queda claro lo que es de competencia federal y lo que es de competencia provincial, en la disciplina aeronáutica.

Ahora bien, ¿cuáles son los rubros indemnizatorios que se reclaman en estos casos? ¿Cómo termina resolviendo el magistrado?

14. Javurek, G. (2020). *Ciclo de Conferencias de Derecho de la Navegación, Transporte, Aduanero y Turismo, Córdoba 2020*. Plataforma Google Meet at 13:11 GMT-7. (minuto 2.39 al 2.40). Universidad Nacional de Córdoba.

El fallo “**Di Tella, Belén María y otro c/ Latam Airlines Group S.A. y/o Lan Airlines S.A. - Abreviado - Expte N° 6231615**”, de la Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, constituye el primer antecedente de daño punitivo a una compañía aérea. Aquí, los tribunales ordinarios cordobeses se arrogaron la competencia para entender en un reclamo de daños y perjuicios por la cancelación de un vuelo como consecuencia también de un paro de pilotos, que afectaba la actividad aerocomercial el día de los hechos. Se encontraba cuestionada la calidad de “pasajeros” de los actores, justamente, porque se ampararon a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor para que sea visto como una causa propia del derecho común. Los actores entendieron que no se encontraba en juego ninguna disposición atinente al contrato de transporte aéreo y cuestionaron la ejecución del contrato de transporte, considerando que al no poder abordar el vuelo, aún no se había configurado.

Lo mencionado, resultó ser la base del fundamento del decisorio y, por tanto, el Tribunal se inclinó por la inejecución del contrato de transporte aéreo. Además, se quitó aplicabilidad a los artículos 139 y ss. del Código Aeronáutico, respecto de las consecuencias dañosas producidas posteriormente al embarque, lo cual nunca sucedió. A su vez, se impuso la interpretación no literal del artículo 198 del Código Aeronáutico, considerando una interpretación más amplia del mismo. Los magistrados intervinientes entendieron que al fuero federal le correspondía actuar en cuestiones de Derecho Aeronáutico, excluyendo, casos como el desarrollado, que se encuentran fundados en el Derecho Privado o en la Ley de Defensa del Consumidor y que, por lo tanto, corresponden a la competencia ordinaria de los Tribunales provinciales. Además, se hizo hincapié en la normativa aplicable y, por tanto, se consideró que la Ley de Defensa del Consumidor va a regir cuando el Código Aeronáutico no contemple situaciones,

o cuando lo haga de manera incompleta o, incluso, cuando por cualquier razón, se encuentren vulnerados derechos constitucionales de los usuarios y consumidores. Entendiéndose todo esto bajo el criterio de que son derechos operativos, sin que exista la necesidad de dictar una ley que los reglamente y encontrándose habilitado el juez a aplicarlos al caso concreto.

Particular mención merece el análisis que efectúan los magistrados acerca del artículo 14, del Anexo II, de la Resolución 1532/1998, que también nutre su decisión final. Dicho artículo refiere a que todas las cuestiones relativas al contrato de transporte de mercaderías o cosas deberán sustanciarse ante la Justicia Federal en lo Civil y Comercial de la jurisdicción que corresponda. El Tribunal toma de aquí su argumento, objetando que no menciona al “transporte de personas” como es el caso en cuestión. Aquí no se estaría reclamando, según el Tribunal, la responsabilidad por el transporte, sino por la falta de éste último.

Lo novedoso del fallo es que se toma en cuenta el criterio del Código Civil y Comercial de la Nación, que agrega, junto a la reparación, la prevención del daño (daño punitivo), como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y luego aplicadas. Además, basa sus argumentos en jurisprudencia anterior de las Cámaras de Apelaciones tales como, “*Crocco, Ignacio A. y otro c/ Gol Transportes Aéreos S.A. y otro - Abreviado - Daños y Perjuicios*” - Expte. N° 1852847/36, “*Longhi, Franco Emilio c/ Lan Argentina S.A. - Abreviado - Cobro de Pesos - Recurso de Apelación*” - Expte. 2321608/36.

Con fecha 07 de abril del año 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con relación a la Queja interpuesta por denegación del Recurso Extraordinario Federal presentado por la compañía aérea en los mencionados actuados, considerándolo inadmisibles en virtud de lo dispuesto por el artículo 280 del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por ello, desestimó la presentación directa, declaró perdido el depósito efectuado y ordenó el archivo de las actuaciones.

De esta manera, quedó firme la sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba, pudiendo constituirse ello, en un cambio rotundo de paradigma en materia aeronáutica. No obstante, cabe destacar que la sentencia quedó confirmada por lo dispuesto por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, por tanto, la Corte no se expidió de manera concreta respecto de la competencia y la ley aplicable, con lo cual, no esclarece el panorama jurídico, sino que, por el contrario, podría contribuir a aumentar la inseguridad jurídica del justiciable.

En los autos “**Sosa, Silvana Verónica y Otro C/ American Airlines Inc y Otro - Abreviado Cumplimiento/Resolución de Contrato**” - EXPTE. 9641610, del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial 35 Nominación de la ciudad de Córdoba de fecha 11/04/2023, la parte actora inició una demanda por daños y perjuicios derivados de la cancelación unilateral por parte de una aerolínea de un vuelo internacional (Córdoba a Miami directo). Reclamaba el valor del precio de los pasajes -al momento de la interposición de la demanda, daño moral por las afecciones emocionales sufridas y daño punitivo o multa civil propia de la Ley de Defensa del Consumidor.

El juez de primera instancia Civil y Comercial 35 Nominación de la ciudad de Córdoba, el Dr. Diaz Villasusso, hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada por la compañía aérea demandada y reivindicando la competencia federal en cuestiones que involucran cuestiones de aeronáutica civil y no dando lugar al examen de los daños invocados por la parte actora. Cabe destacar que la presente resolución no se encuentra firme, sino que la

parte actora interpuso recurso de apelación ante la Cámara Civil y Comercial de Aplicaciones de la misma ciudad.

Existe un antecedente similar al fallo bajo análisis, pero con la salvedad que allí la demanda fue rechazada “in limine” en el primer decreto que dictó la magistrada del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial 12 Nominación de la ciudad de Córdoba en los autos “Illesca Jimena C/despegar.com.ar y otro- Cumplimiento/ Resolución de contrato” - Expte N° 10107847”). Se visualiza, entonces, que en un lugar minoritario están los magistrados cordobeses quienes defienden la competencia federal en cuestiones de índole aeronáutica.

Por el contrario, la gran mayoría de las demandas fueron admitidas por los magistrados cordobeses y tramitadas. En la mayoría de ellas, se reclama el daño moral por las frustraciones y afecciones emocionales de las expectativas generadas por los vuelos a realizarse, a lo que se suma los tediosos reclamos ante las compañías, la falta de información, los reclamos en sede administrativa y el sometimiento al inicio de los reclamos judiciales, como así también, el daño punitivo.

Por lo expuesto, se observa un gran avance de los reclamos por daños y perjuicios por incumplimiento contractual de las compañías aéreas en los Tribunales cordobeses, motivo de alarma por el efecto jurídico que las resoluciones de estos magistrados puedan tener, que pondrán en jaque el sistema de responsabilidad del Derecho Aeronáutico en el tratamiento del daño moral en el transporte aéreo. Ya que, incluso, el Juez al aplicar derecho común, la limitación de responsabilidad del transportador aéreo queda expulsada de su consideración.

5. Conclusiones

Cómo fue posible observar durante el desarrollo de la presente comunicación científica, la jurisprudencia argentina viene expresando opiniones y formas de tratamiento del daño moral de manera muy disímiles. De hecho, cabe destacar que fueron muchas las soluciones brindadas por los tribunales argentinos, respecto a la discusión en torno a incluir al daño moral dentro del límite de responsabilidad plasmado por la ley aeronáutica o no. Es decir, si juez al momento de fallar y cuantificar el daño moral, puede fijar un monto que sumado al daño material, excede el límite de responsabilidad para cada uno de los casos dispuestos por la normativa aeronáutica, y sin que ello constituya desconocimiento de derecho o una violación al derecho vigente.

Como resultado, se vislumbraron resoluciones judiciales que se inclinaban por una u otra postura. Sin embargo, se concluye que el daño moral no debería estar incluido dentro de los límites de responsabilidad, como una forma de contrarrestar el perjuicio que dicha limitación le provoca a los pasajeros. Esta limitación nació como una forma de evitar la quiebra de las empresas aerocomerciales y de potenciar el desarrollo de la actividad aérea, no obstante, en la actualidad ello coloca en una situación desventajosa al pasajero respecto del transportador aéreo, no existiendo paridad en las relaciones contractuales que estos celebran.

Otra cuestión que se planteó fue la cuantificación del daño moral en las sentencias, situación a la que se concluye que el juez debe primero valorar el daño y analizar, objetivamente, todas las consecuencias dañosas que tengan nexo de causalidad adecuado con el hecho y las que provengan de la sola conexión del hecho dañoso con otro. Hasta aquí, esto no son más que lineamientos que da el legislador al juez para realizar su labor. Pero, al momento de

fijar la reparación y cuantificar la indemnización, son importantes las guías que derivan del principio de reparación.

Esto lleva a pensar respecto de la reparación integral del daño y recordar que constituye un Derecho Humano reconocido por otros Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, que conforman un núcleo de derechos propios del ser humano, que emanan de su condición como persona con dignidad humana. En consecuencia, la limitación de responsabilidad se encuentra muy discutida y representa una superioridad de derechos respecto de los pasajeros. En suma: la limitación de responsabilidad del transportador aéreo coarta el principio de reparación integral.

Entonces, resulta sumamente necesario encontrar la manera de morigerar estos límites, en la medida que la envergadura del caso lo requiera, permitiéndole al juez perforar los límites establecidos por la normativa aeronáutica y dejar de lado con ello, la necesidad del pasajero de acudir a la normativa del consumidor para lograr una sentencia más apegada a la realidad económico y social. Es decir, posiblemente el juez, amparándose en el principio de reparación integral como derecho humano, podría argumentar que los montos reconocidos como indemnización por daño material y moral en el transporte aéreo, excedan los límites previstos. Ello podría verse como una solución superadora de esta problemática, garantizando igualdad contractual entre el pasajero y la aerolínea y priorizando su condición como persona humana, lo que sin duda tendría un inmediato efecto positivo en la sociedad.

De lo contrario, la praxis judicial sirve de prueba suficiente para demostrar, que esta situación de incertidumbre normativa favorece que los pasajeros intenten hacer valer sus derechos a partir de la aplicación de otros cuerpos normativos que no se corresponden con las realidades aeronáuticas y que no fueron creados para regular una materia tan específica como lo es el Derecho Aeronáutico. De

hecho, en numerosos casos jurisprudenciales (sobre todo locales de la provincia de Córdoba), donde se invocó normativa propia del Derecho de los Consumidores, y se observa que se logró un resarcimiento más amplio, con indemnizaciones más “realistas” en concepto de daño material o emergente y daño moral. Inclusive, hasta se sentó el primer precedente en el país de daño punitivo a una empresa aerocomercial, justamente por el destrato hacia el pasajero.

En suma: se observó que el problema no sólo radica en la limitación de responsabilidad del transportador aéreo y en la discusión de si la indemnización por daño moral puede exceder esos límites o no y el problema de su cuantificación, sino que también, en muchos casos, el dilema comienza en una cuestión de jurisdicción y competencia, que lleva a discutir respecto de la ley aplicable. Lo que termina transformándose en un círculo vicioso que conduce a poner en tela de juicio el derecho a la reparación integral del daño. El resultado de todo lo descripto, es una enorme inseguridad jurídica, en desmedro del justiciable, quedando finalmente restringida la discusión a puro arbitrio y criterio del magistrado sorteado.

Como propuesta se aconseja una armonización normativa y futura reforma del Código Aeronáutico, debiendo tener en cuenta las cuestiones aquí planteadas, en pos de un derecho más justo y acorde a la realidad cotidiana del siglo XXI. Asimismo, se destaca la importancia de conocer en profundidad la temática planteada por parte de todos los operadores jurídicos. Contar con especialistas podría clarificar el panorama planteado y brindar soluciones más adecuadas a los casos a resolver. Dicho ello, se entiende que un fuero especializado dentro del fuero competente también podría ser un positivo avance.

6. Referencia Bibliograficas

Burgueño Ibareguren, M. G. (2019). El derecho a la reparación integral. Revista Código Civil y Comercial, (125). Cita online: AR/DOC/19/2019.

Capaldo, G. (2009). La investigación de accidentes e incidentes en sus aspectos técnicos y jurídicos. En el Seminario Relativo a Cuestiones Actuales de Derecho Aeronáutico, Salón Rojo de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

Carranza Zuñiga, R. J. (2021). El Daño Moral y el Daño Psicológico diferencias entre ambos extremos indemnizatorios. Revista Judicial. Poder Judicial de Costa Rica. (130). pp. 97-110. ISSN 2215-2385.

Correa, C. (2014). El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH. En Steiner, C. y Uribe P. (Coord). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentada. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 824.

González Zavala, R. M. (2016). Satisfacciones substitutivas y compensatorias. Revista Código Civil y Comercial, (38). Cita Online: AR/DOC/3436/2016.

Hernández Domínguez, E. (2018). La transversalidad de la responsabilidad civil notarial. En Pérez Fuentes, Gisela María, temas actuales de responsabilidad civil. México: Tirant lo Blanch. p. 270.

Javurek, G. (2020). Ciclo de Conferencias de Derecho de la Navegación, Transporte, Aduanero y Turismo, Córdoba 2020. Plataforma Google Meet at 13:11 GMT-7. (minuto 2.39 al 2.40). Universidad Nacional de Córdoba.

Knobel, H. E. (2019). Contrato de asistencia al viajero y transporte aéreo. La Ley. Cita online: TR LALEY AR/DOC/678/2019.

Satta, S. D. (2012). Daño psicológico. Infojus. Id SAIJ: DACF120014. Publicado en: http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dacf120014-satta-dano_psicologico.htm

Shina, F. E. (2018). Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad. SAIJ. Cita online: Id SAIJ: DACF180271.

Uribe Calderón, D. (2011). Contrato de Transporte Aéreo Internacional: Análisis Comparado. Tesis de Maestría. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 70/71.

Mudança Climática, Aviação e os Combustíveis Sustentáveis

Ricardo Bernardi

Advogado especializado em Direito Aeronáutico

Introdução ao Tema

O chamado acordo de Paris – *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) – entrou em vigor em 21 de março de 1994 e foi ratificado por 198 países, incluindo o Brasil ^[1]. Os signatários assumiram o compromisso de limitar o aumento da temperatura média global abaixo de 2 graus Celsius em relação aos níveis pré-industriais, com esforços para limitá-lo a 1,5 graus Celsius. Para alcançar esse objetivo, concordaram em reduzir as emissões de gases de efeito estufa e tomar medidas para mitigar as mudanças climáticas.

Gases de efeito estufa (GEE) ou *greenhouse gases* (GHG) são aqueles que causam a absorção parcial da radiação infravermelha emitida pelo sol e refletida pela superfície terrestre, dificultando o escape desta radiação (calor) para o espaço, o que se aplica não apenas ao dióxido de carbono (CO₂), mas também ao Metano (CH₄), o Óxido Nitroso (N₂O) aos perfluorcarbonos (PFCs) e o Hexafluoreto de Enxofre (SF₆) ^[2]. Feita essa ressalva, não obstante a referida diversificação e especialmente para os fins desse artigo, referência será feita aos gases em questão apenas como CO₂, GEE ou simplesmente “carbono”.

1. Promulgado pelo Decreto 9.073 de 6 de junho de 2017

2. Listagem consta do Anexo A ao Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, promulgado no Brasil por meio do Decreto 5.445/05

Estima-se que a aviação seja responsável por cerca de dois por cento (2%) de todas as emissões de carbono gerados pela atividade humana no mundo. Considerado o setor de transportes, a aviação contribui com 12% do total das emissões. Reconhecendo a sua parcela de responsabilidade com relação a essa crucial questão, a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), em cumprimento ao decidido pela UNFCCC, estabeleceu na 41ª Assembleia, metas bastante ambiciosas para mitigar as emissões oriundas do transporte aéreo, traçando o objetivo de transformar o setor em *net 0* (neutralidade) até 2050^[3].

Propostas da OACI

Para alcançar o objetivo de alcançar a neutralidade (*net 0*), a OACI propõe uma cesta de medidas, incluindo aumento de eficiência tecnológica de aeronaves, melhorias nas operações aéreas, soluções baseadas em mercado de carbono (compensações com crédito de carbono ou *offsetting*) e o uso de combustíveis sustentáveis (SAF^[4]).

As normas de natureza ambiental estão organizadas no Anexo 16 à Convenção de Aviação Civil Internacional (Convenção de Chicago), designada “Proteção Ambiental”. Atualmente, o referido Anexo conta com 4 volumes, a saber: I – Ruído de Aeronaves, II – Emissões de Motores de Aeronaves, III – emissões

3. De acordo com definição elaborada pelo Fórum Econômico Mundial, o termo “net 0” aplica-se à situação em que as emissões de gases de efeito estufa emitidas pela atividade humana são proporcionais às reduções. Put simply, the term net zero applies to a situation where global greenhouse gas emissions from human activity are in balance with emission reductions. At net zero, carbon dioxide emissions are still generated, but an equal amount of carbon dioxide is removed from the atmosphere as is released into it, resulting in zero increase in net emissions. www.weforum.org/agenda/2021/11/net-zero-emissions-cop26-climate-change/

4. Observamos que a IATA segue a mesma linha quando embasa as propostas de sustentabilidade para o setor aéreo nos seguintes pilares: a) tecnologia, o que envolve maior eficiência em aeronaves e motores bem como uso de combustíveis sustentáveis, b) operações aéreas, com otimização de planos de voo e abastecimento de aeronaves, com o intuito de diminuir o consumo de combustível, c) infraestrutura, com incremento de organização de rotas, tráfego aéreo e operações aeroportuárias e d) instrumentos de mercado para compensação de carbono.

de CO₂ por aeronaves, e, IV – esquema de compensação e redução de emissão de carbono (Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation) – CORSIA.

O CORSIA foi desenvolvido por determinação da assembleia da OACI na 39ª sessão em 2016^[5], e teve o propósito de propor um sistema mundial harmonizado para reduzir e compensar as emissões no transporte aéreo internacional, como parte da cesta de medidas que visam o cumprimento das metas adotadas no Acordo de Paris, evitando distorções trazidas por regras e sistemas isolados vigentes em cada país, e que impedem medidas eficientes de redução de emissão de carbono. Assim como os demais tratados, especialmente aqueles que regem temas relacionados à aviação, é fundamental que se garanta vigência em todos os territórios dos países signatários, em vista da característica transnacional dessa atividade.

Atualmente, há 115 países que já manifestaram a intenção de voluntariamente participar do CORSIA, cuja implementação pode variar de acordo com os detalhes e regulamentos específicos de cada um, e foi dividida em três etapas, duas de participação voluntária, e uma última de participação compulsória, a iniciar-se a partir de 2027. No Brasil, a matéria foi regulada pela ANAC por meio da Resolução 743/2024.

SAF como Principal Elemento para Alcançar as Metas de Redução de Emissão de Carbono

Muito se fala sobre uso de hidrogênio e eletrificação como alternativas para a descarbonização da aviação, mas fato é que estas tecnologias não trarão reduções importantes quanto às emissões

5. Resolução A39-3: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Global Market-based Measure - MBM – scheme.

de GEE no setor aéreo nas próximas décadas. Conforme dados disponibilizados pelo Fórum Econômico Mundial ^[6], tecnologias de descarbonização pelo uso de veículos aéreos elétricos, em tese, serão viáveis em 2025, mas apenas para aeronaves que oferecem de 9 a 19 assentos e autonomia de voo de no máximo uma hora, o que representa menos de 1% do total de emissão de CO₂ da aviação. Em 2030 a eletrificação pode beneficiar a aviação regional, mesmo assim aplicando-se a aeronaves de até 100 lugares para voos com autonomia entre 30 e 90 minutos, o que representa menos de 3% das emissões da aviação. Não há perspectiva quanto à viabilidade de aeronaves eletrificadas em voos mais longos até 2050, e que representam 97% das emissões de carbono no setor.

É uníssona a opinião de todos os que se debruçam sobre esse relevante tema que o atingimento das metas de redução de emissão de carbono até 2050, conforme estabelecido pela OACI, dependem não apenas de um tipo de iniciativa, mas de uma multiplicidade de medidas. Todavia, também é consenso que o meio mais eficiente para o atingimento destas metas, à luz do estado da arte, depende do uso, em larga escala, de combustíveis sustentáveis de aviação – SAF.

Estima-se que o uso de SAF contribuirá para a redução das emissões de CO₂ no transporte aéreo na proporção de 55% a 60%, daí a relevância desse aspecto neste artigo. Atualmente, o consumo de SAF representa algo em torno de 1% do total de combustíveis utilizados na aviação. Isso ocorre não apenas em razão dos gargalos de produção, já que há poucas refinarias capacitadas a produzir esse tipo de combustível no mundo, mas principalmente dos altos custos do produto, duas a quatro vezes superior ao combustível fóssil de aviação, a depender da matéria prima utilizada para sua fabricação. Tais fatores impedem o

6. Estudo elaborado pela iniciativa Clean Skies for Tomorrow (CST) – Sustainable Aviation Fuel Policy Toolkit, pg. 5 - https://www3.weforum.org/docs/WEF_Clean_Skies_for_Tomorrow_Sustainable_Aviation_Fuel_Policy_Toolkit_2021.pdf

fornecimento de SAF em escala e, conseqüentemente, dificulta a redução do preço do produto, o que desincentiva o consumo.

SAF: Definição e Requisitos de Sustentabilidade

O SAF é um combustível sustentável não derivado de fósseis, produzido a partir de matéria prima biológica (origem animal ou vegetal) ou não biológica (desejos municipais ou de CO₂). Trata-se de combustível sustentável não porque emite menos carbono quando é queimado nos motores de uma aeronave, mas sim no ciclo de vida inerente à sua produção (LCA), gerando assim redução de emissões de carbono quando comparado ao combustível fóssil. Em outros e breves termos, o combustível fóssil advém de matéria (Petróleo) estocada no subsolo por milhões de anos. Quando extraímos o petróleo e queimamos o combustível dele derivado, estamos emitindo carbono na atmosfera. Já o SAF advém de matérias primas que absorveram carbono em seu processo de formação e crescimento, ou que deixarão de emití-lo pela sua transformação em combustível, o que diminui o acréscimo desses gases na atmosfera por ocasião da queima do combustível. Dessa forma, o nível de redução de emissão de carbono em razão do uso de SAF depende do respectivo processo e condições de produção.

A grande vantagem do SAF, comparado às outras tecnologias, advém do fato de que pode ser utilizado sem a necessidade de qualquer alteração nos motores das aeronaves, já que é quimicamente similar ao combustível fóssil (Jetfuel). É fornecido a partir de mistura com o jetfuel (sistema “drop in”) por meio da estrutura de abastecimento de aeronaves já disponível nos aeroportos, o que representa uma significativa economia de recursos quando comparamos a alternativas para redução de emissão de carbono na aviação, tais como a eletrificação e o uso de hidrogênio.

Há várias tecnologias disponíveis para a fabricação de SAF – denominadas “rotas”, algumas já maduras e outras em teste ou em desenvolvimento, cada uma proporcionando níveis distintos de redução de emissão de carbono, a depender do seu processo produtivo bem como condições de produção. É essencial a busca pela multiplicidade de formas de produção do combustível sustentável para que se garanta escalabilidade, de forma a atender a demanda mundial nos próximos anos. Todavia, nem todas as rotas são sustentáveis, e a sustentabilidade de cada uma varia se considerarmos as emissões no cálculo do respectivo ciclo de vida (LCA).

Estudo realizado pelo Fórum Econômico Mundial ^[7] traz um quadro indicando as possíveis rotas para produção de SAF e uma avaliação acerca da potencial redução de emissão de carbono de cada uma, além de preocupações quanto à sustentabilidade. A única rota atualmente viável para fabricação desse combustível em relativa escala é a denominada HEFA (Hydroprocessed esters and fatty acids), produzida a partir de resíduos de lipídeo, óleo de cozinha e plantas oleaginosas (como a Palma). Conforme o referido estudo, essa rota proporciona uma redução de emissão de carbono que varia entre 73% e 84% e apresenta potencial de suprir entre 5% e 10% do total da demanda por SAF no futuro. Dessa forma, outras tecnologias hoje em fase piloto ou em desenvolvimento, tais como Alcool-to-Jet, Gaseificação (Fischer-Tropsch) e Power to Liquid serão fundamentais para suprir a demanda por SAF no futuro, para que a aviação alcance a meta de neutralidade assumida pelo setor até 2050.

Muito embora a tecnologia para suprir a demanda de mercado esteja presente, é preciso a criar leis e regulamentos que tragam os

7. Estudo elaborado pela iniciativa Clean Skies for Tomorrow (CST) – Sustainable Aviation Fuel Policy Toolkit, pg. 14. - https://www3.weforum.org/docs/WEF_Clean_Skies_for_Tomorrow_Sustainable_Aviation_Fuel_Policy_Toolkit_2021.pdf

necessários incentivos e derrubem as barreiras que hoje impedem a produção de SAF em escala.

Segundo dados disponibilizados pelo Fórum Econômico Mundial ^[8], a produção de SAF a partir de biomassas, como palma e soja, trazem preocupações no plano da sustentabilidade, na medida que não trazem substanciais reduções quanto à emissão de carbono em seu ciclo de vida. A cana de açúcar traz reduções de emissão, mas apresenta preocupações quanto à sustentabilidade. Já a produção de SAF a partir de resíduos e de gorduras animais, óleo de cozinha, resíduos de agricultura (bagaço de cana), resíduos florestais, resíduos sólidos municipais e biomassa cultivada com propósito energético (como oleaginosas plantadas em áreas degradadas), apresentam tanto substanciais reduções na emissão de carbono como também baixos níveis de preocupação quanto à sustentabilidade. Da mesma forma, incluem-se as rotas de reciclagem e carbono, como reuso de resíduos plásticos e de gás produzido pela atividade industrial.

Não obstante essas considerações, entendemos que a análise da sustentabilidade de cada rota deve considerar as peculiaridades da região em que a matéria prima é produzida, dentro de um conjunto de normas harmonizadas e mundialmente válidas.

Conforme o guia para projetos de certificação de sustentabilidade para combustíveis sustentáveis de aviação (Guidance to Sustainability Certification Schemes - SCS - for application of CORSIA Sustainability Criteria for CORSIA Aviation Fuel ^[9]) há múltiplos aspectos a serem levados em conta para avaliação dos critérios de sustentabilidade da matéria prima utilizada para a produção do SAF, os quais devem ser

8. Estudo elaborado pela initiative Clean Skies for Tomorrow (CST) – Sustainable Aviation Fuel Policy Toolkit, pg. 14.

9. https://www.icao.int/environmental-rotection/CORSIA/Documents/CORSIA_Eligible_Fuels/Guidance%20on%20Sustainability%20Themes%204-8.pdf

considerados pelos organismos aprovados pela OACI ^[10] para a certificação do combustível.

Para tanto, inicialmente o fabricante deve demonstrar que a matéria prima utilizada para produção de SAF, em caso de biomassa: a) não provém de florestas primarias convertidas para o plantio com fins energéticos em data posterior a 1 de janeiro de 2008, e, b) não tenham causado degradação de áreas que possibilitavam estoque de carbono. Deve também ser evidenciado que o SAF produz uma redução de emissão de carbono, no ciclo de vida, de ao menos 10% comparado com os combustíveis fósseis. Além destes requisitos, há que se evidenciar que a produção da matéria prima observou uma série de cuidados, como, por exemplo, procedimentos para controle de qualidade de água (para evitar contaminação e desperdício), medidas para evitar erosão da terra, poluição do ar, desmatamento, uso de áreas protegidas, manutenção da biodiversidade e do ecossistema e destinação correta de resíduos. Ainda, a matéria prima não é sustentável caso o cultivo afete a segurança alimentar ^[11].

Há complexidades que decorrem da própria diversidade das rotas disponíveis para a produção de SAF, o que se agrava pelo fato de que em cada país ou região, as condições de produção e fornecimento das matérias primas são distintas, representando maior ou menor sustentabilidade e capacidade de redução de emissão de carbono. Tais complexidades levam à necessidade de uma harmonização das regras para certificação o SAF, para que não se criem assimetrias quanto aos respectivos critérios de sustentabilidade, favorecendo produtores de algumas regiões em detrimento de outros situados em regiões ou países distintos.

10. Os organismos autorizados pela OACI para certificação de SAF de acordo com o CORSIA são: International Sustainability & Carbon Certification (ISCC) and the Roundtable on Sustainable Biomaterials (RSB).

11. <https://rsb.org/wp-content/uploads/2020/12/RSB-STD-12-001-RSB-ICAO-CORSIA-version-1.3.pdf>

Necessidade de Regulação para Incentivo à Produção e Consumo de SAF

A mera implementação das soluções propostas pela OACI, incluindo o CORSIA, serão insuficientes para atingir as metas de neutralidade até 2050. Muito embora o uso de SAF seja admitido para a redução das emissões de carbono por empresas aéreas a partir deste esquema, serão necessárias políticas nacionais mais abrangentes para incentivar a fabricação e o uso do combustível sustentável em escala. Considerando essa necessidade, o Fórum Econômico Mundial, por meio da iniciativa do “clean skies for tomorrow (CST) desenvolveu estudo com propostas modelo (o “sustainable aviation toolkit”)^[12] com o objetivo de apoiar os vários países do globo no desenvolvimento e implementação de políticas para este fim.

Conforme concluiu o estudo do Fórum Econômico Mundial, ao propor as medidas padrão para incentivar a utilização de SAF, o alcance desse objetivo depende de amplo apoio político, além de inovação tecnológica, investimentos e uma regulação robusta, de longo prazo e harmonizada internacionalmente, já que políticas isoladas trariam ineficiências e distorções competitivas.

Seria ideal o estabelecimento de uma solução mundial para impulsionar a produção e consumo de SAF, muito embora um consenso em nível global seja extremamente difícil, considerando que países se encontram em estágios diferentes quanto à sua política e preparo tecnológico para participar dos mercados de SAF. Países que já possuem uma indústria mais madura de produção de combustíveis sustentáveis e legislação mais avançada quanto à emissão de carbono, podem alavancar a produção e consumo do

12. Clean Skies for Tomorrow (CST) – Sustainable Aviation Fuel Policy Toolkit, - https://www3.weforum.org/docs/WEF_Clean_Skies_for_Tomorrow_Sustainable_Aviation_Fuel_Policy_Toolkit_2021.pdf

SAF, diferentemente daqueles que estão nos primeiros passos nessa área. Nesse sentido, a troca de tecnologia e suporte recíproco entre as nações parece ser a melhor medida para que se atinja esse objetivo, aumentando assim as chances de sucesso no combate ao aquecimento global.

Propostas da iniciativa *clean skies for tomorrow (cst)* – *sustainable aviation fuel policy toolkit*

O estudo do Fórum Econômico Mundial ^[13] propõe três grandes gêneros de políticas que podem proporcionar produção e consumo de SAF em escala, assim organizadas: a) medidas para aumento da produção, b) medidas de estímulo à demanda e c) medidas que permitem a conexão entre produção e demanda. Analisemos cada uma isoladamente.

a) Medidas de Estímulo ao Aumento de Produção

Medidas dessa natureza partem de políticas que, ao mesmo tempo, enfatizam o incremento da capacidade de produção de SAF e a disponibilidade de matéria prima sustentável.

Quanto ao incremento da capacidade de produção de SAF, o Estudo realizado pelo Fórum Econômico Mundial propõe políticas, abrangendo: a) a criação de fundos de inovação tecnológica, para financiamento de pesquisas e desenvolvimento de produção de SAF, b) financiamento a custos menores, c) tratamento fiscal favorável, para atração de capital a ser investido na construção de plantas para produção de SAF, d) criação de mecanismos para diminuição da volatilidade do preço da matéria

13. Clean Skies for Tomorrow (CST) – Sustainable Aviation Fuel Policy Toolkit – pg 15 - https://www3.weforum.org/docs/WEF_Clean_Skies_for_Tomorrow_Sustainable_Aviation_Fuel_Policy_Toolkit_2021.pdf

prima necessária à produção de SAF, e também, e) criação de estruturas contratuais para reduzir a diferença entre o preço do combustível fóssil e o SAF, baseado na redução de emissões de carbono com base no ciclo de vida, entre outras propostas.

Já no que se refere à disponibilidade de matéria prima sustentável, o mesmo estudo propõe também uma série de medidas, que incluem: a) o estímulo à implementação de opções de descarbonização não dependentes de biomassa, tais como a eletrificação em outros setores concorrentes, para incentivar o direcionamento da matéria prima necessária à produção do SAF para as plantas a serem criadas com o objetivo de produzir esse combustível, b) investimento na infraestrutura para coleta de resíduos municipais, c) o estabelecimento de coleta seletiva para resíduos orgânicos, para aumentar a disponibilidade de biomassa, d) facilitar o acesso dos produtores de SAF a crédito público, e) incentivar o plantio de espécies vegetais sustentáveis, ou seja, em áreas já degradadas, sem ameaças à segurança alimentar e desflorestamento, e f) isenções fiscais.

b) Medidas de Estímulo à Demanda

Medidas dessa natureza incluem mecanismos mandatórios (“mandate”) e soluções baseadas em mercado.

Os mecanismos mandatórios (*mandates ou mandatos*) partem da premissa de que obrigar o consumo de SAF por meio da mistura com o combustível fóssil, em níveis crescentes ao longo do tempo, estimularia a demanda. Essa, em grande medida, tem sido a solução adotada pela União Europeia, mas que traz efeitos adversos e indesejados ao setor, já que coloca na conta das empresas aéreas os custos associados à transição energética.

É fato que as margens de lucro das empresas aéreas, especialmente as que realizam serviços de transporte regular, são extremamente baixas. Conforme recentemente reportado pela IATA ^[14] as margens de lucro líquido esperadas das empresas do setor em 2023 não passam de 1,2%, sendo certo que em períodos de pujança não chegam a 4,3%, sendo também notório que o combustível está entre os custos mais elevados das operações aéreas, equivalendo a aproximadamente 30%. Essa realidade econômica dificulta em muito, senão impede, que o custo associado à transição da fonte energética fique exclusivamente a cargo das companhias aéreas, não sem prejuízo da oferta de serviços a preços acessíveis para a maioria da população. Dessa forma, como abordaremos nos próximos tópicos, nos parece que esse custo deve ser repartido entre os usuários corporativos dos serviços, o que impediria as consequências indesejadas, acima sumarizadas.

Também se incluem em medidas dessa categoria o aumento de custos associados ao combustível fóssil, seja pela redução de subsídios aplicáveis à sua produção, seja criando tributos sobre o consumo. Observamos que, da mesma forma que o mandato, essa opção traz efeitos adversos ao setor do transporte aéreo, já que afasta passageiros em razão do aumento de custo do serviço. O aumento de preços dos combustíveis fósseis teria como justificativa a inclusão dos custos ambientais associados à emissão de carbono, de forma que, se implementado, traria maior competitividade ao SAF, incentivando assim o seu consumo. Todavia, essa alternativa impacta no custo da operação em desfavor das companhias aéreas, afetando a viabilidade do setor.

14. <https://www.iata.org/en/pressroom/2023-releases/2023-06-05-01/>

c) medidas que permitem a conexão entre produção e demanda: mercado voluntário

Políticas desta natureza visam, acima de tudo, estimular o comércio do SAF a partir da formação de um mercado expandido, em que compradores podem ter acesso a uma ampla gama de oferta com maior transparência quanto aos atributos ambientais do SAF e preços oferecidos, incrementando a relação entre produção e demanda pelo combustível. Abrange medidas visando facilitar a importação e exportação do combustível e suas matérias primas, harmonizar as normas de certificação do SAF e a criação de mercados voluntários voltados à comercialização dos atributos ambientais inerentes ao SAF.

Nos limites deste texto, nos dedicaremos à análise dos mercados voluntários para o SAF, dada a sua maior relevância como forma de impulsionar o uso desse combustível sustentável.

SAF: Mercados Voluntários como Forma de Custeio da Transição Energética No Setor Aéreo

Ponto central de medidas dessa natureza refere-se à segregação entre o SAF e seus atributos ambientais, possibilitando aos adquirentes dos referidos atributos a possibilidade de contabilizar as suas respectivas reduções de emissão de carbono a partir de documentos ou certificados que os representam, conforme modelo sugerido pelo estudo do Fórum Econômico Mundial denominado “Sustainable Aviation Fuel Certificate (SAFc) Emissions Accounting and Reporting Guidelines” publicado em outubro de 2022^[15].

15. https://www3.weforum.org/docs/WEF_SAFc_Accounting_Guidelines_2022.pdf

Esse mecanismo parte da ideia de se reconhecer o direito de propriedade sobre os atributos ambientais do SAF e permitir a sua circulação independentemente da tradição física do combustível, sistema conhecido como *book and claim*.

Ao adquirir os direitos proporcionais à redução de emissão de carbono em documento autônomo (um certificado de SAF), a rigor, um operador aéreo pode abastecer aeronaves em um aeroporto desprovido de SAF e mesmo assim beneficiar-se dos atributos ambientais como se tivesse abastecido com esse tipo de combustível, mediante o uso do certificado emitido pelo fornecedor, mesmo que este tenha abastecido aeronave de outro operador aéreo, em outro aeroporto. Esse sistema é viável desde que se garanta que apenas a empresa aérea que adquiriu o direito ao atributo ambiental possa contabilizar as reduções de emissão em seus relatórios ambientais, e não aquela que não pagou pelo referido atributo ambiental, mesmo que tenha de fato recebido SAF em suas aeronaves, evitando-se assim a dupla contagem das reduções de emissão de carbono.

Da mesma forma, como se analisará a seguir, usuários corporativos dos serviços de transporte aéreo poderão adquirir certificados de redução de emissão de carbono em razão do abastecimento de aeronaves com SAF para contabilizar suas próprias reduções indiretas de emissão de carbono, pagando o custo associado ao uso desse combustível.

Usuários Corporativos do Transporte Aéreo como Fonte de Custeio para o SAF

O mercado voluntário de negociação dos atributos ambientais do SAF pode gerar escalabilidade da oferta e demanda do combustível em razão do interesse das empresas usuárias dos

serviços de transporte aéreo em reduzir suas próprias emissões indiretas de carbono, o que ajudaria a custear, em grande medida, a transição energética do setor.

Conforme bem analisado por Dhiraj Hathwar^[16] em estudo sobre a viabilidade do mercado voluntário de SAF, há expectativa por parte do público consumidor em geral, de que empresas tenham objetivos ESG e adotem práticas de sustentabilidade. Em mercados de consumo mais maduros, as escolhas de compra cada vez mais passam a levar em conta estas características. Empresas que não adotam práticas de sustentabilidade tendem a perder mercado em ritmo acelerado e a cada vez mais encontrar dificuldades para atrair investimentos, o que as leva a, necessariamente, desenvolver programas voluntários de redução de emissão de GEE, ainda que tenham que arcar com os custos inerentes ao cumprimento das metas voluntariamente adotadas.

A implementação desses programas voluntários se baseia em critérios de medição e contabilização de emissão de carbono, sendo que as regras fundamentais para tanto foram implementadas pelo GHG Protocol (GHGP)^[17]. Essa instituição resulta de uma parceria entre organizações não governamentais e órgãos governamentais reunidos partir do World Resources Institute (WRI) e do World Business Council for Sustainable Development (WBCSB) que têm como missão desenvolver normas internacionalmente aceitas para monitoramento, reporte e verificação das emissões de gases de efeito estufa em toda a cadeia de suprimentos tanto no setor público como privado. Oferece métodos de cálculo para contabilização das emissões de carbono e das reduções obtidas a partir dos projetos de sustentabilidade desenvolvidos pelas empresas e organismos

16. Voluntary market for Sustainable Aviation Fuel – a case story – tese apresentada em programa de mestrado para obtenção de título de mestre em ciência da tecnologia junto à Aalto University

17. <https://ghgprotocol.org/about-us>

participantes. Outras organizações foram criadas com objetivo de assessorar empresas a formatar projetos voluntários de redução de emissão de carbono com base nos princípios do GHGP, destacando-se a Science Based Targets initiative (SBTi)^[18]

Conforme os critérios definidos pelo GHGP e adotados pela SBTi, empresas interessadas em reduzir sua pegada de carbono devem implementar medidas que visam a efetiva redução de emissões em sua cadeia produtiva, classificadas de acordo com os seguintes critérios: a) escopo 1 - emissões de GHG a partir de fontes diretamente operadas pela empresa; b) escopo 2 - emissões indiretas relacionadas à aquisição de energia elétrica (calefação, vapor etc) e c) escopo 3 - outras emissões indiretas verificadas na cadeia produtiva, tais como transporte.

Com base nos procedimentos estabelecidos pela SBTi, não se admitem compensações de carbono (*offsetting*) para o atingimento das metas, mas apenas efetivas reduções de emissão dentro da cadeia produtiva (*insetting*). Em outros termos, não se admite o uso de créditos associados à redução de carbono verificada em outro setor (como por exemplo reflorestamento) para o atingimento das metas, mas apenas aqueles resultantes da efetiva redução de emissões dentro da cadeia produtiva da empresa participante.

Projetos de *offsetting* são bastante difundidos como forma de compensar ou neutralizar as emissões de carbono e apresentam custos bem inferiores ao *insetting*, mas por outro lado, em nada contribuem para a redução de emissões geradas a partir da própria atividade econômica da empresa emissora. Na realidade, compra-se um “direito de continuar poluindo” a partir

18. A SBTi surgiu de uma parceria entre a Carbon Disclosure Project (CDP) e a United Nations Global Compact World Resource Institute (WRI), e a World Wide Fund for Nature (WWF) e estabeleceu procedimentos aplicáveis a mais de 50 setores da economia para que possam alcançar seus compromissos voluntários de redução de emissão de GHG, de acordo com os princípios do GHGP. Atualmente, mais de 6.000 empresas ou estavam estabelecendo ou já haviam estabelecido seus objetivos para redução de emissão com base na SBTi. <https://sciencebasedtargets.org/companies-taking-action>

de uma atividade captadora de carbono muitas vezes localizada em países distantes, e cujo resultado, em termos de captação de carbono, pode vir a longo prazo (por exemplo, 10 a 20 anos em caso de projetos de reflorestamento), sem a certeza de que de fato a descarbonização ocorrerá, ou seja, sem adicionalidade, a depender do projeto escolhido.

O *insetting*, por outro lado, apresenta custo muito mais elevado, mas representa efetiva redução de emissões (apresenta adicionalidade) em razão de ações concretas do próprio emissor, com certeza quanto aos resultados em termos de descarbonização. Por essa razão, apenas o *insetting* é admitido pelas normas do SBTi.

O relatório da Climate Impact Partners ^[19] deixa bastante claro o interesse e a relevância que os projetos de redução de emissão de carbono representam para as grandes empresas do planeta – as 500 maiores empresas do mundo medidas pelo faturamento (Fortune Global 500) – a partir da seguinte análise: 76% estão reportando anualmente suas emissões, sendo que 55% estão reportando alguma forma de emissão em escopo 3 e 23 % estão reportando emissões em escopo 3 de forma completa. As emissões em escopo 3 são relevantes já que representam 90% do total emitido pelas empresas que formam o Fortune Global 500.

A partir dos princípios estabelecidos no GHGP, é possível identificar que o combustível sustentável de aviação, além de ser a principal fonte de redução de emissões em escopo 1 para as companhias aéreas, é também fonte relevante de redução de emissão indireta, em escopo 3, das empresas que utilizam o transporte aéreo para o transporte de passageiros (viagens corporativas) e cargas. Dessa forma, a SBTi desenvolveu um guia

19. A compensação de CO2 em projetos de offsetting representa um custo médio equivalente a 2% sobre o valor de um bilhete aéreo. Por outro lado, um projeto de *insetting* baseado em redução de emissões por meio de SAF representa um custo de até 60% sobre o valor do bilhete. - Makers of Real Climate Action in the Fortune Global 500 - pg 24/25 - https://info.climateimpact.com/hubfs/ClimateImpactPartners_FortuneGlobal500_2023_FINAL.pdf

especificamente aplicável ao setor aéreo, prevendo a possibilidade de utilização do SAF para reduzir emissões relacionadas a viagens corporativas em escopo 3^[20].

O acima referido conjunto de regras abre uma possibilidade muito significativa para o incremento da produção e consumo de SAF, na medida que empresas usuárias dos serviços de transporte aéreo podem adquirir os atributos ambientais decorrente do consumo de SAF para redução de suas emissões indiretas em escopo 3 a que se comprometeram com base em esquemas voluntários como o SBTi, pagando o prêmio equivalente à diferença entre o valor do combustível fóssil e o preço do SAF.

Esse mercado potencial e de natureza voluntária pode dar tração à produção e o consumo de SAF de forma muito mais efetiva do que os *mandates* sugeridos pelo Fórum Econômico Mundial (entre outros organismos), na medida que abarca recursos oriundos de todas as empresas usuárias dos serviços de transporte aéreo, muitas das quais, notoriamente, dispõe de maior capacidade financeira para custear essa transição energética do que o setor aeronáutico. Há que se implementar medidas inteligentes e efetivas, ao invés de dragar recursos daqueles que menos podem pagar, o que apenas prejudica o setor aéreo e afeta a sua relevante participação na economia global.

A implementação de sistemas de mercado dessa natureza dependem de uma série de regras para assegurar: a) a proporção de redução de emissões em comparação ao combustível fóssil, b) certificações para garantir a veracidade das reduções de emissão de carbono conforme a rota utilizada para a produção do combustível, c) transparência e rastreabilidade após o momento da segregação entre o atributo ambiental e o combustível físico, d) que se evite a dupla contagem dos referidos atributos ambientais.

20. https://sciencebasedtargets.org/resources/files/SBTi_AviationGuidanceAug2021.pdf

Com o objetivo de assegurar o atendimento das condições mencionadas no parágrafo anterior, estão em andamento projetos para a instituição de registros centralizados ^[21] com o objetivo de viabilizar a segregação entre o SAF propriamente dito e seus atributos ambientais, de forma a permitir a circulação dos referidos documentos e certificados representativos do atributo ambiental independentemente do combustível, em regime de *book and claim*, o que viabilizará a criação do mercado de compra e venda dos referidos atributos, tanto em escopo 1 como em escopo 3, conforme já reconhecido pelo SBTi.

Estabelecidos estes fundamentos e normas, e após reconhecimento pelo GHGP, certamente surgirá uma nova fonte de receitas que proporcionará a escalabilidade do SAF, proveniente de um mercado voluntário em que atuarão as empresas aéreas e fornecedores de SAF, os quais poderão vender os atributos ambientais decorrentes do uso desse combustível às empresas usuárias dos serviços de transporte aéreo, em atendimento ao interesse destas em reduzir suas emissões indiretas em escopo 3 como parte dos seus próprios programas de sustentabilidade.

Legislação Brasileira Sobre o SAF

Os Estados Unidos anunciaram planos de redução de emissão de carbono pelo setor aéreo em 20% até o ano de 2030. Como incentivo à produção de SAF o Congresso daquele país anunciou a implementação de um regime de incentivos fiscais pelo uso destes combustíveis. Já a União Europeia optou pela implementação de “mandates”, ou seja, a utilização obrigatória de SAF em voos que operam em território europeu. Vários outros países estão criando

21. International Sustainability & Carbon Certification (ISCC) and the Roundtable on Sustainable Biomaterials (RSB).

suas próprias legislações sobre o tema, inclusive o Brasil, conforme o projeto combustíveis do futuro, a ser a seguir analisado.

No Brasil a Lei 14.993/24 institui o Programa Nacional de Combustível Sustentável de Aviação – PROBIOQAV, cujo objetivo é o incentivo à pesquisa, produção e comercialização de SAF. Referido programa abarcou algumas das relevantes sugestões do Fórum Econômico Mundial mencionadas neste artigo.

Já de início, andou bem o projeto ao estabelecer a competência da Agência Nacional do Petróleo (ANP) para determinação dos índices de redução de emissão de carbono de cada rota tecnológica, de acordo com o ciclo de vida (LCA), considerando como parâmetro as emissões originadas do combustível fóssil, observado o alinhamento metodológico com a OACI com relação aos requisitos de elegibilidade e certificação para o SAF.

De acordo com a referida legislação, o cálculo das reduções levará em conta o ciclo completo para medir as emissões para a produção do SAF (do poço à queima), o que inclui não apenas as emissões recorrentes da combustão, mas também na produção da matéria prima e na logística de distribuição do combustível até o tanque, para abastecimento das aeronaves, o que proporciona maior transparência e segurança quanto aos respectivos índices de sustentabilidade. O alinhamento com os critérios estabelecidos pela OACI é fundamental para que os índices de redução determinados pela ANP sejam internacionalmente aceitos, e não se questione os atributos de sustentabilidade do SAF a ser produzido no país sob a alegação de que causariam poluição da terra ou do ar, ameaçariam a segurança alimentar, alterariam o uso da terra ou não apresentariam a pretendida redução de GEE, em vista das emissões verificadas no processo produtivo.

Cabe à ANAC estabelecer a metodologia de cálculo e verificação da redução de emissões pelo uso do SAF e fiscalizar o cumprimento das obrigações pelos operadores aéreos. Poderá a ANAC também dispensar operadores aéreos dessa obrigação, caso operem em aeroportos que não disponibilizem SAF.

O art. 9º da Lei 14.993/24 dispõe também que a comercialização, logística e uso energético do SAF adotará mecanismos baseados em mercado, o que indica a possibilidade de aproveitamento de créditos de carbono para realização de *offsetting* ao passo que o art. 10º estabelece, no Brasil, um regime de *mandate*.

Dispõe o referido dispositivo legal que a partir de 2027 os operadores aéreos serão obrigados a reduzir emissões de GEE em operações domésticas por meio do uso de SAF, de acordo com as seguintes metas: 1% por ano válido para 2027 e 2028, 2% em 2029, 3% em 2030, aumentando 1% ao ano até 2027, quando a meta alcançara 10% de redução. A redução tem como base o total das emissões verificadas no ano correspondente, caso supostamente todos os voos fossem operados com combustível fóssil. Por outro lado, o parágrafo 2º do mesmo artigo permite que o cumprimento destas metas seja atingido por meios alternativos a serem definidos em regulamento, ao passo que o parágrafo 3º admite a alteração dos percentuais por motivo justificado e de interesse público.

Estas salvaguardas são relevantes na medida que não se pode pressupor pouco impacto econômico associado ao estabelecimento de um regime obrigatório para consumo do SAF no Brasil, a uma porque não se vislumbra, atualmente, a disponibilidade de SAF para consumo no país, conforme exigido no projeto^[22], e a duas, na medida que o impacto financeiro pode ser extremamente danoso para o setor.

22. Sequer foi possível abastecer aeronave com SAF no evento de comemoração do lançamento do Programa Combustíveis do Futuro no Brasil. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/10/aviao-fica-sem-combustivel-do-futuro-bem-no-dia-de-lancamento-no-brasil.shtml>

Finalmente, observamos que o art. 11 prevê que caso outros países imponham a operadores aéreos nacionais a obrigação de utilização de SAF (mandate) a obrigatoriedade prevista no art. 10º poderá ser estendida a operadores internacionais (estrangeiros) com passagem pelo território nacional, com base no princípio da reciprocidade, salvo se a obrigatoriedade quanto ao uso de SAF ocorrer como parte da implementação de normas ou acordos estabelecidos no âmbito da OACI.

Conclusão

É imperiosa a adoção de medidas urgentes com o objetivo de controlar a mudança do clima, ao menos no que está ao alcance da atividade humana. Trata-se de dever de precaução que extrapola discussões políticas sobre a gravidade da situação.

Seguindo os preceitos do acordo de Paris, a aviação está na vanguarda e se uniu para fazer sua parte ao estabelecer as metas para alcançar a situação de neutralidade em 2050, conforme determinado pela OACI. Para tanto, há uma série de medidas propostas, implementadas, em fase de implementação e a implementar, desde a melhoria da eficiência de motores, aprimoramento das operações, e o CORSIA, abrangendo mecanismos de *offsetting*, sendo certo que o abastecimento de aeronaves com SAF é a mais eficaz para este fim.

Atualmente, o SAF apresenta custo significativamente superior ao combustível fóssil, razão pela qual são necessárias políticas que incentivem a demanda e o consumo. Várias foram sugeridas, destacando-se neste artigo aquelas sugeridas pelo Fórum Econômico Mundial, cujo propósito é viabilizar a escalabilidade do SAF. Para tanto, muito mais do que a criação de obrigações legais e regulamentares impostas aos operadores aéreos, o

chamado mercado voluntário desenvolverá papel fundamental, na medida que pode proporcionar recursos a serem investidos por todos os usuários dos serviços de transporte aéreo interessados em reduzir emissões diretas e indiretas em sua cadeia de produção, socializando-se assim os custos inerentes à descarbonização do setor aéreo. Essa parece ser a melhor forma de se atingir, com eficiência, as metas de descarbonização tão relevantes para o setor e para toda a população mundial.

Derecho de sobrevuelo, limitaciones a la propiedad y sostenibilidad en España

Yolanda Bustos Moreno

Profesora Titular Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

El cambio climático plantea la necesidad de afrontar un reto mundial^[1], en la medida que es evidente que afecta al planeta en su conjunto, por lo que es necesario cooperar a escala global. En este marco general de lucha contra el cambio climático hay que incluir sin lugar a dudas al sector aéreo^[2], desde el momento que la contaminación del aire que afecta al cambio climático, sino también porque influye negativamente a la calidad del aire, aunque no al propio clima, así como por otro tipo de contaminación que no resulta menos molesta, pero que afecta a la salud, como es la del ruido^[3].

En la medida que este tipo de ruido afecta de forma considerable a nuestra calidad de vida y bienestar, hay que encontrar un punto de equilibrio entre el derecho de sobrevuelo que implica a los ciudadanos tener que soportar dichas molestias, frente a la protección de sus derechos, algunos de ellos de carácter constitucional^[4].

1. SANZRUBIALES, I (Coord.): "Cambio climático y Unión Europea (Presente y futuro del mercado europeo de emisiones)". Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

2. En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulado: "Análisis actualizado de los efectos climáticos de la aviación no relacionados con el CO2 y posibles medidas políticas con arreglo al artículo 30, apartado 4, de la Directiva sobre el comercio de derechos de emisión de la UE" (COM (2020) 747 final), se denuncian las emisiones por la aviación de óxido de nitrógeno, hollín, oxidado de azufre y vapor de agua, como elementos que afectan al clima.

3. Francisco Santandreu Capón: "desarrollo turístico y medidas medioambientales en el sector aéreo: el ejemplo de Canarias", Revista Española de Derecho Aeronáutico y Espacial, 2023, N° 3, en prensa, y más ampliamente sobre esta cuestión puede consultarse su trabajo "Problemas jurídico-medioambientales en relación con el aeropuerto de Barajas". Revista Española de Derecho Aeronáutico y Espacial, 2023, 2 (Septiembre 2022), pp.215-236.

4. Se trata de proteger los derechos recogidos, por ejemplo, en el art. 8 del CEDH interpretado por el TEDH en la sentencia recaída en el caso Lopez Ostra contra España, de 9 de diciembre 1994, que recoge que "los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio de manera que perjudique su vida privada y familiar, sin poner en grave peligro la salud del interesado"

De ese modo, cierto sector de la doctrina española ^[5] ha destacado cómo la justicia española y europea han apuntalado la tesis que el ruido afecta a derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a inviolabilidad del domicilio (art. 18 y el 20.4) que está relacionado con el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 1948), el art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Económicos (de 1966) y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de 1950). Así mismo, hay que mencionar los principios rectores, de la CE 78, como al derecho a la salud (art. 43) y al medio ambiente (art. 45) 16 17. Además, hay que citar al art. 53, de la CE 78, sobre la aplicabilidad directa e inmediata del texto constitucional en lo que se refiere a los derechos fundamentales. También hay que tomar en consideración Código Penal por el delito de allanamiento de morada (art. 490). Así, se considera que, para proteger los derechos humanos por parte de los poderes públicos, es necesaria la planificación urbanística de los municipios, así como su remodelación. Para ello son imprescindibles, entre otros instrumentos, la realización de los mapas de ruido, que deben orientar la planificación urbanística con sus planes de acción ^[6].

A este respecto, el art. 4 de la Ley de Navegación Aérea española (LNA), reformado por la Ley 5/2010, de 17 de marzo, dispone que se reconoce el derecho de los dueños u ocupantes de los bienes subyacentes a ser resarcidos conforme a los capítulos IX (servidumbres aeronáuticas) y XIII (responsabilidad en caso de accidente) de la presente Ley, la Ley 37/2003, de 17 de

5. Fernando González Botija: Ponencia: “Adaptación urbanística a la Urban Air Mobility”, pronunciada en el IV Congreso *Legaldrone* (dir. Yolanda Bustos Moreno), *Airspace Integration Week* 28 septiembre 2023, Madrid.

6. A este respecto, Fernando González Botija entiende que no podemos afirmar que los mapas de ruido sean la solución de todos los problemas, aunque sí ponen el foco de atención sobre aspectos de la ciudad que son mejorables. En contraposición, estos mapas pueden ser completados y mejorados. El anexo IV del Real Decreto 1513/2005 destaca los focos en que se debe de hacer hincapié: tráfico rodado, ferroviario, aeropuerto, actividad industrial. Sin embargo, los mapas no contemplan los ruidos producidos por el ocio. Como señala Herrera del Rey, los mapas de ruido deberían elaborarse sobre la base de las reiteradas denuncias de los vecinos acaecidas en los últimos diez años. El mejor plan de acción consistiría en averiguar por qué esas denuncias no se han corregido en cada caso, *op. cit.*

noviembre, del ruido^[7], los Tratados internacionales y el Derecho Comunitario, de los daños y perjuicios que se les ocasionen como consecuencia de su deber de soportar la navegación aérea. Se refiere a los perjuicios que se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo, partiendo de la obligación de soportar los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea.

La interpretación del citado art. 4 LNA puede resultar un tanto confusa^[8]. En principio, dicho precepto reconoce a las personas que son sobrevoladas, *genéricamente*, el derecho a ser resarcidos conforme a los capítulos IX y XIII de la presente ley, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, los tratados internacionales y el Derecho Comunitario. Dicha formulación está pensada para uno de los supuestos que más reclamaciones suscita en otros Derechos: los daños derivados del ruido anormal producido por los aviones, cuya indemnización viene siendo rechazada, conforme a la interpretación clásica del art. 1.1 Convenio de Roma por los tribunales de otros países, desde el *leading-case* “Causby vs. US Supreme Court of USA 27 may 1946”^[9], y ello a pesar de las críticas vertidas por la doctrina que considera que sí debería incluirse en el ámbito de aplicación del citado Instrumento internacional^[10].

Efectivamente, hasta el momento presente, la obligación de soportar los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea, de conformidad

7. La contaminación acústica se define en la Ley del Ruido como “la presencia en el ambiente de ruidos, vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”.

8. Sobre dicha interpretación, Yolanda Bustos Moreno, “El transporte y la navegación aérea”, en *Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea* (Natalia Álvarez Lata, Yolanda B. Bustos Moreno), *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por Luis Fernando Reglero Campos, José Manuel Busto Lago, Vol. 2, 2014, pp. 1072-1073 y “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil: El futuro de los UAS autónomos”, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, (coord. por Joaquín Ataz López, José Antonio Cobacho Gómez; Juan Roca Guillamón (hom.), pp. 900-901.

9. Sobre la trascendencia de este caso, *Diederiks-Verschoor: An Introduction to Air Law ...*, pgs. 234- 235.

10. *Vgr. Marina Donato: Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial Espacial*

con la normativa reguladora del tráfico aéreo, ha resultado de especial trascendencia en el entorno de los aeropuertos, en virtud del impacto acústico que causan las aeronaves.

Desde el punto de vista de los ciudadanos en el entorno de las ciudades, a nivel de principio, “nadie podrá, en razón de un derecho de propiedad, oponerse al paso de una aeronave efectuada de acuerdo a las normas vigentes. Sin embargo, si se le produjere daño, tendrá derecho a indemnización”^[11]. Sin embargo, queda pendiente regular, de forma satisfactoria, los medios de protección frente al genérico derecho de sobrevuelo respecto a los drones^[12]. Al respecto, podemos precisar que, aunque a un particular no le podría quedar permitido el derecho a derribar un dron, esta posible reacción ilícita se ha extendido de tal modo que, en ciertos países, se ha tenido que regular expresamente, como en EE.UU a través de normas muy dispersas^[13]. Con relación al art. 4 LNA entendemos que, pese a que la norma se proyectó para molestias sonoras de los aviones tripulados en las poblaciones circundantes a los aeropuertos, no para los UAS, habrá que realizarse una remisión a la normativa sectorial, de carácter nacional y comunitaria, respecto a los posibles atentados a la privacidad, molestias por emisiones sonoras y protección del medio ambiente.

Desde la perspectiva de las *Smart Cities* está claro que los drones jugarán un papel esencial. La creación de alternativas sostenibles para el transporte en las grandes capitales está cada día más cerca. Disminuirán las aglomeraciones en las carreteras,

11. Art. 6. Proyecto Código Aeronáutico, Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA), Versión 2022. Aprobada por unanimidad en la XXXVIIa. Asamblea General de ALADA, realizada el 27 de octubre de 2022.

12. La *Uniform Law Commission*, en la línea del *leading-case* “Causby vs. US Supreme Court of USA 27 may 1946” ha previsto establecer los límites sobre la capacidad de los operadores de drones de volar sobre propiedades privadas y los factores para determinar qué sería o no una *substantial interference*, cuando no hubiera existido negligencia en la actuación, KURTZ, Paul M., “Memorandum Uniform Tort Law relating to Drones Act”, Uniform Law Commission, 2019..

13. 13Sobre el rechazo por los tribunales de indemnizaciones planteadas por los particulares, partiendo de la interpretación clásica del art. 1.1 CR y del citado *leading-case*, JENNISON, Michael, “Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties” *Uniform Law Review*, Vol. 10, 4, December 2005, pp. 791,802,803.

se podrá acceder más rápidamente a determinados lugares y se reducirán las emisiones de carbono, no obstante, se plantean una serie de retos a resolver desde el punto de vista normativo, de seguridad y de aceptación por parte de los ciudadanos. Hoy en día, la sociedad tiende a asociar los UAS con un impacto negativo al verse sobrevolada, de forma visible, por estos pequeños sistemas automatizados. Bien es cierto que el aumento previsible del número de aeronaves no tripuladas, que operan a baja altitud, incrementará también, inevitablemente, las molestias y la interferencia con el uso y disfrute de la propiedad pública o privada. Se espera que los UAS generen incomodidad, angustia mental y emocional de las personas por sentirse vigilados. Además, resultará viable que puedan sufrir molestias, debido al ruido de las aeronaves y la contaminación visual^[14].

Esto puede considerarse, a partir de cierta entidad, intrusivo. La cuestión aquí es delimitar el parámetro razonable para medir la razonabilidad de estas interferencias, respecto a los derechos de las personas sobre la superficie. A nivel de la UE, se está regulando un completo marco normativo que, si bien se centra en aspectos relacionados con la seguridad aérea, a su vez incluye la voluntad de establecer los requisitos para tratar de atenuar los riesgos relacionados no sólo con la seguridad del vuelo, sino también con la privacidad y la protección del medio ambiente, entre otros aspectos^[15]. Recientemente, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA), ha publicado sus *Guidelines on Noise Measurement of UAS Lighter than 600 kg (Specific Category)*. Este documento

14. Como se advierte en <https://www.rpas-drones.com/retos-de-la-integracion-de-drones-en-las-smart-cities/>

15. Por ejemplo, en categoría “específica”, para que la autoridad competente realice una evaluación del riesgo, el operador debe presentar una “declaración”, art. 12.2 c) Reglamento 947, que confirma que la operación prevista cumple todas las normas aplicables de la Unión y nacionales; en particular, por lo que respecta a la privacidad, la protección de datos, la responsabilidad (*liability*), aseguramiento, seguridad en el sentido de protección frente a ataques, más probablemente ciberataques (*security*), y del medio ambiente. Las clases C0, C1, C2 y C4 sólo pueden ser alimentados exclusivamente con electricidad. Cabe recordar el grave incendio producido por un farolillo chino en 2013, con un gran daño ecológico, además de cuantiosas pérdidas económicas (£6 million). Véase también el art. 55 Reglamento 2018/1139 y Considerando (3) Reglamento 2020/1058 y como desarrollo, en el mismo sentido, se recoge en art. 18 (e) GM1, AMC GM, 2019/947. De forma similar, complementado dicha exigencia, se recoge en el art. 151.1 LNA, reformado por el RDL 2020.

es importante, pues proporciona a fabricantes y diseñadores de UAS las primeras directrices hacia las cuales el regulador orienta el proceso de estandarización de la medida del ruido generado por este tipo de sistemas.

Sobre la base de dichas guías europeas, se considera ^[16] desde el punto de vista técnico que, a pesar de ser un documento técnicamente robusto, se enfoca exclusivamente a la obtención del *nivel sonoro*. Es decir, existe una diferencia fundamental entre *nivel sonoro* y *ruido*. El primero es una magnitud física, cuantificable matemática y técnicamente, de cualquier sonido. En cambio, el ruido es definido como “sonido inarticulado, por lo general desagradable” por el Diccionario de la Real Academia Española. Es decir, se trata de una definición fundamentalmente cualitativa, no cuantitativa. A pesar de décadas de investigación psico- acústica, sigue sin poder determinarse con certeza qué parámetros físicos definen cuándo un sonido se convierte en ruido. No queda sino realizar audiciones para determinar pues cuán desagradable resulta un sonido. En cualquier caso, dado que un mismo sonido puede ser considerado molesto o no (o más o menos desagradable por distintas personas), el legislador ha optado generalmente por reducir el nivel de ruido hasta límites considerados aceptables por el público. No obstante, queda pendiente determinar qué nivel de ruido de UAS puede entenderse aceptable por el público, que será distinto al nivel que se considere aceptable para un autobús o un automóvil.

16. Jorge García Tíscar, ponencia “Modelos digitales para la evaluación del ruido de uas en el entorno urbano” pronunciada en el IV Congreso *Legaldrone* (dir. Yolanda Bustos Moreno), *Airspace Integration Week* 28 septiembre 2023, Madrid.

Los Biocombustibles en La Industria de La Aviacion

Ricardo Trevisi

Sumario

1. A modo de introducción
2. Desarrollo del ODS 7
“ENERGIA ASEQUIBLE Y NO
CONTAMINANTE”
3. Metas del Objetivo
4. Acuerdo de París 2015
5. Biocombustibles o combustibles
renovables
6. Biocombustibles líquidos
7. Biocombustibles gaseosos
8. Panorama en Europa
9. Repsol y Vueling
10. Panorama en Latinoamérica
11. No solo aviones
12. Certificación LEED
13. Primer vuelo trasatlántico 100 %
sostenible
14. Mensaje de concientización
15. Bibliografía

“En el calendario oficial de las Naciones Unidas la fecha más importante es justamente el día Mundial del Medio Ambiente.

En ella se fomenta la conciencia y la acción global a favor del medio ambiente.”

A modo de introducción

Siempre en mis artículos y disertaciones, como difusor de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles certificado de Naciones Unidas hago mención al ODS que me parece más importante en el tema que me toca disertar, en este caso vamos a tomar el ODS 7 ENERGÍA ASEQUIBLE Y NO CONTAMINANTE.



Hoy los invito a reflexionar sobre la importancia de cuidar nuestro entorno. La Tierra es el único lugar que tenemos para vivir, y es nuestra responsabilidad preservarla para las generaciones futuras.

Cada pequeño gesto cuenta: reciclar, reducir el consumo de plásticos, utilizar medios de transporte sostenibles, ahorrar energía y agua. Estas acciones no solo benefician al medio ambiente, sino también a nuestra propia calidad de vida

La naturaleza nos brinda aire limpio, agua fresca, alimentos saludables y paisajes maravillosos. Debemos protegerla y agradecer por todo lo que nos brinda

Unámonos en este compromiso, compartamos este mensaje y motiva al prójimo a tomar medidas. Juntos podemos marcar la diferencia y construir un futuro más verde y sostenible.

Tenemos que respetar a nuestro planeta con cada acción que llevemos a cabo.



ODS 7

Energía Asequible y No Contaminante

Este objetivo tiene como metas lo siguiente:

- De aquí a 2030, garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.

- De aquí a 2030, aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas.
- De aquí a 2030, duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética.
- De aquí a 2030, aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativas a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables, la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias.
- De aquí a 2030, ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus respectivos programas de apoyo.

Este ODS busca garantizar el acceso a una energía segura, sostenible y moderna para todos. Este acceso es esencial para casi todos los grandes desafíos con respecto a los empleos, la seguridad, el cambio climático, la producción de alimentos y el aumento de los ingresos; a la vez que puede mejorar el rendimiento y aumentar el uso de fuentes renovables. (1)

El Acuerdo de París

El cambio climático constituye una emergencia mundial que va más allá de las fronteras nacionales. Se trata de un problema que exige soluciones coordinadas en todos los niveles y cooperación internacional para ayudar a los países a avanzar hacia una economía con bajas emisiones de carbono.

Para abordar el cambio climático y sus impactos negativos, los líderes mundiales en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), en París, realizaron un avance más el 12 de diciembre de 2015 con el histórico Acuerdo de París.

El Acuerdo establece objetivos a largo plazo como guía para todas las naciones:

- reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero para limitar el aumento de la temperatura global en este siglo a 2 °C y esforzarse para limitar este aumento a incluso más de tan solo el 1,5 °;
- revisar los compromisos de los países cada cinco años;
- ofrecer financiación a los países en desarrollo para que puedan mitigar el cambio climático, fortalecer la resiliencia y mejorar su capacidad de adaptación a los impactos del cambio climático.

El Acuerdo es un tratado internacional legalmente vinculante. Entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. En la actualidad, 194 partes (193 países más la Unión Europea) han firmado el Acuerdo de París.

El Acuerdo incluye compromisos de todos los países para reducir sus emisiones y colaborar juntos a fin de adaptarse a los impactos del cambio climático, así como llamamientos a estos países para que aumenten sus compromisos con el tiempo. El Acuerdo proporciona a los países desarrollados una ruta para que ayuden a las naciones en desarrollo a mitigar y adaptarse al cambio climático, creando un marco para un control y una información transparentes sobre los objetivos climáticos de estos países.

El Acuerdo de París proporciona un marco duradero con afán de dirigir el esfuerzo global durante las próximas décadas. Señala el comienzo de un cambio hacia un mundo con emisiones

cero netos. La puesta en práctica del Acuerdo también es esencial para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ya que ofrece una hoja de ruta para las medidas climáticas que reducirán las emisiones y aumentarán la resiliencia al clima.

El Acuerdo de París se implementa en ciclos de cinco años, con acciones de los países progresivamente más ambiciosas en materia climática. Se espera que, cada cinco años, los países envíen un plan nacional actualizado de acción climática que se conoce como Contribución Determinada a Nivel Nacional, o CDN.

En sus CDN, los países comunican las medidas que tomarán para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de alcanzar los objetivos del Acuerdo de París. Los países también comunican en estas CDN las medidas que tomarán para desarrollar la resiliencia necesaria para adaptarse a los impactos del aumento de temperaturas.

Para enmarcar mejor los esfuerzos encaminados a lograr el objetivo a largo plazo, el Acuerdo de París invita a los países a formular y enviar estrategias a largo plazo. A diferencia de los CDN, estas no son obligatorias.

Los detalles operativos para la implementación práctica del Acuerdo de París se acordaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP24) de Katowice, Polonia, en diciembre de 2018, en lo que coloquialmente se llama el Libro de Reglas de París, y se finalizaron en la COP26 de Glasgow, Escocia, en noviembre de 2021.

En 2023, el primer “balance mundial” evaluará los avances en los objetivos del Acuerdo de París. Este proceso animará aún más a los países a adoptar medidas climáticas ambiciosas que mantengan el calentamiento por debajo de 1,5 grados centígrados. (2)

La aplicación de Acuerdo de Paris, requiere una transformación económica y social basada en la mejor ciencia disponible. Este acuerdo funciona en ciclos de cinco años de medidas climáticas cada vez más ambiciosas llevadas a cabo por los distintos países

Durante el año 2020, los países hicieron las presentaciones de planes de acciones climáticas como contribuciones determinadas a nivel nacional. (NDC)

Con estas contribuciones, conocidas en ingles por sus siglas NDC los Estados comunican medidas para reducir emisiones de gases de efecto invernadero con el fin de alcanzar los objetivos del Acuerdo de Paris. (3)

El acuerdo de Paris marca que en el año 2050 se aspira a lograr una convivencia social en todos sus aspectos con cero emisiones. El cambio climático hace que, entre todos, agilicemos la transición energética. En nuestro caso, dedicados a estudiar la industria aeronáutica focalicemos en plasmar el eje en los biocombustibles usados en este medio de transporte.

La adopción de los combustibles renovables traerá grandes beneficios en los sectores en que la descarbonización resulta compleja.

En la ciudad de Montreal, el pasado 23 de marzo de 2023 el Consejo de la OACI, ha actualizado normas de protección al medioambiente en una nueva enmienda al anexo 16 del Convenio de Chicago.

Los mismo contribuyen a aclarar los requisitos de vigilancia, notificación y su verificación relativos al Plan de Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional (CORSA) de la organización OACI.

La nueva corrección es definida para las compañías más pequeñas, fijándoles un nuevo umbral de compensación. Asimismo, también se formalizan los ajustes de las normas ISO, actualizadas recientemente y los resultados de las 41° sesiones de la Asamblea de la OACI del pasado mes de octubre de 2022. (Fuente OACI)

Biocombustibles o Combustibles Renovables

Es imprescindible que para comprender de lo que vamos a intentar instalar es saber específicamente a que nos referimos cuando hablamos de biocombustibles

Estos son producidos por materiales biológicos renovables, como plantas, algas o residuos orgánicos. Estos materiales contienen carbono que son obtenidos a través de la fotosíntesis durante su desarrollo, lo que significa que no aumentan la cantidad total de carbono en la atmósfera cuando se queman para la generación de energía. Como vemos esto los hace una alternativa más sostenible que los combustibles fósiles, que liberan carbono almacenado en forma de dióxido de carbono CO₂ y otros gases de efecto invernadero cuando se queman,

Existen diferentes de tipos de biocombustibles, siendo los principales los siguientes:

Biocombustibles Líquidos

BIOETANOL Este es producido a partir de la fermentación de azúcares o almidones presentes en los cultivos de maíz, caña de azúcar, remolacha y cereales. Comúnmente se mezcla con gasolina para aumentar el octanaje y reducir las emisiones contaminantes.

BIODIESEL Se obtiene a partir de la transesterificación de aceites vegetales o grasas animales. Puede utilizarse en motores diésel sin necesidad de modificaciones y se mezcla con el diésel convencional.

Biocombustibles Gaseosos

BIOGAS Producido por la descomposición anaeróbica de materia orgánica, como residuos agrícolas, estiércol, y otros desechos orgánicos. Contiene principalmente metano y dióxido de carbono y puede ser utilizado como fuente de energía directa o para generar electricidad y calor.

HIDROGENO a partir de biomasa. Se obtiene de procesos de gasificación de biomasa, que liberan hidrógeno a partir de materiales orgánicos

Es importante tener en cuenta que la producción y el uso de biocombustibles no están exentos de desafíos y controversias. Por ejemplo, es necesario considerar la competencia entre la producción de biocombustibles y la producción de alimentos, así como los impactos ambientales y sociales asociados con la producción a gran escala de cultivos para biocombustibles.

Además, la sostenibilidad de los biocombustibles depende en gran medida de cómo se producen las materias primas y cómo se lleva a cabo su procesamiento. Por lo tanto, es esencial implementar prácticas responsables en todo el transporte tanto aéreo, marítimo y carretero.

Panorama en Europa

Young Tae Kim, Secretario del Foro Internacional de Transporte 2023, llevada a cabo en la ciudad de Leipzig Alemania,

ha presentado una actualización de las proyecciones de la demanda de transporte, con su influencia en las metas de reducción de emisiones.

Los **países** han estado colaborando con la reducción de emisiones de carbono, que se aceleró tras la pandemia, pero al ritmo actual, no será suficiente para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones contaminantes contenidos en el Acuerdo de París.

Con la proyección estimada, no será posible evitar el aumento de la temperatura a niveles preindustriales- no más de 2 grados aproximadamente-, por lo que es necesario aumentar la implementación de políticas de transporte a nivel global, en favor de medios menos contaminantes incluido el aeronáutico, ya que con su crecimiento en las próximas décadas será un protagonista de importancia.

En el complejo industrial de Cartagena, Murcia, España, se está habilitando la primera planta de biocombustibles donde se empleará tecnologías de vanguardia para la fabricación de biocombustibles avanzados como ser bionafta, biopropano o hidro biodiesel.

Lo interesante de esta planta es que se producirá el biodiesel, ya producido en otros complejos industriales del este país (Puertollano, Tarragona y Bilbao) , permitiría reducir significativamente las emisiones de CO₂ en el sector de la aviación.

Esta planta contribuirá al objetivo marcado en el FIT for %% que consiste en un paquete legislativo de la Comisión Europea de julio de 2021 incluyendo la iniciativa RefuelUE Aviation, cuyo fin es que el 63 % de los combustibles que se usen en aviación sean sostenibles en el 2050 (4)

Repsol y Vueling

Repsol y Vueling se alían en el primer vuelo con combustible sostenible de la compañía aérea

Vueling, aerolínea perteneciente a IAG, ha realizado hoy su primer vuelo con combustible de origen sostenible en la ruta entre Barcelona y Sevilla, de la mano de Repsol, pionera en la fabricación de este tipo de combustibles en España, en este caso con un SAF (combustibles sostenibles para aviación, por sus siglas en inglés) producido en su Complejo Industrial de Tarragona a partir de biomasa. Este lote se suma al generado en la refinería de Repsol en Puertollano y al producido a partir de residuos en la de Petronor, instalación que pertenece al Grupo Repsol y se sitúa en Bilbao.

Este vuelo con baja huella de carbono Barcelona – Sevilla ha logrado reducir las emisiones a la atmósfera en 2,5 toneladas de CO₂, gracias a la eficiencia que aporta el Airbus A320neo de nueva generación, al uso del biocombustible y a los procedimientos de eficiencia implementados. Vueling cuenta desde 2019 con la tercera flota más joven de Europa con su nuevo A320neo.

El avión ha despegado a las 9:10h desde el aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat con dirección al Tourism Innovation Summit (TIS) que comienza hoy en Sevilla y en el que, durante tres días, se analizará la sostenibilidad y la innovación en el sector turístico. Además, hoy en la Conferencia de Cambio Climático (COP26), en Glasgow, se debate sobre la transición global hacia el transporte de cero emisiones. Vueling cree que los gobiernos deberían fomentar la investigación y desarrollo de este tipo de combustibles para que su uso se pueda acelerar y los resultados sean inmediatos.

Vueling lleva desde 2012 incorporando diferentes iniciativas que ayuden en todo lo posible a la reducción de las emisiones. La aeronave, que ha cubierto los 820 kilómetros que separan Barcelona de Sevilla, ha conseguido evitar la emisión de cerca de 63 kg de CO₂ gracias a las iniciativas de reducción del peso.

Por ejemplo, Vueling ha sustituido todos los asientos de su flota por un nuevo modelo más ligero, los Slim Seats, y ha digitalizado toda la documentación de sus aviones, eliminando 75 kg de papel por vuelo. Adicionalmente, los pilotos llevan a cabo una serie de medidas de eficiencia operativa como la configuración óptima de flaps (aleros cuya función es la de aumentar la sustentación del avión a bajas velocidades), el uso de un nivel de vuelo y velocidad óptimos, así como otras iniciativas que han permitido que en el vuelo de hoy las emisiones de CO₂ liberadas a la atmósfera se hayan reducido en 81 kg.

Además, Aena, en línea con su papel de impulsor y facilitador del sector en materia de descarbonización del transporte aéreo, apoya esta iniciativa y trabaja en proyectos de colaboración para promover la producción de combustible sostenible con el objetivo de fomentar su uso por parte de las aerolíneas. Nota de prensa Textual. Noviembre. 2021 (7)

Panorama en Latinoamérica

Producción y consumo sustentable

El pasado 28 de junio de 2007 se aprobó la decisión número 26 en el Consejo del Mercosur sobre la política de Promoción y Cooperación de Producción y Consumo Sostenible, que, de alguna manera debemos tomarlo también para nuestra industria. Por

lo cual, debemos bregar por una política regional sustentable y responsable en todos sus procesos.

Entendemos como una producción más limpia en la aplicación de herramientas para reducir los riesgos en la salud humana, ahorro de materias primas y la eliminación de insumos que reduzcan las emisiones de efecto invernadero.

La producción sostenible debe se debe concebir como un sistema de variables en todos los ámbitos, sociales, económicos y ambientales en la producción de bienes y servicios, minimizando los desperdicios y contaminantes, sin poner en riesgo a las futuras generaciones. (4)

Asimismo, unas de las soluciones que la industria promueve es la reducción de la altitud en los aviones comerciales, estos reducen las estelas de vapor de agua, pero como contrapartida, los motores a reacción pierden eficiencia al bajar su altura crucero de vuelo quemando mas combustible. Por lo cual, una posible solución, empeora otra de todas maneras, habría que buscar un equilibrio para el bien del medio ambiente.

Otra posibilidad, ya descripta técnicamente antes, es la utilización de combustible gaseoso con etanol, resultado del proceso de biomasa en aeronaves de pistón/hélice reduciendo la huella de carbono. Este combustible es extraído de desechos agrícolas, forestales y hasta urbanos. Esta utilización de alcohol se extendió gracias al protocolo de Kioto.

Igualmente, no hay que dejar de lado otro aspecto importante, el diseño de aeronaves. El Airbus 380 ha conseguido con plena ocupación el menor consumo hasta ahora, 3 litros de combustible por pasajero cada 100 km. En el caso del Boeing 787 Dreamliner utiliza materiales mas livianos y como consecuencia menor consumo.

En definitiva, reflexionar sobre el medio ambiente es una prioridad en el sector de la aviación. Lo más importante, es que la industria aeronáutica brega por cielos limpios desde todo su espectro, en un mundo cada vez mas desarrollado y un sector en crecimiento de aquí al futuro. (8)

NO SOLO AVIONES...

Aeropuertos Sustentables en America Latina

Certificación LEED

Para que un aeropuerto sea reconocido como sustentable el U.S. Green Building Council creó la certificación LEED (Líder en Eficiencia Energética y Diseño Sostenible). Para poder obtenerla debe tener una eficiencia energética un 10 por ciento mayor que el promedio, estar totalmente iluminado con fuentes naturales, debe realizar controles de ganancias térmicas y utilizar materiales de origen regional o reciclados para su construcción. (6)

Hasta hace solo 4 años existían solo 5 aeropuertos certificados LEED, el

- INTERNACIONAL BOSTON LOGAN TERMINAL A EN BOSTON, EEUU
- INTERNACIONAL DE SAN DIEGO, EEUU
- INTERNACIONAL DE SAN FRANCISCO, EEUU
- ECOLOGICO DE GALAPAGOS, ECUADOR
- INTERNACIONAL DE NUEVA DELHI, INDIA

Hoy, América Latina es protagonista y se encamina a la vanguardia de los aeropuertos sustentables con esta certificación internacional.

Con respecto a este particularmente, el Aeropuerto Seymour – Ecuador, ya mencionado anteriormente, conocido como el “Aeródromo Ecológico de Galápagos” fue concluido en el año 2014 con certificación LEED oro. El mismo funciona con energía renovable al 100 % con paneles fotovoltaicos ubicados en la misma terminal. El resto es generado con energía eólica ubicado en las cercanías.

Su arquitectura esta realizada con piedra volcánica en sus muros externos. Las maderas utilizadas y la estructura metálica fue reciclada de la antigua terminal aeroportuaria. Asimismo, se recupera toda el agua que se trata especialmente (desalinizadora) evitando todo tipo de desecho.

En Argentina el aeropuerto de Comodoro Rivadavia, General Enrique Mosconi, Argentina, es el primero con Certificación LEED oro, otorgado en el año 2019.

Con visión de futuro, fue pensado en su construcción sustentable sobre tres focos. El consumo de agua, uso de energía y la selección de materiales y recursos. Este, utiliza un 25 % menos de energía y utilizo un jardín en su techo para la menor absorción de calor. Tengamos en cuenta que, en Argentina, el 13,9 % de las emisiones provienen del transporte en general. (Fuente <https://www.argentina.gob.ar/transporte/transporte-sostenible>)

En nuestro país vecino, Uruguay el Aeropuerto Internacional de Carrasco, también está pensado para aprovechar al máximo la energía colocando una planta solar fotovoltaica con seguimiento solar conformada por 1540 paneles, captando un 30 % más de

energía que los tradicionales. Según las últimas mediciones han reducido un 69 % las emisiones de carbono en relación al año 2015.

Para sumar a este ahorro energético poseen un sistema térmico con bombas de calor y free cooling donde derivan el calor excedente y lo envían a las zonas más necesitadas del edificio (6)

Como observamos en este análisis no solo son las aeronaves sino la infraestructura de terminales juega un papel preponderante a la hora de analizar el tema ambiental y la descarbonización.

Primer vuelo trasatlántico 100 % sostenible

Virgin Atlantic anunció que realizará el primer vuelo trasatlántico del mundo 100% sostenible con combustible de aviación (SAF).

El consorcio especializado en la **industria de la aviación** confirmó que ejecutará dicho vuelo el 28 de noviembre de 2023.

Está previsto que el vuelo parta de Londres Heathrow en el Reino Unido y llegue al JFK de Nueva York, lo que representa un paso significativo hacia la **descarbonización** del sector de la aviación.

Antes de que el histórico vuelo propulsado por SAF pueda despegar, está sujeto a aprobaciones y pruebas regulatorias para garantizar su seguridad y **viabilidad**.

El consorcio enfatizó en un comunicado que este vuelo marca un momento crucial en el camino de la industria de la aviación hacia la descarbonización.

Hasta ahora el SAF sigue siendo una de las soluciones más accesibles para reducir las emisiones de carbono.

La empresa se unió a la firma Rolls-Royce para esta misión.

Ambos realizaron una exitosa prueba en tierra de mezcla de combustible de aviación sostenible (SAF) en el motor Rolls-Royce Trent 1000.

Además de la prueba, se ha anunciado que los **proveedores** de combustible Air bp y Virent suministrarán las 60 toneladas de SAF que se utilizarán.

El SAF se producirá a través de la vía de los ésteres y ácidos grasos hidro procesados (HEFA), así como del queroseno aromático sintético (SAK) en una proporción de mezcla del 88% y el 12%.

SAF generalmente ofrece ahorros de emisiones de CO₂ en el ciclo de vida de más del 70% mientras se desempeña como el combustible para aviones tradicional al que reemplaza.

Aunque el SAF se considera esencial para lograr las ambiciones de cero emisiones netas de la industria de la aviación, actualmente representa menos del 0.1 % de los volúmenes de combustible para aviones. (5)

Mensaje Final de Concientizacion

Quiero aprovechar este espacio para reflexionar juntos sobre un tema que nos concierne a todos: nuestro planeta y la salud de sus habitantes

En los últimos años, hemos sido testigos de los impactos devastadores que la actividad humana ha tenido en nuestro entorno.

Desde la pérdida de biodiversidad hasta el cambio climático, cada día se vuelve más evidente la necesidad de cambiar nuestra forma de interactuar con la naturaleza.

Nuestros hábitos diarios, desde el consumo de energía hasta la gestión de residuos, tienen un impacto directo en el medio ambiente. Pero no todo está perdido. Cada pequeña acción cuenta y, juntos, podemos marcar la diferencia.

¿Qué podemos hacer?

- Reducir, reutilizar y reciclar
- Conservar y cuidar la energía
- Utilicemos transportes sostenibles
- Apoyar la biodiversidad
- Educar y sensibilizar

Recuerden, cada acción que tomamos en favor del medio ambiente es un paso hacia un futuro más sostenible para las generaciones venideras. Hagamos de este compromiso una parte integral de nuestra vida

Juntos somos capaces de marcar la diferencia. Actuemos ya

Bibliografía Utilizada

1. <https://www.un.org/es/>
2. <https://www.un.org/es/climatechange/paris-agreement>
3. <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris>
4. <https://www.mercosur.int/temas/sistema-de-informacion-ambiental-del-mercosur-siam>

5. <https://thelogisticsworld.com/actualidad>
6. <https://aviones.com/los-aeropuertos-mas-sustentables-de-latinoamerica>
7. <https://www.repsol.com/es>
8. aertecolutions.com

Transporte de Produtos Perigosos

Ricardo Elias Maluf

Colaboração: **Roana Cristina Nascimento**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo abordar os principais aspectos legais relacionados ao transporte aéreo de cargas e bagagens que contenham produtos perigosos, e as medidas adotadas pelos órgãos reguladores, a fim de mitigar riscos de acidentes e criar um transporte seguro.

Palavras Chave: Artigos ou Cargas Perigosas; Aviação Civil; Transporte Aéreo.

1. Aspectos históricos.

Desde que a aviação se tornou um meio de transporte civil, no início do século XX, diversos dispositivos e normas foram desenvolvidos com o intuito de gerar segurança e eficiência.

O surgimento da aviação civil representou um enorme avanço da humanidade no transporte de pessoas e mercadorias, especialmente após a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945).

Os aviões, que, à época da Segunda Guerra Mundial, eram vistos como uma fonte imensurável de inteligência e inovação, passaram a ser utilizados em prol dos conflitos. Aeronaves armadas passaram a frequentar o espaço aéreo, tendo em vista que o poder de combate aéreo era a chave para a vitória na guerra.

O uso de aeronaves em conflitos é uma realidade desde a 1ª Guerra Mundial e perdura até os dias de hoje. Aeronaves estão cada vez mais equipadas e tecnológicas, podendo, ainda, ser operadas a milhares de quilômetros de distância.

Porém, como a aviação civil passou a apresentar um desenvolvimento desordenado, emergiu-se a necessidade de regulação da atividade, com vistas a impulsionar o crescimento da aviação de maneira ordenada e, principalmente, segura, notadamente pela evidente importância deste modal de transporte.

Assim, desde a Convenção de Paris (1919), passando pela Convenção de Varsóvia (1929) e pela Convenção Montreal (1944), entre outras de igual importância histórica, observamos a incessante busca pelo aprimoramento regulatório da aviação.

Deste modo, ainda na década de 1940, o então presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, com o propósito de solucionar problemas aeronáuticos encontrados e, principalmente, de criar padrões de segurança, solicitou uma conferência internacional (1944) para discutir a aviação civil, criando um importante marco que transformou o transporte aéreo mundial.

Naquele ato, foi assinada a Convenção de Aviação Civil, mundialmente conhecida como Convenção de Chicago, que criou a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), uma das organizações da ONU, com sede em Montreal – Canadá, sendo hoje a responsável pela padronização e pelo seguro e ordenado crescimento da aviação civil mundial.

Atualmente, a Organização conta com 193 Estados-membros, sendo que o Brasil participa ativamente, dispondo de delegação permanente junto ao conselho da OACI, subordinada ao Ministério das Relações Exteriores e assessorada tecnicamente pela ANAC, pelo Comando da Aeronáutica e pelo Departamento de Polícia Federal.

Em 1945, foi fundada a Associação Internacional de Transportes Aéreos (IATA), associação comercial de companhias aéreas criada com o objetivo principal de representar, liderar e atuar em todos os setores da aviação comercial, incluindo cargas e passageiros, com objetivo de alinhar padrões e procedimentos, sempre com foco na segurança, eficiência e interação global.

Com o grande avanço na aviação civil após 1945, observou-se, lamentavelmente, o crescimento do número de acidentes aéreos,

e, assim, foi preciso estabelecer critérios mais rígidos e seguros para o transporte aéreo. Percebia-se que diante da falta de uma regulamentação mais rígida, a segurança estava sendo afetada, não somente em relação aos passageiros e tripulantes, mas também da população das cidades pela qual a aeronave sobrevoava.

Deste modo, a IATA desenvolveu, em 1956, o documento intitulado *Dangerous Goods Regulations* (DGR), com intuito de regular o transporte aéreo de artigos perigosos, como itens inflamáveis, corrosivos e, até mesmo, radioativos, dando os primeiros passos para uma aviação mais segura e eficiente.

O grande desafio da regulação do transporte aéreo é o frenético desenvolvimento tecnológico, que, a cada dia divulga inovações que merecem atenção, estudos e dedicação de especialistas para uma regulação atual, a fim de se mitigar riscos ao transporte aéreo.

2. Legislação aplicável

A Aviação Civil possui uma ligação direta com direito internacional, tendo em vista que os primeiros passos para regulamentar uma aviação mais segura foi dada em solo estrangeiro.

Conforme exposto anteriormente, um dos principais documentos que regem a aviação civil é a “Convenção de Chicago”, que criou a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), uma das organizações da ONU. Naquele ato, foram regulados diversos aspectos da aviação civil, tais como: navegação aérea, taxas aeroportuárias, nacionalidade de aeronaves, normas alfandegárias, investigação de acidentes, certificação de aeronaves dentre outros.

Referida convenção foi recepcionada e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, por meio de Decreto Legislativo nº 21.713, e foi promulgada por decreto do então Presidente da República Eurico G. Dutra, passando a vigorar em todo território nacional em 27 de agosto de 1946.

Os aspectos técnicos da aviação foram tratados em dezenove Anexos da Convenção, que são constantemente atualizados pela OACI, tendo em vista a contínua evolução da sociedade moderna. Os anexos contêm normas e procedimentos recomendados, que foram incorporados ao direito brasileiro por meio do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC), detalhado por Instruções Suplementares (IS), aprovados e atualizados por resoluções da ANAC - Agência Nacional da Aviação Civil.

Atualmente, a ANAC é a autoridade aeronáutica brasileira responsável por legislar sobre transporte de artigos perigosos em aeronaves civis e por fiscalizar a correta aplicação da legislação.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi instituída em 2005, começou a atuar em 2006, substituindo o Departamento de Aviação Civil (DAC), e é vinculada ao Ministério da Defesa, dotada de independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes, com competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, conforme a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 - Lei de Criação da ANAC:

Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

(...)

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento

do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe...

O Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 175, aprovado pela Resolução nº 462, de 25/01/2018 [Emenda nº 01] é o documento publicado pela ANAC para estabelecer os requisitos aplicáveis ao transporte aéreo de artigos perigosos em aeronaves civis registradas ou não no Brasil, enquanto que a Instrução Suplementar – IS é a norma suplementar de caráter geral editada pelo superintendente da área competente, objetivando esclarecer, detalhar e orientar a aplicação de requisito previsto em RBAC.

Atualmente em vigor, desde 1º/06/2023, o RBAC nº 175, Emenda 04, de 26/04/2023 e respectivas IS - Instruções Suplementares 175 e Emendas publicadas.

Ademais, o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAer, aprovado pela Lei nº 7.565, de 1986 e o Código Penal legislam sobre as responsabilidades de quem oferece e de quem transporta carga perigosa. A legislação aeronáutica estabelece, entre outros pontos que, sem prejuízo da responsabilidade penal, o expedidor responde pela exatidão das indicações e declarações constantes do conhecimento aéreo e pelo dano que, em consequência de suas declarações ou indicações irregulares, inexatas ou incompletas, vier a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa.

Código Brasileiro de Aeronáutica – “Art. 239. *Sem prejuízo da responsabilidade penal*, o expedidor responde pela exatidão das indicações e declarações constantes do conhecimento aéreo e pelo dano que, em consequência de suas declarações ou indicações irregulares, inexatas ou incompletas, *vier a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa*”

Após uma análise geral, sem esgotar toda legislação pertinente ao assunto, conferimos que há uma severa e robusta regulamentação em vigor, tendo em vista a complexidade, o dinamismo e a extensão do assunto, sempre frisando que a regulamentação adota como objetivo maior a proteção e segurança da vida humana, não somente daqueles que estão a bordo de uma aeronave, mas também daqueles que se encontram em terra.

Ademais, é imperioso destacar o dinamismo da norma, tendo em vista que, situações que eram narradas como preocupantes na década de 1940, hoje já não necessitam da proteção legal. **Conceito de produtos perigosos.**

Antes de adentrarmos ao tema principal do presente artigo, é necessário distinguir os principais conceitos de carga e bagagem, a saber: Bagagem pode ser definida como o conjunto dos bens pessoais de passageiros, ou tripulantes, transportados e que estejam acompanhados e despachados na mesma aeronave, enquanto o conceito de carga pode ser definido, em síntese, como qualquer bem ou mercadorias transportadas em uma aeronave que não seja mala postal. A carga aérea pode ser transportada em aeronaves exclusivamente de carga (cargueiras), bem como em aeronaves de passageiros (carga de porão).

Artigos perigosos, de acordo com o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC nº 175, emenda nº 4, são assim definidos: *“Objetos ou substâncias capazes de representar perigo à saúde, à segurança operacional, aos bens ou ao meio ambiente e que estejam presentes na Lista de Artigos Perigosos publicada pela ANAC ou que sejam classificados de acordo com este Regulamento.”*

Os termos do RBAC nº 175 devem ser aplicados ao transporte aéreo doméstico e internacional de artigos por qualquer pessoa que executa, intenciona executar, ou que seja

requisitada a executar, funções ou atividades relacionadas ao transporte aéreo de Artigos Perigosos.

Frisa-se que os artigos perigosos são objetos ou substâncias que representam perigo em potencial, porém não tornam, necessariamente, seu transporte pelo ar perigoso se forem tomadas as devidas precauções.

Merece destaque a citação feita pela Revista Mercosul:

“Nunca é demais lembrar que uma pequena carga em um porão, a 11.000m de altitude, com 200 passageiros a bordo, pode ser a responsável por uma catástrofe inominável. Isso é a essência da preocupação com as dangerous goods.”

(Revista do Mercosul, Volumes 56-66 - Editora Terceiro Mundo Ltda., 2000 - Original de Universidade da Califórnia)

Como se vê, não é prudente levar em consideração, tão somente, as dimensões físicas do produto, mas também é necessário avaliar sua capacidade de dano, tendo em vista que com a atual tecnologia, equipamentos de pequeno porte podem causar um dano sem precedentes, como, por exemplo, baterias de lítio, que possuem uma alta capacidade de acumular energia e conseqüentemente alta tensão, podendo colocar todos a bordo em situação de risco, como será abordado nos itens seguintes.

Portanto, a lista de artigos perigosos publicada pela ANAC, revisada e atualizada permanentemente, é o guia obrigatório a ser fielmente adotado, em respeito à saúde, à segurança operacional, aos bens ou ao meio ambiente, evitando-se os danos e, por conseqüência, as multas decorrentes de sua inobservância.

3. Classificação de artigos perigosos

De acordo com o RBAC n° 175, artigos perigosos são classificados em 9 (classes e divisões) refletindo o tipo de risco envolvido e que podem causar danos, diretos ou indiretos à operação aérea, seja de forma instantânea, como explosões, ou até mesmo de forma demorada, como contaminação do solo, da água, ou até mesmo de plantações.

Classe 1 Explosivos:

Divisão 1.1: substâncias e artigos com perigo de explosão em massa.

Divisão 1.2: substâncias e artigos com perigo de projeção, mas sem perigo de explosão em massa.

Divisão 1.3: substâncias e artigos com perigo de fogo e com pequeno perigo de explosão ou de projeção, ou ambos, mas sem perigo de explosão em massa.

Divisão 1.4: substâncias e artigos que não apresentam perigo significativo.

Divisão 1.5: substâncias muito insensíveis, com perigo de explosão em massa.

Divisão 1.6: artigos extremamente insensíveis, sem perigo de explosão em massa

Classe 2 Gases:

Divisão 2.1: Gás Inflamável;

Divisão 2.2: Gás não Inflamável e não tóxico;

Divisão 2.3: Gás tóxico (venenoso);

Classe 3 Líquidos Inflamáveis

Esta classe não possui divisões.

Classe 4 Sólidos inflamáveis

Divisão 4.1: Sólidos Inflamáveis e substâncias passíveis de auto reação;

Divisão 4.2: Substâncias passíveis de combustão espontânea;

Divisão 4.3: Substâncias que, através de interação com água, são possíveis de se tornarem espontaneamente combustíveis ou liberarem gases inflamáveis;

Classe 5 Substância oxidante e Peróxido orgânico

Divisão 5.1: Substâncias Oxidantes;

Divisão 5.2: Peróxidos Orgânicos.

Classe 6 Substância tóxica (Venenosa) / Substância infecciosa

Divisão 6.1: Substâncias tóxicas (venenosas);

Divisão 6.2: Substâncias Infecciosas.

Classe 7 Material Radioativo.

Existem três categorias, de acordo com o nível de radioatividade, sendo uma branca e duas amarelas. Esta classe não possui divisões.

Classe 8 Material Corrosivo.

Esta classe não possui divisões.

Classe 9 Artigos Perigosos Diversos.

Esta classe não possui divisões.

4. Categoria de artigos perigosos

Alguns artigos foram identificados como extremamente perigosos (proibidos) para serem transportados a bordo de aeronaves sob quaisquer circunstâncias; outros são proibidos em condições normais, mas podem ser transportados com a aprovação específica da autoridade competente. Alguns são autorizados a embarcar somente a bordo de aeronaves cargueiras, e, a maior parte delas, se permite o transporte em aeronaves de passageiro, desde que sejam observados alguns procedimentos especiais quanto ao manuseio e embalagem destes produtos.

4.1. Artigos Perigosos Aceitáveis

Com a grande expansão da aviação civil e desenvolvimento tecnológico, inúmeros artigos passaram a ser admitidos a bordo de aeronaves, desde que respeitados requisitos de segurança, embalagens e nas quantidades determinadas de acordo com o regulamento. Oportuno ressaltar que a lista de artigos aceitáveis na Instrução Suplementar nº 175-001, revisão I, aprovada pela portaria nº 11.102/SPO, de 20 de abril de 2023, é considerada taxativa, ou seja, não é permitido item que não se encontra na referida lista. Assim, verifica-se um extenso rol de artigos permitidos, onde são especificados mais de três mil artigos, como por exemplo: Baterias de lítio (incluindo dispositivos eletrônicos portáteis), nitrogênio líquido, bebidas alcoólicas contendo mais de 24% e até 70% de álcool por volume, dentre outros.

4.2. Artigos Perigosos Aceitáveis mediante autorização

Determinados artigos perigosos são expressamente proibidos de serem transportados por via aérea, contudo, poderão ser aceitos mediante autorização dos países interessados, conforme previsto no item A1.1.3 Instrução Suplementar nº 175-001, devendo, ainda sim, atender todos os requisitos exigidos na regulamentação.

“A1.1.3 A ANAC poderá outorgar uma autorização especial para autorizar a expedição ou transporte de artigo perigoso proibido em circunstâncias normais ou, ainda, a expedição ou transporte de artigo perigoso de maneira distinta daquela indicada para cada tipo de objeto ou substância presente na Lista de Artigos Perigosos, desde que, nesses casos, todo esforço seja feito para alcançar um nível geral de segurança operacional no transporte que seja pelo menos equivalente ao nível de segurança operacional previsto no Regulamento e em Instrução Suplementar. Essa autorização especial somente poderá ser concedida nos seguintes casos: (a) extrema urgência; (b) quando outros modos de transporte forem inapropriados; ou (c) quando o total cumprimento com os requisitos dispostos for contrário ao interesse público. [175.1(d)]”

4.3. Artigos Perigosos Proibidos

Conforme o RBAC 175, determinados artigos estão expressamente proibidos de serem transportados por via aérea sob quaisquer circunstâncias. Contudo, é importante ressaltar que as previsões da referida instrução suplementar não se aplicam a objetos que sejam utilizados dentro das aeronaves, ou, para atender qualquer exigência da instrução suplementar.

No entanto, caso determinado objeto tenha sido extraído da aeronave e seja enquadrado como artigo perigoso, deve ser transportado em conformidade com toda regulamentação, tendo em vista que transportar artigos perigosos de maneira inadequada, além das consequências legais, coloca todos a bordo em risco:

“175.9 (a) Qualquer objeto ou substância que, na forma apresentada para transporte, for suscetível a explodir, reagir perigosamente, produzir chama ou evolução perigosa de calor ou emissão perigosa de gases ou vapores tóxicos, corrosivos ou inflamáveis, sob condições normalmente encontradas no transporte, não pode ser transportado sob quaisquer circunstâncias em aeronaves.”

5. Baterias de íons de lítio

As baterias de íons de lítio são facilmente encontradas em dispositivos como notebooks, smartphones, drones, veículos elétricos, entre outros. As baterias ficaram mundialmente conhecidas, tendo em vista a baixa necessidade de manutenção, ou, ainda, dependendo do modelo da bateria é totalmente dispensável, sendo raro defeitos em sua fabricação, portanto há inúmeras vantagens na sua utilização.

Embora amplamente utilizadas, a maioria das pessoas não possuem conhecimento de que as baterias de lítio podem ser enquadradas como mercadorias perigosas, e podem apresentar um grave risco à segurança de todos a bordo, caso não seja observada a regulamentação pertinente.

As baterias de lítio quando transportadas no porão das aeronaves estão sujeitas a uma grande variação de temperatura, devido à exposição a altas temperaturas podendo, espontaneamente, iniciar uma reação química interna, que pode ocasionar uma explosão ou a propagação de gases inflamáveis por toda aeronave.

Assim, com o intuito de minimizar possíveis riscos, em abril de 2016 a ANAC, seguindo as diretrizes da ICAO, passou a regular o transporte das baterias de íon de lítio como carga em aeronaves de passageiros em todo o território nacional.

A regulação, em algumas circunstâncias até mesmo a proibição, aplica-se às baterias de lítio embaladas como carga nos aviões de passageiros e não ao transporte de baterias de lítio contidas em equipamento. Contudo as baterias não removíveis tais como contidas em relógios, calculadoras, câmeras, telefones celulares, computadores portáteis, devem respeitar as quantidades estabelecidas nas instruções suplementares, como dispositivos eletrônicos contendo células ou baterias de lítio metálico (até 2 g) ou de íon lítio (até 100 wh).

Quando houver a necessidade de que a bagagem seja despachada, a bateria de lítio deverá, sempre que possível, ser retirada, como por exemplo, nos casos de cadeira de rodas elétrica, e transportada na cabine como bagagem de mão. Contudo, as companhias também gozam de autonomia para estabelecer outros critérios, inclusive mais rigorosos, em razão dos inúmeros acidentes que ocorreram no porão das aeronaves.

Ademais, segundo a ANAC, empresas fabricantes de aviões relataram que as aeronaves não foram projetadas para combater o fogo proveniente de baterias de lítio, o que por sua vez coloca todos a bordo em risco. Como se vê, a bateria de lítio é motivo de grande preocupação no ramo da aviação civil, o que por sua vez faz-se necessário uma extensa regulamentação.

6. Requisitos gerais para transporte

De acordo com o RBAC 175.5, artigos perigosos podem ser embarcados por via aérea de forma totalmente segura e lícita, contudo deve ser de conhecimento da transportadora e devem ser observados e respeitados os seguintes requisitos:

1. Correta identificação e classificação dos artigos perigosos;
2. Correta embalagem dos volumes;
3. Total respeito aos limites de quantidade para cada produto;
4. Correta e completa declaração dos artigos, em conformidade com
5. sua composição química;
6. Notificação à tripulação sobre os artigos restritos embarcados;
7. Esclarecimentos apropriados aos passageiros e aos embarcadores de carga, sobre os riscos ocultos em certos produtos;

7. Embalagem para o transporte de artigos perigosos

Artigos perigosos não podem ser transportados sem o prévio conhecimento do transportador e sem a documentação necessária para o transporte.

Portanto, para uma carga que contenha itens perigosos seja transportada de maneira adequada e segura, ela deverá ser classificada, identificada, embalada, marcada, etiquetada e documentada. Deste modo, se faz necessário uma equipe especializada e treinada para realizar o manuseio adequado, e assim, evitar qualquer tipo de danificação a embalagem, o que é crucial para um transporte por via aérea com segurança

A embalagem é um dos principais requisitos que devem ser observados para que ocorra um transporte seguro de cargas perigosas. Normalmente, é exigido o uso de embalagens que tenham sido aprovadas em teste de desempenho, submetendo-se à ANAC as diretrizes do projeto, conforme dispõe o item 175.303/311 do RBAC:

“175.303 *Condições gerais*

(a) Exceto se de outra forma especificado neste Regulamento ou nas Instruções Técnicas, as embalagens para o transporte aéreo de artigo perigoso devem, antes da sua fabricação, ser aprovadas junto à ANAC ou junto a um órgão reconhecido pela Agência.

(...)

175.311 *Inspecções e testes para aprovação do projeto de embalagem*

(a) O requerente deve submeter à ANAC o projeto da embalagem, demonstrando o cumprimento com todos os requisitos aplicáveis previstos nesta Subparte, nas Instruções Técnicas e nas normas complementares associadas.

(b) A embalagem deve apresentar resultado satisfatório em todos os testes aplicáveis ao tipo de embalagem e ao tipo de artigo perigoso que será transportado.

(c) Os ensaios comprobatórios aplicáveis para aprovação da embalagem podem ser repetidos, a qualquer momento, por solicitação da ANAC ou após qualquer modificação que altere o projeto, o material ou o modo de construção da embalagem.

(d) Quando houver reprovação da embalagem em qualquer um dos ensaios, a realização de novos ensaios somente será aceita após:

(1) o requerente submeter à ANAC relatório técnico apresentando a causa raiz e as ações corretivas a desvios e falhas ocorridos; e

(2) o relatório ser aceito pela ANAC”.

Portanto, como se vê, as embalagens devem ser consideradas de boa qualidade e previamente testadas e homologadas, não contendo sinais que comprometam sua integridade, resguardando sempre o conteúdo de seu interior.

8. A importância de contratar empresas especializadas no transporte aéreo de itens perigosos

Como é possível observar ao longo do artigo, há uma extensa e complexa legislação quando se trata de transporte de artigos perigosos, considerando-se que há aplicação tanto da legislação nacional quanto da internacional.

Portanto, é de suma importância que os envolvidos no transporte tenham amplo conhecimento de toda regulamentação, para que o transporte de itens perigosos seja realizado com segurança e com plena conformidade a regulamentação vigente.

Nesse sentido, é importante frisar a necessidade da contratação de empresas especializadas no transporte de itens perigosos, tendo em vista a extensão e complexidade da norma. A empresa contratada ficará responsável por todo processo, da identificação até a embalagem, marcação e principalmente a documentação exigida.

A declaração correta de artigos perigosos feita pelo embarcador assegura que todas as empresas envolvidas conheçam os artigos perigosos que estão sendo transportados, e saibam como manuseá-los e carregá-los apropriadamente e, principalmente, o que fazer se ocorrer um acidente tanto em terra como em voo.

Ademais, caso opte pela realização do transporte dos itens perigosos sem a devida assistência, não poderá o expedidor alegar desconhecimento da lei, sendo obrigado a reparar todos eventuais danos causados a terceiros.

9. Formação de pessoal

O ramo da aviação civil passa constantemente por severas modificações, isto faz com que profissionais que atuam na área busquem constantemente novos conhecimentos e técnicas necessárias para que concluam com êxito suas funções. No Brasil, a Legislação que trata da formação e treinamento do pessoal envolvido no transporte aéreo de artigos perigosos é o RBAC 175, submetido à análise de aprovação da ANAC.

SUBPARTE B

TREINAMENTO

175.51 Programas de treinamento de artigos perigosos

(a) O empregador de pessoas que desempenham funções que objetivam garantir que artigos perigosos sejam transportados de acordo com este Regulamento deve estabelecer e manter um programa de treinamento de artigos perigosos.

(...)

(2) O programa de treinamento de artigos perigosos do operador postal designado brasileiro deve ser submetido à análise e à aprovação da ANAC.

Assim, todos os profissionais que atuam na área devem ser submetidos a treinamentos, para que possam executar de maneira exitosa suas atividades profissionais, sendo responsabilidade do empregador garantir o treinamento adequado. Esse treinamento deve incluir:

(1) treinamento de familiarização geral. A pessoa deve ser treinada para se familiarizar com as provisões gerais;

(2) treinamento específico segundo a função. A pessoa deve ser treinada para desempenhar com competência cada função pela qual é responsável; e

(3) treinamento de segurança operacional. A pessoa deve ser treinada para saber reconhecer os perigos apresentados pelos artigos perigosos, no manuseio seguro e nos procedimentos de resposta a emergências.

10. Considerações finais

O presente artigo teve como intuito abordar, sem esgotar toda legislação pertinente ao tema, os principais aspectos que devem ser observados ao transportar artigos perigosos por via aérea, bem como a aplicabilidade das convenções e tratados internacionais.

Abordamos, em síntese, a necessidade de estabelecer normas de segurança, não somente para o momento do voo, mas também no que tange a estocagem, manuseio, formas de armazenamento, bem como o tipo de embalagem a ser utilizada, devendo observar corretamente as classes de artigos perigosos para uma escolha segura da embalagem.

Conclui-se, portanto, que há uma extensa e complexa legislação vigente, devendo todos envolvidos, principalmente os operadores aéreos zelarem pela aplicabilidade da norma.

Com isso, reafirmamos a importância de as companhias aéreas manterem um constante e regular sistema de treinamento e avaliações, para que todos os colaboradores, inclusive aqueles que manuseiam diretamente os itens perigosos, saibam como atuar em caso de necessidade.

E, por fim, ressaltamos a importância em contratar empresas especializadas no ramo de transporte de itens perigosos, tendo em vista a complexidade e dinamismo da norma, pois a

aviação se encontra em constante crescimento em todo mundo, sendo de suma importância acompanhar de perto toda evolução tecnológica e normativa, sempre em nome do transporte aéreo mais eficiente e seguro.

Lista de abreviaturas e Siglas:

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil;

CBAer – Código Brasileiro de Aeronáutica;

COMAT (Company Material) – Material da Companhia;

Dangerous Goods – Cargas e/ou Artigos Perigosos;

DGR (Dangerous Goods Regulations) – Regulamentação de Artigos Perigosos;

RBAC – Regulamentos Brasileiros da Aviação Civil;

ICAO (International Civil Aviation Organization) – Organização da Aviação Civil Internacional;

IATA (International Air Transport Association) – Associação Internacional do Transporte Aéreo;

ONU – Organização das Nações Unidas;

La Limitación de la Responsabilidad de las Compañías Aéreas por Daños a la Carga en el Convenio de Montreal, ¿Un Acierto?

María Victoria Petit Lavall

Catedrática de Derecho mercantil - Universidad Jaume I

Sumario

1. Introducción;
2. El Régimen de Responsabilidad Previsto en el CM para el Transporte de Carga;
 2. 1. Consideraciones previas;
 - 2.2. La responsabilidad de las compañías aéreas;
 - a) La responsabilidad objetiva por destrucción, pérdida o avería de la carga;
 - b) La responsabilidad cuasi objetiva por daños en caso de retraso;
 - c) La limitación cuantitativa de responsabilidad;
 - d) El supuesto de responsabilidad ilimitada;
 - e) La extensión del régimen de responsabilidad al transportista de hecho y a los agentes y dependientes;
 - f) Ventajas e inconvenientes del sistema.

1. Introducción ^[1]

El Convenio para la Unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, conocido como Convenio de Montreal (en adelante, CM), entró en vigor el 4 de noviembre de 2003. Llamado a sustituir el denominado Sistema de Varsovia ^[2], cuenta en la actualidad con 139 partes firmantes (Estados y organizaciones regionales de integración económica), por lo que todavía hoy coexisten ambos regímenes.

El CM, al igual que el Sistema de Varsovia, regula la responsabilidad por daños de las compañías aéreas en el transporte aéreo de personas y sus equipajes y en el transporte aéreo de carga. El mismo tuvo por finalidad modernizar el régimen previsto en el Sistema de Varsovia, principalmente en lo que atañe a la responsabilidad civil por fallecimiento o lesiones corporales a los pasajeros en caso de accidente, dada la crisis causada por la denuncia efectuada por los EE.UU. al Convenio de Varsovia, el 15 de noviembre de 1965, conforme a su artículo 39.1. En efecto, los

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación coordinado “El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevas soluciones en materia de responsabilidad y competencia” (Ref. PID2019-107204GB-C33/AEI/10.13039/501100011033), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (investigadores responsables: M.ª V. Petit Lavall y A. Puetz).

2. Integrado por el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, modificado posteriormente en diversos aspectos por: el Protocolo de la Haya, de 28 de septiembre de 1955, el Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1961, el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971, y los Protocolos núms. 1, 2, 3 y 4 de Montreal, de 25 de septiembre de 1975. Ni el Protocolo de Guatemala, ni el Protocolo núm. 3 de Montreal entraron en vigor.

EE.UU. consideraban que el límite de indemnización previsto para las compañías aéreas en el Convenio de Varsovia para el transporte de pasajeros (125.000 Francos Poincaré) era realmente bajo. De hecho, sus tribunales estaban dictando sentencias que imponían a las compañías aéreas indemnizaciones muy superiores a los límites en él previstos. Por ello, ni siquiera ratificaron el Protocolo de La Haya, pese a que dobló la cuantía, pues consideraban que seguía siendo insuficiente^[3].

Ahora bien, no sólo fueron cuestionados los límites de responsabilidad establecidos, sino que además desde la promulgación del Convenio de Varsovia en 1929 habían ido apareciendo numerosos textos modificando el mismo, no todos ratificados por los mismos Estados. Se hacía insostenible efectuar una nueva modificación parcial del Convenio mediante un nuevo Protocolo, con el peligro que corría de que no lograrse entrar en vigor, por lo que se optó por un nuevo texto multilateral único y de carácter imperativo. El nuevo texto debía integrar tanto los últimos desarrollos del Sistema de Varsovia (Protocolo de Guatemala, Protocolos de Montreal de 1975 y Convenio de Guadalajara), como el sistema de responsabilidad establecido en el marco de la Unión Europea por el Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente^[4], aunque incorporando las modificaciones oportunas en orden a asegurar su más amplia aceptación entre los Estados^[5].

Así lo recoge el propio Preámbulo del CM al establecer que la finalidad del mismo o los principios en los que se inspira son la necesidad de modernizar y refundir el Convenio de Varsovia y los

3. AREALLUDEÑA, S., "El contrato de transporte aéreo", en *Contratos Internacionales* (dirs. CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA), ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 651.

4. *DO* L285, de 17 de octubre de 1997.

5. PETIT LAVALL, M^a V., *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, COMARES, Granada, 2007, p. 15.

instrumentos conexos; la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional y la necesidad de una indemnización equitativa fundada en el principio de restitución.

2. El Régimen de Responsabilidad Previsto en el CM para el Transporte de Carga

2.1. Consideraciones previas

El CM frente al Convenio de Varsovia ha pasado a ser un instrumento de protección del usuario (pasajero) frente a los transportistas aéreos^[6]. Sin embargo, no puede realizarse la misma afirmación respecto del transporte de carga, sino todo lo contrario.

Por un lado, el CM incorpora el contenido del Convenio de Guadalajara (y su modificación por el Protocolo núm. 3 de Montreal) en sus artículos 39 a 48, por lo que reúne en un mismo texto el régimen de responsabilidad del transportista contractual y del transportista de hecho, tanto por daños a los pasajeros como a la carga, hasta entonces contenidos en convenios diferentes, sin aportar novedad alguna respecto del Convenio de Guadalajara al reproducir íntegramente sus disposiciones. Por otro lado, se limita a incorporar el Protocolo núm. 4 de Montreal, que exclusivamente está destinado a regular el transporte de carga introduciendo, al igual que el resto de Protocolos de Montreal, el DEG como moneda para el cálculo de las indemnizaciones.

6. Así lo han reconocido la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, en Sentencia de 30 de agosto de 2017 (Doe vs. Etihad Airlines) [870 F.3d 406; 2017 U.S. App. LEXIS 16614; 2017 FED App. 0201P (6th Cir.)], al declarar que el Convenio de Montreal, frente al Convenio de Varsovia de 1929, cuyo principal propósito fue limitar la responsabilidad de las compañías aéreas con el fin de fomentar el crecimiento de la incipiente industria de la aviación comercial, por lo que su interpretación era restrictiva y en favor de la industria aeronáutica, debe ser interpretado como un Convenio que favorece a los pasajeros más que a las compañías aéreas; y también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-532/18, Niki Luftfahrt (ECLI:EU:C:2019:1127).

Puede, por tanto, afirmarse que el CM no presenta novedad alguna en el régimen de la responsabilidad en transporte aéreo de carga. Por el contrario, dicha novedad o cambio sustancial se produjo ya en el Sistema de Varsovia en 1975, con el Protocolo núm. 4 de Montreal ^[7], pues fue el que modificó, por primera vez desde el Protocolo de La Haya, las normas del Convenio de Varsovia de 1929 sobre responsabilidad en el transporte aéreo de carga, representando realmente un hito en el sistema.

2.2. La responsabilidad de las compañías aéreas

a) La responsabilidad objetiva por destrucción, pérdida o avería de la carga

El artículo 18 CM ^[8] modifica el sistema de responsabilidad del transportista aéreo en los casos de destrucción, pérdida o avería de la carga contenido en el Convenio de Varsovia y en el Protocolo de La Haya. Su entrada en vigor ha supuesto el cambio de un régimen de responsabilidad cuasi-objetiva o por culpa presunta a un régimen de responsabilidad objetiva ^[9]. Y ello, aunque el tenor del artículo 18.1 CM, similar al del Convenio de Varsovia, es claro: “*El transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción o pérdida o avería de la carga, por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo*”.

En efecto, frente al Convenio de Varsovia, cuyo artículo 20.1 permite al transportista exonerarse siempre total o parcialmente de responsabilidad si prueba que “*él y sus comisionados han tomado*

7. El Protocolo núm. 4 de Montreal entró en vigor el 14 de junio de 1998, tras obtener las 30 ratificaciones exigidas (25 años después de su conclusión).

8. Incorpora el tenor del artículo 18 del Protocolo núm. 4 de Montreal.

9. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 217, califica el mismo de sistema objetivo o por causa; PETIT LAVALL, M^a V., *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, cit. supra, pp. 79-81. Así lo ha afirmado ya la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3524). En contra GUERRERO LEBRÓN, M^a J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 38, mantiene que es un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva. Del mismo modo DE PÁZ MARTÍN, J., *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Marcial Pons-Universidad Castilla-La Mancha-Aeropuerto Don Quijote, Madrid, 2006, pp. 237 y 238.

todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas”, esto es, si prueba su ausencia culpa, el CM excluye radicalmente esta posibilidad en los casos de daños causados por pérdida, destrucción o avería de la carga, que sí se mantiene -como se verá infra- en el artículo 20 para el daño ocasionado por retraso en su entrega.

Es decir, mientras para el retraso en la entrega de la carga se sigue estableciendo la presunción de culpa del transportista, salvo que pruebe que adoptó todas las medidas necesarias o, en otras palabras, se admite que el transportista pueda exonerarse de responsabilidad si demuestra que tanto él como sus dependientes han actuado con la debida diligencia, esta posibilidad queda suprimida para los casos de daños causados por pérdida, destrucción o avería de las mercancías.

En definitiva, se instaura un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo, aunque con unas causas de exoneración taxativamente establecidas. En concreto, se admite que el transportista pueda exonerarse de responsabilidad si concurre alguna de las cuatro siguientes causas de exoneración (art. 18.2 CM): la naturaleza o vicio propio de la mercancía; el embalaje defectuoso de la mercancía (siempre que dicho embalaje haya sido realizado por una persona que no sea el transportista o sus dependientes); un acto de guerra o conflicto armado; y un acto de la autoridad pública ejecutado en relación con la entrada, salida o tránsito de la mercancía ^[10]. Constituyen todas estas causas, supuestos de fuerza mayor (guerra o conflicto armado), o eventos ajenos a la esfera de control del transportista: acto de la autoridad pública, embalaje defectuoso de la mercancía por un tercero o naturaleza

10. Las causas de exoneración del artículo 18.2 CM no representan ninguna novedad en Derecho del transporte, ya que todas ellas aparecen en los otros modos. Vid. extensamente al respecto MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera -CMR-*, Comares, Granada, 2002, págs. 183 y ss.; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo, multimodal)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, pp. 475 y ss.

o vicio de la mercancía ^[11]. Junto a ellas, el art. 20 CM sigue admitiendo la posibilidad de que el transportista pueda exonerarse total o parcialmente de responsabilidad si prueba la concurrencia de culpas o la culpa exclusiva del perjudicado, aunque con mejor terminología que la empleada en el Convenio de Varsovia: “*persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho*”, esto es, del expedidor o del destinatario ^[12]; y no “*persona lesionada*”, que parecía referirse sólo al transporte de pasajeros y no al de mercancías ^[13].

b) La responsabilidad cuasi objetiva por daños en caso de retraso

A diferencia de la responsabilidad en caso de daños a la carga, en el supuesto de daños por retraso en su entrega, el CM deja intacto el Sistema de Varsovia. En efecto, el artículo 19 CM ha mantenido el sistema de responsabilidad cuasi-objetiva, esto es, por culpa, pero con inversión de la carga de la prueba y limitada cuantitativamente del Sistema de Varsovia ^[14]. Así, tanto el artículo 19 del Convenio de Varsovia como el artículo 19 CM parten de la responsabilidad de las compañías aéreas por el daño ocasionado por retraso en la entrega de la carga, salvo que demuestren su ausencia de culpa, esto es, que tanto ellas como sus dependientes y/o agentes han adoptado todas las medidas razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas (art. 19 CM), o la concurrencia de culpa o la culpa exclusiva de la persona perjudicada (art. 20 CM). De este modo, el destinatario

11. PETIT LAVALL, M^a V., *La responsabilidad por daños...*, cit. supra, pp. 81 y ss.; ROSAFIO, E., *Il trasporto aereo di cose. Riflessioni sul nuovo regime legale*, Giuffrè ed., Milán, 2007, pp. 135 y ss.; quien divide las causas en “riesgos anormales (guerra o conflicto armado y acto de la autoridad pública) y riesgos comunes en el ámbito del transporte (p. 120). Por su parte CAMARDA, G., “Alcune osservazioni sui problema giuridici attuali del trasporto aereo di merci”, en *XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho aeronáutico y espacial*, CEDAM, Milán, 2010, p. 161, considera que el embalaje defectuoso de la mercancía por un tercero o la naturaleza o vicio de ésta, son supuestos de *contributory negligence* en sentido lato.

12. ROSAFIO, E., *Il trasporto aereo di cose. Riflessioni sul nuovo regime legale*, cit. supra, pp. 134 y 135.

13. PETIT LAVALL, M^a V., *La responsabilidad por daños...*, cit. supra, p. 86.

14. GARRIDO PÉREZ, P. M., “La responsabilidad por retraso en el transporte internacional de carga aérea”, en *Estudios sobre Derecho y Economía del Transporte: reforma y liberalización* (dirs. MARTÍNEZ SANZ/PETIT LAVALL), Tecnos, Madrid, 2009, p. 451.

o el expedidor que reclamen responsabilidad a la compañía aérea por retraso deberán probar la acción u omisión de la compañía aérea, el daño y la relación de causalidad (art. 1902 Código Civil) pero no la culpa de la compañía. Así, deben probar: 1) el retraso del transporte y que el mismo ha tenido lugar “*durante el transporte aéreo*”; 2) el daño; y 3) que el daño ha sido ocasionado por el retraso, debiendo ser la compañía aérea la que demuestre que el retraso se debe a alguna causa que no le es imputable o la ausencia de daño, pese al retraso.

Aunque en principio parece una prueba fácil para el expedidor o destinatario, se complica en la práctica por cuanto el artículo 19 CM contiene muchas lagunas: no se ofrece un concepto de retraso; el retraso debe causarse “*durante el transporte aéreo*”, definido^[15] como el “*período durante el cual la carga se halla bajo la custodia del transportista*” (art. 18.3 CM)^[16]; y, lo que es más importante, por cuanto son múltiples las causas que pueden originar el retraso, no todas ellas imputables a la compañía aérea.

c) La limitación cuantitativa de responsabilidad

Tanto el Sistema de Varsovia como el CM establecen un régimen de responsabilidad de cuantía limitada. Es decir, el transportista aéreo es responsable pero sólo hasta ciertos límites cuantitativos establecidos por los artículos 22.2 del Convenio de Varsovia y 22.3 CM. Se trata de límites y no de cuantías fijas, por lo que el perjudicado deberá probar que el daño sufrido por la carga precisamente alcanza o supera dicha cifra^[17].

15. El TS afirma que se trata de un concepto normativo. Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 28 septiembre de 2020 (RJ 2020\3524).

16. La SAP Madrid (Sección 19ª) de 14 de noviembre de 2018 (JUR 2019\14355) ha afirmado que “La custodia termina solo cuando el transportista aéreo pierde la custodia sin intervención propia, por ejemplo, por medidas soberanas de una autoridad aduanera y, por lo tanto, deja de tener influencia real o legal sobre la carga”.

17. SAP de Madrid (Sección 28ª) de 28 de octubre de 2011 (AC 2011\1595).

Ahora bien, frente al Convenio de Varsovia (en sus versiones originaria y modificada por el Protocolo de La Haya), el CM singularmente destaca por establecer una responsabilidad por daños en el transporte internacional de carga cuantitativamente limitada en todo caso, incluso concurriendo dolo y temeridad o culpa grave de la compañía aérea o de sus dependientes o agentes, ya introducido previamente en el Sistema de Varsovia por el Protocolo núm. 4 de Montreal^[18] (arts. 22.5 y 30.3 CM y arts. 22.2.b y 25 CV). Por tanto, la cuestión en torno a la naturaleza de la culpa cuando todos los Estados que han ratificado el Sistema de Varsovia hayan hecho lo mismo con Montreal dejará de ser relevante en transporte aéreo de carga, lo que resulta a todas luces realmente criticable^[19]. De hecho, no existe en el ordenamiento jurídico una norma similar. Así, por ejemplo, el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, en su artículo 29.1, prevé que *“El transportista no gozará del derecho de prevalerse de las disposiciones de este capítulo que excluyen o limitan su responsabilidad, o que invierten la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por dolo o por falta qua sea equiparada al dolo por la legislación del lugar”*; en similares términos, en transporte ferroviario el artículo 36 de las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías (CIM-Apéndice B del Convenio relativo a los transportes Internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980; o en Derecho marítimo el artículo 282.4 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación marítima, para el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, que incorpora el régimen de las Reglas de La Haya-Visby.

18. CAMARDA, G., “Alcune osservazioni sui problema giuridici attuali del trasporto aéreo di merci”, cit. supra, p. 166, califica con acierto la norma como “irracional”.

19. PETIT LAVALL, M^a V., *La responsabilidad por daños...*, cit. supra, pp. 128 y 129; IDEM, “La limitación de responsabilidad en el transporte aéreo de mercancías: de Varsovia a Montreal”, en *Homenaje al Dr. Enrique Mapelli López*, Fundación AENA-Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 2008, p. 277.

Junto al artículo 22.5 CM, el artículo 9 CM establece que el incumplimiento de las disposiciones de los artículos 4 a 8, esto es, las relativas a la expedición y contenido de la carta de porte aéreo, no afectan a la existencia, ni a la validez del contrato, que sigue rigiéndose por el Convenio, “*incluso las relativas a los límites de responsabilidad*”.

En consecuencia, en los transportes aéreos internacionales a los que resulte de aplicación el Convenio de Varsovia en su versión modificada por el Protocolo núm. 4 de Montreal o el CM rige un régimen de responsabilidad limitada del transportista aéreo por daños en los supuestos de destrucción, pérdida, avería o retraso en la entrega de la carga, incluso mediando dolo o culpa equiparable al dolo; y este límite cuantitativo incluye tanto los daños materiales por lucro cesante y daño emergente, como los morales. Por el contrario, rige el sistema de responsabilidad ilimitada en caso de dolo y culpa equiparable al dolo cuando sea de aplicación el Convenio de Varsovia, en su versión originaria o tras su modificación por el Protocolo de La Haya.

Así lo han venido entendiendo los tribunales al analizar la responsabilidad del transportista aéreo aplicando el Convenio de Varsovia en su versión tras el Protocolo núm. 4 de Montreal y, por consiguiente, partiendo del régimen de responsabilidad limitada en todo caso: entre otras, SAP Madrid (Sección 11ª) 3 mayo 2007^[20]; SAP Madrid (Sección 13ª) 5 mayo 2003^[21]; SAP Madrid (Sección 28ª) 20 septiembre 2007^[22]; SAP Madrid (Sección 20ª) 21 mayo 2007^[23]; SAP Barcelona (Sección 15ª) 11 octubre 2006^[24];

20. AC 2007\2088.

21. JUR 2004\160719.

22. AC 2007\1929.

23. JUR 2007\200063.

24. AC 2007\461.

SAP Barcelona (Sección 15ª) 26 noviembre 2004^[25]; SAP Barcelona (Sección 15ª) 13 noviembre 2009^[26].

No obstante, fue cuanto menos llamativa la sentencia de la misma Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 febrero 2005^[27], de fecha anterior, al manifestarse en sentido contrario, desconociendo el cambio de régimen tras el Protocolo núm. 4 de Montreal y especialmente criticables las posteriores sentencias de las AP Alicante (Sección 8ª), 13 enero 2009^[28] e Islas Baleares (Sección 5ª), 28 julio 2010^[29], que pese a reconocer la limitación de responsabilidad del CM, condenaron adicionalmente a la compañía aérea por daños morales.

Con acierto se pronunció la SAP Madrid (Sección 28ª) de 13 de febrero de 2012^[30] al declarar que el artículo 24 CM dispone que:

“las cifras máximas previstas en el artículo 22 representan unos límites “infranqueables”, que no decaen ni en caso de dolo. En la doctrina se ha considerado esta previsión para el transporte de mercancías el tributo del paso del criterio de responsabilidad subjetivo al objetivo, aunque algunos autores critican el criterio adoptado por desamparar a los expedidores en beneficio de los transportistas, incluso de los que actúen de manera dolosa”.

Ahora ya es una cuestión pacífica.

Además, no es posible acumular la indemnización por retraso y por destrucción, pérdida o avería^[31], como así se deriva ya con claridad del tenor literal del artículo 22.3 CM “*en caso de*

25. AC 2004\2016.

26. JUR 2010\77984.

27. JUR 2005\117741.

28. AC 2009\692.

29. JUR 2010\327984.

30. AC 2012\676.

31. PETIT LAVALL, Mª V., *La responsabilidad por daños...*, cit. supra, p. 112.

destrucción, pérdida, avería o retraso en la entrega de la mercancía”, que utiliza la conjunción disyuntiva “o”.

Debe destacarse que, siguiendo el artículo 24 CM que, acertadamente, prevé la revisión de los límites de responsabilidad cada cinco años con relación a un índice de inflación que corresponda a la tasa de inflación acumulada desde la revisión anterior, la cuantía máxima de indemnización actualmente está fijada en 22 DEG/Kg.^[32].

En fin, tanto el Convenio de Varsovia como el CM establecen la posibilidad de superar este límite cuantitativo mediante una declaración especial de valor hecha por el expedidor [art. 22.2 CV y art. 22.3 CM]. La declaración especial de valor, que no debe reunir una forma determinada, se ha definido como un acuerdo o pacto entre expedidor y transportista por el cual se suprime voluntariamente el régimen general de limitación de responsabilidad [SAP Zaragoza (Sección 5ª), 13 enero 1997]^[33]. Puesto que no es necesario el pago de una tasa suplementaria (aunque sí es lo habitual)^[34], ante la ausencia de una declaración escrita en tal sentido y falta de pago de la correspondiente tasa, para determinar su existencia habrá que estar a la verdadera voluntad de las partes. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la simple especificación del valor de la mercancía en la carta de porte no conlleva sin más la inaplicación de los límites indemnizatorios [SAP Barcelona (Sección 15ª) de 4 de diciembre de 2003]^[35].

32. La primera revisión de los límites de responsabilidad se llevó a cabo en 2009 y comenzó a aplicarse a partir del 30 de diciembre de dicho año (*BOE* núm. 306, de 17 de diciembre de 2010), siendo la cuantía de 19 DEG/Kg. Vid. revisión en vigor publicada en *BOE* núm. 194, de 16 de julio de 2020.

33. AC 1997\207.

34. En este sentido las condiciones generales de las compañías aéreas suelen incluir una cláusula del siguiente tenor: “si la suma anotada en el anverso de la Carta de Porte Aéreo como Valor declarado para el transporte representara una cantidad superior a la limitación de responsabilidad señalada en estas Condiciones y en el aviso que las precede, y si el expedidor hubiera pagado cualquier cargo adicional requerido por los manuales de tarifas, condiciones de transporte o reglamentos del transportista, ello constituiría una declaración especial del valor en cuyo caso el límite de responsabilidad del transportista sería el de la suma así declarada. El pago por reclamaciones estará sujeto a la prueba de los daños reales sufridos”. Vid. SAP Islas Baleares (Sección 5ª) 16 de febrero de 2001 (JUR 2001\136976).

35. JUR 2004\29279.

El artículo 22.3 CM modifica en este extremo el Sistema de Varsovia al permitir que el perjudicado pueda percibir, caso de haber efectuado el expedidor una declaración especial de valor, hasta el importe del valor declarado, siempre que el valor declarado sea superior al valor real de la entrega en el lugar de destino y no al valor real en el lugar de origen, como prevé el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo núm. 4 de Montreal. Por tanto, la diferencia que existe entre ambos Convenios radica en el lugar del cálculo del valor real de la carga. Así mientras para el CM es el del lugar de destino, para Varsovia es el de origen [STS (Sala de lo Civil) 19 septiembre 1983] ^[36]. Se trata de una medida que favorece al perjudicado (expedidor o destinatario), por cuanto lo normal es que las mercancías transportadas posean un valor superior en destino.

También el artículo 22.4 CM modifica el régimen de indemnización en caso de pérdida, destrucción, avería o retraso parcial en la entrega de la carga. Mantiene que, en principio, sólo se tenga en cuenta el peso total del bulto afectado para determinar el límite de responsabilidad. Ahora bien, cuando el daño afecte al valor de otros bultos comprendidos no sólo en la misma carta de porte aéreo (como prevén el Protocolo de La Haya y el Protocolo núm. 4 de Montreal), sino también en *“el mismo recibo o, si no se hubiera expedido ninguno de estos documentos, en la misma constancia conservada por otros los medios mencionados en el párrafo 2 del artículo 4, para determinar el límite de responsabilidad también se tendrá en cuenta el peso total de tales bultos”*. De este modo, el CM traslada al régimen de responsabilidad las modificaciones introducidas en los documentos de transporte de carga.

36. RJ 1983\4667.

d) El supuesto de responsabilidad ilimitada

El Convenio de Varsovia en su versión originaria de 1929 contempla tres supuestos de responsabilidad ilimitada de la compañía aérea en transporte aéreo de mercancías, por lo que no tiene, en consecuencia, derecho a excluir o limitar cuantitativamente su responsabilidad: a) si el daño es causado por dolo o por faltas que con arreglo a la ley del tribunal que entiende en el asunto, se consideran equivalentes a dolo (art. 25.1); b) en caso de que acepte el transporte de mercancías sin que le haya sido entregada la carta de porte aéreo (art. 9); y c) en caso de que acepte el transporte de mercancías cuando la carta de porte aéreo no contenga todas las indicaciones establecidas en el art. 8.a) a i) y q) (art. 9).

El Protocolo de La Haya mantiene los tres supuestos de responsabilidad ilimitada de los transportistas aéreos en caso de daño a las mercancías por destrucción, pérdida, avería y retraso, aunque varía la redacción originaria de los artículos 25 y 9 del Convenio de 1929. En primer lugar, se eliminan casi todas las indicaciones que debe contener la carta de porte establecidas en el artículo 8 y, consiguientemente, se reducen considerablemente las posibilidades de que los transportistas aéreos pasen a responder ilimitadamente por esta causa. En segundo lugar, sustituye los términos del artículo 25 del Convenio de Varsovia de 1929 “dolo y faltas equivalentes al dolo”, por “intención de causar daño y con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño”. De este modo, se establece un sistema de responsabilidad ilimitada en caso de que la compañía aérea actúe con dolo o “con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño”. Es, sin duda, la expresión utilizada “con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño” la que ha dado lugar a mayores pronunciamientos jurisprudenciales. En efecto, los tribunales (aunque en sede de transporte de pasajeros) en una interpretación

pro-consumidor han venido interpretando esta expresión como culpa grave, dando lugar a las consiguientes indemnizaciones por daños y perjuicios.

El Protocolo núm. 4 de Montreal modifica radicalmente el régimen. Tras él la responsabilidad por daños en el transporte internacional de mercancías se convierte en un régimen de responsabilidad de cuantía limitada en todo caso y dicho régimen es el que se traslada al CM.

Ahora bien, el CM, frente al Sistema de Varsovia en su versión tras el Protocolo núm. 4 de Montreal, que prevé la responsabilidad limitada en todos los supuestos, introduce *ex novo* en su artículo 10 un supuesto de responsabilidad ilimitada del transportista, aunque sólo frente al expedidor cuando no ha entregado la carta de porte, sino que ésta ha sido sustituida por otros medios, *“por todo el daño que haya sufrido (el expedidor), o cualquier otra persona con respecto a la cual el expedidor sea responsable, como consecuencia de las indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas o incompletas inscritas por el transportista o en su nombre en el recibo de carga o en la constancia conservada por los otros medios mencionados en el párrafo 2 del artículo 4”*. Así, la sustitución de la carta de porte por medios electrónicos es el único supuesto que lógicamente origina la responsabilidad ilimitada del transportista, pero sólo frente al expedidor, por los daños causados por las indicaciones o declaraciones irregulares, inexactas o incompletas inscritas por él o en su nombre en el recibo de carga o en el registro informatizado (art. 10 CM). En efecto, sólo al transportista pueden imputársele dichas declaraciones, puesto que el expedidor no tiene ninguna posibilidad de acceso al tratamiento electrónico de los datos del transporte, que incluso es un sistema informatizado totalmente ajeno a las partes.

Por último, aun cuando está prohibida, bajo sanción de nulidad, la fijación de límites de indemnización inferiores a los establecidos en los Convenios, sí que se permite que el transportista establezca límites de responsabilidad más elevados o incluso prevea que su responsabilidad es ilimitada (art. 22.1 CV y art. 25 CM). Aunque se trata de una novedad incluida expresamente en el CM para el transporte de carga, pues las distintas versiones del Convenio de Varsovia sólo contemplan expresamente dicha posibilidad para el transporte de pasajeros, no por ello hay que entender que queda prohibida para el transporte de mercancías. El principio de autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de los Convenios reguladores del transporte internacional debe interpretarse a favor de la parte débil, que en este caso es el expedidor, aunque no reúna la condición de consumidor. De hecho, el contrato de transporte aéreo es un contrato con condiciones generales predisuestas por la compañía aérea que reproducen las establecidas por la IATA^[37].

e) La extensión del régimen de responsabilidad al transportista de hecho y a los agentes y dependientes

En el sector aéreo, debido a los acuerdos y alianzas entre compañías aéreas, resulta muy frecuente en las operaciones de transporte la concurrencia de transportistas contractuales y transportistas de hecho, siendo transportista contractual aquel que asume la obligación de transporte frente al expedidor y transportista de hecho o efectivo quien ejecuta la prestación de transporte. Ahora bien, pese a su importancia práctica, la concurrencia de ambos y las consecuencias en cuanto al régimen de responsabilidad no se introdujeron en el Convenio de Varsovia de 1929, ni en su posterior modificación por los Protocolos de La Haya y Montreal núm. 4. Como se ha expuesto, fue objeto de un Convenio específico

37. PETIT LAVALL, M^a V., “La limitación de responsabilidad en el transporte aéreo de mercancías: de Varsovia a Montreal”, cit. supra, pp. 274 a 276.

complementario al de Varsovia: el Convenio de Guadalajara (no suscrito por España). Dicho Convenio equiparó la situación del transportista de hecho al transportista contractual, quedando ambos sometidos al régimen de responsabilidad por daños previsto en el Convenio de Varsovia (arts. II y III CG)^[38].

Pues bien, el CM ha incorporado en sus artículos 39 a 48 los artículos I a IX del Convenio de Guadalajara. Así, en caso de que la compañía aérea encargada del vuelo no sea la misma que la compañía aérea contratante, es decir, en los casos en que concurren un transportista contractual y un transportista efectivo o de hecho, resulta de aplicación el régimen de responsabilidad contenido en el Capítulo V CM.

El artículo 39 CM define el transporte efectuado por persona distinta del transportista contractual en los siguientes términos: *“cuando una persona (en adelante transportista contractual) celebra como parte un contrato de transporte regido por el presente Convenio con el pasajero o con el expedidor, o con la persona que actúe en nombre de uno u otro, y otra persona (en adelante el transportista de hecho) realiza, en virtud de autorización dada por el transportista contractual, todo o parte del transporte, pero sin ser con respecto a dicha parte del transporte un transportista sucesivo en el sentido del presente Convenio”*.

Por tanto, el transportista de hecho puede efectuar tanto la totalidad del transporte objeto del contrato como sólo una parte del mismo, lo que se reitera en el artículo 40 CM. El transportista contractual será contractualmente responsable frente al expedidor por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Por el contrario, la responsabilidad del transportista de hecho frente al expedidor es una

38. MARTÍNEZ SANZ, F., “El contrato de charter aéreo”, en *Lecciones de Derecho del Turismo* (dir. GARCÍA MACHO/RECALDE CASTELLS; coord. PETIT LAVALL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 335 y ss., en especial p. 354.

responsabilidad extracontractual. En efecto, la participación del transportista de hecho en la realización del transporte no conlleva su subrogación en el contrato de transporte que el transportista contractual tiene con el expedidor, sino sólo en cuanto al régimen de responsabilidad. Así se deriva del artículo 41 *in fine* CM que prevé que “ningún acuerdo especial por el cual el transportista asuma obligaciones no impuestas en el presente Convenio, ninguna renuncia de derechos o defensas establecidos por el Convenio y ninguna declaración especial de valor prevista en el artículo 22 afectarán al transportista de hecho”^[39].

Ambos, transportista contractual y transportista de hecho, quedan pues sometidos al régimen de responsabilidad del CM, al extender el CM al transportista de hecho las normas en él contenidas sobre responsabilidad por daños a las mercancías. Ahora bien, mientras el transportista contractual responde respecto a todo el transporte previsto en el contrato, el transportista de hecho lo hace sólo respecto de los resultados dañosos que haya podido ocasionar en el transporte que haya realizado, como establece el artículo 40 CM.

En consecuencia, transportista contractual y transportista de hecho no son solidariamente responsables, puesto que el transportista de hecho sólo responde del tramo de transporte ejecutado. Además, en el caso en que el transportista contractual haya asumido obligaciones no establecidas en el CM, haya renunciado a derechos, entre ellos a los límites de indemnización máximos, o se haya hecho una declaración especial de valor sobre la mercancía, estas circunstancias no vinculan a la responsabilidad del transportista de hecho, que seguirá respondiendo conforme a lo previsto en el CM, salvo que las acepte (art. 41.2 CM).

39. DE PAZ MARTÍN, J., *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, cit. supra, p. 202.

Debe resaltarse que, en todo caso, el expedidor (o el destinatario) sólo podrá obtener de ambos transportistas el límite de indemnización fijado en el Convenio, pues tal y como deriva del artículo 44 CM “*el total de las sumas resarcibles de este transportista y del transportista contractual, y de los dependientes y agentes de uno y otro que hayan actuado en el ejercicio de sus funciones, no excederá de la cantidad mayor que pueda obtenerse de cualquiera de dichos transportistas...*”.

En fin, el transportista de hecho queda sometido al CM con independencia del trayecto que realice, es decir, es totalmente irrelevante que se trate o no de un transporte internacional conforme al artículo 1 CM^[40] o de un transporte interno. En efecto, el ámbito de aplicación del CM está en función del transporte pactado con el transportista contractual y no del efectivamente ejecutado por el transportista de hecho.

Del mismo modo, el régimen de responsabilidad previsto se aplica también a los agentes y dependientes, tanto del transportista contractual como del transportista de hecho, siempre que prueben que han actuado en el ejercicio de sus funciones (arts. 30 y 41.2). Estos pueden -como expresamente prevé el Convenio- ampararse en las condiciones y los límites de responsabilidad del transportista. En consecuencia, su responsabilidad está también cuantitativamente limitada, incluso en caso de dolo o culpa equiparable al dolo o actuación “*con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño*”. En todo caso, el total de las sumas resarcibles de los transportistas, y de sus dependientes y agentes, no puede exceder de los límites previstos, esto es, de 22 DEG/Kg.

40. Transporte internacional es “todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte”.

Así lo ha entendido el Alto Tribunal español en su sentencia de 28 de septiembre de 2020^[41], al afirmar:

“la empresa que realiza las funciones de descarga, almacenaje y entrega de la carga, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 del Convenio de Montreal, puede “ampararse en las condiciones y en los límites de responsabilidad que puede invocar el transportista en virtud del presente Convenio”.- Literalmente, el art. 30 del Convenio de Montreal permite ampararse en los mismos límites que el transportista a sus “dependientes” y “agentes” cuando actúan en el ejercicio de sus funciones... la referencia a “agentes” no se vincula a un contrato de agencia, sino al desarrollo de funciones accesorias pero esenciales para la completa ejecución del transporte. Puesto que el contrato de transporte comprende tanto la fase previa al estricto traslado como la fase posterior, hasta la entrega (arg. art. 18 del Convenio), no cabe duda de que las actividades instrumentales de descarga y almacenamiento se vinculan de manera esencial al transporte, con independencia de que las preste el transportista por sí mismo, a través de sus empleados o a través de un tercero, lo que sucede precisamente en el transporte aéreo mediante los contratos de asistencia en tierra o “handling” por los que las compañías aéreas contratan los servicios instrumentales que precisan en los aeropuertos para la ejecución del transporte”.

f) Ventajas e inconvenientes del sistema

Como se ha expuesto, la responsabilidad de los transportistas aéreos por daños ocasionados a la carga contenida en el CM es objetiva, lo que implica que sobre el perjudicado o legitimado activamente, esto es, el expedidor o el destinatario, así como cualquiera que traiga su causa de éstos (art. 1257 Código Civil) -normalmente la aseguradora en base a la acción subrogatoria^[42] - no recaer prueba alguna de la negligencia de la compañía aérea o de sus dependientes o agentes; ni puede la compañía aérea demostrar su ausencia de negligencia para exonerarse de responsabilidad.

41. Cit.

42. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), en su artículo 43, exige que el asegurador, haya pagado la indemnización para ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Por el contrario, basta que “*el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo*” (art. 18.1 CM), lo que sin duda facilita el éxito de las reclamaciones.

Lo contrario sucede en caso de daños ocasionados por retraso en la entrega de la carga al haberse mantenido la responsabilidad por culpa presunta (art. 19 CM). Puesto que los transportistas pueden exonerarse de responsabilidad si prueban que han adoptado todas las medidas “razonablemente necesarias” (art. 20 CM) para evitar el daño o que les ha sido imposible tomarlas, es frecuente que aleguen que han actuado con la diligencia debida. De hecho, son muchas las causas que originan los retrasos, no siempre imputables a las compañías aéreas. Resulta, en consecuencia, de gran relevancia la causa origen del retraso, pues muchas de las causas no son originadas por las compañías aéreas ni por sus colaboradores, agentes o dependientes, sino que dependen de los distintos sujetos que intervienen en el sector aéreo (gestión aeroportuaria, control del tráfico aéreo, fallos de los sistemas informáticos o eléctricos, fallos técnicos de la aeronave), o son totalmente extrañas a estos sujetos, aunque asociadas a la navegación, como las condiciones meteorológicas o la seguridad.

Ahora bien, sea el daño ocasionado por avería, pérdida, destrucción o retraso en la entrega de la carga, la responsabilidad del transportista aéreo está limitada cuantitativamente incluso en caso de dolo o de dolo eventual o culpa grave, lo que sin duda alguna representa un “privilegio” otorgado por la legislación al sector, no sólo a las propias compañías aéreas, sino también a sus agentes, como las empresas de *handling*.

Debe resaltarse que habitualmente la carga que se transporta por esta vía, dado que el transporte aéreo es más caro y rápido que los otros modos de transporte, suele ser de poco peso y perecedera, que requiere de un control exhaustivo de las condiciones de temperatura

(medicamentos, vacunas, flores, plantas, alimentos, etc.); de gran valor (productos de joyería, de informática, electrónicos, obras de arte) o animales vivos ^[43]. En consecuencia, una conducta dolosa como un robo, nada infrecuente, o un retraso ocasionado, por ejemplo, por culpa grave, como la decisión de esperar a pasajeros procedentes de otro vuelo retrasado para evitar el pago de sus indemnizaciones siguiendo la legislación protectora de los pasajeros ^[44] con la consiguiente pérdida de una mercancía valiosa o avería o destrucción de una perecedera, respectivamente, sólo implica el pago de la indemnización establecida de hasta 22 DEG/Kg. Esta solución ofrecida por el Convenio, sin duda nada favorable para los intereses de los expedidores, ha reducido considerablemente la litigiosidad. De hecho, son escasas las sentencias dictadas sobre la materia en los últimos años.

En fin, la limitación cuantitativa de la responsabilidad prevista por el CM (y por el Convenio de Varsovia tras el Protocolo núm. 4 de Montreal) supone además una reducción de costes para las compañías aéreas, al ser las primas del seguro de responsabilidad civil obligatorio (art. 50 CM) sin duda más reducidas. Pero al mismo tiempo implica un mayor coste para los expedidores, quienes se ven abocados a la necesidad de contratar seguros de daños a la carga. De hecho, la mayor parte de las demandas son interpuestas por las propias compañías aseguradoras en ejercicio de la acción subrogatoria (art. 43 LCS).

43. El Sistema de Varsovia empleaba el vocablo mercancía, pasando en el CM a ser sustituido por “carga”, con lo que se han suprimido las dudas surgidas ante el silencio de estos Convenios sobre el régimen aplicable a los animales vivos, pues se trata de transporte de carga.

44. En la Unión Europea el tantes veces utilizado Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91 (*DOUE* núm. 46, de 17 de febrero de 2004).

El Daño como Hecho Generador de la Responsabilidad en el Transporte Aéreo de Mercaderías. Algunas Reflexiones Desde del Derecho Chileno

Maximiliano Escobar Saavedra

Abogado. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de Concepción, Chile.

1. Introducción

Sobre la especialidad del régimen jurídico de la responsabilidad del transportista aéreo se ha justificado la existencia de un régimen particular, a partir de la constatación de riesgos propios de la navegación aérea, fenómenos naturales y ajenos a la voluntad humana, que juegan en ella un papel superior al que desarrollan en los demás medios de transporte.

Si a los accidentes e incidentes aéreos se aplicaran estrictamente los principios jurídicos de la responsabilidad civil general que proclama el resarcimiento integral de los daños, podría ponerse en peligro el fenómeno mismo del transporte aéreo, al hacer inviables económicamente las compañías dedicadas a este tipo de actividad^[1].

Actualmente en nuestro Derecho, la actividad del transporte aéreo se encuentra regulada por un estatuto especial, contenido en el Código Aeronáutico (CA), en el Convenio de Montreal de 1999 (CM), y en leyes especiales.

El objeto de este trabajo será exponer acerca del concepto de daño como hecho generador de la responsabilidad en el transporte aéreo de mercancías, en especial a propósito de determinar la manera cómo la jurisprudencia chilena lo ha abordado.

1. DíEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad Civil Extracontractual, Thomson Reuters, 2011, p. 422

2. Aspectos Generales del Contrato de Transporte Aéreo en el Derecho Chileno ^[2]

2.1. Concepto, elementos y naturaleza jurídica

Existen distintas definiciones doctrinarias de lo que se entiende por contrato de transporte aéreo, Alberto Díaz Moreno lo ha definido señalando que: *“es aquel por el cual una persona se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro, por aire, bien a otra persona, bien a determinadas cosas”* ^[3]. En la doctrina nacional, Eduardo Hamilton define a este contrato como *“aquel en virtud del cual uno se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o mercaderías ajenas y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas”* ^[4].

La definición legal del contrato de transporte aéreo en el Derecho Chileno, se encuentra en el art. 126 del CA ^[5], el cual señala que *“el contrato de transporte aéreo es aquel en virtud del cual una persona, denominada transportador, se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o cosas ajenas y a entregar éstas a quienes vayan consignadas”*. De esta definición podemos determinar que los elementos de este contrato de transporte son:

- Los intervinientes del contrato. Ellos son el transportista o porteador aéreo, que es la persona natural o jurídica, que en forma habitual o aislada, se obliga a efectuar el transporte ^[6]; y

2. Una propuesta y estructura similar se puede encontrar en nuestro trabajo, Escobar Saavedra, Maximiliano, “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad en el contrato de transporte aéreo de pasajeros en el derecho chileno”, AAVV (Lepin Molina-Stichkin López, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 575 a 615.

3. DÍAZ MORENO, Alberto, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, AA.VV (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, coord.), Editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2006, p. 528.

4. HAMILTON, Eduardo, “Manual de Derecho Aéreo”, 2ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 436.

5. Ley 18.916, Diario Oficial de 08 de febrero de 1990.

6. “Porteador, transportador o transportista es el que contra la obligación de conducir, sea persona natural o jurídica, de un lugar a otro, bien la personas, bien las cosas que recibe, concertando el contrato de transporte y asumiendo las obligaciones que del mismo derivan. La persona del porteador puede no ser coincidente con la del propietario de la aeronave, ni aún siquiera con la del operador de la misma”.

el pasajero^[7], cargador^[8] o cliente, quien es aquel que contrata con el transportador aéreo^[9];

- El objeto del contrato. Consiste en la obligación de conducir que recae sobre la persona del transportista, contrayendo una obligación de resultado, puesto que se compromete a realizar el transporte y no sólo a la puesta a disposición de los medios para que el viaje pueda efectuarse^[10]. Es decir, se obliga a trasladar una persona, su equipaje o una cosa desde un punto a otro, y a entregarlos en destino, en las mismas condiciones en las que las recibió al inicio del transporte.
- El medio empleado para realizarlo, ya que la conducción por vía aérea, que es consustancial a este tipo de contrato, se lleva a cabo mediante el uso de aeronaves^[11].
- El precio o remuneración, es decir, la contraprestación en dinero que el usuario debe pagar al transportador a cambio del servicio recibido.
- El objeto de la conducción: lo transportado. Debe versar sobre pasajeros o mercaderías ajenas al porteador. En el Derecho chileno tal exigencia emana del art. 126 del CA, que expresamente señala que lo transportado son “cosas ajenas”.

MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El contrato de transporte aéreo internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 27. Sobre el concepto de porteador véase: EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, “*El concepto de porteador en el transporte de mercancías*”, Editorial Comares, p.287 y sgts.

7. Pasajero: “*Cualquier persona transportada o que haya de ser transportada en una aeronave con el consentimiento del porteador*”, MAPELLI LÓPEZ, Enrique, cit. (nº5) p. 28.

8. Hamilton lo define como: “El que encarga la conducción por cuenta propia o ajena”. HAMILTON cit. (nº2)436. VIDE LA ESCALADA señala que es quien encarga al transportista el traslado de las mercancías de un lugar a otro y se compromete a abonarle por ello un precio determinado y, por consiguiente, la relación contractual se liga entre ellos desde el momento de la formación del acto VIDE LA ESCALADA, Federico, *Derecho Aeronáutico*, Zavallá Editores, Buenos Aires, 1973, p. 431.

9. Sin perjuicio de lo indicado, cada vez más importancia adquiere, en especial en el transporte de mercancías, el agente de carga, atendido el rol que desempeña en la cadena de valor. Sobre este sujeto del contrato y su responsabilidad, HANANÍAS CASTILLO, Rodrigo, “La legitimación pasiva del agente de responsabilidad civil derivada de daños a las mercancías en un transporte aéreo internacional”, en *Anuarios de Derecho Comercial y Marítimo (AAVV, Tomasello-Peuriot coord)*, nº8 2020-2021, Universidad de Valparaíso, Chile,

10. MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*, Marcial Pons, 2013, p. 32

11. El art. 27 del CA, la define como “*todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo*”. En el Derecho comparado no existe un concepto de aeronave. Petit Lavall indica que ni el Convenio de Varsovia (CV), ni el Convenio de Montreal (CM) definen que es aeronave, siendo necesario por tanto remitirse al Anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944. PETIT LAVALL, María Victoria, en *Derecho Aéreo y del Espacio*, AAVV, Marcial Pons, 2014, p.665. En el Derecho español, el art. 11 de la Ley de Navegación Española (LNA), en su nuevo texto, redactado por el apartado uno del artículo 51 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (B.O.E. 17 octubre) con vigencia a partir del 17 octubre 2014, establece que: “*Se entiende por aeronave: a) Toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores. b) Cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra*”.

Sin perjuicio de la importancia que ambos puedan revestir para el comercio y la economía en general no cabe duda que el núcleo del sector aeronáutico corresponde al transporte de pasajeros^[12].

En cuanto a su naturaleza jurídica, desde una visión clásica se puede considerar como un contrato de arrendamiento de obra, puesto que el empresario transportador aéreo se compromete a una obligación de resultado consistente en el desplazamiento incólume de la persona o de mercaderías hasta el lugar de destino. No obstante lo anterior, entre el arrendamiento de obra y el transporte existen diferencias que impiden identificarlos, como por ejemplo, que en el transporte de carga el porteador asume la custodia de las cosas transportadas, elemento que no encontramos en el arrendamiento de obra. Por lo tanto, consideramos que la naturaleza jurídica de este contrato tiene un carácter *sui generis*, diferente de otras figuras contractuales mercantiles, que lo hacen autónomo, especial y típico.

Respecto a la mercantilidad del contrato de transporte aéreo para el derecho chileno, encontraremos que, dentro de la numeración del art. 3° del Código de Comercio (CCo), que indica cuales son los actos de comercio para el nuestro Ordenamiento, no se encuentran reconocidos como tales la actividad del empresario de transporte aéreo, ni los contratos a que da lugar esta forma de transporte. Lo anterior, lleva a concluir a un sector de la doctrina nacional chilena que la aviación comercial y las empresas de transporte desarrollan una actividad civil^[13]. Con todo, la ausencia de una referencia expresa en el artículo 3° del CCo se explica necesariamente por

12. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "El Transporte Aéreo de Pasajeros" en *Derecho Mercantil*, decimoquinta edición, vol. 8°, AAVV (JÍMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo, DÍAZ MORENO, Coords.), Marcial Pons, 2014, p. 588.

13. PUGA VIAL, Juan Esteban, "El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional", Editorial Jurídica de Chile, Edición 2013, p.198.

la época en que fue promulgado (1865), sin que fuera objeto de una reforma posterior que subsanara esta situación.

Para nosotros no cabe duda el carácter mercantil del contrato a partir de lo dispuesto en los artículo 95 CA, conforme al cual, *“Aeronáutica comercial es la que tiene por objeto prestar servicios de transporte aéreo y de trabajos aéreos, con fines de lucro”*, luego, deberemos entender que estamos ante un acto de comercio contenido en una ley especial^[14].

2.2. Normativa jurídica aplicable

La legislación chilena sobre el transporte aéreo debe conciliar los distintos intereses existentes entre portadores, pasajeros, cargadores, consignatarios, agentes transitarios, etc., que prestan estos servicios o se valen de este medio para desplazarse o para remitir las mercaderías. Según ya hemos indicado, en el Derecho chileno la fuente básica es el CA, particularmente el Capítulo V “Del Contrato de Transporte Aéreo”.

En el referido capítulo V del CA están tratadas las normas sobre cabotaje o transporte aéreo interno en los artículos 126 a 141, distribuidas en tres párrafos. El primero de ellos trata “Del transporte de pasajeros” (arts. 131 a 133), el párrafo 2º trata “Del transporte de equipajes” (arts. 134 a 136), y el párrafo 3º trata “Del transporte de mercaderías” (arts. 137 a 141). A efectos de este trabajo destacamos el Título IX “De La Responsabilidad Aeronáutica”, que en su Capítulo I trata “De la responsabilidad en el transporte aéreo”, en los artículos 142 a 154, normas de las que nos ocuparemos más adelante.

14. En el Derecho español ocurre similar situación ya que el CCo español data de 1885. Sin embargo, la mercantilidad del transporte aéreo es resuelta por la doctrina aplicando el art 349 del CCo, que considera mercantil el transporte cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio. PETIT LAVALL, María Victoria, “El contrato de transporte aéreo de mercancías” en *Tratado de Contratos*, Tomo V, AAVV (Bercovitz Rodríguez –Cano, Rodrigo, Dir.), Tirant Lo Blanch Valencia, 2009, p. 5431.

En un primer estadio, y hasta antes de la promulgación del CA, la legislación aplicable al transporte aéreo, interno o internacional, era objeto de una regulación que se encontraba absolutamente fragmentada, y que era complementada por las reglas del Derecho común, civil o mercantil. En el inicio de la regulación normativa, específicamente en el año 1931, el transporte aéreo nacional estuvo regido por el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) n° 221 sobre Navegación Aérea y posteriormente por el Decreto Ley (DL) n° 1.286 de 1975, además de la normativa sobre arrendamiento del transporte que viene recogida hasta nuestros días en el Código de Comercio (CCo).

El gran desarrollo de la industria aeronáutica dejó a la vista una serie de problemas para estas normas, lo que hizo necesario dictar un nuevo cuerpo normativo que fuese sistemático, moderno y armónico con el régimen del transporte internacional. A fin de remediar la situación descrita, se promulgó el CA que derogó expresamente el DFL. N°221 y el DL. N°1.286. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que según prescribe el art. 6 CA, a falta de disposiciones expresas en dicho cuerpo de leyes, habrá que recurrir a las reglas del Derecho común, y por aplicación supletoria del Derecho común debemos entender tanto a las disposiciones pertinentes del CCo referidas al transporte marítimo y al transporte terrestre, como al Título XXVI del Libro IV, Párrafo X del CC, denominado “*Del arrendamiento de transporte o de servicios*”, arts. 2013 al 2021 (y que no obstante su general aplicación, algunas veces otorga soluciones que pugnan con las instituciones del Derecho aeronáutico moderno), a los usos y costumbres de la actividad del transporte aéreo y a los principios generales del Derecho.

En Derecho internacional uniforme, con fecha 19 de Mayo de 2009, se publicó en el Diario Oficial (DO) el Decreto n°56 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual Chile ratificó el

“*Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional*”, o Convenio de Montreal de 1999 (CM), con lo que dicho tratado tiene el rango constitucional de Ley, siendo obligatoria su aplicación en los propios casos que el tratado dispone.

3. Contrato de Transporte Aéreo de Mercancías

3.1. Cuestiones generales

Se trata es una especie de contrato de transporte aéreo, más específicamente una subespecie dentro del transporte de cosas. A pesar de su regulación nacional e internacional en el CA, CV o CM, carece de definición legal^[15].

En doctrina, Videla Escalada lo define como el contrato de transporte aéreo en que una parte, el transportista, se obliga a trasladar por un precio, de un lugar a otro, en aeronave y por vía aérea, una o varias cosas, que el expedidor se compromete a darle y que aquél debe entregarle a él mismo o a una tercera persona, el destinatario^[16]. Para Petit Lavall, es aquél por el cual una persona (transportista o porteador) se obliga a trasladar por vía aérea (mediante una aeronave) la mercancía puesta a su disposición por el expedidor, remitente o cargador en el tiempo y lugar convenidos, poniéndola a disposición del destinatario (consignatario) a cambio de un precio denominado flete^[17].

En cuanto a la definición de mercadería, Tapia Salinas señala que son todas aquellas cosas que, propuestas para su transporte por un remitente y no comprendidas en ninguna de

15. PETIT LAVALL, María, *Derecho Aéreo y del Espacio*, AAVV, p.665, Marcial Pons, 2014.

16. VIDELA ESCALADA, Federico, op.cit., p. 425.

17. PETIT LAVALL, María, *Derecho Aéreo y del Espacio*, op. cit.p.665.

las excepciones y prohibiciones expresas, son aceptadas por un transportista, y en su consecuencia, se transportan o han de ser transportadas en una aeronave en las condiciones estipuladas en el contrato o carta de porte^[18].

En este contrato intervienen como sujetos el porteador o transportista, el remitente o cargador^[19], y el consignatario^[20] o destinatario de las mercancías transportadas, a lo que debemos por cierto añadir, tal como hemos indicado^[21], a los agentes intermediarios, atendidas las funciones que hoy en día desempeñan en la cadena de transporte y logística.

Se agrega como elemento formal la carta de porte aérea, instrumento que no se define en el CA para el Derecho chileno, ni en el CV o el CM en el Derecho uniforme, pero que sí cuenta con una regulación propia en los arts. 135 y siguientes del CA, arts. 5 y siguientes del CV y en los arts. 4 y siguientes del CM. Sin perjuicio de ello, puede inferirse a partir de los preceptos que establecen sus menciones, funciones y efectos, que se trata del documento cuya función será dar cuenta de las condiciones del transporte aéreo de mercancías y, a diferencia de otras instituciones, si ha sido definido por la doctrina como el documento que instrumenta la formación de un contrato de transporte aéreo en virtud del cual el transportista se obliga a trasladar determinadas mercaderías al lugar convenido y hacerlas llegar al destinatario que le indique el expedidor, quien se compromete a entregárselas y abonar el precio pactado^[22].

18. TAPIA SALINAS, Luis, op.cit. p. 430.

19. HAMILTON lo define como: "El que encarga la conducción por cuenta propia o ajena" (op.cit., p.436). Para VIDE LA ESCALADA señala que es quien encarga al transportista el traslado de las mercancías de un lugar a otro y se compromete a abonarle por ello un precio determinado y, por consiguiente, la relación contractual se liga entre ellos desde el momento de la formación del acto. Asume principalmente obligaciones de dar (op.cit.,p. 431).

20. Artículo 166 del Código de Comercio: "*Se llama consignatario la persona a quien se envían las mercaderías. Una persona puede ser a la vez cargador y consignatario*".

21. *Vid.supra* nº9

22. VIDE LA ESCALADA, Federico; op.cit., p. 440.

Hemos dicho que probablemente su principal función sea dar cuenta de la existencia y contenido del contrato de transporte aéreo de mercancías, pues acredita que el porteador ha recibido las mercaderías bajo su custodia para su posterior conducción hacia el destino pactado. Además, es prueba del peso, volumen, embalaje de las mercancías, número de bultos, condiciones y estado en que fueron recibidas por el porteador^[23].

Las principales características del contrato de transporte aéreo de mercaderías, visto desde nuestro Ordenamiento,

- Es un contrato típico y nominado. Al igual que el transporte de pasajeros su normativa básica es la establecida en el CA, para transportes nacionales, y las establecidas en el CV y el CM para transportes internacionales;
- Es bilateral. El transportador aéreo se obliga a transportar las mercaderías y el cargador, por su parte, se obliga a pagar el precio del flete convenido. En esta clase de transporte la aparición del destinatario o consignatario, si bien no le priva de esta característica ya que no es parte del contrato, implica que se le califique como contrato a favor de un tercero^[24]. En cuanto al momento en que nacen los derechos del consignatario emanados de este contrato, que sólo es un tercero al momento de celebrarse la convención, creemos que para que adquiera tales derechos no basta sólo el conocimiento que éste tenga de la existencia y contenido de tal estipulación, sino que es menester que acepte, sea expresa o tácitamente, en los términos del art. 1449 del CC, su rol de consignatario puesto que nadie puede adquirir derechos u obligaciones sin su voluntad, sea mediante la aceptación del ejemplar de la carta de porte aérea que ha sido remitida por el cargador o expedidor a través del transportador aéreo, sea mediante la aceptación de las mercancías o mediante alguna otra declaración o manifestación de voluntad^[25];

23. BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op.cit., p. 377

24. PETIT LAVALL, María Victoria, "El contrato de transporte aéreo de mercancías" op. cit., p. 5432.

25. Esta opinión concuerda con lo expresado en el art. 12.4 del CV, el cual señala: "...sin embargo, si el destinatario rechaza la carta de porte o la mercancía, o si no pudiere ser habido, el expedidor recuperará su derecho de disposición...". Lo anterior es indicativo de que

- Es un contrato causal. La causa de la obligación del transportador es el pago del flete que recibirá a cambio de la conducción, mientras que para el cargador la causa consiste precisamente en el traslado de las mercaderías de un lugar a otro;
- Es oneroso. El contrato se celebra en utilidad de ambos contratantes, el transportador percibe el pago del flete; el cargador la conducción de sus mercancías,
- Es un contrato principal, ya que no precisa de otro negocio jurídico para su perfeccionamiento y producir sus efectos, y además está sujeto a un régimen imperativo, que no es objeto de disposición por los contratantes, por cuanto se reconoce la asimetría existente entre una y otra parte;
- En cuanto si se trata de un contrato consensual o uno real, diremos que esta característica admite discusión. En el Derecho chileno no existe problema en entenderlo como un contrato consensual. En el Derecho español, tradicionalmente se ha entendido como real para cierta doctrina^[26], siguiendo lo dispuesto en el art. 102 de la Ley de navegación aérea española (LNA), de 23 de Julio de 1960, que establece que: “*El contrato de transporte de cosas se perfecciona con la entrega de las que sean objeto del mismo al transportista...*”; sin perjuicio de lo cual, exista doctrina que considera hoy en día que se trata de un contrato consensual^[27]. En nuestra opinión, el transporte de mercaderías es un contrato consensual pues resulta evidente que las partes, por su voluntad concordante, pueden convenir que el acto sólo quede perfeccionado cuando se produzca la entrega de las cosas y es probable que la prudencia del transportador lo induzca a obrar de tal modo, ya que ello le permite controlar mejor la naturaleza de la carga e impedir que se embarquen cosas cuyo transporte esté prohibido o resulte peligroso, además de que sea la recepción de las mercaderías el

la voluntad del consignatario es esencial para que adquiera dicho rol, y lo debemos entender sin perjuicio de lo señalado en el art 13.1 del CV en cuya virtud el arribo de la mercancía al lugar de destino da derecho al consignatario a exigir la remisión de la carta de porte aéreo y la entrega de la mercancía, momento en que cesa el derecho del expedidor a disponer de las mercancías (art. 12.4 CV). En tal sentido, BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho de Transporte*, Editorial Libromar, Valparaíso, 2002, p. 365.

26. En tal sentido, SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo II, 17ª edición, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 361.

27. BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit, p. 190. PETIT LAVALL, María Victoria, “*El contrato de transporte aéreo de mercancías*” op. cit., p. 5431.

momento desde el cual resulte responsable por la destrucción, pérdida, avería o retraso en la mercadería (149 y 152 inc. 1° CA), pero si no existe una manifestación de voluntad de los contratantes en tal sentido, basta su solo consentimiento para dejar formada la relación contractual. El consentimiento deberá recaer sobre el precio, sobre la cosa determinada a transportar y sobre el trayecto a realizar, si se trata de transporte de mercaderías;

- Es un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación. Esto se cumple perfectamente en el transporte regular realizado por las aerolíneas cuando en sus aeronaves suelen transportar conjuntamente con los pasajeros, una determinada cantidad de mercancías. Cuando se trata de un transporte especialmente contratado por el usuario para el exclusivo traslado de sus mercancías (*charter*), cabe suponer una mayor elasticidad en las condiciones y es posible una discusión de las mismas hasta llegar a un acuerdo de voluntades. Constatar esta característica permite plantear la interrogante, al igual que en el transporte de pasajeros, acerca de si en este contrato se cumplen los supuestos fácticos y normativos para la aplicación de la LPDC^[28].

3.2. Efectos del contrato de transporte aéreo de mercancías en el Derecho chileno

3.2.1. Obligaciones y derechos del porteador

Las obligaciones del transportador o porteador aéreo están reguladas en el art. 127 y siguientes del CA, y en forma supletoria en el título V, del Libro II del CCo, art. 166 y siguientes que corresponde a las normas generales en materia de transporte terrestre, sin perjuicio de las normas de Derecho uniforme contenidas en el CV, en el CM y en las condiciones Generales IATA. En general la normativa que dispone el CA es básica, y por ello se debe ver complementada por las normas del CCo para

28. Vid. *Supra* 2.4.

que resulte suficiente. Sin perjuicio de ello, digamos que para la normativa chilena las obligaciones del porteador consisten en,

- efectuar el transporte en la fecha, horario y demás condiciones estipuladas (art. 127 CA)^[29];
- recibir las mercaderías a transportar en el tiempo y lugar convenidos y cargarlas a bordo adecuadamente (art. 191 del CCo^[30]);
- emprender el viaje. Sobre esta última obligación cabe destacar que el transporte aéreo puede ejecutarse por el propio transportador contratante, o bien, por otros transportadores a quienes éste encargue el porteo, son los llamados transportadores efectivos. En el Ordenamiento Chileno esta institución se encuentra regulada en el art. 129 CA^[31];
- custodiar la carga^[32] (art. 199 y 200 CCo, 18.1 CV y 18.3 CM). La obligación de custodia del transportador determina el periodo de responsabilidad que pesa sobre el mismo, por cuanto el art. 149 CA dispone que la destrucción, pérdida o avería de la mercadería que se produjere durante el transporte aéreo de ella (o por retardo en su transporte), serán indemnizadas con una cantidad que no exceda de una UF (38 \$USD aprox.)^[33],

29. Además, el art. 195 del Código de Comercio Chileno permite al transportista, una vez comenzado el viaje, poner término al contrato o suspenderlo, cuando sobreviniere un obstáculo de fuerza mayor. Si opta por lo primero, puede depositar la mercadería en el lugar más próximo a destino o retornarla al de su procedencia cobrándose un porte o flete proporcional por el trayecto recorrido tanto de ida como de vuelta, no pudiendo sobrepasar del flete íntegro o pactado inicialmente. Si opta por la suspensión del viaje, debe continuar tan pronto como se haya removido el obstáculo.

30. Art. 191 CCo.- *“El porteador está obligado a recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de las personas inteligentes, y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato. La violación de cualquiera de estos deberes impone al porteador la responsabilidad de los daños y perjuicios causados al cargador”.*

31. Art. 129 CA: *“El transportador podrá efectuar el transporte aéreo, en todo o parte, junto con otros porteadores; pero las órdenes relativas al derecho de disposición que sobre las mercaderías porteadas compete al cargador, sólo podrán ser dirigidas al transportador con el cual se haya celebrado el contrato. Sin aceptación expresa del transportador efectivo, no le serán oponibles las renunciaciones de derechos, declaraciones especiales de valor u otras obligaciones adicionales asumidas por el transportador contractual con el usuario, que no emanen de la naturaleza del contrato. Sin perjuicio del derecho a repetir en contra del transportador en cuyo tramo se produjo el daño, todos los transportadores serán solidariamente responsables de la indemnización respectiva. Además, la protesta prevista en el artículo 153 podrá ser dirigida a cualquiera de los transportadores”.* En el CM esta materia se encuentra regulada en Capítulo V, referido al transporte aéreo efectuado por una persona distinta del transportista contractual, arts. 39 a 48.

32. En Derecho uniforme, 18.1 CV y 18.3 CM.

33. La UF es una medida reajutable basada en la variación del Índice de Precios al Consumidor, (IPC). El Ministerio de Hacienda de Chile, en su Decreto Supremo nº 40 del 2 de enero de 1967, creó la Unidad de Fomento asignándole un valor reajutable inicial de cien escudos, que era la moneda de curso legal de la época. En aquel entonces, el valor de la UF se reajustaba el primer día de cada trimestre según la variación del IPC del trimestre anterior. Posteriormente, el Decreto Supremo nº 280 del 12 de Mayo de 1975 estableció que la UF pasaría a reajustarse en forma mensual. Por su parte, el Decreto Supremo nº 613 del 14 de julio de 1977 estableció que su valor se reajustaría en forma diaria a partir del 1º de Agosto de dicho año. En la actualidad, según las normas del Banco Central y mediante el acuerdo 05-03-900105 del 08 de enero de 1990, la UF continúa reajustándose en forma diaria, siendo calculada a principios de cada mes para el período comprendido entre el día 10 de dicho mes y el día 9 del mes siguiente, de acuerdo a la tasa promedio geométrica de la variación del IPC del mes anterior. La variación del IPC del mes anterior será la que determine mensualmente el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o el organismo que a futuro lo pueda reemplazar.

por kilogramo de peso bruto de la carga. De acuerdo con lo que dispone el art 152 CA, el transporte aéreo comprende el período durante el cual los equipajes o las mercaderías permanecen bajo el cuidado del transportador, en un aeródromo, a bordo de una aeronave o en otro lugar cualquiera en el evento de un aterrizaje fuera de un aeródromo, no comprendiendo ningún transporte marítimo, terrestre o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. No obstante, cuando alguno de estos transportes se efectuare en ejecución de un contrato aéreo, a fin de proceder a la carga, entrega o trasbordo, se presumirá que los daños producidos han sido causados durante el transporte aéreo. El CA (como el CV y el CM), hacen referencia expresa a que la responsabilidad para el transportista comprende el período durante el cual las mercaderías se hallen “bajo la custodia” del transportista, lo que ha planteado dudas acerca de si esta expresión debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir, que sólo se refiera a aquel momento mientras las mercancías están bajo el control del transportista o de sus dependientes a agentes, iniciándose el período de responsabilidad con la recepción de estas en el aeropuerto y concluyendo con su entrega a un tercero, o por el contrario dicho período es más amplio y comprende también el tiempo que las mercancías no están en poder del expedidor o del destinatario, sino por ejemplo en que se encuentran en manos de las autoridades aduaneras, tiempo en el cual muchas veces las mercancías se pierden o dañan^[34];

- debe avisar de la llegada de las mercaderías a destino; y entregar la carga al consignatario (art. 126 CA).

Los derechos que le asisten al porteador aéreo son: percibir el flete convenido; rehusar, condicionar o dejar sin efecto el transporte (art. 141 CA)^[35]; verificar la mercadería y la carta de porte; depositar judicialmente las mercaderías porteadas en caso de faltar el consignatario o destinatario en el punto de destino; y finalmente suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus

34. PETIT LAVALL, María, “El contrato de transporte aéreo de mercancías”, op. cit p.5442

35. Art. 141 del CA.: “El transportador, sin incurrir en responsabilidad, podrá rehusar, condicionar o dejar sin efecto el transporte de cualquier mercadería que pueda ser peligrosa para la seguridad del vuelo o la higiene de a bordo, o que no cumpla con las exigencias legales y reglamentarias relativas a su embalaje y acondicionamiento y a la documentación y permisos especiales requeridos”. Videla Escalada (ob.cit. pág. 466) señala que el derecho de un porteador de rehusar un transporte depende, en buena medida, de las condiciones de su respectiva concesión o autorización, ya que ésta puede imponerle obligaciones de llevar algunas mercaderías o prohibirle conducir otras.

condiciones, y dejar sin efecto el contrato en los casos previstos por el art. 127 inc 2° CA ^[36].

3.2.2. Obligaciones y derechos del cargador y del consignatario

A fin de que pueda cumplirse el objetivo que se persigue con el transporte aéreo, el cargador ha de ejecutar una serie de obligaciones que la Ley pone de su cargo, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes:

- pagar el porte o flete aéreo convenido (art. 126 del CA);
- entregar las mercaderías para su transporte (art. 180 CCo);
- suministrar los documentos para asegurar el libre tránsito de la mercadería; debe indicar con precisión las declaraciones relativas a la mercadería señaladas en la carta de porte y declarar aquellas que sean peligrosas permitiendo al porteador su inspección y reconocimiento (art. 140 del CA ^[37]);
- indemnizar perjuicios causados al porteador (art. 140 inciso final CA ^[38]).

En cuanto a los derechos del cargador o expedidor aéreo, encontramos que puede exigir la realización del transporte en tiempo, forma y plazo pactado; disponer de la mercadería porteadora (art 187 CCo ^[39]); y, puede dejar sin efecto el contrato en forma unilateral (art. 127 CA inc. 2° parte final).

36. Que se refieren a que el transportista, puede suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus condiciones por razones de seguridad o de fuerza mayor sobrevinientes, tales como fenómenos meteorológicos, conflictos armados, disturbios civiles o amenazas contra la aeronave

37. Art 140 CA: “El cargador es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones referentes a la mercadería señaladas en la carta de porte”. “Si el cargador encomienda el transporte de objetos o mercaderías peligrosas para la seguridad del vuelo, estará obligado a manifestar esta circunstancia al transportador y a procurarle los antecedentes y la asistencia que a éste le fueren necesarios para el adecuado cumplimiento de su cometido”. Además, tratándose del transporte de mercaderías peligrosas, en el Derecho Chileno se aplica el decreto n° 746, “Reglamento de Transporte sin Riesgo de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea”, de 19 de Febrero de 1990.

38. Art. 140 inc. final CA.- “El cargador deberá indemnizar al transportador y a cualquiera otra persona respecto de la cual éste sea responsable, por todo daño que sea consecuencia de sus indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas o incompletas”. Situación regulada además en los arts. art. 16.1 CV y art. 18 CM.

39. Art. 187 CA.- “El cargador puede variar el destino y consignación de las mercaderías mientras estuvieren en camino, siempre que no las hubiere negociado con el consignatario u otro tercero; y el porteador deberá cumplir la orden que para este efecto recibiere, con tal que al impartírsela se le devuelva el duplicado de la carta de porte. Cumpliendo la orden sin este requisito, el porteador será responsable de los daños y perjuicios que acredite la persona damnificada por el cambio de destino o consignación”. En derecho uniforme, arts. 12 CV y 12 CM.

Relativo al consignatario, que no es una parte original de este contrato, pero que sí puede ser el mismo cargador que contrató con el transportador como sucede cuando alguien contrata un transporte para sí, o un tercero distinto para quien el contrato de transporte en este caso vale como una estipulación a favor de otro (art. 1449 CC), los efectos de la convención surgen a su respecto al momento que acepta la remesa despachada a su favor. Como nuestro CA no contiene normas a su respecto, diremos que sus derechos y obligaciones se rigen por las reglas generales contenidas principalmente en el CCo, de las que destacamos: pagar el porte cuando fuere de su cargo y otorgar recibo de las mercaderías al transportador.

Sus principales derechos son: exigir el cumplimiento del contrato de transporte en la forma y tiempo convenidos y obtener la entrega de las mercaderías en el punto de destino.

4. La Responsabilidad en el Contrato de Transporte de Mercancías en el Derecho Chileno

4.1 Aspectos generales ^[40]

Sobre las bases fundamentales de la responsabilidad en materia de transporte, nuestra jurisprudencia entendió desde hace tiempo que la naturaleza del régimen de responsabilidad correspondía al contractual, tratándose del transporte de pasajeros. Así, en fallo del 03 de julio de 1951, la Corte Suprema indico, *“...esta obligación nace del contrato de transporte celebrado entre la empresa y la actora que usó el vehículo mediante el pago del boleto respectivo y el porteador responde de acuerdo al art. 207*

40. Escobar, cit, p.594 y ss.

CdC, aplicable al caso conforme lo estatuye el art. 171 de ese cuerpo de leyes, hasta la culpa leve”.

De esta manera, la responsabilidad en el contrato de transporte aéreo, en especial la del porteador, requerirá la existencia de un contrato de transporte aéreo realizado en una aeronave, un accidente o incidente -que es el supuesto de hecho generador de la responsabilidad- que debe producirse durante el período o duración del transporte aéreo.

Con todo, no se puede soslayar la existencia de un régimen propio de la responsabilidad extracontractual en el CA, a propósito de la responsabilidad por daños a 3° en la superficie. En efecto, y conforme lo dispone el art. 155, *“El explotador indemnizará los daños que se causen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el solo hecho de que emanen de la acción de una aeronave en vuelo, o por cuanto de ella caiga o se desprenda”*^[41].

Respecto a los sujetos pasivos de esta acción de responsabilidad, por cierto tenemos a las partes del contrato, porteador, cargador, consignatario ^[42]. A partir del régimen de obligaciones que le resulte aplicable, sin perjuicio que entendemos extensiva la responsabilidad al explotador aeronáutico definido y descrito en el art. 99 CA, (*“Explotador es la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica. Se presume explotador al propietario de la aeronave”*), y al propietario de la nave en los términos del art. 100 CA (*“El propietario de una aeronave es responsable, solidariamente con el explotador, de cualquier daño que ella produzca, a menos que el acto o contrato mediante el cual se transfiere la calidad de explotador, se inscriba*

41. Norma que complementa con el régimen de exclusiones (art. 156 CA); la solidaridad del explotador-dueño de la aeronave (157CA); y la existencia de límites indemnizatorios (159-160 CA)

42. Sobre la acción contra el agente de carga, Hananías cit. (nº9)

en el Registro Nacional de Aeronaves, caso en el cual el propietario queda liberado de responsabilidad civil.”)

4.2. El régimen de responsabilidad del transporte aéreo mercaderías para el Ordenamiento chileno

El Título IX, del CA, “De La Responsabilidad Aeronáutica”, en su Capítulo I trata “De la responsabilidad en el transporte aéreo”, en los artículos 142 a 154, y sobre el transporte de mercaderías en específico, las normas de los arts.149 a 153. La norma general del art. 142 CA indica expresamente que: *“En virtud del contrato de transporte, el transportador es obligado a indemnizar los daños causados con motivo u ocasión del transporte, en la forma y dentro de los límites establecidos en este código”*.

Este régimen de responsabilidad contractual aplica para aeronaves de uso comercial, tanto para el transporte como para los trabajos aéreos^[43], por lo que excluye a los accidentes que ocurran en aeronaves privadas, y en las aeronaves del estado (militares, de policía y aduana), y se caracteriza, al igual que lo que ocurre con el régimen del transporte en el CCo (art. 207 inc. 2), por presumir la responsabilidad del porteador, basado en la obligación de custodia que asume el transportista respecto a las mercaderías transportadas.

El art. 149 CA dispone que la destrucción, pérdida o avería de la mercadería que se produjere durante el transporte aéreo de ella o por retardo en su transporte, serán indemnizadas con una cantidad que no exceda de una UF por kilogramo de peso bruto de la carga. Lo descrito debemos entenderlo sin perjuicio de la posibilidad que las partes avalúen convencionalmente la indemnización mediante el pago de un precio adicional que obligue al transportista responder hasta el valor real de las mercaderías transportadas (150 CA inc. 1°).

43. Art. 95 inc. 3° CA, “Los servicios de trabajos aéreos consisten en la explotación de cualquier otra actividad comercial realizada por medio de aeronaves.”

Según indica la norma del art. 151 CA, el transportador no será responsable de la destrucción, pérdida o avería de ellas, en los casos siguientes:

- a. si el daño derivare de la naturaleza o del vicio propio de la mercadería;
- b. si el daño proviniere del embalaje defectuoso de la mercadería, realizado por quien no sea el transportador o su dependiente, o
- c. si el daño derivare de un acto de la autoridad pública, efectuado en relación con la entrada, salida o tránsito de la mercadería.

Asimismo, el transportador no será responsable del retardo en el transporte del equipaje o mercadería, si probare que adoptó las medidas necesarias para evitar el hecho causante del retardo o que le fue imposible adoptarlas.

El art. 152 CA prescribe a propósito del transporte de mercadería (y de equipajes), que el período de custodia comprende aquél durante el cual los equipajes permanecen bajo el cuidado del transportador en un aeródromo, a bordo de una aeronave o en otro lugar cualquiera en el evento de un aterrizaje fuera de un aeródromo. El art 153 CA se refiere a la extinción de responsabilidad del porteador aéreo (no regula la exoneración de esta a propósito del equipaje), el que no responderá si el pasajero no formulare protesta inmediatamente después de haber notado las faltas o averías o dentro de los 7 días siguientes a la recepción del equipaje. En caso de retraso, el plazo para realizar la protesta se extiende hasta los 21 días siguientes a contar de la fecha en que la mercadería (o el equipaje) haya sido puesto a disposición del pasajero (inc.4°, presunción de buena entrega).

Importante nos parece destacar que las acciones del Título IX del CA, de acuerdo lo establece expresamente art. 175 del CA, *“...prescribirán en el plazo de un año contado desde el día de los*

hechos, desde el día en que la aeronave llegó a su destino o desde que el transporte fue interrumpido, según el caso.”

4.3.- El daño como hecho generador de la responsabilidad en el transporte de mercancías.

Para que se configure la responsabilidad del porteador aéreo en el contexto de un contrato de transporte aéreo de mercaderías, resulta indispensable que la mercancía que se encontraba bajo su custodia haya sufrido un daño o haya resultado afectada por un retraso en su entrega (art. 149 CA). En efecto, y según se ha descrito ^[44], elemento esencial de la responsabilidad jurídica es el daño, y su inteligencia es un tanto esquiva. Son tantas las modalidades que como tal puede revestir, que su explicación resulta compleja.

En el contexto del transporte de mercancías, numerosos son los incidentes en que no obstante no haberse constatado un daño físico a las mercancías, el consignatario no puede comprobar que la integridad de estas no ha sido comprometida durante el transporte. Un clásico ejemplo de lo anterior, son aquellos casos en que se verifica la vulneración de los sellos de seguridad de la unidad en que se transportan las mercaderías (un pallet por ejemplo), evidenciándose el acceso de personal no autorizado a su manipulación.

Aún cuando lo descrito no parece un problema particular del transporte aéreo ^[45], los incidencias del transporte de mercancías nos pueden llevar a que existan distintas interpretaciones en torno a la obligación del transportista de resarcir perjuicios distintos de

44. Hananías Castillo, Rodrigo, “Responsabilidad civil contractual del transportista aéreo de mercancías, Memoria de Prueba, Universidad Adolfo Ibáñez., 2000, p.5.

45. Cuando el referido transporte ha sido ejecutado por carretera y se satisfacen los requisitos de los artículos 1 y/o 2 del Convenio CMR, se ha discutido si acaso las pérdidas que se ocasionen a consecuencia de la situación descrita en el párrafo anterior dan lugar a indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del citado convenio. MA Clarke, International carriage of goods by road: CMR, London: Informa 2009, p 193.

aquellos derivados de un daño físico infligido a las mercancías transportadas. Así, mientras algunos pronunciamientos sugieren que para que se verifique el elemento del daño la mercancía transportada ha de sufrir una alteración substancial, en otros casos esto no parecería necesario de ocurrir^[46]; o bien, como sucede en ocasiones que el daño lejos de concentrarse en uno o más bultos determinados, se difunde o expande a otros, como en aquellas expediciones que están conformadas por una pluralidad de bultos, en que si bien el daño en sí no afecta a todos ellos, por sus especiales características comunica el perjuicio a todos los demás; o en relación a la avería como hecho generador del daño, que se le ha atribuido distintas acepciones. Una, relativa al menoscabo funcional del objeto transportado, a su deterioro, a su ineptitud para cumplir óptimamente el fin que por su naturaleza y características particulares lleva implícito, y siempre que dicho menoscabo, deterioro o ineptitud no envuelvan la destrucción del mismo objeto. Otra, la de influencia marítima, en atención a los gastos extraordinarios e imprevistos en que debe incurrir el transportista para evitar el daño a la carga o para paliar sus efectos^[47].

Es decir, surge un problema acerca de la delimitación conceptual sobre el daño como hecho generador de la responsabilidad. La jurisprudencia chilena, solo se ha acercado de manera preliminar a la cuestión, principalmente desde el transporte de pasajeros, convirtiéndolo por tanto en un campo de necesaria exploración y determinación.

46. ECLI:NL:RBAMS:2019:10104; ECLI:NL:RBROT:2012:BV9685; Corte de Apelaciones de Amberes, 12 de diciembre de 2006 y 6 de marzo de 2006.

47. Hananías, cit. (2000), p.39. quien describe, "*Obra a favor de esta segunda acepción un fallo argentino, en el que a propósito de un faltante de cinco anillos y dos pares de aros, constatados en un cargamento de alhajas transportadas de Hamburgo a Punta Arenas, se declara: "Y por avería debe entenderse cualquier daño, o todo gasto extraordinario, que se produce respecto de la mercadería, durante el viaje y desde la carga hasta la descarga, en el concepto de derecho marítimo, aplicable por analogía"* Proceso Grossler Gebrüder c/ Aerolíneas Argentinas, en FOGLIA, Ricardo A., MERCADO, Angel R. y MELLONE, Eugenio, *Jurisprudencia Aeronáutica Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, pág. 258.

Así por ejemplo, nuestra Corte Suprema en causa caratulada “Petzold Christian Karl y otra con Latam Airlines Group S.A”^[48], estudió si el quebrantamiento denunciado en autos (al art. 22 CM) eximía al actor de la carga de probar el daño sufrido. Si la respuesta a dicha pregunta fuera negativa, la sentencia impugnada habría incurrido en infracción de dicha disposición al condenar a la recurrente la (aerolínea) sin tener por acreditado daño alguno que fuera consecuencia de cumplimiento imperfecto de la obligación de transporte. De acuerdo a la Corte, en este fallo, encontrándose establecido que hubo un retraso en el cumplimiento de la obligación de transporte, se puede presumir que los demandantes sufrieron perjuicios al tener que enfrentar otros gastos no previstos. En efecto, la sentencia impugnada ya había estimado innecesario tener por acreditados tales perjuicios porque según lo entendió, el artículo 22 CM exige a los demandantes de dicha prueba. Con todo, previno la Corte que si esto fuera errado, el tribunal (primera instancia y apelación) tenía antecedentes suficientes para tener por acreditados sobre la base de presunciones, los perjuicios por el retraso. En consecuencia, el error de derecho en que pudo haber incurrido la sentencia impugnada no ha tenido influencia sustancial en lo resuelto, desestimando por tanto el recurso, y confirmando el fallo recurrido.

Esta sentencia, en virtud de la cual se reafirma la especialidad del régimen del transporte aéreo en materia de daños, contraviene por cierto la doctrina tradicional más íntimamente arraigada en la doctrina chilena^[49], de que no existiría responsabilidad sin daño, y que este siempre debe ser probado.

En tal sentido, para esta sentencia, se redacta un voto de minoría el cual argumenta que los hechos acreditados en el caso

48. Causa Rol 25.008-17

49. En tal sentido, Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 292 y 293

fueron suficientes para dar por establecida la responsabilidad objetiva del transportista. Según el voto minoritario, dada la responsabilidad se hacía necesario determinar el quantum de la indemnización, que no estaría dado por el art. 22 CM el que sólo fija un límite, y como el CM no establece reglas sobre la forma de determinar el quantum, en consecuencia, serían aplicables las reglas generales del foro, que, en lo pertinente y según lo fijan las reglas generales responsabilidad contractual chilena, primero, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante (art.1556 CC); segundo, salvo que las partes hayan hecho una evaluación anticipada de los perjuicios, la prueba del daño corresponde al demandante (art. 1698 CC).

En opinión del disidente, la sentencia impugnada había incurrido en infracción de ley al tratar una regla de limitación del quantum de la indemnización (como es la del artículo 22 No. 1 CM), como si se tratara de una evaluación anticipada de perjuicios, hecha por el legislador y no habiendo prueba del daño debía desestimarse la demanda, por cuanto la interpretación contraria importa condenar al transportista al pago de una indemnización punitiva, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 29 CM, que expresamente dispone, *“En el transporte de pasajeros,toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto lícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente ConvenioEn ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria”*. Este voto en contra abona a la doctrina sustentada con anterioridad por la jurisprudencia. En efecto y según se había fallado ^[50],

50. Corte de Apelaciones de Antofagasta (14.02.2017) - Rol N° 178-2016

- *UNDÉCIMO: Que el actuar infraccional de la empresa demandada, ha originado una responsabilidad civil por el daño causado.*
- *DÉCIMOTERCERO: Que, sin perjuicio de lo expuesto, no cabe duda que, con ocasión del hecho denunciado, necesariamente debe admitirse la verificación de una aflicción psíquica sufrida por la actora, pues incuestionablemente se vio expuesta a una serie de molestias que permiten presumir lógicamente, la existencia de daño moral, que, en atención a los antecedentes de autos, se fija prudencialmente en \$ 800.000 (ochocientos mil pesos).*

Mismo razonamiento descrito en la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago (17.01.2017) en Causa Rol N° C-5702-2016, que, a propósito de la norma del art, 149 (mercaderías y equipajes) se pronunció de la siguiente manera,

- *OCTAVO: Que, la prueba aportada por el actor no es de la entidad e idoneidad necesarias para acreditar que este es el monto efectivo del equipaje perdido, toda vez que ninguna de las probanzas aportadas por el actor se refiere al valor comercial exacto de los bienes que componían el equipaje extraviado. Por otra parte, el daño moral que dice haber sufrido, el cual describe únicamente como el estrés y molestias sufridas, no ha sido acreditado por medio de prueba alguno, no siendo suficientes sus solos dichos. Además, si bien se encuentra acreditado sólo el actuar culposo de la demandada, por cuanto ella no ha negado la pérdida del equipaje del actor, no se encuentra acreditado, el daño emergente sufrido por el demandante, toda vez que al no haberse formulado la declaración especial que establece el artículo 22 numeral 2 del Convenio de Montreal, resultaba imposible para el demandado conocer el contenido del equipaje del actor, con anterioridad al embarque, por lo que cabe entonces limitar la responsabilidad del transportador, a lo consignado por la norma ya descrita;*

Y en Causa Rol N°14527-2021, donde la Corte Suprema (08.11.2022) vuelve sobre la doctrina tradicionalmente establecida al postular que,

- *“DÉCIMO: Que al examinar las alegaciones del recurrente no puede soslayarse que, conforme lo ha resuelto esta Corte Suprema, el documento denominado Informe Compensatorio acompañado por el Servicio Nacional del Consumidor es insuficiente para acreditar la existencia y cuantía de los perjuicios, pues se trata de un instrumento elaborado por la misma parte que lo presenta (Corte Suprema, rol N 26548- 21). Consiguientemente, cualquier disquisición sobre la valoración del referido documento y los aspectos de la pretensión indemnizatoria resulta inconducente, pues incluso en el evento de invalidarse el fallo impugnado y dictarse sentencia de reemplazo, esta Corte no podría arribar a una decisión distinta sobre este punto de la demanda.”*

6. Reflexiones propuestas

El sistema de responsabilidad del transporte aéreo de pasajeros está regulado en un estatuto especial, lo que se ha justificado por la particular naturaleza de este negocio. En nuestro país estas normas se encuentran contenidas, principalmente en el Código Aeronáutico y en el Convenio de Montreal de 1999.

Sin perjuicio de lo descrito y propósito de la delimitación conceptual del daño, en cuanto elemento generador de la responsabilidad en el contrato de transporte aéreo de mercancías, estimamos que se trata de un régimen en desarrollo en lo atinente a su aplicación e interpretación, y donde aún quedan cuestiones por resolver, principalmente en el ámbito interno, como es en la descripción-precisión de su extensión, y en la exigencia (o no) de la necesidad de acreditar su ocurrencia.

Decimos lo anterior, pues si bien las normas parecen descritas con suficiencia y permanencia adquirida en el tiempo, nuestra jurisprudencia se encuentra en un estadio que requiere de mayor precisión, atendida la especialidad del régimen sobre el que debe resolver.

Il Concorso di Responsabilità nel Trasporto Aereo di Cose

Valentina Corona

Sommario

1. Premessa;
2. Il concorso di responsabilità nel trasporto marittimo e aereo;
3. Il trasporto aereo di cose
 - 3.1. I preposti del vettore;
 - 3.2. La legittimazione attiva;
 - 3.3. Decadenza e prescrizione;
4. Considerazioni di sintesi sul concorso di responsabilità nel trasporto aereo di cose.

1. Premessa

Nel dibattito dottrinale italiano esiste una importante questione che concerne i rapporti esistenti tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

Si tratta di un tema particolarmente discusso che vede contrapporsi dottrina e giurisprudenza da oltre un secolo a causa della mancanza di una norma di diritto positivo idonea a fare chiarezza, oltre che per la non univoca posizione della giurisprudenza in proposito.

La possibilità che si realizzi un concorso di responsabilità si presenta ogni volta che il medesimo fatto lesivo può essere qualificato come inadempimento di una obbligazione e, contemporaneamente, come violazione del *neminem laedere*, così che il danneggiato può agire su entrambi i fronti per ottenere il risarcimento.

Lo sviluppo del problema nell'ambito dell'ordinamento italiano ha risentito in modo particolare di quanto accadeva in seno alla dottrina francese, chiaramente schierata in senso contrario al concorso, sebbene in giurisprudenza non vi fosse alcuna uniformità di posizioni.

Tuttavia, pur nella grande varietà degli orientamenti rinvenibili nelle sentenze italiane degli inizi del 1900, emerge

un dato molto interessante perché si era venuto ad affermare il principio per cui in alcune fattispecie contrattuali – tipicamente nel contratto di trasporto – la richiesta risarcitoria poteva avere un doppio fondamento, contrattuale ed extracontrattuale.

In tal modo si venne a determinare una importante differenza rispetto all'ordinamento francese in cui, invece, il vettore era gravato da una *obligation de sécurité* contrattuale.

Un nuovo *revirement* giurisprudenziale si ebbe a seguito della unificazione della Suprema Corte di Cassazione (avvenuta nel 1923) che affermò ben presto l'indirizzo contrario al cumulo anche nel contratto di trasporto.

Fu solo nel 1949 che cominciarono a comparire le prime sentenze in cui era possibile intravedere un'apertura volta a un accoglimento parziale, nel senso che il cumulo era ammesso in via di principio ma solo in via settoriale ossia con riferimento al contratto di trasporto, all'inadempimento doloso, alla responsabilità professionale del medico e all'inadempimento che al contempo costituisca reato.

Negli anni successivi la dottrina è tornata sul tema facendo delle precisazioni importanti e in particolare, distinguendo tra concorso e cumulo: nel primo il danneggiato può scegliere alternativamente quale azione esperire; in caso di cumulo, invece, è possibile sommare nello stesso processo i vantaggi delle due azioni.

Il problema del concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è strettamente connesso alle differenze esistenti tra le due tipologie di responsabilità. Da un punto di vista generale quando si parla di responsabilità – contrattuale ed extracontrattuale – si allude all'insieme dei rimedi con prevalente carattere risarcitorio che differiscono in modo più o meno ampio

ai fini della tutela del danneggiato: onere della prova, allocazione dei danni, durata della prescrizione, ecc.

Chiaramente si parla di responsabilità contrattuale con riferimento alle ipotesi in cui esiste un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti, laddove la responsabilità si qualifica come extracontrattuale se prescinde dall'esistenza di tale rapporto. Ciò normalmente determina un regime differente anche in ragione della tradizione che deriva dal diritto romano per la quale l'obbligazione che nasce da illecito sorge direttamente come obbligazione risarcitoria (e per tale ragione si configurerebbe come primaria), mentre quella che si collega ad un rapporto obbligatorio a seguito dell'inadempimento deriva dalla trasformazione dell'originario obbligo di prestazione (e quindi avrebbe una posizione secondaria e derivata).

In tale contesto, un problema di concorso o cumulo si pone solo se esistono delle differenze tra i due sistemi, e uno dei due risulta complessivamente più conveniente per il danneggiato. Qualora, invece, non sussista alcuna differenza, sarà totalmente superfluo parlare di cumulo perché la tutela è identica. Non sempre la tutela contrattuale ha una maggiore ampiezza e convenienza per il danneggiato perché il regime tendenzialmente più favorevole potrebbe essere vanificato da clausole di esonero o limitazione, da limitazioni legali, dalla difficile risarcibilità del danno non patrimoniale e da altre considerazioni strettamente correlate alla singola fattispecie.

Per tale ragione, la giurisprudenza ammette il concorso soprattutto nei casi in cui l'inadempimento determini anche la violazione dei diritti connessi all'integrità fisica, così come quando la violazione di tali diritti non derivi direttamente dall'inadempimento ma si realizzi nel corso dell'esecuzione del contratto. Al contrario, non viene riconosciuta la possibilità di invocare il concorso quando la perdita sia solo di tipo patrimoniale.

A prescindere dalle soluzioni volte ad avvicinare o allontanare le due responsabilità, è indubbio che il sistema delineato dal codice del 1942, per quanto in modo più attenuato rispetto al passato, differenzia i due ambiti sia in relazione ai presupposti della responsabilità sia per quanto concerne le conseguenze del fatto lesivo, ed è proprio questa la ragione che giustificherebbe l'esigenza del concorso/cumulo, volto a offrire al danneggiato il massimo vantaggio che l'ordinamento gli consente di scegliere o cumulare.

Come detto, il contratto di trasporto è stato, insieme a poche altre fattispecie, particolarmente importante nello sviluppo delle teorie sul concorso, sebbene sia solo a partire dal 1949 che la giurisprudenza cominciò ad affermarne la applicabilità, sebbene fossero evidenti le incertezze che derivavano dal dettato normativo, discutendosi se il vettore rispondesse contrattualmente solo per i danni alle cose, mentre per le lesioni fisiche la responsabilità doveva ritenersi extracontrattuale o se, al contrario, la responsabilità del vettore fosse la medesima sia per le cose sia per le persone, sulla base di quanto previsto dall'art. 1124 c.c. secondo cui il contratto obbliga il debitore non solo all'esecuzione dell'oggetto espresso ma anche a tutto quanto sia connesso con la natura e lo scopo.

Il problema, dunque, era costituito dalla individuazione della natura della responsabilità.

Queste incertezze derivavano dal fatto che nell'ordinamento italiano il trasporto di persone era regolato in modo lacunoso e ciò aveva determinato una spaccatura di opinioni in merito alla natura della responsabilità del vettore per lesioni.

È solo in un momento successivo che l'inquadramento della responsabilità per il danno alla persona del passeggero trova una soluzione – per quanto non unanime – con l'elaborazione degli obblighi di protezione, nati per rispondere all'esigenza di

tutelare l'incolumità del passeggero nel corso della prestazione di trasferimento, anche in mancanza di una espressa assunzione di tale obbligazione da parte del vettore.

La collocazione degli obblighi di protezione all'interno della disciplina negoziale crea un collegamento diretto con la responsabilità contrattuale, e il regime del contratto si applica alle pretese per la violazione dell'obbligo di protezione perché tale qualificazione deriva dalla volontà del legislatore.

La nascita degli obblighi di protezione costituisce la risposta dell'ordinamento al rischio che si viene a creare tra le parti di un rapporto obbligatorio quando il comportamento di uno può causare un pregiudizio all'altro. In certi casi la legge regola espressamente questi rischi come obblighi di protezione all'interno del contratto ma anche al di fuori delle ipotesi tipiche, il dovere di rispetto della persona e del patrimonio della controparte costituisce espressione del dovere di correttezza che deriva dall'art. 1175 c.c. e si impone alle parti nel corso dell'esecuzione della prestazione.

L'obbligo di protezione, dunque, sussiste in ogni contratto e nel contratto di trasporto si qualifica come obbligo fondamentale e autonomo, e non come un semplice aspetto esecutivo della prestazione principale, sebbene il suo contenuto sia atipico e si specifichi di volta in volta in base al rapporto negoziale considerato. In ragione di tale carattere il passeggero potrà agire semplicemente provando l'esistenza del vincolo negoziale, il danno subito e il nesso di causalità o occasionalità tra il danno e l'attività svolta dal vettore durante l'esecuzione del trasporto, senza che occorra l'ulteriore prova dell'imputabilità al vettore del danno né dell'esistenza di una anomalia del trasporto.

Per quanto concerne i rapporti della prestazione di protezione con l'obbligo di custodia, spesso si è ritenuto di

poterli contrapporre perché la consegna determina un rapporto di detenzione che però non può mai sussistere nel trasporto di persone. Si ritiene che con riferimento alle merci la custodia abbia un carattere essenziale dal momento che il vettore detiene cose altrui e si è obbligato a riconsegnarle nelle stesse condizioni in cui le ha ricevute, ciò che implica la custodia per tutto il periodo di detenzione (eventualmente anche per il tramite dei suoi preposti). Si tratta, pertanto, di una obbligazione che sorge *ipso iure* nel momento in cui il vettore stipula il contratto. Chiaramente si tratta di una situazione giuridica diversa rispetto al trasporto di persone perché il passeggero mantiene il controllo di sé ed è conseguentemente gravato da un dovere di collaborazione col vettore ai fini della sua incolumità.

Queste considerazioni chiaramente incidono sul problema del concorso perché si riconnettono all'ampiezza della tutela contrattuale del passeggero e del proprietario delle merci.

Senza dubbio la questione relativa all'ammissibilità del concorso si è posta in modo più pregnante con riferimento al trasporto di persone, dal momento che vi è un condizionamento storico che rende difficile accettare che il danno alla persona sia lasciato al regolamento contrattuale. Da un punto di vista generale, però, ciò che attribuisce un carattere di irrinunciabilità alla responsabilità extracontrattuale è che essa, diversamente da quella contrattuale, non ammette clausole che la escludano o ne limitino la entità.

Per contro, l'attuale caratterizzazione del sistema si è evoluta portando ad affermare il dominio della volontà delle parti, così che se queste hanno scelto di vincolarsi secondo un determinato schema composto di diritti, obblighi, esoneri e limitazioni, applicare regole diverse, derivanti dalla legge che regola l'illecito, significa violare il principio fondamentale per cui il contratto ha

forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) e solo il mutuo consenso o la legge può determinarne lo scioglimento.

In tutto ciò, la prevalenza dell'autonomia privata in ambito negoziale costituisce un principio che, esattamente come il *neminem laedere*, ha una valenza di diritto pubblico (*pacta sunt servanda*), tanto è vero che la legge ammette che la volontà delle parti – pur con il limite del dolo e della colpa grave – possa escludere preventivamente la responsabilità.

Ammettere il concorso, allora, implicherebbe legittimare il danneggiato ad agire in spregio al contratto, al quale si è volontariamente vincolato esprimendo il suo valido consenso alla stipulazione. Allegare il dovere di *neminem laedere* per legittimare il ricorso a norme diverse significherebbe ledere il diritto del debitore, il quale ha dato il suo consenso a obbligarsi con i limiti e gli oneri previsti convenzionalmente e legalmente (secondo le norme specificamente dettate per quella fattispecie negoziale).

Ulteriore corollario sarebbe che, se si consentisse al danneggiato di scegliere l'azione extracontrattuale per regolare i danni che derivano dall'inadempimento contrattuale, il debitore potrebbe trovarsi, potenzialmente, soggetto a regole completamente diverse rispetto a quelle alle quali si è obbligato, per esempio in ordine al grado di colpa, all'esistenza di oneri o limitazioni, decadenze o prescrizioni. Il vettore, infatti, al momento della conclusione del contratto, assume il rischio economico connesso ai danni che possano derivare dalla cattiva esecuzione o inesecuzione totale o parziale del contratto, sulla base delle regole previste dalla legge in materia di responsabilità, onere della prova e prescrizione. Ammettere che ciò possa essere modificato unilateralmente dal danneggiato incide sulle valutazioni del rischio e conseguentemente sulla formazione del consenso ad obbligarsi della controparte.

Il problema fondamentale deriva dalla circostanza che, nel nostro sistema, coesistono norme diverse che regolano l'inadempimento di un obbligo giuridico, ciascuna delle quali ha il proprio ambito di applicazione. E così l'art. 1218 c.c. è la norma di carattere generale che disciplina l'inadempimento o l'esecuzione difettosa dell'obbligazione; vi sono, poi, gli artt. 1681 e 1692 c.c. che si riferiscono all'ipotesi specifica dell'inadempimento di specifici obblighi gravanti sul vettore; e, infine, vi è l'art. 2043 c.c. che determina le conseguenze che derivano dalla causazione di un danno a terzi.

Si tratta di norme tra loro incompatibili per diversi aspetti, ma che riescono a convivere proprio perché ciascuna ha il proprio ambito di riferimento.

In particolare, l'art. 1681 c.c. rende specifica la tutela risarcitoria se il danno è prodotto nel corso dell'esecuzione del contratto di trasporto e, in tal modo, cambia le regole generali previste dall'art. 2043 c.c. Tale trasformazione non può essere semplificata sostenendo che si tratta di un mutamento di regime a vantaggio del danneggiato perché, invece, si produce una vera e propria modificazione dei fatti costitutivi dell'obbligo risarcitorio.

Se, dunque, il diritto al risarcimento deriva da norme particolari che, in rapporto a uno specifico atto o fatto, esaltano il ruolo dell'autonomia privata, integrandola o modificandola per renderla compatibile con l'ordine pubblico, non si comprende per quale motivo si debba fare ricorso a norme generali, valevoli per tutte le violazioni che danno vita a un illecito civile e con valenza eminentemente residuale, laddove esiste una valutazione specifica fatta dal legislatore per quella determinata fattispecie e rispetto a quella peculiare violazione. Il principio applicabile, in proposito, è semplice: la regola speciale prevale rispetto a quella generale, in un

contesto giuridico in cui l'art. 2043 c.c. ha un'applicazione di tipo sussidiario perché entra in gioco solo laddove non sussista una norma specifica che tuteli il diritto leso.

Il vettore che si obbliga al trasporto delle cose o delle persone deve adottare tutte le misure per evitare il danno, che è un obbligo ben diverso dal *neminem laedere*. La disciplina del contratto di trasporto e, in particolare, l'art. 1681 c.c. riconduce al contratto sia i diritti relativi alle cose sia i diritti primari della persona.

È ampiamente riconosciuto che la principale ragione che ha indotto la giurisprudenza ad affermare il concorso ha un fondamento di carattere pratico e deriva dal regime di prescrizione breve che caratterizza il trasporto. Rispetto a tale esigenza si possono esprimere molte perplessità. L'estensione del termine di prescrizione attraverso l'escamotage del concorso che attribuisce il diritto ad agire nei confronti dello stesso soggetto, per lo stesso comportamento e per il medesimo danno, ma sulla base di altre regole (ossia quelle extracontrattuali), consente di recuperare ciò che per l'ordinamento è andato perduto. La prescrizione nasce per dare certezza al diritto, evitando le incertezze che concernono la vitalità del rapporto giuridico e proprio per questo non sono ammessi patti in deroga. Se, quindi, non si può negare che la previsione di termini di prescrizione diversi per alcune fattispecie è del tutto arbitraria ed è priva di fondamento logico e sistematico, non si può ammettere che l'interprete possa intervenire avvantaggiando il soggetto che, avendo lasciato decorrere il tempo, ciononostante chieda tutela.

Ultimo argomento che depone contro l'ammissibilità del concorso, e che conduce agli ulteriori sviluppi del problema, deriva dalla considerazione per cui, da un punto di vista sistematico, il contratto di trasporto, inteso come fattispecie generale, sconta un rapporto particolarmente intenso con la disciplina internazionale dove la questione del regime di responsabilità del vettore per danno

al passeggero o alle merci non si pone, perché l'azione, a qualsiasi titolo sia promossa, è soggetta alle regole del regime uniforme.

Ciò non implica, di per sé, una soluzione del problema, nel senso che la normativa internazionale non sembra risolvere l'interrogativo sulla configurabilità di una concorrente azione extracontrattuale nei confronti del vettore – che, anzi, sembra proprio sia presa in considerazione quantomeno in via astratta – ma, tuttavia, il concorso viene privato di ogni rilevanza perché le regole di responsabilità sono uniformate.

2. Il concorso di responsabilità nel trasporto marittimo e aereo

Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale assume una particolare caratterizzazione nelle fattispecie di diritto speciale in quanto il legislatore nazionale ha delineato una disciplina che risente in modo significativo della regolamentazione internazionale racchiusa nelle convenzioni di diritto uniforme.

Nell'ambito del diritto internazionale il problema del concorso e della qualificazione della responsabilità del vettore come contrattuale o extracontrattuale è superato dalla previsione per cui il sistema di esoneri e limitazioni si riferisce a qualsiasi azione intentata nei suoi confronti, e ciò sia nell'ambito del trasporto di passeggeri e bagagli, sia con riferimento alle ipotesi di perdita e avarie delle merci trasportate nonché per il ritardo, in quanto le norme previste si applicano a tutte le azioni di responsabilità, e a prescindere dal fondamento della pretesa.

Ciò deriva dalla funzione che il diritto internazionale deve svolgere secondo una prospettiva di uniformità in quanto realizza

uno schema ottimale di allocazione dei rischi del trasporto capace di bilanciare gli interessi coinvolti e di realizzare una adeguata efficienza economica, tanto da prevalere sulla stessa autonomia privata. I cardini di questo modello sono costituiti dalla previsione di criteri rigorosi di responsabilità del vettore e dalla limitazione risarcitoria.

La ragione per cui a livello internazionale si prevede una responsabilità unica risiede nell'esigenza di impedire che il modello legale – ritenuto ottimale – possa essere aggirato attraverso il ricorso a rimedi di tipo extracontrattuale, anche perché ciò sarebbe in contrasto con l'esigenza di omogeneità che il diritto uniforme è chiamato a svolgere. La tutela del danneggiato, dunque, si realizza secondo un regime di equivalenza, attraverso regole che prescindono dalla contrattualità o meno del titolo fatto valere e dello strumento processuale prescelto.

3. Il trasporto aereo di cose

Nel trasporto aereo di cose il coordinamento della disciplina nazionale con quella di diritto uniforme è meno problematico di quanto accada in ambito marittimo, in ragione del rinvio operato dal codice della navigazione alle norme internazionali in vigore in Italia, che sono rese applicabili a tutti gli aspetti relativi alla disciplina del contratto – inclusi quelli concernenti la documentazione – nonché ai trasporti ai quali tali norme non si applicherebbero per forza propria (art. 951 c. nav.).

La tendenza alla unificazione della responsabilità nel trasporto, che si ritrova come elemento costante nelle norme di diritto internazionale, è confermata anche nel settore aeronautico perché già con la Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al

trasporto aereo internazionale, firmata a Varsavia il 12 ottobre del 1929, si era previsto espressamente di assoggettare allo stesso regime la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale del vettore. È interessante ricordare che in sede di redazione della convenzione si fosse posto il problema della natura della responsabilità ma, al fine di evitare problemi di tipo interpretativo a livello nazionale, si decise di unificare il regime senza alcuna qualificazione, scelta che ha trovato conferma anche nelle successive convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporto.

La medesima impostazione è confermata nell'art 29 della Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale, firmata a Montreal il 28 maggio 1999, perché si prevede che ogni azione risarcitoria promossa nell'ambito di un trasporto di passeggeri, bagagli o merci, a qualsiasi titolo sia promossa – contratto, illecito o altro titolo – può essere esercitata solo alle condizioni e nei limiti di responsabilità previsti dalla Convenzione stessa, fatta salva la legittimazione attiva in rapporto ai rispettivi diritti e, in ogni caso, con espressa esclusione dei danni punitivi, esemplari o, comunque, non risarcitori.

La norma presenta molti interrogativi ma, rispetto al problema del concorso, le questioni fondamentali da risolvere sono sostanzialmente due. La prima riguarda il concorso di azioni propriamente inteso, e la seconda concerne l'area del danno risarcibile. Si tratta di problemi che erano stati già sollevati con riferimento alla precedente disciplina e che si ripropongono sostanzialmente negli stessi termini nella convenzione di Montreal del 1999.

Per quanto concerne il concorso, l'art. 24 della Convenzione di Varsavia del 1929 aveva previsto che *"Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues*

par la présente Convention. 2. Dans les cas prévus à l'article 17, s'appliquent également les dispositions de l'alinéa précédent, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs".

In sostanza si prevedeva un unico regime di responsabilità per i danni ai bagagli registrati, alle merci e per il ritardo (§1).

Anche con riferimento ai danni occorsi ai passeggeri si applicava il predetto regime ma si precisava che tale uniformità non andava a incidere sulla legittimazione attiva e sui diritti che potevano essere fatti valere dai danneggiati (§2).

È chiaro che, in tal modo, anche nel trasporto aereo il ricorso all'azione extracontrattuale nei confronti del vettore veniva privato di utilità pratica in quanto si stabilivano condizioni e limiti identici per qualsiasi pretesa da parte del danneggiato.

Con l'art. VIII del Protocollo di Montreal del 25 settembre 1975 n. 4, l'art. 24 della Convenzione è stato modificato e si è previsto che "*dans le transport de marchandises, toute action en réparation introduite, à quelque titre que soit en vertu de la présente Convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Ces limites de responsabilité constituent un maximum et sont infranchissables quelles que soient les circonstances qui sont à l'origine de la responsabilité"*.

Rispetto al testo originario, si veniva a precisare che i limiti della responsabilità dovevano considerarsi invalicabili, a prescindere dalle circostanze che l'avevano generata, chiarendo ancor più esplicitamente che ogni azione soggiaceva alle *condizioni*

e *limiti* previsti dalla normativa uniforme, senza alcuna rilevanza del suo fondamento contrattuale o extracontrattuale.

La medesima impostazione è stata recepita dall'art. 29 della Convenzione di Montreal per il quale "*In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liabilities are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable*". Il danneggiato, quindi, resta soggetto, oltre che ai limiti e agli esoneri, anche al termine biennale di prescrizione/decadenza (art. 31).

Quando le norme che regolano la responsabilità sono uniche e prescindono dal titolo su cui si fondano, è chiaro che il problema del concorso è notevolmente ridimensionato – quantomeno nella sua utilità pratica – e ciò vale in misura maggiore quando la disciplina resta identica anche qualora il danneggiato agisca nei confronti di soggetti diversi (vettore di fatto o preposti), e si applichi sempre il medesimo regime alla limitazione risarcitoria e ai termini entro i quali l'azione deve essere proposta, aspetti che, principalmente, stanno alla base dell'esigenza di ricorrere al concorso.

In proposito è stato evidenziato che la parificazione del regime di responsabilità e la estensione dei relativi principi si ricollega all'esigenza di garantire la massima utilizzazione degli aeromobili con equipaggio: il regime di responsabilità è unico e tutti i soggetti responsabili si avvantaggiano del medesimo limite. In sostanza, in caso di subtrasporto, il vettore contrattuale e il subvettore rispondono nello stesso modo verso il danneggiato.

Poiché la possibilità di agire in via extracontrattuale contro i preposti del vettore lascia potenzialmente operativo il concorso improprio di responsabilità, è particolarmente importante individuarne l'esatta nozione.

3.1. I preposti del vettore

Preliminarmente è importante ricordare che il concorso è proprio quando viene lesa un unico interesse di un soggetto che si qualifica al contempo come creditore e come danneggiato. Si parla, invece, di concorso improprio quando la lesione concerne più interessi meritevoli di tutela che possono riferirsi o meno a un solo soggetto o a più danneggiati. Questo può accadere in primo luogo quando il debitore, col medesimo inadempimento, produce una lesione contrattuale al creditore e una extracontrattuale a un terzo, estraneo al rapporto obbligatorio.

Ancora si verifica quando il debitore – accanto o indipendentemente dalla responsabilità contrattuale – cagiona al creditore un danno che non sia ricollegabile alla violazione di un diritto compreso nel rapporto obbligatorio. In tale evenienza la responsabilità extracontrattuale esisterà accanto e a prescindere da quella contrattuale.

La terza tipologia di concorso improprio, infine, è quella in cui sussiste la responsabilità contrattuale del debitore e quella extracontrattuale di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio. In tale categoria, alle condotte di due soggetti fa riscontro un unico pregiudizio e, quindi, vi è una differenza rispetto alle altre ipotesi in cui le lesioni riguardano più interessi. Sebbene non si tratti di un concorso o cumulo in senso proprio perché difetta il requisito di identità tra i soggetti coinvolti, ci sono tuttavia molte affinità, perché il danneggiato può scegliere di agire in via contrattuale verso il suo debitore o in via aquiliana verso il terzo, in base alla

forma di tutela che ritiene più soddisfacente per i suoi interessi, eventualmente potendo proporre successivamente azione contro il terzo in caso di insolvenza del debitore. Si tratta, pertanto, di una situazione che mutua il meccanismo più che del cumulo del concorso in senso proprio, dal momento che non c'è una somma dei risarcimenti.

È proprio con riferimento a questa terza tipologia che deve essere considerata la questione relativa alla responsabilità dei preposti del vettore.

Il rilievo attribuito dalle convenzioni internazionali agli ausiliari riguardo alla esperibilità dell'azione extracontrattuale è sostanzialmente identico in molti testi di diritto uniforme, tanto è vero che si possono utilizzare i medesimi risultati interpretativi, soprattutto quando la formulazione è analoga ed è possibile individuare la stessa *ratio*.

In relazione a tale aspetto, già la Convenzione di Varsavia del 1929 conteneva alcune disposizioni relative agli ausiliari, la cui responsabilità non era disciplinata insieme a quella del vettore, ma l'art. 25A, introdotto dal Protocollo dell'Aia del 1955, ha espressamente codificato la possibilità per il preposto di avvalersi – al ricorrere di certe condizioni – delle limitazioni di responsabilità previste in favore del vettore.

In pratica non è impedito l'esercizio dell'azione nei confronti del preposto ma l'azione viene neutralizzata in quanto, a prescindere dallo strumento processuale utilizzato e dal diritto sostanziale fatto valere, il danneggiato non può ottenere un risarcimento maggiore di quanto avrebbe conseguito se avesse agito contro il vettore.

Quanto alla esatta definizione di chi debba essere inteso come preposto, la Convenzione di Varsavia così come quella di

Montreal – diversamente da quanto accade solitamente nelle convenzioni di tradizione anglosassone – non danno alcuno spazio alle definizioni, ragione per cui la nozione di *préposé* non ha agganci di tipo testuale, esattamente come non la ha quella di *transporteur*, e ciò determina alcuni problemi per quanto concerne la posizione del vettore di fatto.

Relativamente a quest'ultimo, infatti, l'approccio del *common law* e quello del *civil law* è diverso perché, per il primo, l'azione risarcitoria si configura come extracontrattuale e rivolta contro l'autore materiale del trasporto, mentre nel secondo si tratta di azione contrattuale verso il soggetto obbligato contrattualmente.

Per intendere la portata dell'estensione è, quindi, necessario definire la nozione di *préposes* della normativa di diritto uniforme, per capire se coincida con quella nazionale, considerato che si tratta di un problema che dovrebbe trovare analoga soluzione in tutti gli ordinamenti che hanno dato attuazione alla disciplina internazionale.

In realtà, con specifico riferimento all'ambito della responsabilità del vettore e all'individuazione dei soggetti che possono avvalersi di esoneri e limitazioni, la previsione di un regime di responsabilità fondato su un criterio oggettivo di imputazione ne determina, di fatto, una perdita di rilevanza.

La Convenzione di Montreal, infatti, all'art. 18 prevede che il vettore risponda del danno alle merci per il solo fatto che la distruzione, perdita o deterioramento si è verificata nel corso del trasporto aereo, inteso come periodo in cui la merce si trova sotto la sua custodia, fatti salvi solo gli specifici esoneri contemplati nell'art. 18, §2.

Tale previsione produce sostanzialmente due effetti. Il primo è che il danneggiato avrà uno specifico interesse ad agire nei confronti del vettore in ragione della particolare tutela accordatagli, e non di altri soggetti eventualmente non sottoposti a tale regime di responsabilità. Il secondo effetto considera, invece, il punto di vista del preposto nel senso che non sussiste alcuna convenienza ad avvalersi del regime di responsabilità previsto per il vettore, se non per la parte che concerne la limitazione risarcitoria.

A ciò si aggiunga che questo regime di responsabilità si completa con la previsione della responsabilità solidale tra vettore contrattuale e vettore di fatto, nel senso che – come previsto dall’art. 41 della Convenzione di Montreal – gli atti e le omissioni dell’uno sono imputabili anche all’altro. La estensione della disciplina uniforme anche al *performing carrier* trova la sua ratio nell’esigenza di tutela dell’utente per evitare che, contrattualmente, la responsabilità ricada su soggetti non solvibili. Di conseguenza, se il vettore di fatto si può avvalere dei medesimi oneri (in realtà pochi) e limiti previsti per il vettore contrattuale è chiaro che il ricorso all’azione extracontrattuale perde significato.

Questa considerazione deve essere estesa anche alla disciplina di diritto interno in ragione del rinvio operato dall’art. 951 c. nav. alle norme internazionali in vigore nel nostro ordinamento posto che espressamente dispone che "*Il trasporto aereo di cose, compresa la sua documentazione tramite lettera di trasporto aereo, è regolato dalle norme internazionali in vigore nella Repubblica, che si estendono anche ai trasporti di cose ai quali non si applicherebbero per forza propria. Si applicano inoltre, per quanto non è disposto dalla presente sezione ed in quanto compatibili, gli articoli da 425 a 437 e da 451 a 456*". Di conseguenza, non è possibile configurare alcun concorso di responsabilità ricorrendo all’applicazione della *lex fori* nemmeno per quegli ambiti che non sono coperti dalla disciplina internazionale.

In particolare, non è inclusa nel rinvio recettizio la responsabilità per i danni causati dall'inadempimento del trasporto. Per tale fattispecie l'art. 952 c. nav. stabilisce una presunzione di responsabilità, superabile dalla prova di aver adottato le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno o l'impossibilità di adottarle. Tale responsabilità è limitata, ai sensi dell'art. 952, comma 2, c. nav., secondo quanto previsto dalla normativa internazionale per il ritardo.

L'uniformazione dei due regimi investe, invece, anche il termine di prescrizione perché, per tutte le ipotesi di responsabilità del vettore aereo di cose, l'art. 954 c. nav. prevede che si applichi il regime di decadenza previsto dalla normativa internazionale.

Si è detto in premessa che nel trasporto aereo la disciplina internazionale e il rinvio alla medesima operato dal codice della navigazione risolvono il problema del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale perché rendono applicabile il medesimo regime a prescindere dal titolo su cui si fonda l'azione.

Permane, tuttavia, qualche aspetto che può avere una certa rilevanza nell'ambito della complessa tematica relativa alla responsabilità del vettore e, indirettamente, del concorso di azioni, e fra questi, quello più rilevante concerne la legittimazione attiva con riferimento al danno occorso alle merci trasportate.

3.2. La legittimazione attiva

La legittimazione ad agire contro il vettore era regolata già dalla Convenzione di Varsavia che, con esclusivo riferimento ai danni alla persona, prevedeva sostanzialmente una norma in bianco (art. 24, §2: "*In the cases covered by Article 17 the provisions of the preceding paragraph also apply, without prejudice to the questions as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights*").

Per i bagagli e le merci, invece, si prevedeva solamente che l'azione risarcitoria potesse essere esercitata unicamente alle condizioni e nei limiti ivi previsti.

Solo successivamente il Protocollo n. 4 di Montreal del 1975 ha reso le disposizioni sostanzialmente identiche.

Il fatto che, fino a tale emendamento, l'art. 24, §2 lasciasse aperta la determinazione della legittimazione attiva solo con riguardo ai danni alla persona aveva indotto la dottrina a ritenere che, in caso di danno alle merci, la legittimazione dovesse essere ristretta al solo mittente e al destinatario, e ciò sarebbe stato confermato dall'art. 30, §3, che ripartisce tra tali due soggetti l'azione contro i vettori successivi: "*As regards luggage or goods, the passenger or consignor will have a right of action against the first carrier, and the passenger or consignee who is entitled to delivery will have a right of action against the last carrier, and further, each may take action against the carrier who performed the carriage during which the destruction, loss, damage or delay took place. These carriers will be jointly and severally liable to the passenger or to the consignor or consignee*".

In realtà, la giustificazione della diversa formulazione non deriva dall'intenzione di determinare e limitare la legittimazione attiva nel solo caso di trasporto di merci, ma si connette alla genesi storica della norma. I redattori della Convenzione, infatti, si erano posti il problema su quale dovesse essere la legge regolatrice della legittimazione attiva in caso di morte del passeggero, mentre tale problema non si è mai posto per il trasporto di cose e per il ritardo. Correlativamente, lo scopo della previsione dell'art. 30, §3 (riproposto dall'art. 36 della Convenzione di Montreal) non era certo quello di determinare la legittimazione attiva ma quella passiva, rapportando ai diversi danneggiati le responsabilità dei vettori impegnati nel trasporto.

In ogni caso il problema è stato superato dall'art. 29 della Convenzione di Montreal 1999 che riunisce il fondamento dell'azione per persone, bagagli o merci nel senso che, per tutte le ipotesi di trasporto, la questione della legittimazione attiva non è espressamente regolata, ma viene rimessa al diritto nazionale applicabile ("*...without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable*").

La legittimazione attiva non è regolata neppure dagli artt. 12 e 13 della Convenzione di Montreal (che sul punto riproducono gli artt. 13 e 14 della Convenzione di Varsavia) che disciplinano i diritti del destinatario in caso di perdita della merce, e quelli di mittente e destinatario in caso di perdita e ritardo. Poiché non è contemplato il danno alle cose trasportate si deve ritenere che tali norme non disciplinino il risarcimento dovuto al destinatario ma che, semplicemente, siano volte a precisare il termine concesso al destinatario per far propri gli effetti derivanti dal contratto.

In definitiva, nelle convenzioni sul trasporto aereo non c'è alcuna norma che determini la legittimazione attiva, e tale aspetto dovrà essere risolto in base alla *lex fori*.

Nel nostro ordinamento la questione è oggetto di discussione con particolare riferimento all'alternatività dell'azione risarcitoria del mittente e del destinatario nei confronti del vettore di merci.

In ogni caso, trattandosi di pretese che provengono da soggetti diversi si tratta, eventualmente, di concorso improprio. Il problema non si pone quando entrambi invochino la responsabilità extracontrattuale del vettore, oppure uno agisca in via contrattuale e l'altro in via extracontrattuale. Parimenti non sussiste alcun dubbio nemmeno quando il contratto sia stato accompagnato da un titolo

rappresentativo, perché la rappresentatività e commutatività del titolo determinano un assorbimento delle figure del mittente e del destinatario in quella del legittimato alla riconsegna, in quanto possessore del titolo medesimo.

Il problema del concorso (improprio), dunque, si pone solo quando il soggetto che ha stipulato il contratto e il beneficiario intendano fondare entrambi sul contratto le rispettive pretese risarcitorie, dovendosi verificare chi, nel caso in cui mittente e destinatario siano soggetti diversi, possa invocare la responsabilità contrattuale del vettore.

Si tratta di un problema molto dibattuto nel nostro ordinamento con speciale riguardo all'art. 1689, comma 1, c.c., che si riferisce ai diritti nascenti dal contratto di trasporto verso il vettore, in modo da chiarire in capo a chi sussista la titolarità, eventualmente anche in concorso.

La questione è stata ampiamente affrontata in dottrina, e sono state individuate molteplici soluzioni.

L'interpretazione prevalente – incentrata sul tenore testuale della norma – vuole che il titolare del diritto al risarcimento sia solo il destinatario. L'art. 1689 c.c., infatti, prevede che *"I diritti nascenti dal contratto di trasporto verso il vettore spettano al destinatario dal momento in cui, arrivate le cose a destinazione o scaduto il termine in cui sarebbero dovute arrivare, il destinatario ne richiede la riconsegna al vettore"*. Secondo tale teoria, l'impiego del verbo "spettano" escluderebbe ogni altro soggetto dal concorrente diritto. Il mittente potrebbe essere legittimato ad agire contro il vettore solo se il destinatario gli cedesse il relativo diritto, non potendo neppure agire in surroga perché l'art. 1203 n. 3 c.c. pone, quale condizione, il fatto che il soggetto sia tenuto al pagamento con altri o per altri, ciò che chiaramente non avviene nel caso in questione.

Secondo un altro orientamento, la legittimazione sarebbe strettamente correlata alla proprietà delle cose e la responsabilità sarebbe sempre contrattuale perché si riferisce al *receptum*.

In sintesi, tra le varie teorie prospettate, la più convincente sembra quella secondo cui la legittimazione concorrente di mittente e destinatario deriva dall'art. 1218 c.c., che attribuisce a ogni creditore il diritto al risarcimento per i danni da inadempimento. Il destinatario, quindi, acquista i diritti contrattuali che gli spettano, ma non anche quelli che competono allo stipulante e, conseguentemente, egli è legittimato all'azione per i danni, senza esclusione della titolarità del mittente se l'inadempimento del vettore abbia causato un pregiudizio ai suoi diritti. In tal caso, però, dopo che il destinatario ha aderito al contratto, l'interesse del mittente non riguarda l'integrità delle merci ma la regolare esecuzione in favore del destinatario.

La legittimazione, dunque, deriva dallo specifico interesse fatto valere.

Il contratto di trasporto, infatti, si configura come contratto a favore di terzo, così che il destinatario, dopo la sua adesione, acquista il diritto all'esecuzione della prestazione che è finalizzata alla riconsegna delle cose nel luogo stabilito. Nel momento in cui il beneficiario aderisce al contratto, il mittente perde il diritto di contrordine, ma conserva il diritto alla corretta esecuzione della prestazione in favore del terzo, che gli deriva dalla stipulazione. In tale contesto, l'art. 1689, comma 1 c.c. ha solo la funzione di segnare il momento del passaggio delle cose nella disponibilità del destinatario con contestuale svincolo del mittente, e il destinatario sarà l'unico creditore della riconsegna e, quindi, il solo a poter agire per il risarcimento del danno che deriva dalla distruzione, perdita o avaria delle cose trasportate ovvero per il danno da ritardo che causi una diminuzione di valore. Dal canto suo il mittente può

subire un danno patrimoniale che discende dalla delusione delle aspettative del destinatario e, conseguentemente, potrà agire in via contrattuale contro il vettore, ma la sua legittimazione attiva non si estende anche all'azione per il risarcimento relativo al prezzo delle cose danneggiate o perdute.

Se si condivide questa ricostruzione è chiaro che non si pone alcun problema di concorso improprio, perché l'azione per il risarcimento non spetterà mai contemporaneamente a entrambi i soggetti.

3.3. Decadenza e prescrizione

Un aspetto che presenta una certa rilevanza nel contesto delle questioni relative al concorso di responsabilità riguarda il termine di decadenza/prescrizione previsto per l'esercizio dell'azione, dal momento che proprio il decorso del termine di prescrizione previsto per l'esercizio dell'azione in via contrattuale costituisce una delle ragioni che induce ad agire in via extracontrattuale.

Secondo la normativa di diritto internazionale uniforme, l'accettazione delle merci senza reclamo da parte dell'avente diritto determina una presunzione di esecuzione del trasporto a regola d'arte. La mancata manifestazione per iscritto di riserve relative alle condizioni della merce entro termini brevi (14 o 21 giorni) determina, a sua volta, la perdita del diritto al risarcimento del danno (estinzione delle azioni di risarcimento).

Si discute se la decorrenza del tempo sia indipendente dalla conoscenza o conoscibilità dei danni da parte dell'avente diritto alla riconsegna o se si riferisca al momento in cui egli li ha conosciuti o avrebbe dovuto conoscerli secondo la normale diligenza. Ai fini dell'irrilevanza della conoscenza o conoscibilità giova considerare che l'art. 26 della Convenzione di Varsavia e l'art. 31, §1 della

Convenzione di Montreal riferiscono la decorrenza dal giorno della messa a disposizione delle cose per ragioni di certezza dei rapporti, ciò che mal si concilierebbe con la codificazione di un concetto di "conoscibilità" del danno.

La riconsegna del carico potrebbe essere pretesa anche dal mittente nell'esercizio del diritto di contrordine, fintanto che le merci non siano richieste dal destinatario.

La disciplina internazionale, dunque, impone al soggetto legittimato al ritiro del carico l'obbligo di informare il vettore, al momento della riconsegna o immediatamente dopo la scoperta, dell'esistenza di un danno. Chiaramente il soggetto che si trova nella condizione migliore per la verifica delle condizioni delle merci è il legittimato alla riconsegna ma, come detto, anche il mittente conserva il suo diritto ad agire per la mancata esecuzione del contratto in favore del terzo.

Per evitare di perdere il diritto al risarcimento, il danneggiato deve intentare l'azione di responsabilità entro due anni dall'arrivo a destinazione, o dal giorno in cui l'aeromobile sarebbe dovuto arrivare o da quello in cui il trasporto si è interrotto (art. 35.1 Convenzione di Montreal e art. 29 Convenzione di Varsavia). La proposizione dell'azione, dunque, è l'unico modo per evitare la perdita del diritto, sebbene sia lasciato all'ordinamento nazionale il compito di stabilire l'operatività e il funzionamento del termine.

È stato evidenziato che la norma internazionale – sia nella Convenzione di Montreal (art. 31, §4) sia nella precedente Convenzione di Varsavia (art. 26, §4) – è formulata in un modo che non tocca la disciplina del termine, nel senso che si contempla un termine di decadenza ma senza indicare il suo trattamento giuridico.

Ciò significa che sarà compito della legge regolatrice del contratto determinare eventuali sospensioni, proroghe e interruzioni, nel rispetto delle norme speciali previste dalla disciplina internazionale, come l'art. 35, §2 della Convenzione di Montreal che rimette alla *lex fori* il metodo per il calcolo del termine, con l'ulteriore limite previsto dall'art. 52 che prevede che il decorso sia computato in giorni correnti e non lavorativi.

In proposito si è rilevato che, già rispetto alla Convenzione di Varsavia, si era posto il problema se fossero applicabili le norme di diritto interno in tema di prescrizione.

Tale questione era stata risolta in senso positivo perché l'art. 2934 c.c. costituisce una norma di carattere imperativo e, quindi, di applicazione necessaria. Di conseguenza, se la disciplina della decadenza prevista a livello internazionale avesse avuto un carattere assorbente, ciò sarebbe dovuto emergere chiaramente dalla norma di diritto speciale, senza possibilità di desumerlo implicitamente. Per tale ragione sia la dottrina sia la giurisprudenza arrivarono a ritenere che, per il trasporto aereo, convivessero sia il termine di decadenza di diritto internazionale sia quello di prescrizione di diritto interno.

Il medesimo interrogativo si è riproposto con riferimento alla Convenzione di Montreal, ma la questione assume un carattere differente a seguito della riforma della parte aeronautica del codice della navigazione. L'attuale art. 951 c. nav., infatti, dopo aver disposto l'applicazione della disciplina internazionale anche ai trasporti di cose ai quali non si applicherebbe per proprio vigore, richiama – per quanto compatibili – gli artt. da 425 a 437 e da 451 e 456 c. nav., ma non anche l'art. 438 c. nav. secondo cui "1. *I diritti derivanti dal contratto di trasporto di cose si prescrivono col decorso di sei mesi dalla riconsegna delle cose, e, in caso di perdita totale, dal*

giorno in cui le cose avrebbero dovuto arrivare a destinazione o, nei trasporti di cose determinate, dal giorno indicato nell'articolo 456. 2. Nei trasporti che hanno inizio o termine fuori di Europa o dei paesi bagnati dal Mediterraneo, la prescrizione si compie col decorso di un anno".

Ciò si spiega con il fatto che l'attuale art. 954 c. nav. prevede che i diritti derivanti dal contratto di trasporto di cose sono assoggettati alle norme sulla decadenza previste dalla normativa internazionale, ed esclude espressamente l'applicazione delle norme sulla prescrizione.

Pertanto, i trasporti internazionali e quelli nazionali sono soggetti esclusivamente alla disciplina prevista dalla Convenzione di Montreal e al termine biennale di decadenza.

La previsione dei termini di decadenza di cui sopra concerne esclusivamente le azioni intentate contro il vettore e non viceversa, per quanto concerne le pretese relative al corrispettivo o agli eventuali danni cagionati dalle cose, ipotesi rimesse alla regolamentazione della legge nazionale applicabile.

Un problema particolare concerne l'applicabilità del termine di decadenza alle azioni in regresso esercitate contro il vettore da soggetti (come il vettore di fatto o l'assicuratore) che abbiano indennizzato il danneggiato per l'inesatta esecuzione della prestazione. È stato rilevato, in proposito, che il sistema internazionale non prevede alcuna norma né per quanto concerne i soggetti legittimati all'azione né per quanto concerne le azioni in regresso, così che si dovrà ricorrere alla legge nazionale.

4. Considerazioni di sintesi sul concorso di responsabilità nel trasporto aereo di cose

Dall'analisi condotta sulle norme che regolano la responsabilità del vettore aereo di cose emerge chiaramente come il problema del concorso sia stato risolto dal legislatore internazionale attraverso una formula che unifica le condizioni di esperibilità dell'azione, a qualsiasi titolo sia intentata, contro il vettore.

A sua volta, il rinvio dinamico fatto dall'art. 951, comma 1, c. nav. alle norme internazionali in vigore nella Repubblica determina una "perfetta coincidenza" tra le norme internazionali e quelle di diritto interno, e la precisazione per cui tali norme si applicano anche ai trasporti ai quali altrimenti non si applicherebbero per proprio vigore introduce nel nostro ordinamento la disciplina sostanziale prevista dall'art. 29 della Convenzione di Montreal che prevede l'uniformità delle condizioni di esercizio dell'azione di responsabilità contro il vettore e i suoi preposti.

Anche in questo caso, però, il legislatore internazionale non indica se contro il vettore si debba agire solo in ragione del contratto o se sia possibile invocare anche la lesione di diritti non compresi nell'accordo negoziale, ampliando conseguentemente la sfera dei soggetti legittimati ad agire nei suoi confronti.

Molto più semplicemente la questione è definita prevedendo che qualunque azione contro il vettore, da chiunque sia promossa in caso di distruzione, perdita o avaria delle merci o per ritardo nella riconsegna deve soggiacere alle stesse regole.

Il titolo della responsabilità, dunque, è rimesso alla legge nazionale di diritto sostanziale che, tuttavia, nel nostro ordinamento riproduce quella internazionale, dando vita a un sistema unico di regole applicabili.

In tal modo viene meno il problema evidenziato in dottrina – in un periodo precedente alla riforma della parte aeronautica del codice della navigazione – della mancanza di una norma che assoggettasse a identica disciplina le azioni dei danneggiati verso il vettore a prescindere dal fondamento.

Per quanto la legge nazionale intervenga a determinare la legittimazione attiva, in tal modo si sancisce una piena universalità relativamente alla disciplina sostanziale che regola gli eventi indicati, estendendo la sua efficacia anche ai fini del concorso improprio.

Resta fermo che, come già specificato, nel caso di pretese distinte di un soggetto che agisce per l'inadempimento del contratto e di un altro che lamenta verso lo stesso vettore la lesione di un diritto personale autonomo rispetto al contratto, il problema non è di concorso – neppure improprio – ma di legittimazione, questione che il diritto uniforme rimette alla legge nazionale applicabile.

In tal caso la *lex fori* dovrà stabilire se il terzo danneggiato da un sinistro aeronautico – ma il cui danno non sia relativo al carico (oltre che alla persona e ai bagagli) – abbia azione contro il vettore per un evento che costituisce un illecito contrattuale che, tuttavia, non ha cagionato alcun danno alle parti.

Se è vero che la disciplina internazionale non qualifica espressamente la natura dell'azione di responsabilità contro il vettore, è comunque innegabile che la Convenzione di Montreal, come la precedente Convenzione di Varsavia, presuppongano l'esistenza di un contratto di trasporto, sebbene la responsabilità del vettore non sia regolata con riguardo all'inadempimento della prestazione di trasferimento, e indipendentemente dal fatto che ciò cagioni dei danni a terzi, oltre che alla controparte.

In proposito sembra, comunque, possibile evidenziare che in materia di trasporto aereo di cose, ma anche di persone, il legislatore internazionale, già con la Convenzione di Varsavia, aveva conferito alla responsabilità del vettore una natura tipicamente contrattuale.

Tale caratterizzazione emerge principalmente dalla previsione di una presunzione di responsabilità in caso di lesione e morte del passeggero, danni al carico, al bagaglio e ritardo (artt. 17, 18 e 19). Tale responsabilità si contraddistingue per l'esistenza di specifici limiti, stabiliti da norme imperative, a meno che la deroga sia espressamente convenuta nel contratto e disponga un trattamento più favorevole per l'utente del servizio di trasporto aereo.

Ciò significa che il danneggiato non può aggirare tali limiti, eventualmente ricorrendo all'azione extracontrattuale, perché l'unica deroga ammessa deriva dalla previsione di una clausola contrattuale che abbia disposto in tal senso. Ciò conferma la caratterizzazione contrattuale del risarcimento, qualunque sia il fondamento della domanda.

La questione non è mutata con l'entrata in vigore della Convenzione di Montreal che ha codificato una responsabilità oggettiva del vettore per i danni al carico, sulla scorta di quanto già stabilito dai Protocolli di Città del Guatemala e n. 3 e 4 di Montreal del 1975.

Anche in questo caso il contratto mantiene la sua centralità perché la stessa internazionalità della prestazione – e quindi la sua riconduzione alla disciplina uniforme – deriva dal contratto di trasporto. Come precisa l'art 1, §2, infatti, "ai fini della presente Convenzione l'espressione trasporto internazionale indica ogni trasporto in cui, *a seguito di accordo tra le parti*, il luogo di partenza e il luogo di arrivo, ...sono situati o sul territorio di due Stati parti ..." e il §3 precisa che "ai fini della presente Convenzione il trasporto

effettuato da più vettori successivi si presume costituire un unico trasporto qualora le parti lo abbiano considerato come un'unica operazione, indipendentemente dal fatto che sia stato stipulato per mezzo di un unico *contratto* o per *mezzo di più contratti* e il suo carattere internazionale non viene meno per il solo fatto che un contratto o più contratti debbano essere eseguiti integralmente sul territorio di un medesimo Stato".

Le medesime considerazioni devono essere fatte con riferimento alla disciplina prevista dal codice della navigazione, che si qualificava come contrattuale ancor prima della sua revisione, ciò che denota come, sin dall'inizio, il nostro legislatore avesse inteso la responsabilità in materia di trasporto in modo conforme a quella internazionale.

Da questo punto di vista si è rilevato come il codice della navigazione si caratterizzi per una spiccata propensione verso il contratto rispetto all'illecito, come dimostrerebbe la disciplina per danni a terzi sulla superficie e quella per danni urto di navi, peculiari ipotesi di responsabilità extracontrattuale che hanno una espressa applicazione residuale. Tale inclinazione provverebbe che il concorso non trova riconoscimento nel codice della navigazione, specie nel trasporto aereo, rispetto al quale il legislatore ha previsto una responsabilità del vettore limitata in ragione delle esigenze connesse all'industria aeronautica e agli equilibri che ne conseguono.

In particolare, la previsione di una limitazione risarcitoria e la prescrizione breve rappresenterebbero dei parametri che consentono al vettore di conoscere il rischio connesso alla sua attività e la durata della sua esposizione a domande risarcitorie, ciò che l'eventuale cumulo di responsabilità vanificherebbe nel nulla.

Los Drones como Herramienta de Investigación Policial y de Prueba Ante el Poder Judicial

Carlos Maria Vassallo

Doctor en Ciencias Jurídicas, Magister en Ciencias de la Legislación, Especialista en Derecho del Transporte, Abogado. Profesor de grado y postgrado en derecho aeronáutico de la Universidad del Salvador, del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE) y de la Universidad a distancia de Madrid (UDIMA), Presidente del Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial-(CEDAE) Argentina.

Sumario

1. Drones y funciones en tareas de Fuerzas de Seguridad;
2. El principio de equivalencia funcional;
3. Los delitos informáticos. Conceptos básicos y de actuación Fuerzas de Seguridad y Justicia;
4. Nociones y Principios del Análisis Forense Digital.
5. La prueba digital. Sus características.
6. El proyecto Courageous. Interpol:
7. Evolución normativa reglamentaria argentina hasta la vigente. Protocolo Ministerio de Seguridad Resolución 232/2023;
8. Los allanamientos virtuales;
9. Fallos de nulidad de uso de drone;
10. Conclusiones.

1. Drones y funciones en tareas de Fuerzas de Seguridad

Los avances en la performance y diseño de drones sumado a la tecnología que incorporan, hacen que este tipo de aeronaves posea una gran sofisticación, que hace que la comisión de delitos mediante su uso pase casi desapercibida por los individuos o sectores a los que accede, lo que denota la facilidad de estas aeronaves para no ser detectadas en vuelo.

Cámaras térmicas, de infrarrojos y de visión infrarroja frontal, sistemas térmicos de obtención de imágenes, la tecnología de infrarrojos puede facilitar el manejo de las aeronaves no tripuladas en condiciones de poca luz o vuelos nocturnos. Los sistemas de visión infrarroja frontal (FLIR por sus siglas en inglés) utilizan una cámara térmica que percibe variaciones mínimas de la radiación infrarroja, este tipo de cámaras son capaces de captar diferentes rangos de frecuencia, lo que les permite detectar la presencia de compuestos químicos mediante un radar óptico (sistema LIDAR) para determinar la posición exacta de los objetos y la distancia entre ellos.

En el ámbito policial, los drones son apreciados como sistema de ataque en procedimientos en los lugares de los hechos porque aseguran una mayor precisión y un menor riesgo de muerte en comparación con otros métodos que requieren la intervención humana directa.



Las aeronaves no tripuladas cargadas con un dispositivo de comunicaciones podrían emplearse para controlar, interrumpir o emular comunicaciones inalámbricas privadas legítimas; por ejemplo, manipulando las ondas emitidas por torres de telefonía o puntos de acceso inalámbrico^[1].

En Argentina, los drones están siendo utilizados cada vez más en investigaciones policiales para diversos fines. Dado que se logra apreciar detalles que puedan pasar desapercibidos por el ojo humano durante la inspección ocular, la captura de imágenes y/o videos en lugares de difícil acceso para el hombre, ya sea por ser espacios abiertos o de grandes dimensiones, alcanzando un mejor método de conservación documental de pruebas mediante archivos visuales ya sean imágenes o videos que con el paso del tiempo, pudieran distorsionarse.

1. BOBASSO Mariel, opus citado



Fuente: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/utilizaron-un-dron-silencioso-logran-detener-a-seis-narcos-en-chacarita-tras-hacer-inteligencia-con-nid12092023/>

(Utilizaron un dron silencioso: logran detener a seis narcos en Chacarita tras hacer inteligencia con nueva tecnología)

Hacer uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) en los diferentes organismos judiciales significará mejorar la gestión y el desempeño en el sistema de justicia.

Es importante destacar que el uso de drones en investigaciones policiales en Argentina está sujeto a las leyes y regulaciones establecidas.

Es necesario contar con personal capacitado en los CIAC ^[2] y con los permisos correspondientes para operar y utilizar drones en investigaciones judiciales y con los permisos y autorizaciones correspondientes para operar drones en este ámbito.

Asimismo, se deben respetar los derechos individuales, la privacidad y garantizar que el uso de esta tecnología se realice de manera ética y responsable.

En definitiva, los drones se están utilizando en dos aspectos, la prevención e investigación en causas penales:

2. Centro de Instrucción Aeronáutica Civil.

- En criminalística, que tiene por objeto el estudio de los indicios hallados en el lugar del hecho y escena del crimen, como el análisis de un drone secuestrado perteneciente a ciberdelincuentes.
- En peritajes ordenados en causas judiciales y autoridad de investigación de accidentes, en Argentina, Junta de Seguridad del Transporte (JST).

También son utilizados en dictámenes privados, muy usados por compañías de seguros para resolver causas y daños provocados por accidentes cubiertos por sus pólizas.

El objeto del análisis forense está centrado en Identificar usos ilegales inapropiados, tales como bandas de crimen organizado en tráfico de drogas, de personas, redes de pedofilia, robo, secuestros, invasión de privacidad, acoso, espías ilegales, actividades terroristas a objetivos militares e infraestructuras críticas.

Las ventajas que se logran son; la obtención de archivos y metadatos de los mismos, la preservación íntegra del lugar del hecho o escena del crimen y en definitiva la calidad lograda en el dictamen pericial.

1.1. Drones en funciones de investigación, control y vigilancia.

Adelantemos algunas de las formas en que se utilizan los drones en investigaciones policiales:

- A. Vigilancia y reconocimiento: Los drones permiten realizar vigilancia y reconocimiento aéreo en áreas específicas para observar actividades sospechosas, reunir información y obtener una visión panorámica de la situación. Esto puede ayudar a recopilar pruebas y desarrollar estrategias de intervención más efectivas.

- B. Monitoreo de eventos públicos: Los drones pueden ser utilizados para monitorear eventos masivos, como manifestaciones o partidos de fútbol, para garantizar la seguridad y detectar posibles situaciones de riesgo. Proporcionan una visión aérea en tiempo real, lo que permite a las fuerzas policiales tomar decisiones basadas en información actualizada.
- C. Búsqueda y rescate SAR: Los drones equipados con cámaras térmicas y sensores son eficientes en operaciones de búsqueda y rescate. Tienen autonomía para cubrir áreas extensas de forma rápida y eficiente, y proporcionar imágenes en tiempo real para ubicar a personas desaparecidas, accidentadas o en peligro.
- D. Documentación de evidencias: Los drones permiten documentar y registrar pruebas o evidencias en el lugar de los hechos, especialmente en accidentes de tráfico, escenas de crimen o incidentes delictivos. Las imágenes y videos capturados desde el aire proporcionan una perspectiva única y detallada que puede ser utilizada en investigaciones posteriores.
- E. Monitoreo de disturbios o manifestaciones: En situaciones de disturbios o manifestaciones masivas, los drones proporcionan a las autoridades una visión en directo de la situación y ayudar a evaluar y gestionar la seguridad de una manera más efectiva.

El 1 de mayo 2023, con motivo del Día Internacional de los Trabajadores, miles de personas salieron a las calles de Francia para protestar contra la reforma de las pensiones del Gobierno francés. La Policía desplegó más de 5.000 agentes antidisturbios y utilizó drones para supervisar las marchas desde el aire.

El uso de drones por parte de la Policía ha generado una gran controversia en ese país, ya que varias organizaciones en defensa de las libertades han denunciado lo que supone una violación de la privacidad y el derecho a manifestarse pacíficamente. Además, han alertado de que los drones pueden captar imágenes y datos personales de los manifestantes sin su consentimiento y sin garantías legales.



Fuente: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/03/150304_ultnot_francia_drones_wbm

El tribunal administrativo de París ha validado el uso de drones para vigilar las manifestaciones, a pesar de las peticiones de suspensión por parte de estas organizaciones. El tribunal ha argumentado que los drones son una herramienta útil para prevenir y reprimir los actos violentos que puedan producirse durante las protestas. Sin embargo, ha impuesto algunas condiciones, como que los drones no puedan acercarse demasiado a las personas o que las imágenes no puedan ser almacenadas ni difundidas.

En otras ciudades francesas, como El Havre, la Justicia ha limitado el uso de drones y lo ha acotado a franjas horarias determinadas.

Francia no es el único país que recurre a los drones para controlar las manifestaciones. Otros países como España, Italia o Estados Unidos también han utilizado estos dispositivos para monitorear las concentraciones públicas. Los defensores de los drones afirman que son una herramienta eficaz para garantizar la seguridad y el orden público, mientras que los críticos los consideran una amenaza para los derechos fundamentales.

1.2. Resolución ANAC Argentina 880/2019 Reglamento De Vehículos Aéreos No Tripulados (Vant) Y De Sistemas De Vehículos Aéreos No Tripulados (Svant)

En su clasificación, encuadra por su carácter a los Públicos, en su artículo 4 A 1) los define como aquellos que se encuentran al servicio del poder público, incluyendo los militares y de fuerzas de seguridad. En cuanto a la naturaleza de su uso en el pto 4 B 4) Seguridad: define el uso de este VANT o SVANT con el propósito de prevenir delitos o detener hechos ilícitos en ejecución, que es ejercido en forma exclusiva por las fuerzas de seguridad federales o locales en virtud de las funciones asignadas en sus normas constitutivas o en cumplimiento de una manda judicial.

Ya para la operación en función de seguridad, el art. 47 de este Reglamento impone las mismas reglas operacionales salvo que la autoridad aeronáutica lo exceptúe mediante autorización expresa o que se trate de actividades ordenadas por manda judicial.

En cuanto al artículo 50, se emitirá por la autoridad aeronáutica una autorización de operación para los VANTs o SVANTs afectados a funciones de seguridad a favor del peticionante, omitiendo toda excepción a aeronaves públicas de seguridad o vigilancia, que entendemos seguirá siendo exigible. Si hubiese querido excluirlo debería el redactor haber incluido una mención similar a la del artículo 47.

No alcanzamos a entender porque no se le otorgó a las fuerzas de seguridad, “públicos” un certificado especial CO-VANT que sería de significativa utilidad que utiliza SVANT y no la solicitud de “autorización” prevista en los arts. 47 y 50 como para el que utiliza un SVANT “privado”. ¿Cuál fue el sentido de la norma reglamentaria al distinguirlo en su art. 4 a) si luego no

distingue ninguna facultad prioritaria de la aviación pilotada a distancia ejercida por el Estado?

Exigir autorización previa a las fuerzas de seguridad para utilizar un SVANT en el ejercicio del poder público podría malograr operaciones reservadas, complejas y peligrosas que necesitan del factor sorpresa para logra éxito.

Sin duda haberles otorgado a las fuerzas de seguridad un CE-VANT con distintas exigencias en sus Manuales de Operaciones y de Gestión de Riesgos adecuados a las características de este tipo de operaciones públicas hubiera sido lo adecuado evitando autorizaciones particulares, previo análisis de las mandas judiciales obligatorias para un allanamiento pero no para un patrullaje, seguimientos u operaciones de investigación, disfuncionales para el ejercicio de sus funciones específicas.

En derecho comparado los EUA tienen peso sus fuerzas estatales el certificado COA, similar al del explotador civil pero implica un waiver a la fuerza de seguridad.

2. El principio de equivalencia funcional

“Los juristas han calificado la incidencia del fenómeno de los RPAS^[3] como “algo muy grande”, un hecho que en el actual marco regulatorio de la navegación aérea va a suponer una “revolución total”, que lleva a la “necesidad de revisar los paradigmas del Derecho Aeronáutico”.

Esta labor revisionista se ha limitado a la aeronave, al personal de vuelo, a la figura de su explotador/ operador, a la normativa de

3. RPAS: Remote Pilot Aircraft System.

navegación aérea, agresivamente al transportes de mercancías y tenuemente al de personas efectuados por aeronaves tripuladas a distancia, drones.

La circulación aérea – que es sólo una parte del Derecho aeronáutico – al ser un conjunto de normas que regulan el hecho técnico de la navegación aérea está, por su propia naturaleza, sometido a una constante evolución conforme avanzan los conocimientos tecnológicos de la humanidad, evolución que “modifica” el hecho técnico, pero ni cambian la normativa sino que la enmiendan y evolucionan adaptándola a la evolución tecnológica.



Fuente: https://www.freepik.es/fotos-premium/drone-volando-cerca-avion-comercial-dron-eleva-altura-vuelo-avion-riesgo-colision-prohibicion-vuelos-cuadricoptero-sobre-aeropuertos-concepto-vuelos-drones_17177622.htm

Si la norma está bien redactada sigue manteniendo su vigencia. En otros sectores del ordenamiento se ha tenido la ocasión de comprobar la existencia de situaciones similares sobre todo a raíz de la aparición de las tecnologías.

En todos los variados casos de evolución del hecho técnico o conductas vinculadas al mismo, la respuesta normativa del legislador ha sido la aplicación del principio de “equivalencia funcional”. Este consiste en aplicar a la modificación del hecho

técnico una pauta de no discriminación respecto de lo que se venía haciendo con anterioridad y en cuanto al tema objeto de la investigación, supondrá tratar las RPAs de igual forma que al resto de las aeronaves” [4]

La posición de la FAA y por consiguiente de los EUA ha sido observar ese principio de equivalencia funcional y jurídico, en cuanto a las enmiendas que le viene introduciendo a sus Anexos técnicos, asimilando en principio el RPAS al concepto de aeronave.

Tanto ha sido así que los UAS son aeronaves para la FAA que las logra tener en su órbita de competencia, desde el dictado de la Parte 107 en vigencia desde agosto de 2016,

Desde un principio del fenómeno “drone” los reglamentos de la FAA han definido como aeronave cualquier artefacto inventado, usado o diseñado para navegar o volar en el aire. “ 49 USC40 102 (a) (6). Es así que un pequeño UAS es un avión a los efectos de los estatutos de la FAA.

En el caso del derecho aeronáutico el proceso de desconcentración de normas se manifestó principalmente en la regulación por leyes especiales y reglamentos, y su internacionalización cada vez más creciente.

La sociedad necesita del derecho dinámico y no de su letra muerta, como el art. 79 Cod. Aeronáutico, que por un apego normativo indeclinable - el drone no tiene piloto a bordo, nos mantiene alejado del fenómeno mundial de la aviación tripulada a distancia, que es el futuro y lo que la sociedad demanda.

Savigny, el mayor exponente de la escuela dogmática, entendía que la ley como fuente del derecho, “*no debe ser considerada como un hecho sino como una evolución lógica que se transforma sin cesar*”.

4. Quintana Carlo Ignacio. Ed. 15 de abril de 2015 <https://cedaonline.com.ar/2015/04/15/3171/>

Para esta escuela, la ley no se agota en la norma sino en la realidad de la vida social. El dato histórico nos lleva a conocer el derecho existente en la época que la ley fue elaborada y los cambios que la misma ha introducido ^[5].

Yendo a nuestro caso de estudio, la objeción del reconocimiento del RPAs o Drone, como aeronave, no se puede admitir con la sola referencia, e interpretación literal al art 79 del Código Aeronáutico, que hay que integrar a la actualidad, pues data de hace más de 50 años, época en la cual el piloto comercial al mando no tenía otra forma que encontrarse a bordo de la aeronave.

3. Los delitos informáticos. Conceptos básicos y de actuación Fuerzas de Seguridad y Justicia

El crecimiento exponencial y el carácter dinámico que reviste el cibercrimen, en donde la informática cobra un papel ontológico y otras veces solo necesario.

Los primeros son los delitos ciberasistidos ^[6] sin el cual no se podría cometer, tal el robo de identidad, intromisión bancaria, bases de datos de pornografía infantil entre otros.

Los segundos son delitos ciberdependientes ^[7], con tipificación de “común” en donde la informática es usada por las organizaciones delictivas como apoyo organizativo tales como, la trata de personas, la pedofilia, tráfico de drogas, que hicieron necesarias actualizar las prácticas de prevención, investigación

5. GALINDO GARFIAS Ignacio: Interpretación e integración de la ley. Biblioteca JUR México pag.68/9.

6. Delito ciberasistido: son aquellas conductas que se encuentran tipificadas en el ordenamiento legal utilizando el espacio para lograr su fin ilícito.

7. Delito ciberdependientes: realizados únicamente y por medio y a través de tecnologías de la información y comunicación (TIC's) haciendo que estos necesiten el ciberespacio para su existencia.

y recolección de “evidencia digital” con modernas herramientas puestas a disposición de las fuerzas de seguridad, dentro de las cuales se encuentra el objeto de nuestro trabajo, los “drones”.

En el caso de la República Argentina las cuatro Fuerzas de Seguridad Federales son la Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y la Policía de Seguridad Aeroportuaria.



Fuente: <https://www.elcolombiano.com/multimedia/imagenes/con-drones-vigilan-la-seguridad-y-la-movilidad-en-envigado-LA14366580>

Dado lo sofisticado y técnico del delito informático, ha cobrado relevancia la actuación de los cuerpos forenses digitales para la realización de la labor científico pericial, tornándose fundamental para la correcta identificación, preservación, análisis de la “evidencia digital” ^[8] para que oportunamente pueda ser ingresada en forma de datos.

La información obtenida por medio de distintos dispositivos será tratada con estricta aplicación de protocolos sancionados y publicados, para que su análisis y conclusiones tengan valor probatorio suficiente en el proceso judicial, tal el caso del “grooming” ^[9].

8. Evidencia digital: información extraída de cualquier dispositivo informático y por cualquier clase de medio tecnológico. Es una evidencia física que está constituida por campos magnéticos y pulsos electrónicos que pueden ser recolectados y analizados con técnicas especiales. Tiene valor probatorio en proceso judicial.

9. Grooming: Es el delito de acoso sexual virtual que se realiza a un menor de edad

Este delito consiste en que un adulto se comunica con un niño, niña o adolescente a través de medios digitales -correos electrónicos, redes sociales, chats, juegos en línea- y se hace pasar por alguien de su edad o se gana su confianza para obtener algún tipo de resultado sexual. El grooming es un delito que atenta contra la seguridad y la integridad de los menores.

El # hacking es otro delito virtual que consiste en el conjunto de técnicas a través de las cuales se accede a un sistema informático vulnerando las medidas de seguridad establecidas originariamente.

En los allanamientos se debe intentar determinar quiénes eran los usuarios de los dispositivos.

El protocolo de actuación Resolución Ministerio de Seguridad 232/2023 del 17-4-23 , en cuya redacción también participara el Ministerio Público Fiscal, será el único vigente y aplicable y tendrán como línea de acción prioritaria la actualización de los más antiguos ya existentes y que fueran usado por algunos años, Resolución PGN 756/2016 y Resolución Ministerio de Seguridad 234/2016 y el incremento de la capacidad en técnicas de detección, investigación, preservación de potenciales elementos probatorios digitales (PEP^[10]).

Se regulan técnicas de recolección, documentando la cadena de custodia^[11] con utilización de HASH^[12] que permitan verificar la integridad de los datos preservados ante posibles maniobras posteriores de modificación o adulteración policial y forense detallando los lineamientos para la intervención técnica por parte del personal especialista en laboratorio el laboratorio forense digital.

10. PEP digital: Potencial elemento de prueba digital. Datos generados, transmitidos o almacenados y que pueden ser recolectados con técnicas especiales

11. Cadena de custodia: se entiende como toda aquella documentación que registre cronológicamente la trazabilidad del elemento desde su secuestro y hasta todo el procedimiento judicial.

12. HASH: función matemática unidireccional e irreversible que convierte datos en un identificador alfanumérico de longitud fija.

La imagen forense que se pueda levantar en un allanamiento tradicional o virtual, será la réplica en forma completa -por sector bit a bit- de la estructura y contenido de un dispositivo de almacenamiento. Esta evidencia digital puede estar en la memoria RAM de un dispositivo encendido, siendo este el único momento en que se puede ejecutar y lograr recuperar contraseñas, memorias de navegación etc. Una vez apagado la imagen contenida en la memoria RAM se pierde.

El cálculo de la dimensión entre los HASH permiten verificar su integridad. Los valores de estos algoritmos deberán ser plasmados en el acta de procedimiento.

La característica de esta normativa reglamentaria es su complementariedad a las medidas en los Códigos de Procedimientos que rijan la materia en la jurisdicción y las disposiciones emanadas de la autoridad judicial a cargo de la investigación para el mejor abordaje posible del caso concreto.

En el proceso se identifican todas las personas que hayan tomado contacto con los elementos recolectados y su eventual modificación, siendo responsables los funcionarios públicos y particulares intervinientes.

Se realizará en el lugar del procedimiento un proceso de selección de dispositivos o filtrado de información ordenado por la autoridad judicial, tal el allanamiento de un centro de cómputos en donde los PEPs pueden ser muy voluminosos. De los dispositivos encendidos se adquirirá la memoria RAM para obtener la imagen forense y se deberá desconectar inmediatamente el cable de red, el wifi y el bluetooth para evitar alteraciones o borrados de la propia banda de ciberdelincuentes.

Este proceso puede traer aparejado la alteración de datos por lo que es necesario tomar precauciones documentando adecuadamente las tareas realizadas. Este proceso de selección se denomina “Triage” y debe ser liderado por personal especialista y servirá para que la autoridad judicial decida que elementos secuestra y cuales no, y llevara a cabo posibles detenciones.

El registro de la cadena de custodia es uno o más documentos compuestos de actas de secuestros, actas de entrega y recepción, actas de apertura o desintervención y formulario de la cadena de custodia. En caso de extracción de datos se indicará el software utilizado y su versión, siendo muchas veces muy importante mantener la integridad de los originales sin que lo noten los ciberdelincuentes.

Todo lo hasta aquí explicado tiene por objeto asegurar que el procedimiento pueda ser reconstruido, en caso de ser impugnado por la defensa, o en el supuesto de ser requerido por la autoridad judicial para resolver sobre su validez.

El personal de los Gabinetes de Informática Forense de las distintas jurisdicciones argentinas, realizan la capacitación para la operación de vuelo y colección de datos con Drones en el Centro de Instrucción Aeronáutica Civil (CIAC) certificado por ANAC, “Drones Vip”, el cual cuenta con autorización para la formación académica de pilotos, para la obtención del certificado de Miembro de Tripulación Remota expedido por la ANAC.

4. Nociones y Principios del Análisis Forense Digital

El análisis forense digital es una rama de la ciencia forense centrada en la identificación, adquisición, tratamiento, análisis y comunicación de datos almacenados en ordenadores, dispositivos

electrónicos y otros tipos de soportes digitales. Su objetivo es obtener los datos contenidos en evidencias electrónicas, tratarlos, convertirlos en información útil y presentar los hallazgos en forma legible ante los tribunales.

En todas las fases del proceso deben utilizarse técnicas forenses reconocidas, a fin de que las conclusiones resulten admisibles ante un tribunal.

La aplicación del análisis forense digital a los drones y sus dispositivos asociados tiene como objetivo identificar trayectorias de vuelo, datos de usuario e imágenes y vídeos almacenados en los dispositivos, como la ayuda para entender las características del dron y posibilidades en su utilización.

Es importante que los responsables de una investigación digital entiendan que, si bien los elementos de prueba requieren un tratamiento especial, los principios generales de la obtención y análisis de evidencias electrónicas son aplicables a todo el proceso de gestión del caso, desde el embargo preventivo hasta la comparecencia en el tribunal^[13].

4.1. Características de un laboratorio de análisis forense digital

Cuando un laboratorio de análisis forense digital recibe un dron y otros dispositivos asociados, debe disponer de un procedimiento para la gestión de este tipo de evidencias.

Por lo general, se siguen siete pasos: Registro de solicitud, Registro del caso, Registro de la muestra, Realización del análisis, Informe final, Devolución de la muestra, Cierre del caso.

13. "Marco de intervención ante incidentes con drones". Interpol enero 2020. Pag. 49. Recuperado 19.09.2023. file:///C:/Users/CARLOS/Downloads/DFL_DroneIncident_Final_SP.pdf

Antes de tomar el asunto, el laboratorio debe cerciorarse que la petición se ajusta a la legislación aplicable. El director o el profesional encargado del examen deberá contar con una orden o documento oficial que lo autorice a tratar evidencias digitales arrojadas.

El objetivo de la labor forense digital es emplear las evidencias electrónicas para demostrar o refutar una presunta infracción o delito, por lo que la obtención de evidencias debe ser conforme a la normativa.

Al finalizar la labor forense digital, las pruebas obtenidas deben ser admisibles y el informe forense debe poder ser aceptado formalmente por un tribunal.^[14]

4.2. El trabajo forense de extracción de datos.

Existen cuatro niveles de extracción de datos aplicables a los drones, desde el que permite extraer mayor cantidad de datos hasta el que menos datos produce. A saber:

- a) Extracción física. Es la adquisición de datos binarios en bruto a partir del soporte de almacenamiento del dispositivo. En una etapa posterior, estos datos en bruto deben tratarse con aplicaciones de análisis forense específicas. Normalmente, este método permite acceder a los datos en vivo y los datos borrados, a los ficheros del sistema operativo y a zonas del dispositivo a las que el usuario no suele tener acceso.
- b) Volcado del sistema de archivos. Esta técnica permite recuperar bases de datos con información telemática o de comunicación que tal vez no serían accesibles con la extracción lógica o física. Una de las limitaciones

14. Opus citado 8. Pag. 49. Recuperado 19-09-2023.

del volcado del sistema de archivos es que no permite recuperar todos los datos borrados.

c) Extracción lógica. Implica recibir información del dron y permitir que el dispositivo presente los datos para el análisis. Normalmente, equivale a acceder a los datos en el propio dispositivo. Con este método solo pueden obtenerse datos en vivo. La mayoría de las aplicaciones de análisis forense de drones ofrecen esta opción, siempre que los datos no estén almacenados en una tarjeta extraíble. El problema de la extracción lógica es que no hay manera de verificar los datos en el propio dron, ya que muchos no disponen de pantalla para visualizar su contenido.

d) Chip-off. En los drones estropeados o que solo tengan memoria interna, se puede recurrir al chip-off (retirada del chip) para obtener los datos necesarios. Este método permite además extraer datos binarios en bruto desde el almacenamiento del dispositivo, pero requiere retirar de manera permanente el microprocesador de la placa de memoria. La aplicación de la técnica del chip-off puede estropear el dispositivo y dejarlo inutilizable.^[15]



Fuente: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2018/08/29/herramientas-informatica-forense-para-cada-incidente/>

15. Opus citado 8. Pag. 54. Recuperado 19-09-2023.

4.3. Registros de vuelo de un drone

Los registros de vuelo de los drones tienen valor probatorio en casi la totalidad de casos. Si fuera un drone secuestrado nos indicará los lugares, día y hora donde pudo estar vinculado a un ciberdelito. Si fuera un drone de una Fuerza de Seguridad, le dará validez y sustento al trabajo pericial o de investigación realizado al que aportará la ubicación en tiempo y espacio, entre otros.

Estos registros contienen los siguientes elementos:

- Posiciones GPS
- Fechas y horas
- Parámetros específicos (velocidad del rotor, altitud y dirección)
- Datos telemáticos
- Códigos de fallos de diagnóstico
- Registros de soportes asociados.

El análisis de los registros de vuelo puede ser útil para determinar el presunto objetivo o finalidad del drone embargado. Un ejemplo es la posición del drone en un momento concreto, lo que podría indicar la intención del piloto de acceder a una zona de exclusión de vuelo o a un espacio restringido, siendo ello prueba de una infracción grave.

5. La prueba digital. Sus características

Se entiende por prueba digital a los datos que constan en formato electrónico y que constituyen elementos de prueba, comprendiendo la secuencia las etapas de extracción, procesamiento e interpretación.

La “evidencia digital” debe resguardar ciertos protocolos de seguridad en su manipulación dado que es una prueba de fácil adulteración por sus especiales características que detallamos:

1. Volatilidad: por su propia naturaleza, es frágil, fácil de alterar, dañar o destruir.
2. Intangibilidad: No es accesible mediante los sentidos de manera directa, necesitamos tanto de un hardware como de un software.
3. Latencia: Significa que la evidencia, en su estado natural, no nos deja entrever qué información es la que contiene en su interior, sino que resulta ineludible para ello, examinarla a través de instrumentos y procesos forenses específicos.
4. Capacidad de duplicación: Es la capacidad de ser copiada indefinidamente en forma exacta sin alterar el original.
5. Metadatos: Los metadatos son un conjunto de datos que describen el contenido informativo de un recurso, archivos o de información de los mismos. Vg. autor, tamaño, formato, fecha de creación, sus modificaciones etc.

5.1 Criterios de autenticidad de la evidencia digital.

La evidencia digital debe establecer los hechos de una manera que no arroje dudas y que sea representativa de su estado original, y para ello debe cumplir con los siguientes requisitos:

- *Exhaustividad*. El análisis de las evidencias y cualquier opinión basada en el mismo deben reflejar la situación en su totalidad, sin modificarla para que encaje con el punto de vista favorable o deseado.
- *Fiabilidad*. En el proceso seguido para obtener y manejar las evidencias no debe haber ningún paso que pueda plantear dudas sobre su autenticidad o veracidad.
- *Capacidad persuasiva*. Las evidencias deben reflejar los hechos

de una manera que resulte convincente para las partes que intervengan en el tribunal.

- *Proporcionalidad.* Los métodos empleados para obtener las evidencias deben ser legítimos y proporcionales al interés de la justicia: el perjuicio, o el grado de intrusión o coerción causado a los derechos de cualquiera de las partes no debe pesar más que el valor probatorio de la evidencia, esto es, su utilidad como prueba.

Solo así podrá concluirse la certeza del informe final del laboratorio forense y dará al Juez un fundamento incontrovertible para arribar a su sentencia.

6. El proyecto **Courageous. Interpol.** ^[16]

Este proyecto, ligado con el objeto de nuestro estudio, es desarrollado a nivel Unión Europea. Tiene como período de ejecución de 2021 a 2023, y corre a cargo de un consorcio de entidades asociadas, coordinado por la Real Academia Militar de Bélgica.

Su objetivo es *“elaborar un método normalizado de pruebas para detectar, rastrear e identificar drones ilegales.”*

Este método se basa en una serie de escenarios habituales que recogen una amplia gama de lugares y situaciones delictuales o peligrosas como por ejemplo, la seguridad en prisiones, aeropuertos, infraestructuras esenciales y fronteras, o la lucha contra el tráfico de drogas y la trata de personas” ^[17]

16. BOBASSO Lorena Mariel. *“Drones y su utilización en la comisión de delitos, necesidad de legislación en materia penal”*. Asunción XLVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho aeronáutico y del espacio y de la aviación comercial 2022.

17. Socios del ámbito de las fuerzas del orden: Bélgica, España, Estonia, Grecia, Luxemburgo y Rumanía. Socios del ámbito de la investigación y la tecnología: Real Academia Militar de Bélgica, Organización de los Países Bajos para la Investigación Científica Aplicada (TNO), Centro de Estudios de Seguridad de Grecia, Universidad Militar de Tecnología de Polonia, Universidad de Sevilla (España), países participantes: Bélgica, Estonia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Rumanía, España. <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Innovacion/Proyecto-CourageousVisto> 18/08/2022



Fuente: https://es.123rf.com/photo_125295129_un-dron-de-la-polic%C3%ADa-patrulla-el-%C3%A1rea-a-trav%C3%A9s-del-cielo-cuidando-la-pared-con-drone-de-alambre-de-.html

El uso de drones para fines ilícitos representa una amenaza creciente, ya sea para el transporte de mercancía ilícita a lugares prohibidos, espionaje, interrupción de actividades de servicios de emergencia u hostigamiento de animales o aviones.

Ello motivó la iniciativa de crear unidades de inteligencia forense con detectives que intentan a llegar al fondo de los crímenes vinculados a drones.

En tal labor, se está instruyendo a funcionarios del Servicio Penitenciario de Reino Unido y la Policía, para neutralizar a pilotos que contrabandean droga hacia las prisiones utilizando drones.

Graeme Horsman, experto en computación en el Reino Unido”^[18] dijo: “creo que vamos a ser sorprendidos continuamente con los usos que encuentre la gente para los drones, y el único límite será la creatividad de los delincuentes”.

18. <https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-40977889> Visto 18/08/2022

7. Evolución normativa reglamentaria argentina hasta la vigente. Protocolo Ministerio de Seguridad Resolución 232/2023

El Convenio de Budapest de 2001 sobre ciberseguridad, es adoptado por la Argentina recién en el año 2017 y allí se dio comienzo a desarrollar las investigaciones en causas judiciales a partir del uso de los drones y su tecnología específica que lleva abordo como carga de pago.

Ya en 2016 se crea el Centro de Ciberseguridad del Estado y en 2019 el Comité de Ciberseguridad lo lleva a nivel nacional.

7.1. “Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital”, Procuración General de la Nación, PGN 756/2016

La Procuración General de la Nación, dispuso la aplicación de la “Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital”, PGN 756/2016, elaborada por la Unidad Fiscal Especializada en Ciber-delincuencia (UFECI) que había sido presentada y aprobada en el marco de la XVII Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur, celebrada en Buenos Aires, entre el 18 y 20 de noviembre de 2014.

El documento compilaba documentación internacional sobre ciberdelincuencia, al tiempo que define qué es la “evidencia digital”, cómo debe ser obtenida, preservada y tratada para mejorar los niveles de eficiencia mínima en materia de persecución penal.

En relación a la obtención de la “evidencia digital”, el documento sostiene que debe evitarse su contaminación, apartando de la escena a toda persona ajena al procedimiento; no alterar los datos contenidos en las computadoras o dispositivos de almacenamiento; se hace hincapié en la idoneidad de los operadores

que manipulen la soportes informáticos y se debe auditar y registrar fehaciente y detalladamente todo proceso relativo a la manipulación de la evidencia digital.

Asimismo, la Guía destacaba los principios generales y especiales en cuanto a la manipulación de la evidencia digital en diversos escenarios; su embalaje, traslado y resguardo; como debe manejarse el software de cada dispositivo; la copia forense de documentación.

7.2. “Protocolo General de Actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos” Ministerio de Seguridad, Resolución 234/23016

También el Ministerio de Seguridad de la Nación dictó al unísono la Resolución 234/2016, *“Protocolo General de Actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos”*.

Fue así que tanto los fiscales como el personal policial, ya en el año 2016, pudieron contar con un drone para practicar legalmente las diligencias necesarias de la investigación como incluso la captación de pruebas audiovisuales. Cuando se invaden espacios privados deberán contar necesariamente con una autorización del juez del caso o de turno.

La utilización del drone como herramienta investigativa debe justificarse en base a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida que se solicita al Juez e indicando la alta posibilidad de que ella, pueda aportar elementos necesarios para averiguar la verdad de los hechos investigados.

En el pedido, el fiscal debe informar quien será la persona que lo piloteará siendo que tanto el drone como su operador deberán

estar registrados y autorizados por el ANAC (Administración Nacional de Aviación Civil, de Argentina) órgano que controla esta actividad. Como toda medida investigativa podrá ser puesta a disposición de la contraparte para el oportuno control, siempre posterior de la misma.

El drone puede contar con un software para descryptación de claves, filmaciones, escuchas, interceptación de mensajes digitales entre otros, debiendo especificarse la licencia y vigencia del mismo, los horarios y zonas de utilización en la orden judicial que lo autoriza. También se consignarán todos los datos relacionados al hardware del dispositivo drone, su carga de pago como el de todos los dispositivos que contenga.

7.3. Ministerio de Seguridad de la Nación. Resolución 232/2023 “Protocolo para la identificación recolección, preservación, procesamiento y presentación de evidencia digital”

En virtud del, del carácter dinámico que reviste el cibercrimen y las nuevas prácticas de intervención por parte de los cuerpos forenses para la realización de este tipo de labor científico pericial se evidenció la necesaria complementación y fortalecimiento de los dos protocolos de actuación ya existentes para la mejora continua de los procedimientos policiales. Se tomaron en consideración las pautas establecidas por el “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL LUGAR DEL HECHO” Resolución 528/21.

La Dirección de Investigaciones del Cibercrimen, elaboró en 2023 -en forma conjunta con las áreas específicas de las cuatro Fuerzas Federales- y personal del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Secretaría de Coordinación Institucional, Dirección de Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal -DATIP- y

Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia -UFECI-) un protocolo único de actuación, para la identificación, recolección, preservación, procesamiento y presentación de evidencia digital, a fin de lograr una metodología de intervención adecuada y uniforme en aquellos casos donde existan efectos que pudieran contener potenciales elementos probatorios (PEP) digitales.

El nuevo Protocolo publicado en el Boletín Oficial argentino el 17-04-2023 trata los siguientes aspectos de la identificación, recolección y preservación de evidencia digital:

- Intervención inicial, exploración, localización, valoración y recolección de efectos que pudieran contener potenciales elementos de prueba digitales.
- Procedimientos específicos por tipo de dispositivos electrónicos (dispositivos móviles, laptops, servidores, equipos de imagen y video, redes informáticas, criptoactivos, etc).
- Cadena de custodia: embalaje, rotulado y remisión.
- Etiquetas identificadoras de potenciales elementos de prueba digitales.

Es así que las “evidencias digitales” se han sumado con mayor validez probatoria al catálogo de pruebas tradicionales utilizadas por la Justicia en la tramitación y resolución de sus causas.

Este protocolo, sin duda superador, tiene por objeto la evidencia digital, que tiene características de volatilidad, intangibilidad, latencia, capacidad de duplicación, tanto como el vuelco de sus metadatos a lenguaje escrito a la causa que la hacen muy sensible y difícil de manejar sin contaminarla.

La información del dispositivo, vg. carga de pago del dron, que la aloja será “clonada” en laboratorio dejando el original intacto y a salvo de posibles modificaciones o alteraciones.

Si el procedimiento no se hiciera técnicamente impecable, y de acuerdo al Protocolo, podrán diferir el largo de los HASH y acarreará la falta de confiabilidad de la prueba, su posibilidad de incidencias de nulidad y en definitiva su inadmisibilidad en el proceso.

Hay evidencias que se alojan en la memoria RAM del equipo de los ciberdelincuentes objeto de intervención, y por ende resultan tan inestables que conviene levantarlas en forma inmediata, pues el solo apagado de la computadora intervenida implicaría su pérdida total.

8. Los allanamientos virtuales

Moderno software se empieza a usar en el año 2016 en el ámbito del Estado, programas prohibidos a la actividad privada, y que solo se operan bajo órdenes dictadas por la autoridad judicial. Tal el allanamiento remoto -virtual- en vuelo de dron, que se distingue del tradicional allanamiento físico.

Los drones se utilizan como “vector de ataque” para coleccionar prueba ingresando a través de la infraestructura inalámbrica de los ciberdelincuentes. Los drones más simples cuentan básicamente con una antena wifi, computadora y GPS.

Para hackear contraseñas desde un dron se vuela sobre el punto de acceso elegido, con antenas sectoriales y direccionales que lo seleccionan y delimitan y con un GPS van dejando constancia del lugar donde se realizó el procedimiento y se coleccionaron los datos con el objeto de evitar futuras nulidades planteadas por el allanado.

Así se adquiere por duplicación, la “evidencia digital” de las computadoras de los presuntos delincuentes sin que ellos lo adviertan. El drone captura la información y la puede transmitir en línea a la nube o almacenarla en su tarjeta de memoria. En este segundo caso, hará un “go home” y regresará a la base aunque con el riesgo de ser derribado.



Fuente: <https://www.digitoforens.cl/noticias/drones/forense-digital-listo-para-su-ultimo-desafio-los-drones/>

Se habrá logrado entonces una intrusión controlada, ordenada y aprobada por un Juez hackeando usuario y contraseña de los puntos de acceso a la red inalámbrica delictiva duplicando información valiosa para la causa sin ser advertido.

Se trabaja siempre legal solo buscando la información requerida por los puntos de pericia autorizados. Nunca se colecta otra información ni imágenes de propiedades vecinas que pueden determinar la nulidad de la prueba.

9. Fallos de nulidad de uso de drone

Cada vez con mayor frecuencia los investigadores policiales y judiciales recurren a esta herramienta para avanzar, por ejemplo, en causas que tienen que ver con el cultivo de cannabis.

Sin embargo, en el afán policial por lograr el esclarecimiento de un delito muchas veces se pueden extralimitar al punto de provocar la “caída” de una causa penal. Sin autorización judicial la medida puede declararse nula.

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en 2021 y posteriormente el 21 de junio de 2022 la Cámara Penal de Bahía Blanca, declaran la nulidad en dos causas, de la prueba colectada por un drones policiales que no tenían autorización judicial para un allanamiento virtual, violentando garantías constitucionales de domicilio y privacidad.

Caso 1 : “A. s/ Estupefacientes -tenencia simple” Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca.

En la Ciudad de Bahía Blanca en el año 2019, se utilizó un drone para mapear el lugar donde se suponía había una plantación de marihuana; la utilización por parte de la policía local fue realizada sin autorización judicial y, en base a las fotografías presentadas, se pudo obtener del juez interviniente una orden de allanamiento físico que fundamentó luego el inicio de la causa en contra del sospechado de ser el dueño de la plantación.

Ese procedimiento fue anulado por el Juez de garantías y confirmada su anulación por un tribunal de instancia superior, en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y vinculando el tema con la afectación del derecho a la intimidad sin orden judicial.

Funda el fallo en la Ley 25326, de Protección de Datos Personales, dado que la captación de una imagen así como el levantamiento de un registro sonoro, pueden considerarse un dato de carácter personal y esta circunstancia no figuraba en la orden judicial que no era de tipo virtual o remoto.

La magistrada interviniente, reflexionó sobre la afectación a la privacidad e intimidad de las personas, y afirmó que la utilización no autorizada del dron invadía un espacio privado, cuya injerencia sólo puede ser autorizada por órganos judiciales.

Caso 2. “SANDOVAL, Rubén y otros s/ infracción ley 23.737”; Expte. N° FGR 787/2021/CA1; 12/08/2021, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

En el caso, se investigaba el posible cultivo de marihuana en una residencia particular. A esos efectos, el juez federal a cargo del expediente ordenó a las fuerzas de seguridad la realización de “tareas de investigación” en el domicilio en cuestión.

Los agentes policiales utilizaron un dron para sobrevolar la vivienda del imputado, confirmando así la presencia de plantas de marihuana en el patio trasero. Sobre esa base, el juez ordenó el allanamiento del domicilio y secuestró los elementos en infracción.

El imputado planteó la nulidad del procedimiento, alegando una intromisión ilegítima en su esfera de privacidad. El juez de primera instancia rechazó el planteo y la defensa recurrió la decisión.

En este contexto, la Cámara de Apelaciones revocó la decisión del juez y declaró la nulidad del allanamiento. Para resolver en este sentido, consideró que el uso del dron importó efectivamente un acceso al ámbito de intimidad del imputado, sobre el cual tenía una razonable expectativa de privacidad.

Por tanto, entendió *que las fuerzas de seguridad deben contar con habilitación judicial expresa para sobrevolar una propiedad privada con un drone debiendo ser uno de los recaudos - habilitación judicial expresa para el uso de dicha herramienta- contenidos en la orden de allanamiento.*

10. Conclusiones.

- El incremento de los ciberdelitos es una realidad.
- Su prevención se debe llevar a cabo con medios digitales dentro de los cuales está el uso de los drones.
- Se ha desarrollado a nivel argentina una reglamentación específica para la identificación, recolección, preservación, procesamiento y presentación de evidencia digital, que está en vigencia.
- La evidencia digital debe tratarse con mucha técnica para evitar ser descartada como prueba en juicio.
- Es necesaria la autorización judicial para realizar intrusiones privadas bajo pena de nulidad.
- Los fallos en donde se dictan nulidades de la prueba digital no han excluido el uso de nuevas tecnologías en el ámbito de las investigaciones penales, sino que han impuesto una fuerte restricción a su uso por parte de las autoridades policiales.

Riflessioni a Margine Della “Strategia dei Droni 2.0 per un Ecosistema Intelligente e Sostenibile di Velivoli Senza Pilota in Europa”

Anna L. Melania Sia

Professoressa associata di Diritto della navigazione, Dipartimento di Giurisprudenza,
Economia e Sociologia (DiGES) - Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro, Italia.

Sommario

1. Alcune considerazioni preliminari;
2. La prima fase della politica europea sui “droni”(Drone Strategy 1.0.);
3. Il quadro normativo vigente;
 - 3.1. Il nuovo Regolamento “basico” del 2018 e i Regolamenti attuativi del 2019;
 - 3.2. Lo U-space;
4. I nuovi scenari aperti dalla Urban Air Mobility (UAM);
5. La nuova pianificazione dell’Unione Europea (Drone Strategy 2.0);
6. Gli obiettivi individuati.

1. Alcune considerazioni preliminari

L’integrazione dei droni nell’aviazione civile rappresenta una delle evoluzioni più significative degli ultimi anni ^[1]. Il tema si arricchisce di nuovi spunti di riflessione a seguito dell’introduzione delle innovazioni tecnologiche legate all’intelligenza artificiale che ha inciso significativamente anche sui mezzi a pilotaggio remoto (aerei, marini e terrestri), in grado di operare autonomamente.

La recente pandemia da Covid-19 ha inoltre rivelato nuovi impieghi dei droni da parte della pubblica amministrazione per il monitoraggio della popolazione, la consegna di medicinali e dispositivi medici, la sanificazione di edifici e strade, che si aggiungono a quelli sperimentati nella prima fase del loro utilizzo ^[2]. L’Unione europea è stata la prima ad avviare un’azione di adattamento del quadro normativo elaborato per l’aviazione

1. “Drone” è un termine comune a cui ricorre la stessa Commissione UE nel documento che sarà oggetto delle considerazioni che seguono. Nel linguaggio tecnico-giuridico si è dapprima utilizzato il termine UAV, *Unmanned Aerial Vehicles*, altri documenti riportano l’acronimo RPAS, *Remotely Piloted Aircraft Systems*. Ad esso si è preferito UAS, ovvero *Unmanned Aerial System*, “sistema di aeromobili senza equipaggio”, che meglio esprimerebbe il rapporto fra la macchina volante e i suoi dispositivi di controllo remoto. Cfr. Comunicazione della Commissione, *Strategia 2.0. per i droni per un ecosistema intelligente e sostenibile di aeromobili senza equipaggio in Europa*, COM(2022) 652 final, del 29 novembre 2022, p. 1, nota 5.

2. Le operazioni con droni interessano prevalentemente i settori economici che richiedono grandi quantità di dati, come l’agricoltura, l’edilizia, la sorveglianza, la produzione cinematografica, l’assistenza sanitaria, la medicina d’urgenza, l’energia, l’ambiente, la sicurezza e la protezione del pubblico.

civile “tradizionale” che ha anticipato soluzioni che sarebbero state condivise anche in sede ICAO [3].

Successivamente la pianificazione concernente i droni (definita *Drone Strategy 1.0*) si inserisce in quella più ampia volta a promuovere una mobilità urbana “intelligente” (*smart mobility*), sia aerea che terrestre, che utilizzi nuove tecnologie nell’ottica della ecosostenibilità [4].

3. Come è noto una esplicita considerazione del transito di “*aircraft without a pilot*” nello spazio aereo civile, è contenuta già nell’art. 8 della Convenzione di Chicago del 1944 che prevede l’impegno degli Stati contraenti di provvedere affinché il volo senza pilota di un tale aeromobile nelle regioni aperte agli aeromobili civili sia controllato in modo da evitare qualsiasi pericolo agli aeromobili civili. Si è lasciato in tal modo alla sovranità dello Stato sorvolato lo sviluppo di un apparato di regole capaci di disciplinare l’ingresso, il transito ed il ricupero di queste macchine, si da integrarle nello spazio aereo generale. Inizialmente i mezzi a pilotaggio remoto sono stati utilizzati in campo militare e fondamentalmente in spazi segregati. Il loro ingresso in spazi aerei aperti al traffico civile è stato considerato a partire dai primi anni del Duemila, quando l’evoluzione tecnologica ha perfezionato l’affidabilità delle capacità operative di tali mezzi. Molto importante l’iniziativa europea del 2004 condotta dalle *Joint Aviation Authorities* (JAA) ed EUROCONTROL (organizzazione civile-militare intergovernativa il cui scopo principale è di sviluppare e mantenere un efficiente sistema di controllo del traffico aereo). Si rinvia allo studio congiunto *UAV Task-Force, Final Report, A Concept For European Regulations for Civil Unmanned Aerial Vehicles (UAVs)*, 2004, 10 ss. L’anno successivo, nel 2005, prende vita a livello ICAO una procedura di consultazione fra Stati membri e organizzazioni internazionali finalizzata all’armonizzazione di regole tecniche relative a tale tipologia di velivoli, con la creazione di un apposito gruppo di studio, l’*Unmanned Aircraft System Study Group* (UASSG) – oggi sostituito dal *Remotely Piloted Aircraft Systems Panel* (RPASP) assistito dal 2015 dall’*Unmanned Aircraft System Advisory Group* (UAS-AG) – a cui è stato affidato il compito di assistere il Segretariato generale dell’ICAO nella predisposizione e sviluppo di norme destinate a tradursi in SARPs (*Standards and Recommended Practices*) che potessero consentire “*a safe, secure and efficient integration of UAS into non-segregated airspace*”, e ciò sulla base della presupposta assimilabilità degli APR agli aeromobili convenzionali. Su tale assioma viene predisposto l’ampio quadro programmatico contenuto nella circ. 328 AN/190 su *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, pubblicata il 10 marzo 2011 dal Segretariato generale dell’ICAO, attualmente sostituita dal *Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems* (RPAS), 2015, *first edition*, ICAO Document 10019 AN/507. È in questo contesto che maturano una serie di emendamenti ad alcuni degli Annessi tecnici ICAO. Nel 2012 sono stati emendati gli Annessi 2, 7 e 13. Con l’emendamento dell’Annesso 2 (*Rules of the Air*) è riconosciuta la necessità di garantire che le operazioni di tali mezzi, a prescindere dal loro peso, siano condotte in modo tale da ridurre al minimo i rischi per persone, cose o altri velivoli; nella IV appendice, *Remotely Piloted Aircraft Systems*, sono incorporate specifiche regole per gli UAS per quanto concerne le regole operative generali, le certificazioni e licenze, la richiesta di autorizzazione. L’Annesso 7 (*Aircraft Nationality*) ha introdotte specifiche previsioni in materia di immatricolazione e di marche di nazionalità anche per gli aeromobili senza equipaggio. L’emendamento dell’Annesso 13 (*Aircraft Accident and Incident Investigation*) include gli aeromobili senza pilota nella nozione di “*accident*”; viene riconosciuta pertanto alle autorità aeronautiche nazionali la competenza per le indagini su incidenti ed inconvenienti gravi occorsi agli aeromobili senza equipaggio (in Italia, l’Agenzia Nazionale per la Sicurezza del Volo – ANSV come previsto anche dall’art. 25 del nuovo regolamento ENAC UAS-IT del 4 gennaio 2021 su cui *infra*). A decorrere dal 3 novembre 2022 è in vigore l’emendamento all’Allegato 1 (*Personnel Licensing*), adottato il 7 marzo 2018, che contiene nuove disposizioni in materia di licenza del pilota remoto impiegato in voli internazionali operanti secondo le regole del volo strumentale (IFR). Ad eccezione dell’Annesso 5 (*Units of Measurement to be Used in Air and Ground Operations*), che non sarà modificato, l’obiettivo è quello di adattare alle esigenze dei mezzi aerei senza pilota 18 sui 19 Annessi alla Convenzione di Chicago. Sono oggetto di studio le modifiche all’Annesso 6 (*Operation of Aircraft*), all’Annesso 8 (*Airworthiness of Aircraft*), all’Annesso 10 (*Aeronautical Telecommunications*). Saranno successivamente emendati l’Annesso 11 (*Air Traffic Services*), l’Annesso 17 (*Security*), l’Annesso 18 (*The Safe Transport of Dangerous Goods by Air*) e l’Annesso 19 (*Safety Management*). L’Italia è stato il primo Paese dell’Unione Europea a adottare una disciplina organica contenuta nel Regolamento ENAC del 16 dicembre 2013, *Mezzi aerei a pilotaggio remoto*, più volte emendato per consentire l’adeguamento alla normativa tecnica ICAO ed eurounitaria nel frattempo intervenuta. Tale normativa è stata sostituita da quella contenuta nel Regolamento ENAC UAS-IT del 4 gennaio 2021, attualmente in vigore.

4. Uno dei principali obiettivi dell’Unione europea, definito dal *Green Deal* europeo, concerne la tutela dell’ambiente, con il perseguimento di politiche volte alla transizione verso un pianeta sano, attraverso l’ausilio dei nuovi strumenti offerti dalla digitalizzazione (cfr. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it). Il medesimo scopo è rinvenibile nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, COM(2020) 789 final, del 9 dicembre 2020, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0789>. Nel processo di elaborazione della normativa tecnica in materia di sistemi aerei senza equipaggio un ruolo centrale è svolto dalla Commissione europea e dalla *European Safety Agency* (EASA), responsabile per la sicurezza della navigazione aerea, coadiuvata da EUROCONTROL.

Il nuovo sistema di trasporto aereo di passeggeri e merci in ambienti urbani, effettuato in sicurezza con velivoli elettrici a decollo e atterraggio verticale, con e senza pilota a bordo, richiede l'integrazione in efficienti e interconnessi sistemi di trasporto multimodali. Questo nuovo settore dei trasporti, in rapida crescita, è descritto dalla locuzione *Advanced Air Mobility (AAM)* ^[5]. Essa individua una serie di servizi di trasporto innovativi, sostenibili ed economici, volti a potenziare, nel rispetto della sicurezza, l'accessibilità e la mobilità nelle città, nelle aree metropolitane e nei territori in genere, nonché a migliorare la qualità dell'ambiente, della vita e della sicurezza dei residenti ^[6].

Nelle città dell'Unione europea è previsto l'avvio sistematico delle operazioni commerciali, con la consegna di merci tramite droni o il trasporto di passeggeri con aerei pilotati (*drone delivery, air taxi/shuttle*), a partire dal 2025 ^[7].

L'implementazione su larga scala dell'AAM richiederà la definizione di specifiche normative, come quelle attinenti alla

5. Il tema è stato oggetto della considerazione dell'Organizzazione Internazionale per l'Aviazione Civile. Durante la quarantunesima sessione dell'Assemblea ICAO, che ha avuto luogo a Montreal dal 27 settembre al 7 ottobre 2022, il Segretariato ha istituito un apposito Gruppo di studio, l'*Advanced Air Mobility Study Group (AAM SG)*.

6. In mancanza di una definizione normativa, l'EASA ha elaborato la nozione di “servizi aerei innovativi”, intesi quale insieme di operazioni e/o servizi resi possibili dalle nuove tecnologie aeree. Tali operazioni e/o servizi comprendono sia il trasporto di passeggeri e/o merci sia le operazioni aeree (ad esempio sorveglianza, ispezioni, mappatura, reti di telecomunicazione). Cfr. Comunicazione della Commissione, *Strategia 2.0. per i droni per un ecosistema intelligente e sostenibile di aeromobili senza equipaggio in Europa*, COM(2022) 652 final, del 29 novembre 2022, p. 4, nota 26. Più puntuale risulta la nozione di “mobilità aerea innovativa” che riunisce le operazioni effettuate con nuove tipologie di aeromobili (che non rientrano automaticamente in una delle categorie tradizionali, ma sono dotati di capacità di decollo e atterraggio verticale e di caratteristiche di propulsione specifiche, possono essere utilizzati senza equipaggio, ecc.), concepiti per permettere una nuova mobilità aerea di persone e merci, in particolare nelle aree (urbane) congestionate, sulla base di un'infrastruttura aerea e di terra integrata. La mobilità aerea innovativa comprende eterogenee tipologie di aeromobili (ad esempio aeromobili con e senza equipaggio), la cui progettazione è resa possibile dalle innovazioni in atto, in particolare nei settori dei sistemi di propulsione ibridi ed elettrici, dello stoccaggio dell'energia, dei materiali leggeri, della digitalizzazione e dell'automazione. Tali innovazioni hanno reso possibile una serie di nuovi progetti quali aeromobili multi-rotore, ad ala a inclinazione variabile, a rotore basculante, ad ala alimentata, a decollo e atterraggio corto (*Short Take-Off and Landing, STOL*) e a decollo e atterraggio verticale (*Vertical Take-Off and Landing, VTOL*). Si veda in tal senso la Comunicazione della Commissione, *Strategia 2.0. per i droni*, cit., p. 4-5, nota 27. Il mercato dei servizi con droni si articola in tre segmenti interconnessi tra loro: i c.d. *nuovi servizi aerei innovativi*, a loro volta distinti in “operazioni aeree” (sorveglianza, ispezione, mappatura, produzione di immagini, ecc.) e “mobilità aerea innovativa”, che include la mobilità aerea internazionale, regionale e urbana e, in terzo luogo, lo “U-space”. Si prevede che le prime operazioni di mobilità aerea innovativa saranno effettuate con aeromobili eVTOL con equipaggio, in futuro tali operazioni verranno probabilmente svolte su piattaforme analoghe ma pilotate a distanza, e poi su piattaforme completamente autonome. *Ibidem*.

7. Dal novembre 2020 fino al maggio 2021, l'EASA (*European Safety Agency*) ha condotto uno studio globale sull'accettazione sociale della mobilità aerea urbana nell'Unione europea. I risultati sono consultabili in <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-full-report.pdf>.

gestione del traffico aereo a bassa quota e alla predisposizione di una infrastruttura adeguata a tali innovativi mezzi di trasporto.

È questo l’ambito in cui si inserisce la nuova *Drone Strategy 2.0* dell’Unione europea che sarà considerata nelle pagine che seguono.

2. La prima fase della politica europea sui “droni”(Drone Strategy 1.0).

Il primo tassello della regolamentazione su base europea è relativa agli UAV/UAS civili con massa massima al decollo (MTOM) superiore ai 150 kg è fornito nel 2009 dalla EASA, con l’emanazione della *Policy Statement Airworthiness Certification of Unmanned Aerial Systems (UAs)* ^[8]. Essa lasciava alle autorità aeronautiche nazionali la sola regolazione dei *light* e *small* UAS di peso inferiore a tale limite (aeromodelli e sistemi APR impiegati in attività militari o civili). In realtà solo alcuni Stati membri si erano dotati di una specifica regolamentazione sulla certificazione e l’impiego di tali sistemi ^[9].

Con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Una nuova era per il trasporto aereo. Aprire il mercato del trasporto aereo all’uso civile dei sistemi aerei a pilotaggio*

8. *Rulemaking Directorate, Policy Statement Airworthiness Certification of Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, n. EY01301 del 25 agosto 2009.

9. Come già richiamato, la prima disciplina nazionale emanata è quella italiana, contenuta nel Regolamento ENAC del 16 dicembre 2013, *Mezzi aerei a pilotaggio remoto*, cit. in nota 1. Eterogenea anche la disciplina della responsabilità civile applicabile nei singoli Stati membri, data l’assenza di una normativa uniforme (anche per lo scarso successo della Convenzione di Roma del 1952 sui danni causati da aeromobili stranieri a terzi sulla superficie). La Dichiarazione di Riga del 2017 (v. nota che segue) aveva espresso la necessità che la futura disciplina europea dovesse stabilire espressamente il principio secondo cui l’operatore del drone debba essere responsabile del suo utilizzo. In genere gli ordinamenti nazionali prevedono un regime di responsabilità (spesso oggettiva) dell’*operator*, limitata ad una certa somma definita secondo diversi sistemi, cui si aggiunge la previsione di una copertura assicurativa della responsabilità verso i terzi. In Italia la fattispecie è regolata dall’art. 965, comma 1, del Codice della navigazione che, sulla base del riformato art. 743 – contenente un’ampia definizione di aeromobile che ricomprende non solo ogni macchina destinata al trasporto per aria di persone o di cose, ma anche tutti i mezzi aerei a pilotaggio remoto – è applicabile anche ai danni provocati da droni a persone e cose sulla superficie. (Citare biblio).

remoto in modo sicuro e sostenibile (COM/2014/0207 final), si è dato riscontro alla richiesta dei settori dell’industria manifatturiera europea e dei servizi di rimuovere gli ostacoli all’introduzione dei sistemi RPAS nel mercato unico europeo.

I principi guida della nuova disciplina europea dei sistemi a pilotaggio remoto sono stati definiti dalla Dichiarazione di Riga^[10], resa al termine del Consiglio europeo dei ministri dei trasporti del 6 marzo 2015^[11]. Cardine della nuova regolamentazione è la considerazione dei droni quale nuova tipologia di aeromobili destinataria di norme proporzionate, basate sul rischio di ciascuna operazione, volte a garantire la loro effettiva integrazione nello spazio aereo europeo. Ad essa è seguita la Comunicazione *Una strategia per l’aviazione in Europa* (COM/2015/598 final) del 7 dicembre 2015 volta a migliorare la competitività del settore nel rispetto dei primari obiettivi della sicurezza e dell’ambiente. La soluzione è riconosciuta nell’introduzione di un approccio regolamentare della sicurezza più proporzionato e flessibile basato sui rischi e sulle prestazioni e, al contempo, mirato ad alleggerire quegli obblighi considerati troppo restrittivi dell’iniziativa imprenditoriale (principalmente delle piccole e medie imprese) e tali da condizionare la crescita e l’occupazione, soprattutto delle tecnologie emergenti. L’iniziativa, indirizzata al più vasto comparto dell’aviazione generale, rappresenta una svolta per la disciplina dei mezzi aerei a pilotaggio remoto.

Le Conferenze ad Alto livello sui droni organizzate dall’Agenzia europea per la sicurezza aerea (EASA) tenute a Varsavia

10. Nell’ordinamento europeo tali Dichiarazioni non rivestono un valore normativo, esse esprimono posizioni politiche comuni e dichiarano intenti condivisi tra gli Stati membri dell’Unione Europea che si tradurranno nell’adozione di corrispondenti atti legislativi.

11. Tali principi sono stati così sintetizzati: “1. *Drones need to be treated as new types of aircraft with proportionate rules based on the risk of each operation.* 2. *EU rules for the safe provision of drone services need to be developed now.* 3. *Technologies and standards need to be developed for the full integration of drones in the EU airspace.* 4. *Public acceptance is key to the growth of drone services.* 5. *The operator of a drone is responsible for its use*”. Il testo è disponibile nel sito web <http://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/doc/2015-03-06-drones/2015-03-06-riga-declaration-drones.pdf>.

nel 2016, ad Helsinki del 2017 e ad Amsterdam del 2019, a cui seguono le rispettive Dichiarazioni, aggiungono ulteriori elementi alla politica strategica europea sui droni.

Alla necessità di elaborare un quadro normativo della sicurezza proporzionato al rischio dell’operazione, basato sulle singole prestazioni, la Conferenza di Varsavia del 2016 aggiunge quella relativa all’introduzione graduale di procedure e servizi digitali per l’accesso sicuro ed efficiente nello spazio aereo civile europeo, attraverso lo sviluppo di uno U-space ^[12], dove sia possibile la completa integrazione dell’aviazione *unmanned* con quella *manned*, nel rispetto della *privacy*, della protezione dei dati e dell’ambiente.

L’adozione di un quadro legislativo europeo per i servizi effettuati con i droni, funzionale all’effettiva apertura del mercato, con l’introduzione di misure volte alla concorrenza fra i fornitori di U-space è stata sostenuta dalla Dichiarazione di Helsinki del 2017.

Con la Dichiarazione di Amsterdam del 2018 viene promossa la cooperazione con le città e le regioni europee per la promozione di misure nell’ambito della politica di mobilità intelligente integrata, aerea e terrestre, nel quadro dello U-space.

Sono queste le premesse del nuovo quadro regolatorio dei droni all’interno dell’Unione europea.

3. Il quadro normativo vigente

La prima disciplina europea stabiliva la ripartizione delle competenze fra EASA e autorità aeronautiche nazionali sulla base

12. Si veda *infra*. In Italia la realizzazione dello U-space è affidato a D-Flight S.p.A., una società del Gruppo ENAV, la società italiana responsabile della gestione e controllo del traffico aereo civile in Italia.

del peso degli UAS, ed era diversificata sulla base dell’impiego dei mezzi in operazioni di carattere commerciale o meno, viene sostituita da quella che privilegia l’approccio incentrato nella dettagliata valutazione del fattore di rischio che caratterizza la singola operazione o tipo di operazione (c.d. *risk based approach*).

L’attuale quadro normativo applicabile ai sistemi a pilotaggio remoto (ora definiti “Apparecchi senza equipaggio”) si inserisce nell’ambito dell’unico contesto, valido per l’intero settore dell’aviazione civile (*manned* e *unmanned*), rappresentato Regolamento (UE) 2018/1139 (c.d. regolamento base) ^[13]. Adesso si aggiungono dettagliate norme regolamentari di esecuzione che consentono lo sviluppo di standard di sicurezza anche nelle operazioni condotte da droni, racchiuse nel Regolamento (UE) 2019/945 del 12 marzo 2019, relativo ai sistemi aeromobili senza equipaggio e agli operatori di Paesi terzi di sistemi aeromobili senza equipaggio ^[14], e il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/947 del 24 maggio 2019, relativo a norme e procedure per l’esercizio di aeromobili senza equipaggio ^[15].

La pericolosità delle operazioni condotte dai droni oggi è valutata sulla base del rispetto del c.d. “principio della proporzionalità” che diviene il nuovo criterio di valutazione del

13. Reg. (UE) 2018/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2018, recante norme comuni nel settore dell’aviazione civile, che istituisce un’Agenzia dell’Unione Europea per la sicurezza aerea e che modifica il Reg. (CE) n. 2111/2005, (CE) n. 1008/2008, (UE) n. 996/2010, (UE) n. 376/2014 e le Direttive 2014/30/UE e 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e abroga i Reg. (CE) n. 552/2004 e (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio e il Reg. (CEE) n. 3922/91 del Consiglio. Le scelte del nuovo regolamento base sono state adottate in conformità a due documenti EASA, quello del 29 di maggio 2015, “*Concept of operations for Drones: A risk based approach to regulation of unmanned aircraft*” (disponibile in www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/concept-operations-drones) e la *Opinion* n. 01/2018, “*Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the ‘open’ and ‘specific’ categories*” (in www.easa.europa.eu/document-library/opinions/opinion-012018).

14. Il regime applicabile agli operatori di UAS che abbiano la propria sede, residenza od attività principale in un Paese extra-UE e la cui attività di sorvolo avvenga tutta od in parte nel cielo unico europeo, è definito dall’art. 41 che estende a questi il Reg. es. (UE) 2019/947. In tale caso, l’autorità competente di riferimento è quella del primo Paese UE nel quale l’operatore di UAS intende operare. Il reg. delegato (UE) 2020/1058 della Commissione del 27 aprile 2020 ha modificato il regolamento delegato (UE) 2019/945 con l’introduzione di due nuove classi di sistemi a pilotaggio remoto.

15. Modificato dal Reg. es. (UE) 2020/639 del 12 maggio 2020, per quanto riguarda gli scenari *standard* per le operazioni eseguite entro o oltre la linea visiva, dal Reg. es. (UE) 2020/746 del 4 giugno 2020, per quanto riguarda il rinvio delle date di applicazione di alcune misure nell’ambito della pandemia di Covid-19, e dal Reg. es. (UE) - 2021/1166 del 15 luglio 2021, per quanto riguarda il rinvio della data di applicazione degli scenari *standard* per le operazioni eseguite entro o oltre la linea visiva.

rischio nell'aviazione civile, *manned* e *unmanned* ^[16]. Per ciò che concerne specificatamente questi ultimi, in tale nuovo sistema assume una basilare importanza la mitigazione del rischio mediante l'adozione di un sistema omogeneo di certificazioni, licenze e requisiti tecnico-operativi validi in ogni Stato membro, così come la definizione di livelli e *standard* di sicurezza uniformi ai fini dell'esercizio dei mezzi aerei a pilotaggio remoto (e, come nel caso della disciplina regolamentare italiana, unitamente alla previsione di una copertura assicurativa obbligatoria per responsabilità verso terzi). Allo stato attuale, tuttavia, non è ancora stato definito un peculiare regime di responsabilità civile ^[17].

3.1. Il nuovo Regolamento “basico” del 2018 e i Regolamenti attuativi del 2019

Il nuovo regolamento basico sostituisce la disciplina precedente, *ex* Reg. (UE) 2008/216, che conferiva all'UE la competenza solo in riferimento agli aeromobili *unmanned* con massa operativa al decollo superiore ai 150 kg, lasciando alle autorità aeronautiche nazionali la disciplina di quelli con MTOM inferiore. La competenza dell'UE è stata estesa a tutte le tipologie di droni ^[18], indipendentemente dalla loro dimensione o peso e, più

16. Come precedentemente auspicato dalla Comunicazione *Una strategia per l'aviazione in Europa*, COM (2015) 598, cit. Il principio di proporzionalità è richiamato dal considerando n. 12 del reg. (UE) 2018/1139: “Le misure di regolamentazione dell'aviazione civile nell'Unione adottate in conformità del presente regolamento, e gli atti delegati e di esecuzione adottati sulla base del medesimo dovrebbero corrispondere ed essere proporzionate alla natura e ai rischi dei diversi tipi di aeromobili, operazioni e attività che disciplinano” e ribadite nell'art. 4, par. 2. Per ciò che concerne i sistemi a pilotaggio remoto, il considerando n. 5 del reg. es. (UE) 2019/947, ribadisce che “le norme e le procedure applicabili alle operazioni UAS dovrebbero essere proporzionate alla natura e al rischio dell'operazione o dell'attività e adattate alle caratteristiche operative degli aeromobili senza equipaggio interessati e alle caratteristiche dell'area operativa, come la densità di popolazione, le caratteristiche della superficie e la presenza di edifici”. Inoltre, “Alle operazioni UAS dovrebbero essere applicabili requisiti di attenuazione dei rischi proporzionati al livello di rischio in questione, alle caratteristiche operative degli aeromobili senza equipaggio interessati e alle caratteristiche dell'area operativa” (considerando n. 7).

17. La disciplina non va oltre le previsioni contenute nell'art. 2.4.1 dell'Allegato IX al Reg. (UE) 2018/1139, “gli operatori di aeromobili senza equipaggio sono responsabili delle operazioni e sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a garantirne la sicurezza” e nell'art. 2.4.5, “Gli aeromobili senza equipaggio e le operazioni con aeromobili senza equipaggio devono rispettare i pertinenti diritti garantiti dal diritto dell'Unione”.

18. Permangono in capo alle autorità aeronautiche nazionali le operazioni che ricadono nelle previsioni dell'articolo 2 comma 3 a) del Regolamento (UE) n. 1139/2018 e degli aspetti che rimangono di competenza dello Stato Membro, ovvero quelle relative: “agli aeromobili e ai loro motori, eliche, parti, equipaggiamenti non installati e dispositivi di controllo remoto impegnati in operazioni militari, doganali, di polizia, di ricerca e salvataggio, di lotta antincendio, di guardia di frontiera e costiera o in attività o servizi analoghi, effettuati sotto il controllo e la responsabilità di uno Stato membro, nell'interesse pubblico da, o per conto di, un organismo investito dei poteri di autorità pubblica, né al personale e alle organizzazioni che partecipano alle attività e ai servizi forniti da tali aeromobili”.

in generale, è riconosciuta in materia di progettazione, produzione, manutenzione ed esercizio di aeromobili (*manned* e *unmanned*), dei loro motori, eliche, parti, equipaggiamenti non installati, dispositivi di controllo remoto nonché di personale, compresi i piloti remoti, e delle organizzazioni coinvolte in dette attività (art. 2, par. 1, lett. *a* e *b* e art. 55).

La garanzia di un soddisfacente livello di sicurezza per le persone a terra e per gli altri utenti dello spazio aereo presuppone il rispetto dei “Requisiti essenziali degli aeromobili senza equipaggio”, previsti nella sez. VII, artt. da 55 a 58 del regolamento, e specificati nell’allegato IX ^[19].

L’approccio seguito, incentrato sulle singole operazioni, risulta più flessibile e maggiormente rispondente alla complessità ed eterogeneità delle possibili missioni effettuate con droni rispetto a quello, vigente in precedenza, basato sul peso del velivolo ^[20].

A tale *corpus* normativo seguono il Regolamento (UE) 2019/945 del 12 marzo 2019, relativo ai sistemi aeromobili senza equipaggio e agli operatori di Paesi terzi di sistemi aeromobili senza equipaggio ^[21], e il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/947 del 24 maggio 2019 ^[22], relativo a norme e procedure per l’esercizio di aeromobili senza equipaggio.

19. Segnatamente, l’Allegato IX prevede: requisiti essenziali per la progettazione, la produzione, la manutenzione e l’esercizio di aeromobili senza equipaggio (artt. 1-2); requisiti ambientali (art. 3); requisiti essenziali riguardanti la registrazione degli aeromobili senza equipaggio e dei loro operatori e la marcatura degli aeromobili senza equipaggio (art. 4). A tali disposizioni si aggiungono quelle eventualmente previste dagli atti delegati adottati dalla Commissione di cui all’articolo 58 e dagli atti di esecuzione di cui all’articolo 57, i requisiti essenziali di cui agli allegati II (aeronavigabilità), IV (equipaggio) e V (operazioni di volo).

20. Come si legge nel considerando n. 26 del nuovo regolamento basico (UE) 2018/1139: “le operazioni degli aeromobili senza equipaggio dovrebbero essere soggette a regole proporzionate al rischio della particolare operazione o tipo di operazione”.

21. Come modificato dal Reg. del. (UE) 2020/1058 del 27 aprile 2020. Il regime applicabile agli operatori di UAS che abbiano la propria sede, residenza od attività principale in un Paese extra-UE e la cui attività di sorvolo avvenga tutta od in parte nel cielo unico europeo è definito dall’art. 41 del Reg. del. (UE) 2019/945 che prescrive inoltre l’osservanza del reg. del. (UE) 2019/947. In tal caso l’autorità aeronautica competente è quello dello Stato UE in cui avviene il primo sorvolo.

22. Modificato dal Reg. es. (UE) 2020/639 del 12 maggio 2020, per quanto riguarda gli scenari *standard* per le operazioni eseguite entro o oltre la distanza di visibilità, dal Reg. es. (UE) 2020/746 del 4 giugno 2020, per quanto riguarda per quanto riguarda il rinvio delle date di applicazione di determinate misure nel contesto della pandemia di Covid-19, e dal Reg. es. (UE) 2021/1166 del 15 luglio 2021, per quanto riguarda il rinvio della data di applicazione degli scenari *standard* per le operazioni eseguite entro o oltre la distanza di visibilità.

L'art. 3 del Reg. es. (UE) 2019/947 della Commissione suddivide gli aeromobili senza equipaggio in tre categorie operative: *open*, *specific* e *certified*. Queste categorie sono soggette a una distinta regolamentazione e a distinti adempimenti operativi.

La categoria *open*, che comprende operazioni caratterizzate da un rischio operativo relativamente basso, è soggetta ad un regime più flessibile. Per tali impieghi, infatti, non è richiesta né un'autorizzazione operativa preventiva da parte dell'autorità competente, né un'apposita dichiarazione dell'operatore del mezzo prima che la missione abbia inizio. Queste missioni devono essere condotte solo con droni con massa operativa al decollo non superiore ai 25 kg, ad un'altezza massima di 120 m dal suolo, lontano da aree ed infrastrutture sensibili (come ad esempio aeroporti), entro la linea di visibilità del pilota remoto e a condizione che non vengano sorvolati assembramenti di persone^[23].

La categoria *specific* è invece connotata da un livello di rischio medio. In questo caso è richiesta una preliminare autorizzazione operativa preventiva rilasciata dall'autorità competente che dovrà tenere in debita considerazione le misure di mitigazione individuate nella valutazione del rischio operativo^[24], predisposta in completa autonomia dall'operatore del mezzo. È invece sufficiente una dichiarazione dell'operatore del mezzo a pilotaggio remoto in alcuni scenari definiti *standard*^[25], in tal caso le operazioni potranno avere luogo quando l'autorità competente confermerà il ricevimento di una dichiarazione

23. Le operazioni *open* sono ulteriormente suddivise in tre sottocategorie che dipendono dalla posizione del velivolo in volo rispetto alle persone (A1, sopra alle persone; A2, vicino alle persone; A3: lontano dalle persone).

24. La mitigazione del rischio medio connesso alle operazioni rientranti nella categoria *specific* è supportata dall'adozione di adeguate misure di *safety* – definite nello *Specific Operation Risk Assessment* (SORA) – individuate da una complessa metodologia predisposta dal gruppo di esperti provenienti dalle autorità aeronautiche nazionali in seno alle *Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems* (JARUS).

25. Come specificato negli Allegati al Regolamento (UE) 2019/947. Da menzionare le Decisioni esecutive ED 2020/022/R del 17 dicembre 2020, come modificata dalle successive ED 2020/022/R (del 17 dicembre 2020) e ED 2022/002/R (del 9 febbraio 2022) che rappresentano le linee guida per l'implementazione uniforme del Reg. (UE) 2019/947 in tutti gli Stati membri.

completa. La preventiva autorizzazione non è invece necessaria se si è in possesso di un certificato di operatore UAS leggero (*Light Unmanned Certificate* – LUC).

Le operazioni caratterizzate da un livello di rischio particolarmente elevato e, come tale, equiparabile a quello connesso all'esercizio di un aeromobile con equipaggio, sono ricomprese nella categoria *certified*. In questo caso è prevista l'applicazione di un regime amministrativo più stringente. Al fine di garantire il massimo livello di sicurezza è richiesta la certificazione dell'operatore, del sistema aereo a pilotaggio remoto e della licenza del pilota (così come disposto dall'art. 3 lett. c), reg. (UE) 2019/947). Queste condizioni sono imposte se l'UAS ha una dimensione superiore ai tre metri ed è impiegato su assembramenti di persone, per il trasporto di persone, per il trasporto di merci pericolose che possono comportare rischi elevati per terzi in caso di incidente.

Come si vedrà *infra*, è su questa tipologia di operazioni, condotte con l'uso di veicoli innovativi, compresi i droni, indipendentemente dal peso, che la nuova strategia *Drone 2.0* incentra lo sviluppo del mercato della nuova *Innovative Air Mobility* (IAM) nella triplice dimensione internazionale, regionale ed urbana. Questo nuovo concetto di mobilità potrà fornire un apporto significativo al superamento degli ostacoli infrastrutturali nel trasporto di persone e cose, accrescendo l'offerta di servizi e, al contempo, essa potrà contribuire a ridurre le emissioni ed accrescere la sicurezza stradale.

3.2. Lo U-space

Corollario imprescindibile della strategia per una mobilità sostenibile e intelligente è il pacchetto normativo per *U-space*, contenuto in tre disposizioni regolamentari del 2021 che hanno

come obiettivo la progressiva integrazione delle operazioni e dell'esercizio degli aeromobili senza equipaggio all'interno del cielo unico europeo^[26]. Il Reg. del. (UE) 2021/664, e i Reg. es. (UE) 2021/665 e 2021/666 sono volti a consentire la definizione di un primo quadro normativo, applicabile a partire dal 26 gennaio 2023, che garantirà lo svolgimento di operazioni di routine con droni, in zone geografiche designate, nel rispetto della tutela della sicurezza sia dei terzi sulla superficie sia dei tradizionali utenti dello spazio aereo^[27].

Gli operatori di droni potranno effettuare in sicurezza servizi più complessi e a lunga distanza, anche nello spazio aereo a bassa quota (al di sotto del 120 metri) congestionato dal traffico aereo (come nelle grandi città, in prossimità di aeroporti), oltre la linea visiva (*Beyond the Visual Line Of Sight* B-VLOS), sopra le persone, in modo autonomo/automatico e anche di notte^[28]. Tale integrazione presuppone che l'operatore di droni che pianifichi eseguire missioni in tale particolare contesto sia tenuto ad ottenere un'apposita autorizzazione al volo e soprattutto deve avvalersi di un insieme di servizi erogati da fornitori certificati, *U-space Service Providers* (USSPP). Questi ultimi, sulla base di accordi commerciali,

26. Il progetto *U-space* è stato elaborato da *Sesar Joint Undertaking*, su mandato conferito dalla Commissione europea nel 2015, nell'ambito del partenariato pubblico-privato europeo concepito al fine di accelerare, attraverso la ricerca e l'innovazione, la realizzazione del Cielo Digitale Europeo e a modernizzare il controllo del traffico aereo in Europa. L'*U-space* ha l'obiettivo di coordinare le esistenti infrastrutture, procedure e servizi aeronautici consentendo l'integrazione delle operazioni e dell'esercizio degli aeromobili senza equipaggio all'interno del cielo unico europeo. Le fasi della sua realizzazione sono quattro. Nella prima, *U1 - Foundation*, sono predisposti i servizi di base tra cui la registrazione del drone (*e-registration*), l'identificazione del drone sulla mappa tramite ID (*e-identification*) e la creazione di un perimetro virtuale (*geofencing*). Nella seconda, *U2 - Initial*, sono delineati i servizi per la gestione delle operazioni di volo, tra cui la creazione di un piano di volo (*flight planning*), l'approvazione del volo (*flight approval*), il tracciamento degli spostamenti del drone (*tracking*) e interazione con il controllo del traffico aereo (ATC). Nella terza, *U3 - Advanced*, sono definiti i servizi avanzati a supporto di operazioni più complesse in aree densamente popolate come il controllo e l'individuazione di conflitti e le funzionalità di automazione del “*detect and avoid*”. L'ultima fase, *U4 - Full*, è quella che ricomprenderà servizi completi, con livelli molto alti di automazione, connettività e digitalizzazione.

27. Reg. del. (UE) 2021/664 del 22 aprile 2021, relativo a un quadro normativo per lo U-space; Reg. es. (UE) 2021/665 del 22 aprile 2021, che modifica il Reg. es. (UE) 2017/373 per quanto riguarda i requisiti per i fornitori di servizi di gestione del traffico aereo e di navigazione aerea e di altre funzioni della rete di gestione del traffico aereo nello spazio aereo U-space designato nello spazio aereo controllato; Reg. es. (UE) 2021/666 del 22 aprile 2021, che modifica il Reg. (UE) n.923/2012 per quanto riguarda i requisiti dell'aviazione con equipaggio operante nello spazio aereo U-space.

28. Sono esenti le operazioni UAS effettuate nell'ambito di club e associazioni di aeromodellismo che hanno ricevuto un'autorizzazione in conformità all'articolo 16 del reg. es. (UE) 2019/947 e ai droni < 250 grammi costruiti da privati con velocità massima 19 m/s e quelli con marcatura C0.

coordineranno le operazioni dei droni con i fornitori dei servizi di navigazione aerea (*Air Navigation Service Provider - ANSP*) per gli aerei con equipaggio che dovranno garantire il coordinamento delle autorizzazioni di volo. I servizi base riguardano l'autorizzazione di volo UAS, la consapevolezza delle informazioni geografiche (*geo-awareness*) l'identificazione elettronica della rete, le informazioni sul traffico. A questi si aggiungono i servizi facoltativi delle informazioni meteo e il monitoraggio della conformità ai requisiti U-space. Gli scambi di dati tra USSP e ANSP saranno garantiti dal fornitore di servizi di informazione comune (*Common Information Services CIS*).

Al fine della piena operatività di tali disposizioni, sarà necessaria l'attuazione di tali regole da parte degli Stati membri a cui è riservata la competenza sulla designazione dello U-space e sulla modalità di accesso allo spazio aereo sovrastante il loro territorio nazionale ^[29].

4. I nuovi scenari aperti dalla Urban Air Mobility (UAM)

I dati Eurostat rivelano che in Europa, la percentuale di popolazione urbana sul numero totale degli abitanti supera il 70%. Secondo alcune previsioni, entro il 2030 la popolazione delle città medio-grandi dell'Unione Europea è destinata a crescere

29. Il 16 dicembre 2022 è stata pubblicata dalla EASA la prima edizione delle *Acceptable Means of Compliance (AMC) e Guidance Material (GM)* per completare le necessarie direttive implementative con l'obiettivo di: stabilire metodi e criteri a supporto dell'*Airspace Risk Assessment* per una corretta designazione degli spazi *U-space*; identificare i requisiti di performance raccomandati; consentire l'interoperabilità dei servizi; assicurare la proporzionalità dei rischi e le categorie delle operazioni previste per la prima fase; facilitare l'armonizzazione delle implementazioni *U-space*. - In Italia, il Regolamento ENAC UAS-IT del 2021 disciplina la procedura di registrazione elettronica dell'operatore di tutti i droni con MTOM uguale o maggiore di 250 grammi (o che in caso di impatto sono suscettibili di trasferire al corpo umano un'energia cinetica superiore a 80 Joule) che prevede la successiva assegnazione di un codice identificativo QR da apporre sul mezzo aereo e sulla stazione di comando e controllo. Sono previste misure sugli attestati di pilotaggio, le mission planning, comunicazioni di eventi ed indagini (come per gli aeromobili tradizionali) e stabilite sanzioni per l'inosservanza del Regolamento, una copertura assicurativa obbligatoria ex reg. (CE) 785/2004, disposizioni sulla *security* (in accordo con il Ministero dell'Interno e con accessibilità dei dati all'Autorità di Pubblica Sicurezza), protezione dei dati e privacy e tariffe.

fino a comprendere oltre 340 milioni di residenti ^[30]. Queste trasformazioni incideranno profondamente sul tessuto urbano, basti pensare alle emissioni di gas a effetto serra, all'inquinamento atmosferico, acustico e idrico, ma anche gli infortuni e gli incidenti stradali, la congestione del traffico e la perdita di biodiversità.

A ciò si aggiunga l'esperienza maturata durante la pandemia da COVID-19 che ha rivelato il ruolo basilare delle attività di trasporto e gli effetti deleteri, in termini di costi sociali, sanitari ed economici degli ostacoli o della riduzione della libera circolazione delle persone.

I nuovi scenari di crescita nel settore dei trasporti individuati dall'Unione europea si basano su un sistema di trasporto multimodale efficiente e interconnesso, sia per passeggeri che per le merci, consolidato da una rete ferroviaria ad alta velocità a prezzi accessibili, che offra una mobilità più pulita e veloce in città più verdi e supportata da una capillare infrastruttura di ricarica e rifornimento per i veicoli a emissioni zero e dalla fornitura di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio. Nel dicembre 2020, la Commissione europea ha infatti elaborato una *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, predisponendo un dettagliato piano d'azione in ottantadue punti da realizzarsi mediante dieci iniziative “faro”, dedicate rispettivamente alla mobilità sostenibile, intelligente e resiliente ^[31].

30. I dati sono contenuti nello *Study on the societal acceptance of Urban Air Mobility in Europe*, condotto da McKinsey & Company per l'EASA, pubblicato il 19 maggio 2021 e consultabile in <https://www.easa.europa.eu/en/full-report-study-societal-acceptance-urban-air-mobility-europe>.

31. Si tratta della *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni Bruxelles, COM(2020) 789 final del 9 dicembre 2020. Il piano d'azione prevede le seguenti iniziative da realizzarsi nel 2021-2025. Per la “mobilità sostenibile” sono previste: l'iniziativa faro 1: promuovere la diffusione di veicoli a emissioni zero, di carburanti rinnovabili e a basse emissioni di carbonio e delle relative infrastrutture; l'iniziativa faro 2: creare aeroporti e porti a emissioni zero; l'iniziativa faro 3: rendere più sostenibile e sana la mobilità interurbana e urbana; l'iniziativa faro 4: rendere più ecologico il trasporto merci; l'iniziativa faro 5: fissazione del prezzo del carbonio e migliori incentivi per gli utenti. Per quanto concerne la “mobilità intelligente”: l'iniziativa faro 6: trasformare in realtà la mobilità multimodale connessa e automatizzata; l'iniziativa faro 7: innovazione, dati e IA per una mobilità intelligente. Per le azioni volte ad una “mobilità resiliente”: l'iniziativa faro 8: rafforzare il mercato unico; l'iniziativa faro 9: rendere la mobilità equa e giusta per tutti e l'iniziativa faro 10: rafforzare la sicurezza dei trasporti. - Come si vedrà, l'“Ulteriore sviluppo del quadro normativo per i droni e gli aeromobili senza equipaggio, compreso lo U-Space e l'adozione di una strategia 2.0 per i droni” da realizzarsi nel 2021-2023 sono obiettivi inseriti nella iniziativa faro 7.

Nella stessa ottica il programma avviato dalla EASA nel 2020 che individua nella realizzazione della mobilità aerea urbana (*Urban Air Mobility - UAM*) un aiuto efficace nella risoluzione dei problemi di natura tecnica e ambientale dei trasporti a cui si è fatto cenno^[32]. La UAM è basata su di un sistema integrato di trasporto aereo per passeggeri e merci che potrebbe consentire entro il 2025 di promuovere mobilità più intelligenti, ecologiche e integrate verso queste aree urbane congestionate^[33]. Il primo passo verso questo nuovo scenario è stato quello di sondare la disponibilità dei cittadini europei ad accettare questa nuova modalità di trasporto, tenendo in debito conto le preoccupazioni e le aspettative in materia di sicurezza, di protezione dei terzi in superficie, di tutela della privacy e non ultimo dell’impatto ambientale.

La definizione di misure pertinenti e di un contesto normativo adeguato che possa disciplinare questa nuova modalità di trasporto, l’UAM, integrata e complementare alle infrastrutture terrestri e aeree esistenti, nel rispetto dell’ambiente e della qualità di vita dei residenti oltre che del patrimonio culturale delle città europee sono le premesse necessarie per lo sviluppo di questo mercato emergente^[34].

32. I termini “*Advanced Air Mobility (AAM)*” e “*Urban Advanced Mobility (UAM)*” nel linguaggio comune sono usati indifferentemente. Secondo quanto riportato nello *Study on the societal acceptance of Urban Air Mobility in Europe*, cit., p. 8, l’AAM indica precipuamente il trasporto di passeggeri e merci e altre missioni aeree in aree geografiche urbane, regionali e interregionali. In assenza di definizioni standard concordate, l’EASA ha scelto di utilizzare il termine “*Urban Air Mobility*”, che fa esplicito riferimento al contesto specifico delle operazioni, ossia le città e gli ambienti densamente popolati, ed è quindi più facilmente comprensibile per il grande pubblico. Un’altra precisazione concerne l’uso del termine “*Urban*”, che deve intendersi riferito al più ampio concetto di area urbana funzionale (*functional urban areas - FUAs*) utilizzato da Eurostat: “Un’area urbana funzionale è costituita da una città e dalla sua zona di pendolarismo. Le aree urbane funzionali sono quindi costituite da una città densamente abitata e da una zona di pendolarismo meno densamente popolata il cui mercato del lavoro è fortemente integrato con la città” (<https://www.oecd.org/regional/regional-statistics/functional-urban-areas.htm>). Cfr. *Study*, cit., 8.

33. *Ibidem*. Nello *Study on the societal acceptance of Urban Air Mobility in Europe*, cit., p. 2, è riportata una definizione di *Urban Air Mobility (UAM)*, quale “*an air transportation system for passengers and cargo in and around urban environments*”. L’indagine condotta tra novembre 2020 e aprile 2021 ha riguardato quattromila residenti di sei città europee: Barcellona, Budapest, Amburgo, Milano, Parigi e la regione transfrontaliera dell’Öresund.

34. Secondo la Comunicazione della Commissione, *Strategia 2.0. per i droni per un ecosistema intelligente e sostenibile di aeromobili senza equipaggio in Europa*, p. 5, la dimensione stimata del mercato UAM in Europa entro il 2030 sarà di circa 14,5 miliardi di euro, con un tasso di crescita annuo composto del 12,3% e la creazione di 145.000 posti di lavoro.

Questo innovativo sistema di trasporto aereo per il trasporto di persone e cose si baserà sui droni e sui nuovi veicoli elettrici *Vertical Take-Off and Landing* VTOL, a decollo e atterraggio verticale, da impiegare in servizi commerciali di aerotaxi, che dovranno avvalersi di nuove infrastrutture, integrate con quelle preesistenti, i c.d. “vertiporti” (*vertiports*)^[35].

Secondo una definizione tecnica fornita dalla EASA, il vertiporto “è un’area, su terra, acqua o una struttura, utilizzata o intesa per essere utilizzata per il decollo e l’atterraggio di un velivolo VTOL”^[36]. È indispensabile che queste nuove infrastrutture di volo, che possono trovarsi sul suolo o in cima agli edifici, siano facilmente accessibili, collegate in maniera efficiente con strade, stazioni ferroviarie, autobus, ecc.

I servizi UAM sono stati sperimentati a livello mondiale, tra il 2019 e il 2021, in 205 casi^[37], ma è l’EASA a pubblicare nel marzo 2022 la prima guida al mondo per la progettazione dei “vertiporti”^[38].

Sul piano nazionale, il primo *Piano strategico nazionale AAM (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata*, adottato da ENAC nel settembre 2021, rappresenta un importante tassello di questo nuovo quadro regolamentare^[39].

35. Altrettanto basilari l’ausilio di affidabili tecnologie di connettività (come il 5G) e un’efficiente gestione del traffico aereo (UTM-*Urban Traffic Management*).

36. Consultabile in <https://www.easa.europa.eu/en/light/topics/vertiports-urban-environment>.

37. Come è riportato nel Report, *L’Advanced Air Mobility & Delivery: Applicazioni, Tecnologia e Accettazione Sociale*, pubblicato il 19 aprile 2022 dall’Osservatorio Droni e Mobilità aerea avanzata, in (<https://www.osservatori.net/it/prodotti/formato/report/advanced-air-mobility-delivery-applicazioni-tecnologia-accettazione-sociale-report>), di questi casi, il 93% ha riguardato il trasporto di beni con droni (*Urban Air Delivery*) e il restante 7% il trasporto di persone (*Urban Air Mobility*).

38. Si tratta del *Prototype Technical Specifications for the Design of VFR Vertiports for Operation with Manned VTOL-Capable Aircraft Certified in the Enhanced Category (PTS-VPT-DSN)*, del marzo 2022, in <https://www.easa.europa.eu/en/document-library/general-publications/prototype-technical-design-specifications-vertiports>

39. È da menzionare il Protocollo d’Intesa per l’avvio del progetto nazionale di *Urban Air Mobility (UAM) “Innovazione e-Mobilità”*, sottoscritto il 16 dicembre 2019 tra il Ministro italiano per l’innovazione tecnologica e la digitalizzazione e il Presidente dell’Ente Nazionale per l’Aviazione Civile (ENAC). Cfr. https://www.enac.gov.it/sites/default/files/allegati/2020-Ago/Urban_Air_Mobility-Protocollo_intesa_ENAC-Ministro_Innovazione.pdf. A questo documento è seguito il *Piano Strategico Nazionale AAM (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata in Italia*, del 30 settembre 2021, consultabile in https://www.enac.gov.it/sites/default/files/allegati/2021-t/01_Piano%20Strategico%20Nazionale%20AAM_ENAC_web.pdf. È in questa direzione l’inaugurazione il 6 ottobre 2022 del primo vertiporto in Italia presso l’aeroporto internazionale Leonardo da Vinci di Fiumicino che dal 2024 sarà destinato ad effettuare operazioni commerciali di aerotaxi con la Stazione Termini.

5. La nuova pianificazione dell’Unione Europea (Drone Strategy 2.0)

La *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, inserisce la necessità di una *Drone Strategy 2.0*, unitamente ad un “Ulteriore sviluppo del quadro normativo per i droni e gli aeromobili senza equipaggio, compreso lo U-Space”, nell’iniziativa “faro 7” (“*innovazione, dati e IA per una mobilità intelligente*”). Essa rappresenta un prodromo della proposta di regolamentazione per le cosiddette operazioni ad alto rischio della categoria specifica dei droni e per le operazioni della categoria certificata dei droni e dei VTOL con equipaggio in ambiente urbano.

Si tratta di una fase di regolazione più avanzata del diritto europeo che tiene in considerazione i recenti sviluppi tecnologici ma anche le nuove sfide strategiche imposte dalla congiuntura attuale. La *Drone Strategy 2.0* si pone di contribuire agli obiettivi della strategia per una mobilità sostenibile e intelligente ma anche a quelli del piano d’azione sulle sinergie tra industria civile, della difesa e dello spazio^[40]. La finalità è quella di rafforzare il ruolo geopolitico dell’UE anche nel settore della sicurezza e della difesa^[41]. Uno dei punti che saranno considerati riguarda le azioni di tutela dalle possibili minacce che i droni potrebbero causare e le misure per affrontare i droni non cooperativi.

40. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Piano d’azione sulle sinergie tra l’industria civile, della difesa e dello spazio”, COM(2021) 70 final del 22 febbraio 2021.

41. Conformemente alle conclusioni adottate dal Consiglio europeo, il 21 marzo 2022 e racchiuse nel documento, “*Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa - Per un’Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali*”.

6. Gli obiettivi individuati

La pianificazione della Commissione UE prevede l'adozione di disposizioni che si concentreranno in dieci settori e saranno rivolte verso due principali obiettivi: *a)* costruire il mercato dei servizi dei droni dell'Unione e *b)* rafforzare le capacità e le sinergie delle industrie civile, della sicurezza e della difesa nell'Unione ^[42].

a.1) Migliorare le capacità dello spazio aereo, attraverso lo sviluppo dello U-space e l'integrazione con la gestione del traffico aereo

Per quanto concerne il primo obiettivo (*a*), il primo settore di intervento per la creazione di un mercato dei servizi con droni all'interno della UE è relativo all'ottimizzazione della capacità dello spazio aereo attraverso lo sviluppo dello U-Space. L'integrazione dei droni nello spazio aereo presuppone la revisione delle norme vigenti in materia di sicurezza aerea, rappresentate dalla gestione dell'*Air Traffic Management* (ATM) e dalle regole dell'aria europee standardizzate (*Standardised European Rules of the Air*, SERA) che si basano sul principio *see and avoid* cui deve attenersi il pilota per evitare collisioni in volo ^[43]. È evidente che l'applicazione di tale principio alle operazioni con veicoli *unmanned* può presentare difficoltà. I rischi di collisione dovranno essere pertanto mitigati con corrispondenti mezzi alternativi.

42. L'intento dichiarato è il rafforzamento di ogni segmento dell'intera catena di valore dei droni: operatori, produttori, il settore della difesa, il settore delle tecnologie anti-droni e lo U-space. Nel dettaglio, il macro-obiettivo A) “costruire il mercato dei servizi con droni dell'Unione” si basa su cinque settori, a loro volta articolati in otto azioni “faro”: 1) migliorare le capacità dello spazio aereo (sviluppo dello U-space e integrazione con la gestione del traffico aereo); 2) agevolare le operazioni aeree; 3) sviluppare la mobilità aerea innovativa; 4) garantire la sostenibilità e l'accettazione sociale; 5) promuovere la dimensione umana (conoscenza, formazione, abilità, competenze). Il macro-obiettivo B) “rafforzare le capacità e le sinergie delle industrie civile, della sicurezza e della difesa nell'Unione” ricomprende ulteriori cinque settori, a loro volta destinatari di 10 azioni “faro”: 1) erogare fondi e finanziamenti; 2) individuare componenti ed elementi abilitanti delle tecnologie strategici; 3) consentire prove e dimostrazioni; 4) guidare l'elaborazione di norme comuni; 5) aumentare le capacità anti-droni e la resilienza del sistema.

43. Si veda il Regolamento di esecuzione (UE) n. 923/2012 della Commissione, del 26 settembre 2012, che stabilisce regole dell'aria comuni e disposizioni operative concernenti servizi e procedure della navigazione aerea e che modifica il regolamento di esecuzione (UE) n. 1035/2011 e i regolamenti (CE) n. 1265/2007, (CE) n. 1794/2006, (CE) n. 730/2006, (CE) n. 1033/2006 e (UE) n. 255/2010.

L'integrazione sicura e protetta delle operazioni con droni e con aeromobili eVTOL pilotati nello spazio aereo è l'obiettivo del programma U-space di cui si è fatto cenno. Il quadro normativo iniziale prevede una distinzione tra lo spazio aereo per i droni e lo spazio aereo utilizzato per le operazioni con equipaggio. La seconda fase realizzerà la piena integrazione dei due, consentendo a tutti gli utenti dello spazio aereo (aeromobili con e senza equipaggio, traffico aereo ordinario e mobilità aerea innovativa, ma anche il traffico degli operatori di Stato, compresi gli aeromobili militari, con equipaggio e senza equipaggio) di operare in modo libero e sicuro all'interno dello stesso spazio aereo o di transitare tra gli spazi aerei.

Al fine dell'attuazione del quadro normativo iniziale, l'EASA dovrà disciplinare i protocolli necessari per lo scambio di informazioni tra i fornitori di servizi di navigazione aerea e i fornitori di servizi U-space con il fornitore di servizi comuni di informazione e definire meglio i requisiti relativi alle prestazioni di navigazione. Altro fattore che risulterà determinante è la collaborazione dei soggetti attivi nei settori della gestione del traffico senza equipaggio e delle comunicazioni mobili volta a promuovere la condivisione delle informazioni.

A tal fine sarà necessaria la trasformazione da tre settori distinti di comunicazione, navigazione e sorveglianza (*Communication Navigation and Surveillance - CNS*) a un unico ambiente CNS integrato, comprendente tutte le attuali tecnologie CNS utilizzate per la gestione del traffico aereo, ma anche quelle necessarie per sostenere lo U-space, la mobilità aerea innovativa, l'integrazione dei droni e le operazioni nello spazio aereo superiore^[44].

44. Secondo l'azione “faro” 2, la Commissione continuerà a promuovere attività di ricerca coordinate su tecnologie integrate di comunicazione, navigazione e sorveglianza, nell'ottica di garantire la convergenza tra gli ambienti della gestione del traffico aereo e dello U-space. Cfr. *Drone Strategy 2.0*, cit., p. 10.

Oltre a ciò, la fissazione (e la sorveglianza) dei prezzi dei servizi comuni di informazione, nonché la fissazione dei prezzi per l'accesso ai dati necessari per tali servizi rappresentano un elemento decisivo per lo sviluppo di un mercato competitivo dei servizi con droni^[45].

Secondo la Commissione UE un altro utile strumento è rappresentato dall'instaurazione di una cooperazione sotto l'egida dell'ICAO con partner commerciali al di fuori dell'UE che possa rappresentare una base per un futuro quadro normativo mondiale sui droni con la revisione dell'Annesso 2 ICAO (regole dell'aria).

a.2. Agevolare le operazioni aeree

Allo stato attuale l'impiego di droni in operazioni aeree è prevalentemente effettuata all'interno delle imprese, è necessario incoraggiare lo sviluppo del mercato dei servizi con droni rendendo più flessibile il quadro normativo applicabile. In riferimento è al rischio che alcune operazioni rientranti nella categoria “specifica” (rischio basso) possano invece essere destinatarie di condizioni previste per quella “certificata” (che richiede un regime amministrativo più stringente). Secondo gli operatori del settore in alcuni casi i requisiti per il rilascio di autorizzazioni al volo sono sproporzionate rispetto al livello di rischio sia operativo che finanziario^[46]. L'onere amministrativo connesso al processo di autorizzazione operativa potrebbe essere alleviato elaborando ulteriori scenari standard europei

45. Dovrebbe procedersi con l'adozione della proposta della Commissione sulla definizione di chiare norme in materia di prezzi e di condivisione dei dati, necessarie per lo sviluppo del mercato dello U-space. Cfr. “Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'attuazione del cielo unico europeo (rifusione)”, COM(2020) 579 final del 22 settembre 2020.

46. Poiché gran parte delle operazioni aeree presenta un rischio da basso a medio, le autorità di regolamentazione potrebbero compiere maggiori sforzi per agevolare i casi d'uso nella categoria “specifica” delle operazioni con droni. In questa fase la Commissione ha adottato solo due scenari standard europei riguardanti operazioni a basso rischio nella categoria “specifica”. In tali casi, gli operatori di droni possono semplicemente inviare una dichiarazione alla rispettiva autorità invece di richiedere e attendere un'autorizzazione. Tuttavia, i droni utilizzati in operazioni classificate come a medio rischio della categoria specifica, per cui non è possibile inviare una dichiarazione, potrebbero dover essere sottoposti a una verifica preliminare del progetto da parte dell'AEASA.

e valutazioni predefinite dei rischi ^[47]. In tal modo verrebbe favorito l’accesso al mercato dei droni da parte delle piccole e medie imprese. L’inclusione di nuovi scenari standard, inoltre, potrebbe agevolare le operazioni di Stato o militari e le attività di sorveglianza marittima. ^[48]

Un altro fattore considerato dalla Commissione è il rischio che per l’attuale flessibilità normativa nella definizione delle “zone geografiche UAS” (*ex art. 2.4 del reg. del 2019/947*) o nell’approvazione delle operazioni transfrontaliere possano affermarsi differenti approcci e interpretazioni da parte delle autorità aeronautiche nazionali con conseguenti effetti sulle condizioni di mercato. La Commissione segnala la necessità di rendere uniformi tale regole.

a.3. Sviluppare la mobilità aerea innovativa

Come si è già accennato, la *Innovative Air Mobility* e la *Urban Air Mobility* (UAM) si baseranno su una eterogenea categoria di veicoli che comprende i piccoli droni per la consegna di merci (che rientrano nella categoria “certificata”, impiegata in operazioni con il più alto livello di rischio) e gli aeromobili elettrici a decollo e atterraggio verticale (eVTOL) utilizzati sia per il trasporto di merci che di persone. Come avviene per l’aviazione con equipaggio, gli operatori di droni, i piloti remoti, i droni e gli aeromobili VTOL con equipaggio dovrebbero essere soggetti a norme e procedure uniformi, da adottare in tempi brevi, affinché le operazioni

47. Gli scenari standard europei e la valutazione predefinita dei rischi hanno l’obiettivo di agevolare rispettivamente la procedura di dichiarazione e la procedura di richiesta di autorizzazione da parte degli operatori di droni, garantendo che la valutazione dei rischi sia già stata eseguita conformemente alla metodologia SORA per alcune operazioni a rischio da basso a medio effettuate nella categoria “specificata”. Cfr. *Drone Strategy 2.0*, cit., p. 10, nota 40.

48. *Azione faro 3: la Commissione intende adottare nuovi scenari standard europei per le operazioni aeree a rischio da basso a medio, anche in questo caso modificando il regolamento delegato (UE) 2019/947.*

con droni raggiungano livelli di sicurezza equivalenti a quelle dell'aviazione tradizionale ^[49].

Altro punto fondamentale concerne lo sviluppo di un quadro normativo armonizzato per la certificazione dei vertiporti e di altre infrastrutture di terra che possa garantire agli operatori di droni un accesso aperto ^[50].

La Commissione rileva, inoltre, la necessità che la progettazione delle future soluzioni tecnologiche globali considerino le esigenze e le specificità di tutti gli utenti dello spazio aereo, anche e che siano economicamente accessibili.

C'è poi la questione delle licenze di esercizio degli operatori di droni. L'estensione dell'applicazione delle norme dell'Unione agli aeromobili senza equipaggio ad opera del c.d. regolamento di base del 2018 determina in tal caso l'applicabilità delle disposizioni stabilite dal reg. (CE) n. 1008/2008 anche agli operatori di droni. Concepite per le grandi imprese di trasporto aereo commerciale, queste disposizioni potrebbero rivelarsi eccessivamente gravose per le imprese attive nel settore dei droni. Con l'*Azione faro 6*, la Commissione ha pianificato l'elaborazione di specifici ed equilibrati requisiti economici e finanziari per il rilascio di licenze agli operatori di droni.

49. È questo l'obiettivo delineato nell'*Azione faro 4*: “la Commissione intende adottare norme per la categoria “certificata” delle operazioni con droni riguardo all'aeronavigabilità iniziale e al mantenimento dell'aeronavigabilità dei droni soggetti a certificazione, nonché riguardo ai requisiti operativi applicabili agli aeromobili VTOL con equipaggio”. Ciò comporterà la modifica del regolamento (UE) n. 748/2012 della Commissione, del 3 agosto 2012, che stabilisce le regole di attuazione per la certificazione di aeronavigabilità e ambientale di aeromobili e relativi prodotti, parti e pertinenze, nonché per la certificazione delle imprese di progettazione e di produzione, il regolamento delegato (UE) 2019/945 della Commissione, del 12 marzo 2019, relativo ai sistemi aeromobili senza equipaggio e agli operatori di paesi terzi di sistemi aeromobili senza equipaggio, il regolamento di esecuzione (UE) 2019/947 della Commissione, del 24 maggio 2019, relativo a norme e procedure per l'esercizio di aeromobili senza equipaggio, il regolamento (UE) n. 965/2012 della Commissione, del 5 ottobre 2012, che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative per quanto riguarda le operazioni di volo ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, e il regolamento di esecuzione (UE) n. 923/2012 della Commissione, del 26 settembre 2012, che stabilisce regole dell'aria - comuni e disposizioni operative concernenti servizi e procedure della navigazione aerea e che modifica il regolamento di esecuzione (UE) n. 1035/2011 e i regolamenti (CE) n. 1265/2007, (CE) n. 1794/2006, (CE) n. 730/2006, (CE) n. 1033/2006 e (UE) n. 255/2010.

50. È in questa direzione l'*Azione faro 5*: “la Commissione intende adottare norme per la progettazione e l'esercizio dei vertiporti che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento di base dell'AESA”. In tal caso la modifica riguarderà il regolamento (UE) n. 139/2014 della Commissione, del 12 febbraio 2014, che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativi agli aeroporti ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio.

a.4. Garantire la sostenibilità e l'accettazione sociale

Il coinvolgimento delle comunità locali, dei Comuni, delle Regioni risulta basilare per l'implementazione dei servizi aerei innovativi. Si è già menzionato lo Studio commissionato dalla EASA sull'accettazione sociale delle operazioni di mobilità aerea urbana nell'Unione europea. I dati raccolti sono incoraggianti. L'83 % degli intervistati ha un atteggiamento iniziale positivo nei confronti della mobilità aerea urbana e il 71 % è pronto a sperimentare tali servizi. Permangono però delle riserve concernenti l'inquinamento ambientale visivo e acustico ^[51], la sicurezza e la riservatezza. L'ubicazione delle nuove infrastrutture abilitanti necessarie (ad esempio vertiporti, impianti di telecomunicazione e di distribuzione dell'energia, anche per nuove fonti energetiche come l'idrogeno) nell'ambiente urbano, così come la progettazione delle rotte dovranno necessariamente coinvolgere le comunità locali e armonizzarsi con la pianificazione regionale nelle zone urbane e rurali. A tal fine sarà creata una piattaforma online per favorire l'attuazione della mobilità aerea innovativa sostenibile da parte delle autorità, delle comunità, dei comuni, dell'industria e dei portatori di interessi (*Azione faro 7*).

Altrettanto importante sarà la regolazione della fase di fine vita dei droni, che dovrebbe seguire i modelli dell'economia circolare per quanto riguarda in particolare la produzione di aeromobili, batterie e altri componenti elettronici, per consentirne il riciclaggio e ridurre al minimo l'inquinamento.

51. Il contenimento delle emissioni acustiche dei droni e degli aeromobili eVTOL dovranno essere la priorità della nuova disciplina. Il riferimento è alla modifica dell'allegato II della direttiva sul rumore ambientale volta a adeguare i metodi comuni di determinazione del rumore al progresso scientifico e tecnico, Direttiva 2002/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2002, relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale.

a.5. Promuovere la dimensione umana (conoscenza, formazione, abilità, competenze)

L’*Azione* faro 8 è incentrata sull’adozione di nuovi requisiti in materia di formazione e competenze per i piloti remoti e i piloti di aeromobili VTOL^[52]

Il secondo obiettivo (b) della *Drone Strategy 2.0* sembra esprimere le preoccupazioni emerse in occasione del conflitto che sta interessando l’Europa orientale, ovvero: *b) rafforzare le capacità e le sinergie delle industrie civile, della sicurezza e della difesa europee.*

Le azioni pianificate dalla Commissione UE sono preordinate a supportare l’intero processo di ricerca e innovazione tecnologica nonché le attività di prova e dimostrazione. Centrali saranno le sinergie tra l’uso civile e quello militare dei droni e delle tecnologie correlate ai droni, comprese le soluzioni anti-droni che consentano di individuare e attenuare le minacce comportate dalle operazioni *unmanned*.

b.1. Erogare fondi e finanziamenti

La misura prevede ingenti investimenti nell’ambito dell’attuale Horizon Europe, Programma di finanziamento della ricerca e dell’innovazione. Esso comprende l’iniziativa cofinanziata dalla impresa comune SESAR finalizzata alla realizzazione dello U-space. Specifici finanziamenti supportano la ricerca riguardo alle capacità correlate ai droni e alle tecnologie anti-droni, anche ai fini della sicurezza civile (attività di contrasto, gestione delle frontiere e protezione civile). Altri programmi sono finanziati dal Fondo europeo per la difesa (FED) che promuove la cooperazione

52. Che sarà effettuato modificando il regolamento (UE) n. 1178/2011 della Commissione, del 3 novembre 2011, che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativamente agli equipaggi dell’aviazione civile ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio.

tra le imprese e i soggetti attivi nel campo della ricerca nell’UE, a prescindere dalle dimensioni o dall’origine geografica (*Azione faro 9*)^[53]. Saranno indirizzati verso questo obiettivo anche ulteriori fondi alimentati da altri strumenti supportati dalla BEI, Banca europea per gli investimenti (*Azione faro 10*). Nuove pratiche saranno seguite al fine di agevolare gli scambi tra il settore civile e quello della difesa a favore di progetti che prevedano il duplice uso dei droni (*Azione faro 11*).

b.2. Individuare componenti ed elementi abilitanti delle tecnologie strategici

La sicurezza e la protezione dei componenti tecnologici e delle piattaforme per lo scambio di informazioni nei sistemi di controllo del volo, collegamenti dati e connettività sicuri dal punto di vista informatico, sistemi resilienti di navigazione e di rilevamento ed evitamento, propulsione elettrica e ibrida, batterie e gestione dell’energia, sistemi autonomi di gestione del volo e delle missioni sono componenti critici dei sistemi a pilotaggio remoto che contribuiscono in modo decisivo all’affidabilità delle operazioni.

Lo stesso dicasi per gli elementi abilitanti delle tecnologie: intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, batterie, servizi spaziali dell’UE e le telecomunicazioni mobili. Con l’*Azione faro 12*, la Commissione intende elaborare una tabella di marcia strategica per le tecnologie dei droni al fine di individuare i settori prioritari per stimolare la ricerca e l’innovazione, ridurre le dipendenze strategiche attuali ed evitare che ne emergano di nuove. Strettamente connessa a questa misura l’*Azione faro 13* con la quale

53. Per il periodo 2021-2027 al Fondo europeo per la difesa è destinato un bilancio di quasi 8 miliardi di EUR: 2,7 miliardi di EUR per finanziare la ricerca collaborativa nel settore della difesa e 5,3 miliardi di EUR a integrazione dei contributi nazionali per finanziare progetti collaborativi di sviluppo delle capacità. Tale bilancio viene eseguito mediante programmi di lavoro annuali elaborati in stretta collaborazione con gli Stati membri. La prospettiva pluriennale indicativa per il periodo 2021-2027 individua, ad esempio, lo sviluppo di un prototipo di MALE RPAS (*Medium-Altitude Long-Endurance Remotely Piloted Aircraft System*, sistema aereo a pilotaggio remoto a media quota e lunga autonomia), di un prototipo di HAPS (*High-Altitude Platform System*, sistema di piattaforme ad alta quota), di un prototipo di RPAS (*Remotely Piloted Aircraft System*, sistema aereo a pilotaggio remoto) tattico e di capacità di rilevamento ed evitamento⁵⁸ ai fini di un’ampia integrazione nelle piattaforme.

sarà avviata la definizione di un approccio comune fra le istituzioni europee interessate per garantire alle operazioni con droni uno spettro radio sufficiente^[54].

b.3. Consentire prove e dimostrazioni

L'agevolazione dello scambio tra il settore civile e quello della difesa è la finalità dell'*Azione faro 14* che attiene all'istituzione di una rete dell'UE di centri di prova dei droni a uso civile e di difesa, da distribuire in tutta Europa. Per la scarsa disponibilità dello spazio aereo e di strutture aeroportuali è segnalata l'opportunità di utilizzare strutture militari^[55].

b.4 Guidare l'elaborazione di norme comuni

L'elaborazione di “norme ibride”^[56], applicabili cioè alle tecnologie dei droni a uso civile, di sicurezza e di difesa, dovrebbe essere attivamente perseguita nei settori in cui le tecnologie sono le medesime e i campi di applicazione sono molto simili. Soggetti pertinenti di tale armonizzazione saranno l'EASA, l'agenzia europea per la Difesa (AED) e l'Organizzazione europea per le attrezzature dell'aviazione (EUROCAE) e le autorità militari nazionali chiamati a uniformare i requisiti di certificazione delle applicazioni civili e militari a quelli già stabiliti dall'EASA per i droni civili tenendo in debito conto le specificità militari e quella delle norme di certificazione militare esistenti (*Azione faro 15*)^[57]

54. Le comunicazioni operative e con il carico utile dei droni nonché le soluzioni di gestione del traffico di droni beneficeranno della larghezza di banda e della bassa latenza ultra-affidabile delle reti cellulari 5G e delle future reti 6G. Per soddisfare l'elevata domanda di larghezza di banda dei sistemi 5G e dei futuri sistemi 6G, è fondamentale utilizzare in modo efficiente le limitate risorse dello spettro. *Drone Strategy 2.0*, cit., p. 21.

55. “Man mano che vengono sviluppate nuove tecnologie dei droni, le prove e le dimostrazioni tendono a diventare più complesse da organizzare. Ciò è dovuto in parte al necessario processo di approvazione operativa, che può essere lungo e costoso, talvolta in misura sproporzionata per le sperimentazioni di breve durata senza alcuna applicazione commerciale immediata. Oltre a collaborare con i portatori di interesse del settore per facilitare le operazioni aeree, l'AESA dovrebbe dunque elaborare orientamenti a sostegno dell'approvazione operativa delle operazioni effettuate a fini di prova, sperimentazione o dimostrazione” *Drone Strategy 2.0*, cit., 22.

56. In attuazione della *Politica industriale della sicurezza*, COM(2012) 417 final, e del *Piano d'azione sulle sinergie tra l'industria civile, della difesa e dello spazio*, COM(2021) 70 final.

57. Nella stessa ottica l'*Azione faro 16* secondo la quale la Commissione pianifica di adottare nuovi scenari standard per le operazioni civili che potrebbero agevolare corrispondenti casi d'uso in ambito militare (modificando il reg. del. 2019/947).

b.5. Aumentare le capacità anti-droni e la resilienza del sistema

L’impiego dei droni per finalità ostili e illegittime può facilmente prevedersi, data l’estrema duttilità di questo tipo di apparati e l’ampia diffusione. A livello europeo attualmente non esistono specifiche norme e orientamenti volti a contrastarne l’uso non autorizzato o criminale dei droni. È su questo piano che sarà concepita l’adozione di un pacchetto anti-droni (C-UAS) che comprenderà un manuale sul contrasto dei sistemi di aeromobili senza equipaggio per le infrastrutture critiche e gli spazi pubblici e un manuale sui principi per l’aumento della sicurezza fisica di edifici e siti (*Azione faro 17*). Sarà inoltre necessaria una modifica delle norme in materia di sicurezza aerea al fine di garantire che le autorità aeronautiche e gli aeroporti aumentino la loro resilienza a fronte dei rischi comportati dai droni (*Azione faro 18*).

Il rispetto dei requisiti più rigorosi in materia di sicurezza informatica, soprattutto per le operazioni svolte nella categoria *open e specific*, rappresenta un presupposto imprescindibile per lo sviluppo del settore, per il monitoraggio dell’uso dello spazio aereo, ma anche per contribuire a distinguere i droni utilizzati legalmente da quelli illegali. È questa la finalità dell’*Azione faro 19* con cui saranno definiti i criteri per un marchio volontario che identifichi i “droni europei di fiducia”.

Sono queste le molteplici azioni che saranno intraprese a livello europeo per la transizione graduale verso questo nuovo segmento dell’aviazione che troverà nella *Air Urban Mobility* il suo fulcro.

Il prossimo obiettivo dell’Unione europea dovrà riguardare il processo di armonizzazione del regime della responsabilità per danni cagionati in volo (collisioni in volo) e in superficie

ad opera di aeromobili, *manned* e *unmanned*. Sebbene in molti degli ordinamenti nazionali viga un severo regime che identifica un soggetto responsabile – in genere *l’operator* –, diverse possono essere le azioni risarcitorie e diversi i tempi per ottenere il ristoro dei danni.

La questione si svela in tutta la sua complessità ove si rifletta che, in aggiunta alla lacuna nel diritto europeo, deve registrarsi l’assenza di una disciplina internazionale uniforme applicabile in caso di danni a terzi sulla superficie. Il richiamo è alla Convenzione di Roma del 1952, ratificata da soli quattro Stati membri dell’UE^[58], oltre ai più recenti tentativi di regolare la materia, ovvero: la *Convention on Compensation for Damage caused by Aircraft to Third Parties* (sui danni c.d. generali) e la *Convention on Compensation for Damage to Third Parties, resulting from Acts of Unlawful Interference involving Aircraft* (sui danni causati da atti di interferenza illecita) che paiono destinate al medesimo insuccesso.

58. Assieme a Belgio, Lussemburgo e Spagna, l’Italia è tra i pochi paesi europei ad aver ratificato la Convenzione di Roma del 1954 (l. 2 marzo 1963, n. 674) ma non il suo Protocollo modificativo del 1978. La riforma della parte aeronautica del codice della navigazione del 2006, con il nuovo testo dell’art. 965, per regolare la responsabilità dell’esercente per danni causati dall’aeromobile a persone ed a cose sulla superficie ha introdotto un rinvio alle “norme internazionali in vigore nella Repubblica”, estendendone la portata, dato che esse si applicheranno anche “ai danni provocati sul territorio nazionale da aeromobili immatricolati in Italia”. Saranno coperti anche i danni provocati da droni che, sulla base dell’art. 743 c. nav. “sono altresì considerati aeromobili”.

Regulamentação de Drones no Brasil

Roberto José Silveira Honorato

Superintendente de Aeronavegabilidade - Agência Nacional de Aviação Civil.

A regulação dos sistemas de aeronaves remotamente pilotadas (*remotely piloted aircraft systems* – RPAS), comumente conhecidos como drones, surgiu mais claramente no “radar” das autoridades de aviação civil em 2007 quando a ICAO - Organização Internacional de Aviação Civil instituiu grupo de estudos focado no tema, após entender que a integração da nova tecnologia despontava como desafio. No Brasil, já existiam RPAS em operação pelas forças armadas (cuja regulação não é escopo da autoridade de Aviação Civil), mas, no mundo civil, ainda não se falava no assunto. Mesmo assim, acompanhar aquele grupo de estudos da ICAO, em seu momento inicial, contribuiu para a ANAC obter os primeiros conceitos e entender, de maneira ainda que superficial, as questões regulatórias mais relevantes.

Além da ANAC, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA participaram, e ainda participam, da iniciativa da ICAO, em conjunto e coordenadamente.

Foi durante o ano de 2012 que, objetivamente, a ANAC precisou se manifestar sobre o tópico, em termos regulatórios, quando foi instada pela Polícia Federal do Brasil na autorização de operação de uma aeronave remotamente pilotada de grande porte, adquirida pela PF, de um fabricante israelense. Essa experiência foi o embrião da regulamentação que entrou em

vigor em 2017, conforme trataremos mais à frente. A avaliação do equipamento adquirido pela Polícia Federal envolveu conhecer e entender os critérios técnicos utilizados para o desenvolvimento e aprovação pela autoridade primária (israelense). O ato normativo emitido pela ANAC para autorizar a operação no Brasil, pôde contar com simplificações que facilitaram o desafio regulatório daquele momento. Por exemplo, usualmente os critérios técnicos aplicáveis aos pilotos que irão operar uma nova tecnologia costumam demandar atenção especial e esforço dos reguladores. No caso avaliado à época, todos os pilotos da Polícia Federal possuíam licença de piloto comercial. Como a ideia considerada à época, e de fato adotada, era de se emitir uma Decisão para o caso específico, a ANAC pode abreviar as discussões com relação à formação básica do piloto.

Em paralelo, o mercado dos RPAS de pequeno porte, se desenvolvia a pleno vapor. Algumas empresas brasileiras já desenvolviam drones de pequeno porte para as forças armadas e muitas outras prospectavam a possibilidade de se iniciar no projeto e fabricação de drones. Importante ressaltar que certamente um número significativo de equipamentos importados estavam entrando no Brasil.

Nos anos seguintes, observou-se o crescente interesse por parte da sociedade por estes equipamentos de pequeno porte, em especial aqueles que embarcavam câmeras. O interesse dos brasileiros era focado nas mais diversas aplicações, profissionais ou de lazer, anunciadas ampla e frequentemente na mídia e redes sociais. Filmar eventos, localizar focos de insetos transmissores de doenças, inspecionar o andamento de obras civis, monitorar as plantações agrícolas e a criação de animais, eram algumas das utilidades que exemplificam o interesse naquele momento.

Cenário e premissas para a regulação

“Era premente a necessidade de se iniciar a regular a atividade, de forma a viabilizar seu adequado desenvolvimento.”

Esta afirmação expressa o problema que permeava majoritariamente as discussões, em meio à diferentes visões em relação ao futuro, como que em um cabo de força.

De um lado, havia aqueles que eram contrários a se permitir a operação dos drones, alegando questões legais relacionadas ao elevado risco de uso inapropriado. Por exemplo, um drone poderia ser usado para violar a privacidade de alguém, para realizar tráfico de drogas, para desenvolver atos de terrorismo, dentre várias outras possibilidades de crime e contravenção penal. Em razão desta preocupação, foi elaborado um Projeto de Lei que propunha restrições severas ao uso civil, similares às aplicáveis aos armamentos.

Do outro lado, algumas pessoas, com pensamento mais liberal, defendiam que Drones não eram aeronaves, e, portanto, não estavam sujeitos à legislação em vigor, nem mesmo à regulação aeronáutica, e então, poderiam ser utilizados livremente.

O primeiro grupo tinha fortes argumentos que, de fato, precisavam ser tratados. Obviamente, “viabilizar o adequado desenvolvimento do setor” significava avaliar as mitigações necessárias e proporcionais ao nível de maturidade da tecnologia, naquele momento.

Neste sentido, de forma geral, como premissas iniciais, considerou-se que as operações deveriam ocorrer em espaço aéreo segregado e distante de pessoas desavisadas.

Outras três premissas foram consideradas e publicamente divulgadas. A primeira se referia a intenção da regulação, que seria a de se viabilizar as operações com a nova tecnologia, de forma segura.

Em segundo lugar, a regulamentação de drones teria um certo caráter transitório. Isso porque o ritmo das mudanças tecnológicas sinalizava que a regulamentação precisaria ser revisada mais recorrentemente do que o habitual. Em concordância com o normativo que trata da forma dos regulamentos técnicos da ANAC, o selo de “especial” foi adotado para sinalizar isso. Para o mercado isso significou, e significa, que há a possibilidade de alteração regulatória com impacto nos negócios, fato que deveria ser considerado.

Por fim, na escolha do modelo regulatório, dever-se-ia minimizar o ônus administrativo (dispêndio de tempo e recursos da administração pública), bem como o custo e esforço de cumprimento com a regulação. Mesmo sabendo que a atividade estava em seu começo, algumas de suas características apontavam para um desafio regulatório que potencializava a necessidade de máxima eficiência. Reduzir o custo regulatório maximizaria o cumprimento natural das regras e, então, evitaria eventos negativos de segurança e a necessidade de fiscalização. Desta forma, poder-se-ia habilitar o desenvolvimento, adequado e em volume, das operações e atividades profissionais associadas. Como consequência final, a sociedade teria acesso mais pleno aos benefícios que a tecnologia poderia oferecer.

Modelo regulatório implementado

O processo normativo que resultou na proposta de regulamento contou com ampla participação social. Além da

consulta pública, várias reuniões com o setor foram realizadas com a finalidade de se coletar com maior precisão os aspectos que careciam de intervenção regulatória.

Com relação ao escopo, o regulamento elaborado deveria cobrir todas as atividades com RPAS e aeromodelos, tanto para finalidade profissional como para lazer. Para equipamentos com peso maior que 250g, no qual o piloto tem capacidade de intervir na operação.

A vasta gama de equipamentos e aplicações denotavam diferentes níveis de risco, o que por consequência demandava diferentes soluções regulatórias. Em regra geral, adotou-se requisitos mais restritivos conforme o risco se asseverava. Vários critérios foram considerados para classificar os drones. Por exemplo, considerou-se classificar os drones por meio do cálculo da energia total, ponderando-se o peso (massa) e velocidade máxima.

A maior parte das experiências internacionais existentes, à época, utilizava somente o peso (massa) para classificar os equipamentos e esta foi a decisão regulatória adotada no Brasil. O alinhamento internacional conta como boa prática, pois poderia promover a operação de equipamentos entre os diversos países.

Resumidamente, a proposta de normativo aprovada tem como características:

Classe 3 (limitada)

Caracterizada por equipamentos com peso máximo de decolagem entre 250g e 25kg e limitados em operação até 400ft (120m) de altitude do solo e ao alcance visual do piloto (VLOS – *visual line of sight*).

Este grupo foi submetido a menor nível regulatório, por conta do menor risco envolvido. Para este grupo, não há a necessidade de se obter aprovação do equipamento, enquanto projeto. No entanto, para cada unidade, deve-se realizar cadastro em website especialmente desenvolvido para este propósito. Este cadastro é baseado em autodeclaração, oferecido como serviço imediato e gratuito. Ao acessá-lo e prestar as informações requeridas, o operador é alertado das limitações operacionais. Ao final do cadastro é gerado o comprovante que permite a ação da fiscalização, principalmente, por parte das forças policiais. Para este grupo não foi criado requisito para a licença e habilitação do piloto remoto, nem há a necessidade de registro no Registro Aeronáutico Brasileiro.

Classe 2 e Classe 3 (demais casos)

Os equipamentos Classe 2, composto pelos equipamentos com peso máximo de decolagem entre 25kg e 150kg tem o mesmo tratamento que os demais Classe 3 (equipamentos com peso máximo de decolagem entre 250g e 25kg, exceto nos casos da classe 3 limitada).

Nestes casos optou-se por uma abordagem mais elaborada do que a do grupo anterior. Os projetos precisam obter aprovação prévia em que se avalia o cumprimento com alguns requisitos de segurança, os quais foram incluídos na própria norma. Além disso, inicialmente, considerou-se que era necessário aplicar as mesmas regras de registro aplicadas às aeronaves tradicionais. Para estes grupos há a necessidade de se tratar a qualificação do piloto remoto, conforme avaliação no caso concreto.

Classe 1

Por fim, o grupo que compõem as aeronaves com mais de 150kg são tratados na norma de maneira similar às aeronaves tradicionais. É indicado que o projeto será avaliado em um processo formal de certificação. Já existiam mecanismos para se construir a base regulatória que dá origem à certificação, ajustado ao caso concreto. Este modelo mostrou-se o mais adequado, tendo em vista o incipiente nível de maturidade da tecnologia, e pouca experiência do mercado. Igualmente aos grupos anteriores, inicialmente, considerou-se ser necessário aplicar as mesmas regras de registro aplicadas às aeronaves tradicionais e haver a necessidade de se tratar a qualificação do piloto remoto, conforme avaliação no caso concreto.

Evolução do normativo

A regulamentação está em vigor desde 2017. Atualmente, em setembro de 2023, o cadastro referido acima conta com cerca de 120.000 drones (Classe 3 limitada). Em termos de autorização de projeto (Classe 2 e Classe 3, não limitada), existem oito projetos aprovados pela ANAC e com relação aos Classe 1, nenhum certificado de tipo foi emitido, até então.

Pode-se dizer que a regulamentação cobriu a maioria dos elementos necessários para o desenvolvimento do mercado de Drones do Brasil. Alguns ajustes regulatórios foram necessários ao longo desses anos, com intuito de melhorar sua aderência à necessidade do setor. Por exemplo, algumas isenções foram concedidas para que se permitisse o uso de múltiplos drones com um único piloto, aspecto que foi posteriormente incorporado à regulamentação.

Obviamente, ao longo desses anos muitos aspectos foram melhor entendidos, e, visando explorar uma maneira mais moderna de regulação, ao final do ano de 2021, a ANAC iniciou uma tomada de subsídios para levantar aspectos que poderiam ser tratados na próxima revisão do regulamento, conforme visão e necessidade do setor. O processo contou com ampla participação dos *stakeholders* e, após análise, a ANAC divulgou planejar ações em três momentos.

Em curto espaço de tempo (agenda regulatória do biênio 2021 e 2022), iniciou-se estudo cujo tema estava focado em reavaliar a necessidade de registro no Registro Aeronáutico Brasileiro, dos drones Classe 2 e Classe 3 (não limitada). O regulamento foi revisado em 2022 para simplificar este aspecto e permitir a utilização do sistema de cadastro originalmente aplicável somente aos drones Classe 3 (limitados).

A médio prazo (agenda regulatória do biênio 2023 e 2024) a ANAC propõe uma reestruturação completa do regulamento, buscando implementar metodologia com foco no risco operacional intrínseco, revisando as regras de operações em ambientes limitados. A comunidade internacional desenvolveu um método para se quantificar o risco operacional das operações de drones, chamado SORA - *Specific Operations Risk Assessment*. O Brasil participou do grupo de trabalho que desenvolveu este modelo, o qual já foi adotado por algumas autoridades ao redor do mundo, por exemplo, pela agência europeia. Esta metodologia proporciona um processo lógico para analisar os cenários operacionais e estabelecer um nível adequado de confiança para a operação ser conduzida com um nível de risco aceitável. Este tema encontra-se em desenvolvimento e, ainda, será submetido à audiência pública.

Finalmente, em visão de futuro, a Agência prevê que, mesmo que ainda sem muitos detalhes, deverá atuar para aprimorar a regulamentação prevendo sistemas de identificação eletrônica remota e outros critérios técnicos e operacionais para suportar ambientes UTM - *Unmanned Aircraft System Traffic Management*, em discussão em nível mundial.

Responsabilidad por Daños Causados por Drones Autónomos

Anna Konert

Directora de la Academia de Aviación Lazarski.

1. Avances tecnológicos y jurídicos en el mercado de drones

Los avances tecnológicos en la industria de la aviación están por delante de las regulaciones legales. Esto no es inusual, ya que nos enfrentamos a este desafío en casi todos los demás ámbitos de la vida real.

Varios estudios e informes publicados afirman que los drones irán sustituyendo gradualmente a la aviación “tradicional” (tripulada) en diversos campos como la fotografía aérea, la vigilancia de infraestructuras o las operaciones de búsqueda y rescate. El costo de utilizar sistemas de aviación no tripulada para tales aplicaciones es incomparable al costo incurrido cuando se utilizan plataformas y sistemas de aviación tripulada. Los servicios pueden ser proporcionados por la plataforma no tripulada tanto de forma remota, con un operador (piloto) controlando remotamente la plataforma, como autónomamente, de forma preprogramada, sin la intervención del operador (piloto), o con la función del operador simplemente limitada a la supervisión del sistema. Algunos creen que los sistemas de aeronaves no tripuladas pueden dar lugar a la creación de tipos de servicios completamente nuevos que se derivarían de su capacidad para operar a altitudes muy bajas y en zonas urbanas. La monitorización de la red de transmisión o las actividades precisas de aplicación aérea son buenos ejemplos de estos nuevos “servicios aéreos”.

El derecho público define un VANT/SANT como una aeronave que cae dentro del ámbito de aplicación del derecho aeronáutico, y solo en determinados casos necesitamos regulaciones nuevas y especiales que vayan más allá del marco del derecho aeronáutico tradicional. Sin embargo, el ritmo de progreso y desarrollo de la tecnología de SANT en los últimos años da motivos para afirmar con razón que ahora nos enfrentamos a una *tecnología disruptiva*, que también lo es para los reguladores.

Se puede basar las regulaciones de SANT en ciertos enfoques que se han desarrollado a lo largo de los años para las regulaciones de seguridad de la aviación tripulada. Estas normas deberían, sobre todo, ser proporcionadas. Las mismas pueden y deben diferenciarse en función del riesgo asociado a una determinada operación. No obstante, a diferencia de las normas de seguridad tradicionales, donde la aeronave siempre ha sido el punto de partida, las regulaciones de seguridad de SANT se centran más en las operaciones en sí. Actualmente, no existen estándares comúnmente aceptados para el diseño y fabricación de VANT/SANT. Una aeronave no tripulada es más bien un sistema en el que la aeronave (entendida como un dispositivo capaz de realizar un vuelo sostenido) es solo uno de sus elementos. La aeronave mantiene el vuelo a pesar de carecer de tripulación a bordo y, por tanto, como sistema, debe estar compuesta por otros elementos críticos tales como un sistema de control remoto o sistemas de detección y evitación de tráfico. Estos componentes también deben estar sujetos a estrictos requisitos de seguridad. Determinar estos requisitos no es el único desafío; también es necesario desarrollar reglas para la organización del tráfico de SANT y revisar los principios del tráfico de la aviación tripulada y la organización del espacio aéreo. Desafortunadamente, las normas legales siempre van un paso por detrás cuando se trata de nuevas tecnologías.

A partir del 1 de enero de 2021, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA) estandarizó las regulaciones sobre drones en todos sus estados miembros. El nuevo marco regulatorio reemplaza las regulaciones existentes que anteriormente fueron aprobadas como ley por los estados miembros individuales. Además de los 28 estados miembros, Islandia, Suiza, Liechtenstein y Noruega también adoptaron las nuevas regulaciones sobre drones de EASA. La Unión Europea y EASA establecieron el marco en el ámbito del control no tripulado, pero también es necesario analizar qué está pasando en otros países de Europa. Además, el 22 de abril de 2021, la Comisión Europea adoptó el Reglamento U-Space que allana el camino hacia el uso generalizado de drones. Este reglamento crea las condiciones necesarias para que tanto los drones como las aeronaves tripuladas operen de forma segura en secciones de nuestro espacio aéreo conocido como U-Space. Dicho reglamento entrará en vigor en enero de 2023 y mejorará aún más el mercado europeo de servicios de drones. Además, como parte de la preparación de un marco regulatorio, EASA llevó a cabo el “Estudio sobre la aceptación social de la movilidad aérea urbana en Europa” entre noviembre de 2020 y abril de 2021, centrándose en la aceptación social de las operaciones de la MAU en toda la Unión Europea. Basándose en investigaciones, revisión de literatura, análisis del mercado local, encuestas y entrevistas, el estudio examinó la actitud, las expectativas y las preocupaciones de los ciudadanos de la UE con respecto a la MAU.

EASA desarrolló normas europeas comunes para garantizar la libre circulación de drones y la igualdad de condiciones para todos los operadores de SANT en la Unión Europea. Gracias a las nuevas regulaciones, los pilotos de drones pueden realizar operaciones con drones sin problemas mientras viajan por la UE o desarrollan su negocio de drones en Europa. Los principios descritos se basan en una evaluación de riesgos operativos y logran un equilibrio entre

las responsabilidades de los fabricantes y operadores de drones en términos de seguridad, privacidad, medio ambiente y protección acústica. Estas regulaciones facilitan volar un dron en las mismas condiciones en la mayor parte de Europa.

2. Drones autónomos de uso civil: ¿marco legal?

Actualmente, la ley prohíbe el uso civil de aeronaves no tripuladas que no estén bajo el control directo de un operador. Sin embargo, el mercado de drones ha venido desarrollando muchos conceptos sobre la autonomía de las ANT que, sin duda, facilitarían la realización de operaciones más allá de la línea de visión, así como aquellas que se desarrollen a grandes distancias. Cabe señalar que antes de introducir vuelos autónomos seguros, primero se debe desarrollar una infraestructura tecnológica que incluya sistemas de gestión de operaciones, sistemas de registro y monitoreo de operaciones, sistemas antidrones y muchos otros^[1]. Una vez hecho esto, quedará la necesidad de definir normas que se utilizarán para determinar la responsabilidad por daños.

Hoy en día, a falta de una estandarización de soluciones técnicas que garanticen la seguridad operativa en todas las condiciones, el público —y por tanto los legisladores— se muestran reacios a aceptar el uso generalizado de drones totalmente autónomos que no estén supervisados en tiempo real y no puedan estar controlados por los operadores. Actualmente, siempre hay alguien supervisando en mayor o menor medida una operación de ANT, lo que facilita la tramitación de posibles reclamaciones por los daños causados durante tal operaciones. A menudo, los operadores de ANT deben aprobar exámenes estatales y obtener

1. *Biała Księga Bezałogowych Statków Powietrznych*, (Libro Blanco de Vehículos Aéreos No Tripulados) p. 14.

certificados estatales (por ejemplo, certificados para operaciones comerciales VLOS y BVLOS). En Polonia, es posible realizar operaciones BVLOS desde 2019 con arreglo al Reglamento del Ministro de Infraestructura de 20 de diciembre de 2018 que modifica el reglamento sobre la exclusión de determinadas disposiciones de la Ley de la Aviación para determinados tipos de aeronaves y especifica las condiciones y los requisitos para el uso de estas aeronaves. Esto se aplica a vuelos operativos, especiales, automáticos y de entrenamiento. Este es el primer paso para allanar el camino para los vuelos autónomos en el futuro. Si bien las operaciones BVLOS todavía están prohibidas en muchos países, esta regulación prevé la participación de un operador con certificados de competencia válidos durante dichos vuelos.

3. Drones autónomos: los desafíos en la regulación de la responsabilidad civil

Al analizar las premisas básicas de la responsabilidad, el mayor problema puede residir en el hecho de que la relación causal (causalidad) estará vinculada a una máquina y no a la actividad humana. Esto significa que las máquinas serán consideradas entidades jurídicas. Llevar las cosas un paso más allá conduce a dilemas causados al intentar determinar las relaciones jurídicas entre diferentes máquinas (es decir, máquina a máquina o M2M).

El número de entidades responsables en una operación autónoma de ANT puede ser muy grande. Esto puede incluir al propietario de la aeronave no tripulada, su fabricante, un desarrollador de aplicaciones, un proveedor de servicios de telecomunicaciones necesarios para su correcto funcionamiento o un proveedor de datos para el sistema operativo de la ANT. Resulta que determinar la responsabilidad de una sola entidad

en un sistema tan complicado puede resultar imposible. Por ejemplo, se puede imaginar una situación en la que dos ANT autónomos chocan en el aire debido a suposiciones erróneas sobre las reglas de tránsito ingresadas en su software, causando daños a una persona en tierra. U otro ejemplo: datos incorrectos sobre zonas restringidas hacen que una aeronave no tripulada entre en una zona restringida del aeropuerto donde choca con un avión tripulado. Ejemplos más complicados se referirían a situaciones en las que una ANT autónoma forma parte de una ciudad inteligente o del Internet de las Cosas.

No obstante, el mayor desafío son las situaciones en las que los daños son causados por una decisión autónoma tomada por el sistema operativo de una ANT y no están relacionados con un mal funcionamiento del sistema o datos incorrectos ingresados en su software. La aplicación de la normativa actual podría resultar difícil debido a las complicaciones a la hora de establecer relaciones causales. Una solución podría ser la adopción de nuevas soluciones junto con la introducción de una relación causal legal, como en el caso de la responsabilidad de las compañías aéreas en virtud del Convenio de Montreal de 1999.

Algunos argumentan que las nuevas regulaciones para determinar la responsabilidad por daños causados por robots deberían seguir el concepto adoptado para determinar la responsabilidad por daños causados por animales (según los Códigos Civiles). ¿Podrían estas leyes servir como punto de referencia para las regulaciones de responsabilidad relativas a los drones autónomos? Según el régimen de responsabilidad analizado, un animal debe causar daño guiado por sus propios impulsos. Por tanto, cualquier daño que se produzca resulta de su comportamiento instintivo, y no de que el animal obedezca órdenes humanas. Aquí encontramos una cierta analogía con los drones autónomos, ya que el operador en realidad no tiene la capacidad de “ejecutar” órdenes para la máquina. Sin embargo, esta teoría tiene muchas desventajas.

Hay una cuestión más que requiere regulación en el caso de las ANT autónomas. Cuando se trata de una ANT no autónoma, siempre hay alguien supervisando la operación y esa persona, en la mayoría de los casos, debe tener un certificado de competencia. En tal caso, el operador de la ANT (titular del certificado) es responsable de sus operaciones. Las operaciones autónomas, por otro lado, podrían no necesitar ningún operador/piloto. Muchas empresas que no están relacionadas con la aviación ni emplean a personas con licencia de operadores de ANT realizarán este tipo de operaciones. Por ejemplo, los restaurantes entregarán pizzas, las empresas de mensajería entregarán paquetes, las empresas entregarán equipos médicos al lugar de un accidente y los servicios estatales podrán realizar pruebas de control de la calidad del aire/smog, etc. Por lo tanto, en tales situaciones, será necesario percibir estas operaciones como realizadas por una máquina y no por una persona. Esto, una vez más, plantea la pregunta: ¿deberíamos reconocer a las máquinas como entidades legales? Y de ser así, ¿qué derechos deberían concederse a las máquinas^[2]?

En los litigios sobre vehículos no tripulados con piloto automático se mencionan dos regímenes de responsabilidad: la responsabilidad del operador y la responsabilidad del fabricante. Por consiguiente, se debe considerar el estándar de cuidado para ambos casos.

La sentencia *Arnold vs. Reuther*^[3] mostró las diferencias en el tratamiento de un robot/sistema (fabricante) y una persona (operador). El Tribunal de Apelación de Luisiana decidió que un ser

2. Véanse consideraciones sobre la cuestión de la máquina como entidad jurídica y la cuestión de la relación jurídica entre dos máquinas (la llamada máquina a máquina o M2M): G. Borges, *Liability for machine-made decisions: Gaps and potential solutions*, Conferencia de la OCDE sobre IA, 27 de octubre de 2017, París; Ch. Wendehorst, *Robotics, Artificial Intelligence, and Machinetomachine (M2M) Contracts*, Parlamento Europeo, Bruselas, 21 de abril de 2016; Verma, Pawan & Verma, Rajesh & Prakash, Arun & Agrawal, Ashish & Naik, Kshirasagar & Tripathi, Rajeev & Khalifa, Tarek & Alsabaan, Maazen & Abdelkader, Tamer & Abogharaf, Abdulhakim, *Machine-to-Machine (M2M) Communications: A Survey*, Journal of Network and Computer Applications, Vol. 66, 2016.

3. Tribunal de Apelación de Luisiana, Orleans, 18 de febrero de 1957, 92 So.2d 593 (1957).

humano, por muy eficaz que sea, no es un robot y no posee poderes sobrenaturales para detectar el peligro antes de que suceda. Siempre hay que tener en cuenta ciertas debilidades humanas y tiempos de reacción. Un ser humano necesita una fracción de segundo para reaccionar, y ni siquiera entonces puede reaccionar con velocidad y precisión mecánicas, a diferencia de los robots/sistemas equipados con radares y dispositivos anticolidión.

Esta sentencia podría traducirse en un futuro próximo, cuando las aeronaves autónomas no tripuladas se utilicen ampliamente. Por lo tanto, los tribunales deberían aplicar un requisito de gran cuidado a los fabricantes para evitar colisiones, ya que los robots/sistemas pueden operar más rápido y con mayor precisión que los humanos. Además, si algún día la conducción humana resulta ser más peligrosa que la típica conducción autónoma, las personas podrían incluso empezar a renunciar a su ansia de conducir. Si llega ese día, ¿el uso de un robot/sistema no se percibirá como una acción culpable^[4]?

Un operador de ANT, como ser humano, siempre estará obligado a evitar accidentes, incluso si la operación se entrega a un robot/sistema. Esta responsabilidad puede surgir cuando se utilizan máquinas semiautónomas, como el piloto automático, y sobre todo cuando se utilizan sistemas de aeronaves no tripuladas.

Al estudiar la literatura sobre el tema, se puede encontrar una opinión expresada comúnmente durante el desarrollo tecnológico de las aeronaves tripuladas en la década de 1960 que se da prioridad al progreso tecnológico. Según este punto de vista, existe la necesidad de realizar experimentos en la era de un desarrollo tecnológico extraordinario y, en consecuencia, pueden ocurrir fallas esporádicas. Esto incluso debería esperarse debido a

4. S. Wu, *Unmanned Vehicles and US Product Liability Law*. (Vehículos no tripulados y la ley de responsabilidad por productos en los EE. UU.)

que cada industria pionera está yendo mucho más allá del estado actual de conocimientos. Sin experimentos, el progreso de nuestra sociedad se ralentizaría considerablemente. El autor critica a quienes sostienen que la innovación tecnológica debería castigarse imponiendo responsabilidad por intentar desarrollar mejoras^[5].

Parece que esta opinión se puede aplicar a los tiempos modernos y al desarrollo actual de sistemas aéreos no tripulados. En este sentido, ¿deberíamos aceptar un cierto grado de imperfección en los robots/dispositivos? Y si es así, ¿en qué medida? ¿O deberíamos seguir las reglas introducidas en la sentencia *Arnold vs. Reuther* según las cuales solo el ser humano puede cometer errores y una máquina debe ser perfecta?

No hay duda de que el nivel de cuidado de los fabricantes debería ser significativamente más alto que el de los operadores de ANT como personas físicas que no ejercen una actividad económica. La evaluación de la debida diligencia en la actividad económica es, por supuesto, más estricta que la generalmente requerida. La experiencia necesaria, que incluye no solo calificaciones puramente formales sino también la experiencia resultante de la práctica profesional y los estándares habituales de requisitos constituye de alguna manera la esencia de la actividad económica^[6]. Las entidades económicas deberían estar sujetas a estándares de cuidado tan altos como los profesionales legales^[7].

Por último, hay que considerar un aspecto financiero. Los fabricantes deberían asumir el riesgo potencial (de fallo) por cuenta del autodesarrollo financiero.

5. W. E. Maloney, *Current Trends in Aviation Product Liability Law*, (Tendencias actuales en la ley responsabilidad por productos en la industria aeronáutica) J. Air L. & Com. Vol. 36, Número 3, 1970, p. 545.

6. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2005, IV CK 100/05, véase también: Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2004, I CK 625/03, LEX no. 479 350.

7. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2013, II CSK 613/12.

Sin embargo, si un operador de ANT es un empresario, el nivel de cuidado debería ser el mismo para él que para los fabricantes. Por lo tanto, parece que cuando una aeronave no es autónoma y un operador controla un vuelo, el nivel de cuidado debería ser el mismo para el fabricante que para el operador.

4. Resumen

De las cuestiones comentadas anteriormente se puede concluir que es necesario adaptar la normativa actual en materia de responsabilidad civil para considerar los problemas que se plantean en caso de daños causados por aeronaves no tripuladas autónomas^[8]. En este caso, canalizar la responsabilidad hacia los fabricantes es una alternativa. ¿Pero responsabilidad total? Dada la falta de control real sobre las operaciones posteriores de ANT, no se puede considerar a los fabricantes como la única entidad responsable. En consecuencia, la introducción de nuevas regulaciones, por ejemplo la modificación de las leyes nacionales de aviación, podría ser una solución. No hay duda de que el legislador tendrá que introducir un principio de responsabilidad de una entidad que no pueda ejercer un control total sobre una ANT. El principio de culpabilidad no se aplica aquí porque el sujeto podría fácilmente exculparse. Además, el principio de culpabilidad da lugar a otras cuestiones, como las dificultades para establecer un grupo de entidades responsables. El caso *Richardson vs. Bombardier*^[9] sirve como ejemplo mostrando la complejidad y necesidad de pericia en el proceso probatorio, en el que se debía demostrar que el accidente en cuestión fue causado por un mal funcionamiento del sistema de piloto automático instalado en una aeronave^[10].

8. Cabe subrayar que la OACI no tiene previsto regular los drones autónomos; al contrario de la EASA que no excluye dicha opción.

9. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Medio de Florida, División de Tampa, 16 de noviembre de 2005, Caso No. 8:03-cv-544-T-31MSS, (también registrado en 8:03-cv-539-T-31MSS) (M.D. Fla. Nov. 16, 2005).

10. K. Wojdyło, *Kto odpowiada za robota?* (¿Quién es responsable del robot?), p. 16.

A la luz de las consideraciones anteriores, parece, por tanto, que la responsabilidad por los daños causados por una ANT autónoma debe ser objetiva. No hay duda de que la ley debe prever la exoneración en los casos en que el daño fue causado únicamente por la persona que reclama la indemnización o por la persona de quien ha adquirido sus derechos. Al introducir un principio de responsabilidad tan estricto, parece necesario introducir simultáneamente un sistema de seguro de responsabilidad adecuado (¿tal vez obligatorio?). Además, parece justificado que la cuestión de la responsabilidad de las ANT autónomas se regule al menos a nivel regional (UE).

Sin duda, la introducción de vuelos autónomos contribuirá a mejorar la eficiencia de las aeronaves no tripuladas. Irónicamente, la autonomía de las aeronaves no tripuladas podría convertirse en una realidad mucho más rápida que la autonomía de los vehículos de motor, principalmente por razones psicológicas.

Por tanto, no cabe duda de que es necesario regular la posible responsabilidad civil por los daños causados por las operaciones autónomas de las ANT^[11].

11. La tesis presentada en este artículo fue publicada en: A. Konert, P. Kasprzyk, Drones – Future of Aviation Law? (Drones - ¿el futuro de la ley aeronáutica?), Peter Lang, 2022.

Cuando la Realidad Avanza más Rápido que las Leyes: un Repaso de la Normativa Sobre Drones en la Legislación Chilena

Martín Fernández

Prat & Cía. Abogado - Santiago, Chile

Martín Turner

Prat & Cía. Abogado - Santiago, Chile

Resumen

Con el progreso tecnológico y comercial que han tenido los Drones en el último tiempo, se hace cada vez más necesario regular esta actividad. Las normas que ha dictado la autoridad administrativa en la materia, aunque útiles, son insuficientes, y se hace necesario consagrar a nivel legal una regulación sistemática de los RPAS.

Palabras Clave: Drones; RPAS; Regulación; DGAC.

Abstract

With the technological and commercial progress of Drones in recent times, it has become increasingly necessary to regulate this activity. The rules that the administrative authority has issued on the subject, although useful, are insufficient, and it is necessary to enshrine at the legal level a systematic regulation of RPAS.

Keywords: Drones; RPAS; Regulation; DGAC.

1. Introducción

Desde sus orígenes, el comercio internacional ha sido impulsado por los distintos medios de transportes. Desde el transporte en animales, pasando por la invención de la rueda hasta la creación de carreteras de alta velocidad, la irrupción del transporte marítimo y ferrocarril, y el primer vuelo efectuado por los hermanos Wright en diciembre de 1903.

A finales de la década de 1940, y principios de la década de 1950, la irrupción de aeronaves más grandes, de mayor alcance, capacidad y con cabinas presurizadas, ofreciendo un servicio más cómodo y fiable, y posibilitando la reducción de escalas o incluso de ofrecer vuelos directos entre terminales distintos^[1], favoreció la integración de la economía local con mercados regionales y globales, ofreciendo conexiones directas y rápidas entre distintas localidades y países, facilitando el acceso a distintos y mejores bienes y servicios, y el movimiento de personas.

En un principio, el rol de la aviación comercial en la cadena de suministros global estaba integrada por aeronaves que podían conectar solo puntos principales dentro de los Estados, ya que su despliegue requiere importante infraestructura aeroportuaria para actuar como intermediarios en esta cadena logística. Con el paso del

1. Barsness (1978), p. 31.

tiempo, se ha ido expandiendo esta red de aeropuertos regionales permitiendo ampliar las zonas a las que llega el transporte aéreo, pero siempre existiendo la problemática en cuanto al acceso a lugares remotos o aislados.

Hoy, gracias a los avances tecnológicos, es posible pensar en el futuro cercano en una interconexión casi perfecta entre la economía global y la economía local, gracias al empleo de aeronaves pequeñas pilotadas a distancia (“RPAS”, por sus siglas en inglés o “Drones”). De acuerdo con la Comisión Europea se prevé que para el año 2050, el espacio aéreo sea compartido por aeronaves de fuselaje ancho y estrecho, aeronaves ejecutivas, helicópteros de todo tipo y aeronaves no tripuladas controladas a distancia^[2].

Además del transporte aéreo de carga y correo efectuado por RPAS, estos ya están siendo utilizados en una gran variedad de trabajos aéreos^[3], dentro de los cuales encontramos la prospección pesquera, la inspección de líneas de transmisión eléctrica, detección de incendios forestales, entre otras. En Chile, todavía estos trabajos se realizan en gran parte por medio de aeronaves tradicionales (aviones propiamente tal o helicópteros).

En la actualidad, en Chile, el fomento a la actividad aérea utilizando Drones se encuentra limitado por el lento desarrollo regulatorio que incentive su utilización por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil (“DGAC”), quien es la institución encargada de “[d]ictar normas para que la operación de aeronaves se efectúe dentro de los límites de la seguridad aérea”^[4] y “[f]iscalizar las actividades de la aviación civil, en resguardo de la seguridad de vuelo y dictar

2. European Comission (2012), p. 10.

3. Artículo 95 inciso tercero del Código Aeronáutico: “Los servicios de trabajos aéreos consisten en la explotación de cualquier otra actividad comercial realizada por medio de aeronaves”.

4. Ley N° 16.752. Artículo 3°, letra q.

las instrucciones de general aplicación que sean necesarias para los fines señalados”^[5].

Con el fin de desarrollar y fomentar el uso de esta tecnología y su normativa, por ejemplo, en Brasil o Estados Unidos, las autoridades aeronáuticas de dichos países han trabajado coordinadamente con empresas privadas, en planes piloto o experimentales para probar y demostrar su uso y efectividad. El trabajo coordinado público-privado ha facilitado el avance e implementación de este tipo de tecnologías y ha derivado en el desarrollo de distintas normas y procedimientos para autorizar las operaciones con Drones.

2. Aeronaves pilotadas a distancia, ¿qué son?

Sin duda, lo primero que debemos preguntarnos para entender el fenómeno que se ha venido desarrollando por medio de la implementación de las aeronaves a distancia en el comercio, es a qué nos referimos con ellas. Es importante por lo demás tener clara su naturaleza en cuanto a tal, así como su naturaleza jurídica, ya que sin ese entendimiento será fútil embarcarnos en otras cuestiones más complejas.

2.1. Aeronaves

El concepto de aeronave suele asimilarse al concepto de avión, pero ello no es del todo preciso. Bajo ese entendimiento dejaríamos fuera de la categoría de aeronave, por ejemplo, a las naves espaciales, a los globos aerostáticos, a los helicópteros, a los dirigibles, o a los planeadores, que también son aeronaves.

5. Ley N° 16.752. Artículo 3°, letra j.

La conceptualización entonces es mucho más amplia que referirse solamente a los aviones —de los cuales por cierto que también existen una gran variedad de tipos—, sino que a todo “vehículo capaz de navegar por el aire”^[6], de ahí su etimología de *aero-nave*, como una nave aérea en términos amplios.

Así, con la evolución tecnológica, cada vez una más amplia gama de naves aéreas, incluyendo actualmente a los Drones que, aunque tienen ciertas particularidades por su tamaño, e incluso su automatización, siguen estando incluidas en el concepto de *aeronave*.

Solo a modo ilustrativo, es interesante tener presente otras definiciones que estados u organismos internacionales le han otorgado al concepto de aeronave:

“Cualquier máquina que pueda lograr suspensión en la atmósfera de las reacciones del aire, que no sean las reacciones del aire contra la superficie de la tierra”^[7].

“(…) cualquier máquina capaz de lograr suspensión en la atmósfera de las reacciones del aire, y que incluya un motor.”^[8]

Y veremos lo que dice nuestra legislación sobre el concepto de aeronave, pero desde ya podemos adelantar que no se aleja mucho de estas definiciones, que parecen ser bastante omnicomprensivas en cuando a los tipos de objetos a que se refieren.

Si bien nos encontramos con algunas variaciones en cada una de las conceptualizaciones expuestas, parece claro que los Drones, como los entendemos comúnmente, son un tipo particular de aeronave —más allá de las dimensiones, capacidad

6. Real Academia Española (2022).

7. Organización de Aviación Civil Internacional (2012), p. ix.

8. Aeronautics Act R.S.C., 1985, c. A-2 (2009). Artículo 3.

de carga, tamaño, autonomía y otras que se refieren más bien a características y no a su naturaleza——, quizás su mayor particularidad es que el piloto no va dentro de ella. Justamente sobre esto trata el siguiente apartado.

Ahora bien, que entendamos a los Drones como un nuevo tipo de aeronave tiene ciertas implicancias jurídicas importantes, máxime considerando la regulación, tanto nacional como internacional que opera sobre ellas, y que, en consecuencia, a falta de normativa que expresamente otorgue un tratamiento diferenciado a los Drones, debe aplicársele la normativa de aviación de carácter general.

2.2. Pilotadas a Distancia

Considerando entonces a los Drones como un tipo especial de aeronave, cabe preguntarse qué las hace especiales, en cuanto a diferencias que las distinguen. Sin duda el tamaño es una característica que suele diferenciarlos, pero a medida que aumenta la tecnología, también el tamaño de los drones y la capacidad de carga que pueden transportar.

Por ello, es más preciso diferenciarlas por su cualidad de no ser pilotadas desde su interior, sino que es un controlador ——que podrá ser humano o computacional—— el que determina su ruta y recorrido, desde la distancia.

El Convenio de Chicago ^[9] (en adelante el “Convenio”) que es reconocida como la Carta Magna en la regulación del transporte Aéreo Internacional, pues fue el documento fundante de la regulación que vendría con posterioridad acertadamente en su artículo octavo ^[10] contempla la existencia de “aeronaves sin

9. Promulgado en Chile por medio del Decreto 509 BIS (1957).

10. Artículo 8° del Convenio: “Aeronaves sin piloto. Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin piloto sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización. Todo Estado contratante se compromete a tomar las medidas necesarias para que los vuelos de tales aeronaves sin piloto en las regiones abiertas a la navegación de las aeronaves civiles sean controlados en forma que se evite todo peligro a las aeronaves civiles”.

piloto”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este Convenio de suscribió en el año 1944 por lo que sus limitaciones son evidentes; hoy en día diríamos que más que aeronaves *sin* piloto, son aeronave *sin* piloto *a bordo*.

En ese sentido, la definición que nos otorga la Comisión Europea de Movilidad y Transporte parece más actual y precisa en cuanto entiende a los drones como una “aeronave designada para volar sin un piloto a bordo”^[11], lo que supone que la aeronave sí es pilotada, solo que no con un piloto encargado de su conducción desde dentro de ella misma.

A diferencia de otras legislaciones, que entienden a este tipo de aeronaves como aquellas en la que no van personas a bordo, la referencia solo a la ausencia del piloto es más conveniente, sobre todo considerando que los proyectos de taxis aéreos^[12] —que desde luego transportan personas, pero sin un piloto a bordo— son una realidad.

No cabe duda de que esta nueva modalidad de pilotar aeronaves a distancia genera una serie de cambios en los hechos que hacen necesario regular especialmente la actividad que se pueden realizar por medio de Drones. De no ser así, nos encontraremos en la necesidad de aplicar la legislación general sobre las aeronaves civiles y comerciales en cuanto desarrollan trabajos aéreos.

Es claro que la legislación general no es adecuada para regular estas actividades y es por ello que la DGAC se ha abocado a regular administrativamente la actividad de los RPAS, sin embargo, aún falta camino por recorrer. Solo para ilustrar, el progreso y la automatización han llevado a que un mismo operador remoto

11. European Commission.

12. Proyectos como los de *Wisk Aero* (<https://wisk.aero/aircraft/>) en Estados Unidos y *Tecnalia* (<https://www.tecnalia.com/>) en España están en camino a convertirse en proveedores de servicio de taxis aéreos autónomos que operarán para el transporte de pasajeros y carga.

pueda controlar y monitorear varios RPAS a la vez, cosa que no tiene cabida en el mundo de la regulación aeronáutica a nivel legal en nuestro país.

Las atribuciones de responsabilidad en casos de accidentes aéreos, la necesidad de contar con el diario de a bordo en la aeronave, las solemnidades para celebrar contratos comerciales^[13]. Estas y muchas otras cuestiones hay que revisar a la hora de regular la actividad de los drones.

En todo caso, en Chile se han realizado avances, y aunque existe una necesidad imperiosa por actualizar la normativa a la realidad comercial de este fenómeno, la DGAC se ha hecho cargo del problema y han logrado algunos avances regulatorios interesantes^[14].

2.3. El Concepto Actual de Dron^[15]

Al igual que el resto de la evolución de la aviación, desde la creación de la primera aeronave capaz de transportar pasajeros, los RPAS han avanzado en complejidad, capacidad y versatilidad con mucha rapidez.

Primeramente, los Drones se consideraron en gran medida como equipos militares, ya que por razones de seguridad es más conveniente que ciertos vuelos de reconocimiento y/o vigilancia en zonas bélicas sensibles se lleven a cabo sin la participación de personas, pero sus usos se han ampliado y han variado rápidamente.

13. Por ejemplo, en virtud del artículo 101 del Código Aeronáutico, el contrato de arrendamiento sobre un dron deberá otorgarse por escritura pública o por medio de un documento privado protocolizado ante un notario. Si pensamos en un arrendamiento de un dron para un evento en particular, es claro que la legislación está algunos pasos atrás de la realidad comercial y contractual de los drones.

14. En el capítulo siguiente de este trabajo se trata de la regulación nacional vigente en materia de RPAS.

15. Si bien se utiliza también el concepto de *Unmanned Aerial Vehicle* (UAV, por sus siglas en inglés), suele utilizarse esta nomenclatura dentro de contextos militares, por ello en este trabajo nos limitamos a utilizar el concepto de *Drones* o de *RPAS* que es igualmente aplicado a las aeronaves no tripuladas en general.

Por ello, cuando queremos darle una conceptualización a este tipo de maquinaria, no basta con abarcar un solo campo de desarrollo. Hoy en día son utilizados ampliamente en agricultura, ganadería, en mapeos de líneas eléctricas, y también en áreas que se relacionan incluso con la entretención y el esparcimiento. Es bien conocida su utilización en la industria cinematográfica, televisiva, e incluso para uso recreativo de privados.

2.4. Usos Comerciales Actuales de los Drones

Dado el aumento exponencial en el uso de RPAS a nivel mundial, podemos encontrar distintos actores dedicados a proveer una gran variedad de servicios a través de RPAS. En primer lugar, la empresa norteamericana Zipline^[16], que ha trabajado junto a la *Federal Aviation Administration* (“FAA”) desde el año 2018 para el desarrollo de normas para la operación de Drones *Beyond Visual Line of Sight* (en adelante “BVLOS”), lo que implica poder operar estas aeronaves más allá del alcance visual del operador.

Durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, la FAA otorgó a Zipline junto a Novant Health, una dispensa para el despacho de insumos médicos y equipos de protección personal a hospitales ubicados en el estado de Carolina del Norte^[17]. Lo anterior permitió a Zipline operar BVLOS y operar sobre áreas pobladas. En la actualidad, Zipline se encuentra aprobada y certificada por la FAA para operar en Estados Unidos.

Además de su operación en Estados Unidos, Zipline se encuentra presente: desde el año 2016 en Ruanda, potenciando el sistema nacional de bancos de sangre; en Ghana, siendo un actor clave en la distribución de vacunas contra el COVID-19; y, en Japón.

16. <https://www.flyzipline.com/>

17. <https://www.novanthhealth.org/home/about-us/newsroom/press-releases/newsid33987/2317/nations-first-emergency-drone-operation-for-hospitals-pandemic-response-launches.aspx>

Junto a Zipline, podemos destacar a Amazon, una de las empresas más grandes del mundo de comercio electrónico, la que a través de su servicio “*Prime Air*”^[18] inició el año 2023 el servicio de entregas mediante RPAS en la localidad de Lockeford, California y College Station, Texas. Amazon invertirá en dicha comunidad, creando nuevos empleos, asociándose con organizaciones locales y ayudando a reducir las emisiones de dióxido de carbono, todo gracias a tecnología innovadora y futurística.

El desarrollo del sistema “*sense-and-avoid*”^[19] permite que sus RPAS operen a mayores distancias, garantizando la seguridad tanto en tránsito al cliente como en las operaciones de despegue y aterrizaje. Sus RPAS, son capaces de detectar objetos estáticos, tales como una chimenea, objetos en movimiento, y cambiar su curso para evitar colisiones.

UPS Flight Forward Inc., subsidiaria de United Parcel Service, se encuentra aprobada por la FAA, bajo un Certificado de Operador Aéreo, permitiéndole un número ilimitado de operaciones con múltiples Drones. Al ser esta compañía una subsidiaria de UPS, una de las operadoras logísticas más grandes del mundo, las operaciones con RPAS le permitirán, expandir aún más su red de servicio, permitiéndole llegar —por aire— a prácticamente cualquier lugar dentro de los Estados Unidos.

En Latinoamérica, encontramos Speedbird Aero^[20], empresa brasilera de entrega con Drones que ha recibido la aprobación de la Agencia Nacional de Aviación Civil brasilera (“ANAC”), para operar bajo la modalidad BVLOS, para la entrega de alimentos,

18. <https://www.aboutamazon.com/news/transportation/amazon-prime-air-prepares-for-drone-deliveries>

19. Tecnología propia de la seguridad aeronáutica en que la aeronave que la tiene instalada, al detectar otras aeronaves o elementos que pueden entorpecer su camino, prevé la colisión realizando maniobras evitativas de forma automática. Existe la tecnología cooperativa, que se alimenta de la información emitida por otras aeronaves para evitar colisiones, y la tecnología no cooperativa, que se basa en la detección física de elementos para poder evitarlos.

20. <https://speedbird.aero/>

medicamentos y diversos productos para uso comercial, industrial y médico. Al igual que Zipline y Amazon, Speedbird ha trabajado en estrecha colaboración con los reguladores brasileros para garantizar la seguridad en la operación.

En el año 2020 nace la empresa Orkid, como una solución a los problemas geográficos, de infraestructura vial y de congestión a los que se enfrentan las cadenas de suministro de última milla, logrando a través de soluciones tecnológicas con drones autónomos con capacidad de carga, operar de forma rápida, rentable y eficiente. Para fomentar el desarrollo de esta tecnología, Orkid ha trabajado junto con la autoridad aeronáutica colombiana en distintas operaciones experimentales. Adicionalmente, en Brasil, uno de los países de la región Latinoamericana con la legislación más avanzada en la materia, Orkid se encuentra en las etapas finales de certificación de tipo de su aeronave Orkid 260 VTOL drone ante la ANAC lo que les permitirá prontamente iniciar operaciones comerciales en Brasil.

3. Regulación actual en el ordenamiento jurídico nacional

3.1. Código Aeronáutico

Lamentablemente hasta la fecha, no contamos en Chile con una norma de rango legal que se haga cargo de las aeronaves operadas a distancia. Por lo que, como hemos señalado con anterioridad, es necesario remitirnos a la definición general de aeronave que contempla nuestro Código Aeronáutico:

“Aeronave es todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas, y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo”^[21].

21. Artículo 27 del Código Aeronáutico.

Aplicando entonces la regulación que es propia de cualquier otra aeronave (de acuerdo con la definición recién citada), habrá que regular a los Drones bajo el estatuto general que le impone exigencias que no parecen propias de la actividad, como excesivas solemnidades para la celebración de ciertos contratos. Por ello, la Dirección General de Aeronáutica Civil, como autoridad aeronáutica ^[22] ha dictado normativa administrativa que viene en regular de forma especial a los RPAS, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional.

3.2. Normativa Sectorial (DAN 151, DAN 91 y DAN 137)

3.2.1. DAN 91 – Reglas del Aire

La Norma Aeronáutica DAN 91 “Reglas del Aire”, que establece el marco normativo general para la operación de aeronaves dentro del territorio nacional, regulando “el tránsito aéreo, las maniobras de vuelo, el movimiento de las aeronaves en la superficie y la utilización del espacio aéreo” ^[23], incorporó en agosto del año 2012, regulación relativa al uso de aeronaves pilotadas a distancia.

Particularmente, la sección 91.102 de dicha norma aeronáutica regula las operaciones de RPAS en territorio nacional y la forma en que estas deben efectuarse. Comienza señalando que “toda aeronave pilotada a distancia deberá contar con la autorización del Subdepartamento Operaciones, (en adelante “SDO”), de la DGAC, previo a realizar cualquier operación de vuelo” ^[24]. Esta autorización será otorgada por el SDO para cada operación (caso a caso) ^[25].

22. Artículo 183 del Código Aeronáutico.

23. Acevedo (2017) p. 3.

24. DAN 91. 91.102, letra (a).

25. Ibidem, 91.102, letra (b).

En la presente normativa, se define “Operación autónoma” como aquella “durante la cual una aeronave pilotada a distancia vuela sin intervención de piloto en la gestión de vuelo”; “Operación con visibilidad directa visual (VLOS)” como “[o]peración en la cual el piloto a distancia u observador RPA mantiene contacto visual directo sin ayudas con la aeronave pilotada a distancia”; y, “Operación más allá de la visibilidad directa visual (BVLOS)” como “[o]peración con adecuada información sobre el entorno en el que vuela la RPA para proporcionar al piloto a distancia, suficiente conciencia de la situación para permitir el vuelo seguro de la RPA” [26]. La incorporación de estas definiciones en una norma angular para la navegación aérea permite suponer la intención de la DGAC de comenzar a normar operaciones de RPAS cada vez más autónomas y de largo alcance, de acuerdo con el desarrollo de la industria a nivel internacional.

3.2.2. DAN 119 – Normas para la Obtención de Certificado de Operador Aéreo (AOC)

Toda empresa aérea [27] que desee realizar operaciones en el territorio nacional, de transporte aéreo -nacional o internacional-, trabajos aéreos o de instrucción de vuelo, debe contar con un Certificado de Operador Aéreo. Este certificado, que es “por el cual se autoriza a una Empresa a realizar determinadas operaciones aéreas de transporte aéreo comercial, o de trabajos aéreos” [28] es expedido por la DGAC, de conformidad al procedimiento y requisitos establecidos en la Norma Aeronáutica DAN 119.

Las empresas aéreas operadoras de aeronaves pilotadas a distancia, deberán dar cumplimiento a los requisitos de certificación establecidos en el Capítulo D.

26. Ibidem, Definiciones.

27. Ibidem.

28. Ibidem.

Dentro de los requisitos que deben cumplir estas empresas, encontramos la presentación de su Manual de Operaciones ^[29], las Especificaciones Relativas a las Operaciones ^[30], pruebas de demostración, entre otros.

Además de lo anterior, el solicitante de un Certificado de Operador Aéreo deberá presentar una copia autorizada de los seguros de los RPAS aprobados por la Junta de Aeronáutica Civil (“JAC”), esto de acuerdo a lo establecido en la Resolución número 604 de 2011 de la JAC, mediante la cual se exige que las aeronaves comerciales que prestan servicios de transporte aéreo y de trabajos aéreos en el país cuenten con seguros por daños.

Finalmente, el solicitante de un Certificado de Operador Aéreo deberá “elaborar una matriz de riesgo, que permita una identificación permanente de los principales peligros a los que están expuestos en su operación y la descripción de la gestión y mitigación oportuna de los riesgos que de ellos se deriven, a fin de mantener la Seguridad Operacional en los trabajos aéreos que pretenda realizar” ^[31].

La inclusión de un nuevo capítulo, dedicado exclusivamente a los operadores de aeronaves pilotadas a distancia, nuevamente demuestra el interés de la DGAC por regular esta actividad y avanzar en el perfeccionamiento de su normativa. Sin perjuicio de esto, todavía hay cientos de actividades que no han podido desarrollarse —como, por ejemplo, la distribución de última milla— dado que a día de hoy no se cuenta con el marco normativo suficiente para su segura, correcta y eficiente operación.

29. Dirección General de Aeronáutica Civil (2019). “Léxico”, p 87.

30. *Ibidem*, p. 58.

31. DAN 119, 119.213.

3.2.3. DAN 151 – Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en Asuntos de Interés Público, que se Efectúen sobre Áreas Pobladas

A diferencia de la Norma Aeronáutica DAN 91, que establece un marco general para las operaciones de Drones, la Norma Aeronáutica DAN 151, sobre Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia, viene a regular en asuntos de interés público, que se efectúen sobre áreas pobladas.

En su preámbulo, indica que el empleo de los RPAS se visualiza como una gran oportunidad para realizar funciones en varias materias, constituyéndose como una herramienta muy práctica para labores de servicio de interés público, por ejemplo:

1. “Obtención de imágenes o información sobre hechos de connotación pública con la finalidad de difundirlas a través de medios de comunicación.
2. Ejecución de actividades de apoyo en relación con desastres o emergencias provocadas por la naturaleza o por la acción del ser humano.
3. Cumplimiento de las funciones legales de algún organismo de la Administración del Estado.
4. Otras situaciones de similar naturaleza en cuanto al interés público involucrado, que la DGAC califique sobre la base de la seguridad de la operación”^[32].

Por áreas pobladas, deben entenderse aquellas “zonas en las que existan centros urbanos, asentamiento de personas con fines habitacionales o laborales, o en las que se desarrollen actividades que convoquen la aglomeración de personas al aire libre”^[33].

32. DAN 151 (2015), 151.001.

33. *Ibidem*.

Por tal razón, se elabora esta primera norma, con “objetivos bien definidos y que va orientada únicamente a los asuntos de interés público, cuidando la seguridad de las personas y sus bienes en operaciones que se desarrollen en lugares poblados, la cual complementa la DAN 91”^[34].

La presente norma se compone de 4 capítulos: Generalidades; Reglas Generales de Operación; Registro de RPA; y Credencial de Piloto a Distancia.

El primer capítulo, entrega distintas definiciones relacionadas a la operación de Drones, tales como VLOS y BVLOS, zonas peligrosas, prohibidas y restringidas, entre otras. También, se regulan los requisitos técnicos del RPA, el cual deberá tener un peso máximo de despegue de hasta nueve kilos, sin considerar el paracaídas de emergencia, el cual es obligatorio para poder operar; contar con un número de serie del fabricante o aquel otorgado por la DGAC; tener la capacidad de ser controlado manualmente; y, haber sido construido o armado desde un kit de fábrica y contar con instructivos técnicos de operación^[35].

Relativo a las reglas de operación, dispone que previo a efectuar vuelos con RPA, se deberá obtener previamente una autorización de la DGAC, a la cual deberá adjuntarse: 1) Tarjeta de registro del RPA; 2) Credencial del o los pilotos que operarán el o los RPA; y, 3) Póliza de seguro exigida por la Junta de Aeronáutica Civil^[36]. En cada vuelo, el operador del RPA deberá portar su licencia, la tarjeta de registro del RPA y la autorización otorgada por la DGAC.

34. *Ibidem*, Preámbulo.

35. “Respecto a este requisito, la DGAC lo tuvo por cumplido cuando en una oportunidad, un autodidacta fabricó un RPA y presentó sus actividades autorizadas por el Servicio de Impuestos Internos, cómo fabricante de aeronaves”. Acevedo (2017), p. 11.

36. DAN 151 (2015), 151.101. Aspectos Generales, letra (a).

Antes de iniciar operaciones, conforme al capítulo C, se deberá registrar el RPA en el registro especial llevado por la DGAC, la cual, una vez hecho, entregará al propietario una “Tarjeta de Registro”, que incluye, entre otra información, las características técnicas de la aeronave.

Finalmente, se regula la obligación de que cada operador cuente con una credencial de piloto a distancia. Esta credencial será otorgada por la DGAC a quienes: sean mayor de edad; presenten una declaración jurada declarando haber recibido instrucción teórica y práctica respecto al modelo de RPA a volar y acompañando el respectivo Certificado de Operador Aéreo de la empresa que impartió la instrucción; y, aprueben un examen escrito sobre la norma DAN 151 y DAN 91, Meteorología y Aerodinámica con una calificación mínima de 75%^[37].

A modo de referencia, hasta el 21 de septiembre de 2021, la DGAC ha expedido más de 7.187 Credenciales de Piloto a Distancia^[38], existiendo un aumento sostenido desde la dictación de la Norma Aeronáutica DAN 151 el año 2015, y ha registrado un total de 475 aeronaves pilotadas a distancia^[39].

3.3. Deficiencias actuales de la legislación

3.3.1. Interés Público

La enumeración, de situaciones en las que debe entenderse que hay asuntos de interés público, señaladas por la Norma Aeronáutica DAN 151, se encuentran en una enumeración no taxativa dada la causal indicada en la letra d) de la sección 151.001 antes citada.

37. *Ibidem*, 151.303.

38. Mayorga, Francisca (2021). *La Tercera*.

39. Acevedo (2017), p. 18.

Así, en muchas ocasiones la discrecionalidad para determinar si existe —o no— interés público en las operaciones a realizarse, queda radicada en la DGAC, la que tampoco cuenta con criterios claros para dicha determinación. Como es claro, esto puede derivar en el caso que un número mayor de las operaciones que corresponden sean consideradas como tal, con el fin de restringir dichas operaciones o someterlas a un número mayor de requisitos.

Esto no necesariamente con una finalidad de dificultar el desarrollo de las operaciones con RPAS de parte de la autoridad, sino que más bien motivado en su deber de resguardar la seguridad aérea, y por tanto, disminuir los riesgos de la actividad. Sin embargo, es claro que este nivel de indefinición, con las consecuencias que podría producir, no es deseable en una actividad que se encuentra en pleno auge de desarrollo.

3.3.2. BVLOS

Una de las limitantes a las operaciones BVLOS, la encontramos en la Norma Aeronáutica DAN 151 antes mencionada. De acuerdo con dicha norma, las operaciones en condiciones BVLOS “quedaran limitadas para el uso exclusivo en el cumplimiento de sus funciones de las instituciones que realicen operaciones de servicio público en coordinación con el Ministerio de Defensa Nacional y del Ministerio del Interior y sus respectivas Subsecretarías”^[40].

Permitir las operaciones en condiciones BVLOS a operadores privados es un elemento clave para el desarrollo de esta tecnología. Limitar el vuelo de los RPAS solo a condiciones en donde el piloto tiene a la vista la aeronave, no hace posible efectuar, por ejemplo, un servicio de entregas dentro de una ciudad.

40. DAN 151 (2015), 151.105.

Esta es una limitación que debería ir desapareciendo en la medida en que las condiciones tecnológicas de la DGAC y el avance de las tecnologías usadas en los equipos permitan incrementar la seguridad en este tipo de vuelos en que el piloto no ve directamente la aeronave.

3.3.3. Peso máximo de despegue

De acuerdo con la DAN 151, el Dron debe tener un peso máximo de despegue, incluyendo accesorios, de hasta nueve kilogramos. Si consideramos el equipamiento, es decir, sus sensores, motores, batería y fuselaje, el margen disponible para el transporte de carga es mínimo. Lo anterior limita mucho las posibilidades, y hace menos eficiente el uso de los RPAS como aeronaves para el transporte de bienes.

Un ejemplo de lo anterior es el RPA modelo 260 VTOL, desarrollado por Orkid, el cual tiene un peso máximo de despegue de 16 kilogramos y una capacidad de carga útil de 3 kilogramos^[41], esto nos permitiría inferir que el peso básico en vacío de la aeronave es de 13 kilogramos, excediendo el límite impuesto por la DGAC.

La limitación actual que impone la normativa en Chile permite transportar cargas menores, lo que puede ser útil en caso de remedios por ejemplo, pero no permite incorporar a la cadena de distribución a los Drones de forma masiva y generalizada.

3.3.4. Automatización

Un elemento para considerar en cuanto el crecimiento de los trabajos aéreos mediante la utilización de RPAS sería la prohibición impuesta por la DGAC a los pilotos de RPAS de operar más de una aeronave en simultaneo.

41. <https://orkid.tech/technology/>

Los avances tecnológicos en esta materia han permitido la operación de aeronaves 100% autónomas, que despegan y aterrizan directamente en sus centros de carga, y permiten que sean operadas desde un centro de operaciones, con un piloto encargado de la operación de varias aeronaves. La tecnología incorporada en las aeronaves de Zipline, permiten, por ejemplo, la detección de obstáculos, predicción del clima, y un monitoreo permanente, en 360 grados, del espacio aéreo. En caso de enfrentarse a un obstáculo o aeronave, el RPA automáticamente adaptará su ruta para evitar conflictos^[42].

Así, la labor del piloto se ve redirigida a una labor de supervisión de las tareas realizadas autónomamente por los RPAS que monitorea en simultáneo, pero no es necesario — ni eficiente— que se encuentre todo el tiempo dirigiendo el trayecto realizado por uno solo de los Drones.

Esta limitación no disminuye técnicamente las posibilidades de desarrollo, pero sí crea una barrera enorme en cuanto a los costos involucrados en las operaciones. Por cada Dron, deberá existir un piloto dedicado a su vuelo.

4. Normativa Comparada

4.1. Federal Aviation Administration (FAA) – Estados Unidos de América

A través de la *FAA Modernization and Reform Act of 2012*, el Congreso de los Estados Unidos mandató al Ministerio de Transportes a desarrollar, junto con la industria aeronáutica, “un plan integral para acelerar de forma segura la integración de

42. <https://www.flyzipline.com/technology>

aeronaves no tripuladas civiles en el sistema nacional de espacio aéreo”^[43]. Este plan debía definir los estándares aceptables para la operación y certificación de RPAS, asegurar que incluyan un sistema de *sense and avoid*, y establecer los estándares y requisitos para el operador y piloto del Dron, incluyendo requisitos para su registro y licencias^[44].

De acuerdo con la orden dictada por el Congreso norteamericano, en junio de 2016, la FAA publicó una circular relativa a la clasificación de los RPAS, la certificación de sus pilotos y las limitaciones operativas. Esta circular fue dictada junto a un nuevo capítulo de regulaciones (*14 CFR Part 107*) relacionadas con RPAS, con la intención de permitir la operación de pequeñas aeronaves no tripuladas en el espacio aéreo nacional”^[45].

Dentro de los requisitos para la operación de RPAS establecidas en la *Part 107*, encontramos, entre otras^[46]:

- El RPA debe pesar menos de 55 libras (25 kilogramos).
- Debe operarse con visibilidad directa visual, sea por el piloto o por un tercero observador. Sin perjuicio de la facultad de la FAA de eximir a un operador para el cumplimiento de este requisito, la cual nunca será otorgada para el transporte remunerado de bienes ajenos.^[47]
- Operar con una velocidad máxima de 100 millas por hora^[48].

43. Public Law 112–95 Sec. 332 (a).

44. Ibidem. Sec. 332 (b).

45. Ellis (2022) pp. 318-334 y p. 329.

46. Ibidem, pp. 318-334 p. 330.

47. Code of Federal Regulation, title 14, Part 107. Section 107.205 (c).

48. 160 kilómetros por hora, aproximadamente.

Todo operador deberá contar con un *certificado de piloto a distancia*, quien, para obtenerlo, deberá demostrar conocimientos aeronáuticos, debiendo rendir un examen en un centro aprobado por la FAA ^[49]. Adicionalmente, los propietarios de “drones que pesen más de 0.55 libras (250 gramos aproximadamente) y menos de 55 libras (25 kilogramos aproximadamente) deben registrarlos en el *FAA Small, unmanned Aircraft (UA) registry* para poder operarlos en el espacio aéreo estadounidense” ^[50]. En enero de 2023, la FAA informó que habían más de 871.000 RPAS registrados y más de 307.000 pilotos certificados ^[51].

Adicionalmente, la FAA, en octubre del año 2020, y luego de 3 años trabajando junto a privados, autoridades federales y estatales, lanzó el programa BEYOND, para enfrentar los desafíos de operaciones BVLOS sostenibles en el tiempo y económicamente viables, con especial énfasis en las labores de inspección de obras, operaciones de utilidad pública y entrega de productos; aprovechar las operaciones para analizar y cuantificar el beneficio social y económico de las operaciones con RPAS; y centrarse en recoger, analizar y abordar las preocupaciones de la comunidad respecto a las operaciones de empresas de despacho a través de RPAS.

La finalidad del programa es permitir que estas compañías operen bajo parámetros y reglas ya establecidas más que a través de dispensas o autorizaciones puntuales y así agilizar los procesos de aprobación a operadores de RPAS.

Para permitir que un operador pueda realizar transporte de bienes fuera de los límites establecidos en la normativa señalada precedentemente, este deberá obtener un Certificado de Operador

49. Code of Federal Regulation, title 14, Part 107. Section 107.63 (a) (1).

50. Ellis (2022), pp. 318-334 p. 330.

51. Federal Aviation Administration.

Aéreo, al igual que los operadores de aeronaves tripuladas tradicionales^[52], mediante la aplicación contenida en el *14 CFR Part 135*.

De esta forma, se ha permitido a empresas como Zipline y UPS realizar operaciones en condiciones BVLOS, transportando bienes bajo una lógica comercial. Al no haber sido esta norma dictada tomando en consideración la operación de RPAS, la FAA ha adaptado esta, a aquellas aeronaves otorgando excepciones en aquellas materias no aplicables. A su vez, Amazon fue la primera compañía en operar Drones con un peso superior a 25 kilogramos.

4.2. European Union Aviation Safety Agency (EASA)

La normativa vigente establecida por La Unión Europea para la utilización de drones civiles se encuentra principalmente en las regulaciones 2019/947^[53] y 2019/945^[54], las cuales tienen la particularidad de dejar de lado el criterio del fin específico con que se utiliza el dron, distinguiendo entre actividad comercial civil o de ocio, y optando por un acercamiento basado en el riesgo el cual considera factores como el peso, especificaciones y la operación en específico que se realizará.

El reglamento de ejecución 2019/947 relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas ofrece tres categorías de operaciones civiles hechas por drones, a saber: abierta, específica y certificada.

El artículo cuarto establece los requisitos copulativos necesarios para la calificación de las operaciones de RPAS en la categoría *abierta* entre los cuales se incluye, que la masa máxima

52. Ellis (2022), p. 318-334 p. 333

53. 2019/947 Commission Delegated Regulation (EU) (2019).

54. 2019/945 Commission Delegated Regulation (EU) (2019).

de despegue de la aeronave no tripulada sea inferior a 25 kg. Esta categoría está dirigida a operaciones con drones civiles de menor riesgo operativo, “en las que la seguridad está garantizada siempre que el operador del dron civil cumpla con los requisitos pertinentes para la operación prevista”^[55], y no es necesaria una autorización operativa antes de iniciar un vuelo.

Esta categoría a su vez se encuentra subdividida en tres subcategorías:

1. A1: el dron sobrevuela personas, pero no concentraciones de personas^[56]
2. A2: el dron vuela cerca de personas
3. A3: el dron vuela lejos de personas

El artículo quinto trata sobre la categoría *específica*, abarcando aquellas operaciones con Drones civiles más riesgosas, donde “la seguridad está garantizada por el operador civil por medio de la obtención de una autorización operacional de la autoridad nacional competente, antes del comienzo de la operación”^[57]. Junto con la solicitud de dicha autorización, el operador debe llevar a cabo una evaluación del riesgo que deberá ser presentada con medidas de atenuación.

El artículo sexto se refiere a la categoría *certificada*, la cual abarca aquellas operaciones cuyo riesgo es considerablemente alto. En estos casos, “la certificación del operador del dron, del dron y de la licencia del piloto remoto, son siempre necesarias para garantizar la seguridad”^[58]. Esta categoría aplica frente a operaciones que

55. 2019/947 Commission Delegated Regulation (EU) (2019), artículo 4.

56. O “Assemblies of people”, reuniones en las que las personas no pueden alejarse debido a la densidad de personas presentes, según la definición otorgada en el artículo 2 del reglamento 2019/947

57. 2019/947 Commission Delegated Regulation (EU) (2019), artículo 5.

58. *Ibidem*, artículo 6.

implican volar sobre concentraciones de personas, que conlleven el transporte de personas o que conlleven el transporte de mercancías peligrosas que puedan entrañar un riesgo elevado para terceros en caso de accidente.

Así, los Drones cuyas operaciones se encuentren en la categoría certificada, deberán contar con un certificado de aeronavegabilidad el cual deberá ser emitido por la Autoridad de Aviación Nacional, y requiere ser registrado, en atención al artículo 21 del reglamento 2019/947.

Por otra parte, los dueños/operadores de Drones deberán registrarse frente a la Autoridad de Aviación Nacional del país de la Unión Europea de residencia. Tras el registro, el dueño/operador recibe un “número de registro de operador de dron” el cual deberá ser exhibido mediante una calcomanía en todos los Drones que posea el dueño/operador. Junto con lo anterior, el número de registro deberá ser ingresado al “Sistema remoto de identificación de Drones”^[59].

No es necesario que el dueño realice el registro si su dron pesa menos de 250 gramos y no cuenta con cámara ni con otro sensor capaz de detectar información personal o, si incluso teniendo cámara u otro sensor, y pesando menos de 250 gramos, sea considerados un juguete^[60].

Los drones autónomos pueden formar parte, según corresponda, de las tres categorías descritas.

Otro aspecto relevante dice relación los niveles de ruido emitidos por los drones. El reglamento 2019/945 regula los niveles de ruido en las operaciones de las categorías abierta y específica.

59. Ibidem, artículo 15.

60. Esto quiere decir que su documentación demuestra que se trata de un “juguete” según lo establecido en la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes.

En junio de 2023 la EASA publicó el informe de Medición del ruido de los sistemas de aeronaves no tripuladas de menos de 600 kg que operan en la categoría específica (riesgo bajo y medio), destinado a “los fabricantes de UAS, los operadores o las organizaciones de medición del ruido, con carácter voluntario, para establecer los niveles de ruido asociados a determinados diseños y aplicaciones”^[61].

5. Propuestas de mejora al panorama actual

5.1. Rol de la Autoridad

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, tanto dentro como fuera de Chile es y seguirá siendo clave el papel que juegue la autoridad (sea esta regulatoria, administrativa comunitaria, federal u otra) en el desarrollo de la industria de los RPAS.

En el plano nacional, la Dirección General de Aeronáutica Civil es la autoridad que regula la actividad aeronáutica, principalmente por medio de la dictación de regulación administrativa sobre distintas materias; desde seguridad en aviación, regulación de aeropuertos, certificaciones de Operadores Aéreos, así como por medio de la fiscalización y promoción de la industria aeronáutica.

Como ha sido expuesto anteriormente, ya se han realizado esfuerzos por parte de la autoridad para hacerse cargo del creciente fenómeno de los Drones, aunque con limitado éxito si lo comparamos con otras jurisdicciones.

Por otro lado, sería muy positivo que legislativamente, a nivel de rango legal, se le otorgase reconocimiento a las aeronaves

61. European Union Aviation Safety Agency (2023), p.3.

que no cuentan con piloto, y de esa manera, establecer un marco normativo que las diferencie desde un primer momento y que no sea la autoridad administrativa quién se encargue de hacer la diferenciación.

Esto no solo traerá beneficios en el ámbito comercial y tecnológico para el desarrollo de la actividad, la libre iniciativa privada y la circulación de los bienes en el mercado, sino que, en cuanto a la técnica jurídica es conveniente que las normas de carácter general, abstractas y obligatorias sean promulgadas por medio del proceso de formación de la ley^[62] y no por medio de normas de un órgano administrativo, el cual debiese dedicarse más bien a pormenorizar las normas de rango legal preexistentes.

Lo anterior también es conveniente en cuanto a un régimen democrático. Parece deseable que, por ejemplo, las normas que regulan específicamente los riesgos de la actividad que se realiza por medio de RPAS —aunque pormenorizada contractual y administrativamente—, esté determinada por medio de normas que hubieren aprobado el examen democrático del Congreso, y que no sean dictadas por una autoridad, que no tenga norma legal en que apoyarse, sin todas las exigencias de publicidad propias de una ley.

Con el fin de mejorar la capacidad de aprobar nuevas operaciones con RPAS, dictar normativa aeronáutica y fiscalizar las operaciones con Drones, la DGAC, en su carácter de ente encargado, debería facilitar la capacitación y contratación de personal técnico capacitado para ello.

Es importante y necesario considerar la colaboración entre entidades públicas y privadas para el desarrollo de normativa acorde a las capacidades y necesidades de las aeronaves

62. Artículos 65 y siguientes de la Constitución Política de la República. Formación de la ley.

actualmente existentes. Ejemplos de esto lo encontramos en el programa BEYOND de la FAA y el trabajo entre Speedbird con la ANAC en Brasil.

Finalmente, todo lo anterior debe ir junto con la implementación, por parte de la DGAC, de tecnología acorde a este tipo de operaciones, la cual permita, por ejemplo, una correcta y eficiente gestión del espacio aéreo, junto con estas nuevas operaciones.

5.2. Problemas Prácticos

Juntamente con la incerteza jurídica que se plantea, el hecho de que al momento de regularse legalmente la actividad aeronáutica no se contemplase la existencia de RPAS, y que tampoco se haya actualizado hasta la fecha, genera algunos inconvenientes jurídicos prácticos muy relevantes al momento de contratar comercialmente servicios prestados por medio de Drones.

5.2.1. Hipoteca sobre aeronaves

Una particularidad de las aeronaves es que en virtud del artículo 114 de Código Aeronáutico “las aeronaves podrán ser hipotecadas”^[63] a pesar de ser, en estricto rigor, un bien mueble. Esto, sumado a que las aeronaves tienen nacionalidad y deber de registro, suponen que las aeronaves tienen la “condición de bienes muebles con estatuto propio y distinto”^[64], y por lo tanto su tratamiento también es especial.

Ahora bien, el problema que se presenta es que realizando una lectura sistemática de las normas que regulan la materia, llegaremos

63. Artículo 114 del Código Aeronáutico: “Las aeronaves podrán ser hipotecadas. La hipoteca comprenderá la totalidad de la aeronave, incluidos los equipos o piezas destinados permanentemente a su servicio, sea que estén incorporados a ella o se encuentren temporalmente separados. El deudor no podrá separar las partes de la aeronave comprendidas en la hipoteca sino de manera temporal y sólo para su reparación o mejora. Las aeronaves no podrán gravarse con otras garantías reales”.

64. Cea y Morales (2014), p. 314

a la conclusión de que un dron no puede ser objeto de hipoteca, pero tampoco de prenda ni de ninguna especie de garantía.

El artículo 116 inciso segundo del Código Aeronáutico ^[65] establece que las hipotecas necesariamente deberán inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves. En caso contrario esta no tendrá ningún valor. Esto, en consonancia con el artículo 48 número 1 del mismo cuerpo legal que señala que en el Registro de Gravámenes y Prohibiciones ^[66] se inscribirán las hipotecas y demás gravámenes que se constituyan sobre aeronaves.

Pues bien, necesitamos inscribir la hipoteca en el Registro correspondiente y entonces producirá sus plenos efectos. Sin embargo, en el artículo 51 del mismo Código, se señala que “[s]erá nula toda inscripción de un gravamen o prohibición en la que no se inserte la individualización de la inscripción en el Registro de Matrícula y Propiedad de la aeronave respectiva”. Es decir, es necesaria la inscripción en el libro que consigna el dominio y la nacionalidad de la aeronave antes de proceder a la inscripción de la hipoteca.

El inconveniente con este requisito es que, si miramos el artículo 37 del Código Aeronáutico, nos daremos cuenta de que los RPAS están exentos del régimen de matrícula. Uno podría pensar que esto supone que la obtención de matrícula para un Dron no es mandatorio por la ley, pero es permitido en caso de quererlo el propietario, por ejemplo, para constituir una hipoteca u otro gravamen sobre él.

Mas, el artículo 13° del Reglamento del Registro Nacional de Aeronaves señala que “[s]e inscribirá en el Registro de Matrícula y Propiedad de las Aeronaves toda aeronave cuyo peso no sea inferior a

65. Artículo 116 inciso segundo del Código Aeronáutico: “La hipoteca deberá inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves, y su fecha será la de su inscripción. Sin este requisito, la hipoteca no tendrá valor alguno”.

66. Que forma parte del Registro Nacional de Aeronaves junto con el Registro de Matrícula y Propiedad y el Libro Repertorio, de conformidad con el artículo 1° del Reglamento del Registro Nacional de Aeronaves.

160 kilogramos”, dejando fuera de la posibilidad de inscribir en este libro a los RPAS. Esto, es reforzado por el artículo 21° del mismo reglamento que señala como contenido mínimo de la inscripción las “[m]arcas de nacionalidad y matrícula asignadas a la aeronave”.

Será necesario entonces, dada la proliferación de la industria de los RPAS comentada en este trabajo, que se regule de una manera distinta a este tipo de aeronaves; permitiendo la obtención de su matrícula, la inscripción de hipotecas aun cuando no cuenten con matrícula, o idealmente, permitiendo la prenda sobre este tipo de bienes, cuyas características no justifican que se constituyan sobre ellas una garantía hipotecaria.

5.2.2. Responsabilidad del propietario

Otra deficiencia importante que tiene la regulación —o la falta de ella— de los Drones en nuestra legislación, es la regulación de la responsabilidad del dueño por “cualquier daño que ella produzca”^[67], considerando especialmente cuando este no es el explotador^[68] de la aeronave.

Siguiendo la lógica de la argumentación anterior y considerando que el mismo artículo 48 del Código señala en su inciso final que en el Registro de Gravámenes y Prohibiciones “podrán inscribirse los actos o contratos en virtud de los cuales se cede o transmite la calidad de explotador”. El acto típico que transmite esta calidad es el arrendamiento de aeronaves^[69].

67. Artículo 100 del Código Aeronáutico: “El propietario de una aeronave es responsable, solidariamente con el explotador, de cualquier daño que ella produzca, a menos que el acto o contrato mediante el cual se transfiere la calidad de explotador, se inscriba en el Registro Nacional de Aeronaves, caso en el cual el propietario queda liberado de responsabilidad civil”.

68. En virtud del artículo 99 del Código Aeronáutico el explotador es “la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica”. El caso más claro de explotadores en la realidad nacional, son las aerolíneas, que suelen ser arrendatarias de las aeronaves que operan.

69. Contrato regulado en el Capítulo I del Título VIII del Código Aeronáutico.

La importancia que tiene la inscripción de un contrato de arrendamiento en el Registro Nacional de Aeronaves es que en virtud del artículo 100 antes citado, el propietario quedará liberado de la responsabilidad civil por los daños que la aeronave produzca, mientras se encuentre operado por el arrendatario.

Es evidente entonces que, al no poder inscribirse el contrato, dado los argumentos que se han señalado, el propietario seguirá siendo solidariamente responsable de los daños que produzca la aeronave, y por tanto se constituye un verdadero desincentivo para el crecimiento de la industria por medio de arrendamientos.

Es dable creer que un propietario que no se libera de responsabilidad por la operación de una aeronave que ha arrendado a otro, preferirá no arrendarla o aumentar los costos de dicho arrendamiento, limitando comercial y contractualmente la potencialidad que ya han demostrado los RPAS.

6. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente informe, los avances tecnológicos han supuesto un importante desafío para las autoridades aeronáuticas de todos los países. La irrupción de las aeronaves pilotadas a distancia y los innumerables beneficios que estas aportan a la prestación de trabajos aéreos han puesto presión sobre los entes reguladores con el fin de hacer más eficiente y regular la convivencia de todas las aeronaves en el espacio aéreo.

En Chile, actualmente contamos con una normativa que sirve de base para avanzar en el desarrollo de una institucionalidad robusta, que permita la irrupción de estas nuevas operaciones, teniendo siempre como fin el resguardo de la seguridad aérea.

Al revisar la regulación de los Drones en la normativa aeronáutica nacional y contrastarla con el estado de desarrollo actual de la tecnología y operación de los Drones, sus múltiples y diversos usos y capacidades, podemos constatar que existe una necesidad urgente de modernizar la normativa nacional.

Al mismo tiempo, reconocemos un importante desafío para la DGAC en cuanto a dedicar recursos, personal y atención a desarrollar la capacidad institucional para poder regular, supervisar y fiscalizar las crecientes y cada vez más complejas operaciones con Drones. Si bien el ente regulador ha realizado importantes esfuerzos en esta materia, todavía se ve limitado por la legislación y la capacidad técnica que posee.

Finalmente, es necesario mencionar el importante aporte que la cooperación público-privada ha realizado a la normativa aeronáutica extranjera relacionada a la operación de Drones, lo que se puede evidenciar, por ejemplo, en el creciente número de empresas aéreas en Estados Unidos. Es dable creer que este camino se debe seguir en Chile para no coartar el desarrollo de la industria de los RPAS y estar en la vanguardia a nivel mundial en esta materia.

7. Bibliografía citada

Acevedo, Ignacio Javier (2017). “Normas que regulan las Operaciones de Aeronaves Piloteadas a Distancias en Chile, la experiencia de la aplicación de la DAN 151”. Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial.

Barnes, Richard W. (1978): “Air Transportation in the Post-War War II Era: Commentary”, *Business and Economic History*, vol. 7: pp. 29-32.

Cea, Sergio y Morales, Patricio (2014). “Algunas consideraciones sobre la autonomía del Derecho Aeronáutico”. Revista Actualidad Jurídica N° 29. Universidad del Desarrollo.

Dirección General de Aeronáutica Civil (2019). “Léxico”.

Ellis, Jeffery (2022): “National regulatory structure and responses: USA”, en Tarr, Anthony A., Tarr, Julie-Anne, Thompson, Maurice y Ellis, Jeffrey (eds.), *Drone Law and Policy Global Development, Risks, Regulation and Insurance* (Londres, Routledge)

European Comission (2012). “Flightpath 2050, Europe’s Vision for Aviation”. Bélgica, Luxemburgo Publications Office of the European Union, 2012. Disponible en: Flightpath 2050 - Publications Office of the EU (europa.eu) [consulta 18 de agosto de 2023].

European Comission. “Unmanned aircraft (drones)”. Disponible en: https://transport.ec.europa.eu/transport-modes/air/aviation-safety-policy-europe/unmanned-aircraft-drones_es [consulta 18 de agosto de 2023]

European Union Aviation Safety Agency (2023). Guidelines on Noise Measurement of Unmanned Aircraft Systems Lighter than 600 kg Operating in the Specific Category (Low and Medium Risk).

Federal Aviation Administration (sitio web), *Drone History Day*. Disponible en: https://www.faa.gov/uas/events/drone_safety_day#:~:text=%E2%80%8BAnnual%20Drone%20Safety%20Day%20is%20Saturday%2C%20April%2029%2C%202023&text=As%20of%20January%2C%20there%20are,have%20fun%20and%20be%20safe! [consulta 21 de Agosto de 2023].

MAYORGA, Francisca (2021): “Permisos para pilotear drones registran alza exponencial y reactivan el debate sobre su regulación”, La Tercera. Disponible en: <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/permisos-para-pilotear-drones-registran-alza-exponencial-y-reactivan-el-debate-sobre-su-regulacion/RALSDOM4ZRE6FFX3CBAUYCYV6Y/>. [consulta 22 de septiembre de 2023].

Organización de Aviación Civil Internacional (2012). Unmanned Aircraft Systems (UAS). ICAO Circular 328, Montreal. Disponible en: https://www.icao.int/meetings/uas/documents/circular%20328_en.pdf [consulta 21 de agosto de 2023].

Real Academia Española (2022): “Diccionario de la lengua española”, 23ª edición. Disponible en: <https://dle.rae.es> [consulta 18 de abril de 2023].

8. Normativa Citada

1. Código Aeronáutico.
2. Constitución Política de la República.
3. Code of Federal Regulation, title 14.
4. Ley N° 16.752 Fija Organización y Funciones y Establece Disposiciones Generales a la Dirección General de Aeronáutica Civil, 17 de febrero de 1968.
5. Aeronautics Act R.S.C., 1985, c. A-2, An Act to authorize the control of aeronautics, 1 de junio de 2009.
6. Public Law 112-95 FAA Modernization and Reform Act of 2012. 14 de febrero de 2012.
7. Decreto 509 BIS Promulga Convenio de Aviación Civil Internacional (OACI), *Diario Oficial*, 6 de diciembre de 1957.
8. DAN 91 Reglas del Aire, 27 de agosto de 2012.
9. DAN 119 Normas para la Obtención del Certificado de Operador Aéreo (AOC), 12 de agosto de 2019.
10. DAN 151 Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en asuntos de interés público, que se efectúen sobre áreas pobladas, 2 de septiembre de 2015.
11. 2019/945 Commission Delegated Regulation (EU) on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, 12 de marzo de 2019.
12. 2019/947 Commission Delegated Regulation (EU) on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, 24 de mayo de 2019.

Proyecto de Convenio Internacional de Contratos de Viaje

Orlando Eduardo Natiello

Miembro Plenario de Alada. Miembro de número de la Academia Argentina de Turismo
Expofesor Titular Cátedra Derecho del Turismo en la Universidad del Norte Santo Tomás de
Aquino, Tucumán, Argentina. Expofesor Asociado a cargo Cátedra Derecho del Transporte
en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina.

1. Antecedentes

No es sino con gran satisfacción que presentamos hoy a consideración de las XLV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO AERONAUTICO Y DEL ESPACIO, el Proyecto de Convención Internacional de Contratos de Viaje, fruto de la labor efectuada a lo largo de los últimos años de nuestra institución.

En efecto, ALADA se abocó especialmente al tratamiento de las relaciones entre el derecho aeronáutico y el turismo en las Jornadas de Sassari en 2010, continuándolo en Cabo Verde 2012, Lima 2013, Málaga 2014, Bilbao 2015, Mendoza 2016, Varsovia 2017, Santiago de Chile 2018, Palma de Mallorca 2019 y Buenos Aires 2022, a través de los aportes de relevantes miembros plenarios.

Con posterioridad a las Jornadas de Buenos Aires de 2022, se formó una Comisión de miembros que inició los trabajos de preparación del documento final que esperamos sea sometido a vuestra consideración en las próximas Jornadas de 2024. Mientras tanto, acompaño esta exposición con un anexo, que contiene la propuesta para las secciones I a X del Anteproyecto. Por su parte, la Dra. Roxana Corbrán abordará en estas Jornadas los tópicos referidos las importantes cuestiones de Jurisdicción, Competencia y Resolución de conflictos, con la excelencia que caracteriza a nuestra distinguida colega.

Con tal motivo, y antes de entrar en los fundamentos de las normas propuestas, exhortamos a los miembros de nuestra Institución, a hacer llegar a la Comisión designada sus valiosos aportes y opiniones de cada uno de los tópicos regulados en el proyecto. La normatividad internacional de los Contratos de Viaje es una necesidad jurídica pendiente de resolución, considerando el geométrico desarrollo alcanzado por la actividad turística en los últimos 70 años, y muy especialmente en las últimas dos décadas.

El fenómeno turístico se encuentra ante un desafío permanente de actualización. La velocidad de los cambios tecnológicos que le afectan produce en pocos años, si no la obsolescencia de las normas, al menos la aparición de lagunas jurídicas que imperiosamente debemos llenar con normas modernas aplicables a estos nuevos fenómenos.

La pandemia sufrida por la humanidad en los años 2020/2022 es un ejemplo de los acontecimientos que pueden poner en duda la aplicabilidad de las escasas leyes vigentes en materia turística, frente a situaciones excepcionales que no fueron previstas al momento de sanción de éstas. En este Anteproyecto, se regulan los contratos de viajes tradicionales, celebrados tanto en forma presencial como electrónica. Sin embargo, nos encontramos ya frente a nuevos fenómenos como, entre otros, el uso de la Inteligencia artificial en el Turismo, la utilización de drones de pasajeros con fines turísticos, el turismo espacial, o el desarrollo alcanzado por la locación temporaria de inmuebles, ineludiblemente vinculados al turismo.

Todo ello, sin perder de vista los principios jurídicos fundamentales que nos llevan a regular los hechos a través del derecho en base a los conceptos de justicia y equidad.

Necesidad de sancionar un Convenio Internacional

Resumiendo en pocas líneas lo expresado en anteriores Jornadas, a partir de la segunda mitad del S. XX se produjo la expansión geométrica de los viajes internacionales y de la actividad turística, desarrollándose una profusa legislación especialmente en el ámbito del derecho administrativo, a los efectos de regular las políticas vinculadas al turismo. Se dictaron numerosas leyes en diversos estados que regulan los regímenes de habilitación y funcionamiento (de las Agencias de Viaje), se describen las actividades comprendidas en dichas normas, se establecen disposiciones sancionatorias para quienes no estén encuadrados en el marco legal establecido y las facultades del estado en materia de reglamentación de todos los aspectos vinculados a su funcionamiento. “Las dificultades surgieron cuando se intentó abordar desde el Derecho Privado la regulación de los contratos derivados de esta materia, resultando muy difícil el encuadramiento de estos novedosos actos jurídicos, en las categorías contractuales tradicionales”.^[1]

Se debe tener en cuenta la llamativa carencia de normas de derecho privado internacional dirigidas a regular los actos jurídicos nacidos a partir de la actividad de los viajes y el turismo, los nuevos actores intervinientes en aquéllos y las relaciones creadas entre cada uno de ellos.

El primer y único antecedente de Derecho Uniforme Internacional en esta materia fue la Convención de Bruselas de 1970, elaborada como consecuencia de los estudios realizados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). La misma tuvo un magro resultado

1. Natiello, Orlando Eduardo. Bases para un futuro Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje. XLII Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Universidad Federico Santa María. Santiago de Chile. Octubre 2018.

efectivo, dada la escasa adhesión de estados adherentes (solo 6, entre ellos Argentina e Italia).

Por el contrario, a nivel regional, se deben destacar la notable y fundamental contribución al estudio de los Contratos de Viajes Combinados realizado por la Unión Europea, a través de sus instrumentos legales: la Directiva 90/314 (CEE) del Consejo del 13 de Junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados. Sin embargo, ambas fuentes también son muestras de la dificultad en llegar a consensos en la materia no solo porque no alcanzaron el status de “Reglamento” sino porque limitaron la regulación a sólo algunos tipos contractuales y a determinados grupos de viajeros. No obstante, ambas constituyen “una importante fuente doctrinaria que enriqueció a quienes intentamos acercarnos a este aspecto del derecho regulatorio de los desplazamientos de las personas a través de los viajes.”

En el resto de los estados, encontramos normas aisladas, en muchos casos de nivel administrativo con alguna referencia a los contratos de turismo, pero en general se recurre a la remisión a la legislación general de cada país en lo que pueda ser aplicable al contenido de este tipo de contratos.

No podemos dejar de mencionar la labor realizada por la OMT a través de la publicación de su reciente Código Internacional Para la Protección de los Turistas^[2], en el cual se establecen muchos de los principios dirigidos a favorecer el flujo de viajeros, internos e internacionales, poniendo especial énfasis en la protección de los viajeros frente a situaciones de emergencia o a los incumplimientos

2. Organización Mundial del Turismo (2022), Código Internacional para la Protección de los Turistas, OMT, Madrid, DOI: <https://doi.org/10.18111/9789284423460>

de los prestadores de los servicios. No obstante, este notable conjunto de principios y deseos no avanza hacia la creación de un cuerpo legal de Derecho Uniforme Internacional.

2. Objetivos, Sujetos, y Ambito de Aplicación

2.1. Objeto del Convenio

Los objetivos perseguidos con la sanción del presente Convenio son:

- Crear normas que delimiten el concepto y características de los distintos contratos de viaje, reflejando la distinta naturaleza jurídica de cada uno de ellos.
- Dar transparencia a las relaciones jurídicas entre los viajeros y los agentes de viajes o empresarios intervinientes.
- Fijar los derechos y obligaciones nacidos de cada contrato, y las responsabilidades emergentes.
- Alcanzar un razonable equilibrio entre la protección de los derechos de los viajeros y usuarios y la facilitación del funcionamiento de los empresarios y profesionales agentes de viaje.

2.2. Sujetos alcanzados

El Convenio se aplica a las relaciones jurídicas creadas entre los Agentes de Viajes o empresarios que cumplan tal función, y los usuarios y viajeros que requieran de sus servicios. Las relaciones jurídicas establecidas en forma directa, entre

los viajeros y los prestadores de los distintos servicios de viajes (contratos de transporte, hospedaje, etc.) no se verán alcanzadas por este Convenio.

Teniendo en cuenta que un mismo Agente puede celebrar distintos contratos de viaje, se ha preferido no establecer una clasificación subjetiva de los mismos, sino por el contrario su calidad estará determinada por la función desempeñada en cada tipo contractual. Los Agentes serán considerados organizadores o intermediarios de acuerdo con la función desempeñada en cada contrato, o a los casos en que el mismo Convenio atribuya al Agente de Viajes o empresario alguna de estas dos calidades.

El Convenio deja librado al derecho interno de cada país, la habilitación de quienes desempeñarán esta función, como asimismo las posibles sanciones para quien lo hagan sin contar con la debida autorización gubernamental. De esta forma, se respetan las características propias de cada estado en materia de la regulación administrativa para el funcionamiento de las Agencias de Viajes, en sus propios mercados. Por esta misma causa, tampoco se hace referencia a asociaciones o personas jurídicas que ocasionalmente cumplan esta función. La posibilidad de intervenir en estos contratos dependerá de las normas administrativas para el funcionamiento de las Agencias de Viajes en cada país.

En cuanto a la figura del usuario y/o viajero, se incluyen todas las categorías posibles de ellos, sean personas físicas o jurídicas^[3]. Las normas del Convenio son aplicables a todos por igual, por cuanto consideramos que la protección de los viajeros no puede limitarse a un determinado tipo específico. A los efectos

3. Si bien el viajero indudablemente es una persona física, el usuario que contrata con un Agente de Viajes puede ser una persona jurídica. Además, viajero puede ser también quien no haya realizado efectivamente un viaje, cuando se dirige a una Agencia de viajes con la mera intención de recibir asesoramiento profesional remunerado.

del Convenio, tanto los consumidores como aquellos que no lo son, gozarán de la misma protección que emana de sus normas.

Evitamos cualquier referencia al viajero como turista ^[4], por cuanto creemos que “no es conveniente confundir viaje con turismo. El turismo es un fenómeno social, pero no es una categoría jurídica. El turismo puede ser la motivación de un viaje, pero no lo es en forma excluyente, dado que las motivaciones de un viaje pueden ser muy variadas. En definitiva, todo aquel que hace turismo efectúa un viaje, pero no todo viajero es turista.” ^[5]

2.3. **Ámbito de aplicación**

El convenio se aplicará exclusivamente a los contratos celebrados en el territorio de un estado firmante del mismo, tomando en consideración cualquiera de las alternativas indicadas en el art 2 ap. A, es decir, establecimiento principal, residencia habitual, o establecimiento a través del cual se ha concluido el contrato.

En materia del contenido de las normas, se persigue la aplicación uniforme de las mismas en todos los estados contratantes, por lo que sus normas tendrán preferencia a cualquier norma del derecho contractual nacional. Sin embargo, se permite la aplicación de las normas particulares de cada estado en todo aspecto que no haya sido regulado en el Convenio.

También se dejan a salvo todas las normas y Convenios Internacionales vigentes que regulen las relaciones entre los

4. La OMT actualizó nuevamente el concepto de “turista” a través del Código Internacional para la protección de los Turistas que afirma en el Cap. I Parte A Nro. 7: Un “turista” es una persona que realiza un viaje, que incluye una pernoctación, a un destino principal distinto al de su entorno habitual, por una duración inferior a un año, con cualquier finalidad principal (negocios, ocio u otro motivo personal) que no sea la de ser empleado por una entidad residente en el país o lugar visitado. La OMT distingue al turista de la persona del excursionista, definida en el punto 3 del mismo Capítulo. En nuestro criterio, ambas personas pueden incluirse en la categoría de “viajeros” a los efectos del Convenio propuesto.

5. Natiello, Orlando Eduardo. Bases para un futuro Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje. XLII Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Universidad Federico Santa María. Santiago de Chile. Octubre 2018.

viajeros y los prestadores de los servicios de viajes. De esta forma se evita la superposición de normas convencionales aplicables a un mismo hecho.

3. Servicios de Viaje

3.1. Servicios de Viaje incluidos en el Convenio

En la descripción de los Servicios de Viaje se incluyen todos aquellos utilizados por los viajeros cuando se desplazan fuera del lugar de su residencia habitual, que se encuentren directamente relacionados con dicho desplazamiento. La enumeración no es taxativa, por cuanto admite, en base a un criterio teleológico, la inclusión de cualquier otro servicio que constituya parte de un viaje.^[6]

Los servicios de asesoramiento de viajes, entendidos como un servicio profesional brindado por el Agente de Viajes a quienes proyectan la realización de un viaje, también se encuentran alcanzados por el convenio, aunque no se traduzcan en la contratación efectiva del mismo, generando el derecho de una razonable remuneración en favor de los agentes. Así o considera, y coincido conceptualmente, la Asociación de Agentes de Viajes de EEUU.^[7]

6. De allí, que esta enumeración no taxativa, permitiría incluir en el ámbito de aplicación del Convenio la intermediación en el alquiler temporario de inmuebles, en la medida que sea efectuada con la finalidad de un viaje.

7. El 28 de agosto de 2018, ASTA, (Asociación Norteamericana de Agentes de Viajes) modificó su nombre, adoptando el de Asociación Norteamericana de Consultores de viajes manteniendo su misma sigla: ASTA: American Society of Travel Advisors. En palabras de su presidente Zane Kerby, la nueva denominación describe con mayor precisión el valor agregado que proporcionan los Agentes a los viajeros.

3.2. Tipologías contractuales

En materia de tipología contractual, se ha tomado fundamentalmente la clasificación de la Convención de Bruselas distinguiendo entre Contrato de viaje Organizado (también denominado Contrato de Viaje Combinado) y Contrato de intermediación de viaje. Esta clasificación permite no solo distinguir dos categorías contractuales cuya naturaleza jurídica es distinta, sino también determinar los derechos y obligaciones de cada una de ellas. De esta forma, serán mayores las cargas y responsabilidades emergentes en los Contratos de Organización de viajes que aquellas que nacen de los contratos en que se realiza la mera intermediación entre los viajeros y los prestadores de los servicios de viaje.

Siendo a Directiva Europea 2302/2015 una fuente de notoria importancia por cuanto ha recogido la evolución sufrida especialmente por el denominado contrato de viaje combinado, y los contratos de viaje dinámicos, se ha receptado de ésta la subclasificación propuesta en los apartados h a k del Proyecto.

No obstante, se ha considerado necesario que el Convenio sea aplicable, no solo a los distintos tipos de viajes organizados (combinados) y a los servicios de viaje vinculados, como lo hace la legislación europea, sino también a la intermediación en los servicios viaje aislados.

3.3. Protección del viajero

La protección del viajero que contrata con un Agente de Viaje se proyecta en las normas que disponen:

- Los deberes de información precontractual
- Las formalidades requeridas para celebrar los contratos

- El deber de asistencia y repatriación en caso de quiebra/cese de operaciones de los Agentes.
- Los seguros obligatorios establecidos en favor de los viajeros
- Las responsabilidades que emanan del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los términos del contrato.
- El sistema de resolución de conflictos mediante arbitraje o instancia judicial

3.4. Resguardo de los derechos de los Agentes de Viaje

Por su parte, el sistema está diseñado para proteger de la misma forma los derechos de los Agentes de Viajes, especialmente aquellos que son considerados como pequeñas y medianas industrias mediante las disposiciones que:

1. Establecen distintos grados de responsabilidad para los contratos de organización de viajes y para la simple intermediación.
2. Exime a las Agencias de los daños imputables a los transportadores aéreos y, servicios regulares de transporte marítimo, fluvial y ferroviario.
3. En los contratos de intermediación, distingue claramente la diferencia entre la intermediación y las relaciones jurídicas entre los viajeros y los prestadores de los servicios de viaje.
4. En los casos descritos en los párrafos a y b se establecen las excepciones que generan una mayor responsabilidad a cargo de las Agencias de Viaje.

Uno de los objetivos que inspiran a todo el Convenio es el de lograr un equilibrio entre la adecuada protección del viajero, con los derechos nacidos a partir del ejercicio profesional de la intermediación en los viajes. Todo ello a la luz de una visión jurídica que reconoce la diversidad de naturalezas jurídicas existente en los contratos de viaje, como, asimismo, las características singulares y posibles riesgos que el emprendimiento de todo viaje implica.

4. Informaciones Precontractuales y Contractuales

4.1. Información precontractual

Los deberes de información tienen, en los contratos de viaje, una importancia radical. En el esquema previsto para este Convenio, la mayor responsabilidad de los Agentes de viaje en la etapa precontractual es brindar información veraz, clara, oportuna y eficaz, acerca de las distintas características del contrato a concluir. Esta información deberá ser entregada al usuario/viajero por escrito o mediante un soporte duradero en los contratos electrónicos.

En materia de la documentación requerida para el viaje por cada uno de los estados de tránsito o destino del viaje, este deber recaerá sobre los Agentes en la medida en que los viajeros posean la nacionalidad del estado en que se celebra el contrato. Si éstos tuvieran una nacionalidad distinta, no se puede exigir que los Agentes dispongan la información aplicable a viajeros provenientes de otros estados, por lo que se limitará a referir el medio disponible para recabar tal información.

Un aspecto imprescindible en el capítulo de la información que se debe ofrecer a los viajeros se refiere a las características generales de los lugares de destino del viaje, especialmente aquellas que puedan afectar la seguridad de personal o a las necesidades especiales que puedan requerirse para la realización del viaje. Dado que este tipo de informaciones varían de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar, en caso de una futura controversia, se deberá apreciar la conducta del Agente en función de la diligencia empleada.

Sobre los viajeros recaerá la obligación de informar cualquier condición personal que pueda afectar la realización del viaje.

En los contratos de organización de viajes, se requiere un mayor detalle en la enumeración detallada de los servicios incluidos, la identificación del Agente de Viajes Organizador u operador responsable, el precio aplicable, las condiciones de desistimiento por parte del Organizador o los viajeros, la indicación de que el contrato estará sometido a las normas del Convenio y los seguros establecidos para protección del viajero. En caso de intervenir un Agente Intermediario, éste tendrá la obligación de transmitir al viajero toda la información precontractual proporcionada por el Agente de viajes Organizador, más la indicación de su intervención como intermediario.

En los contratos de intermediación de viajes, sean éstos vinculados o aislados, teniendo en cuenta que la intervención de los agentes es de mera intermediación, el contenido del deber de información estará referido a las condiciones de contratación de cada uno de los prestadores responsables de los servicios contratados, más las garantías establecidas por el convenio en favor de los viajeros en este tipo de contratos.

Es de fundamental importancia que el Agente tenga la obligación de poner en conocimiento de los viajeros que sólo la función de intermediación estará sometida a este Convenio, mientras que los contratos celebrados ente el viajero y los prestadores se regirán por las normas particulares que regulen sus actividades. Esto es así desde el momento en que, en los contratos de viajes vinculados o aislados, se considera que los viajeros contratan con los prestadores de los servicios, mientras que el agente de viajes intermediario actúa como mero mandatario de los viajeros gestionando la contratación de los servicios.

4.2. Formalidades en la celebración del contrato

Al tiempo de la formalización de los contratos de viajes organizados, se determinan diversas informaciones que reflejen no solo el contenido del contrato sino el conocimiento del viajero de las condiciones a las cuales aquél está sometido.

Se establece, por lo tanto, la obligación de transcribir en forma detallada la totalidad de los servicios incluidos, como asimismo la determinación de específicos servicios directamente vinculados con el viaje que no estén incluidos y deban ser conocidos por el viajero. La identificación del organizador, y la indicación de que éste será quien asumirá la responsabilidad de la ejecución de los servicios prometidos. El contrato deberá contener las modalidades de pago convenidas, las condiciones de desistimiento y/o cesión por parte del viajero, y los deberes asistencia en los casos en que estuviere previsto.

También se consignarán los datos de identificación del viajero, sus condiciones especiales si fueran esenciales para la celebración del contrato, y las obligaciones que debe asumir en caso de falta de correspondencia entre los servicios contratados y los efectivamente prestados. Finalmente, la protección del pasajero a través de los seguros que lo protegen frente al cese/insolvencia del organizador y repatriación a su lugar de origen.

Todas estas menciones obligatorias se fundan en la necesidad de que el usuario/viajero esté plenamente informado de los deberes y obligaciones emergentes del contrato celebrado.

Si bien se requiere la forma escrita, o el soporte duradero en los contratos electrónicos, este requisito no altera la naturaleza consensual del contrato de viaje. Por tal motivo, consideramos que el contrato de viaje organizado, se perfecciona en el momento en

que el organizador envía al viajero la confirmación y aceptación del viajero como integrante del circuito, y los contratos de intermediación en el momento en que las partes se ponen de acuerdo para que el intermediario gestione la contratación del viajero con los distintos prestadores de los servicios de viaje.

5. Condiciones de Desistimiento y/o Modificaciones del Contrato

5.1. Desistimiento y modificaciones del viajero

Se establece el derecho del viajero a desistir del contrato celebrado o a modificar alguna de sus condiciones, determinando los límites dentro de los cuales se pueda ejercer ese derecho, y las consecuencias económicas que pudieran nacer de dicho ejercicio. Lógicamente, estas condiciones serán muy distintas según se trate de un contrato de organización o intermediación de viajes.

En los contratos de intermediación de viajes, las condiciones de desistimiento o modificaciones del mismo estarán sujetas a las condiciones de los contratos celebrados con los distintos prestadores de los servicios. El agente intermediario no está en condiciones de alterar dichas condiciones, manteniendo a su cargo la obligación de informar las mismas al viajero al momento de la celebración del contrato. En materia de la remuneración debida al Agente de Viajes Intermediario en caso de desistimiento, la misma debe haber sido también previamente informada.

Con relación al Contrato de Viaje combinado, dada la complejidad de éste y la cantidad de servicios de viajes incluidos, el proyecto recoge las disposiciones previstas en las distintas fuentes consultadas, tanto legales (Convención de Bruselas, Directivas Europeas, Leyes nacionales) como en los usos y costumbres

contractuales reflejados en los contratos celebrados entre Organizadores y Viajeros.

De esta manera, el proyecto prevé el derecho a desistir del contrato, en los plazos y condiciones que se hayan convenido en el contrato, y si hubiere condiciones especiales de cancelación (como en los casos en que el viaje incluya cruceros, transporte aéreo, etc.) la obligación de informar al viajero en el momento de contratar.

Se consagra también la posibilidad de cesión de los derechos de un viajero a otro, sujeto a las limitaciones nacidas de las características del viaje y de las normas aplicables a los distintos servicios de viaje incluidos.

En cuanto al desistimiento del contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias, se determina que las mismas deben estar relacionadas con los lugares de destino, o la imposibilidad de transporte hacia los mismos. No se consideran circunstancias extraordinarias la imposibilidad de realizar el viaje por razones personales vinculadas al viajero.

Asimismo, se prevé que el Agente Organizador deberá poner en conocimiento del viajero la posibilidad de contratar seguros opcionales que cubran los desistimientos causados por hechos que no estén incluidos en las causales previstas.

5.2. Cancelación o modificaciones por parte de las agencias

A) Contratos de Viajes Organizados o combinados

Se establecen las causales por las cuales el organizador puede cancelar el viaje, siendo la principal la ocurrencia de

circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hicieren imposible su realización.

En cuanto a la causal de no haber reunido el número de participantes mínimo para la realización del viaje, como lo expresáramos en las Jornadas de Buenos Aires de 2022, “creemos que el Convenio debería otorgar al organizador la facultad de ejercer esta opción, en el mismo plazo que el contrato otorgue al viajero para desistir, con el mínimo costo posible, de la realización del viaje”.^[8] ^[9] Este plazo debe ser razonable, a efectos de proteger al viajero de las consecuencias no deseadas de la cancelación, y debe estar previsto en el contrato.

Finalmente, se otorga la facultad al Agente de viajes de resolver el contrato por falta del pago del precio, o el saldo del precio, en los plazos estipulados al momento de la celebración. Se requiere la comunicación previa al viajero intimando al pago, y, si actuase un agente intermediario, se dispone que las comunicaciones enviadas al intermediario se consideran como enviadas al viajero. En consecuencia, se genera la responsabilidad del intermediario si recibió los pagos y no los envió al organizador, o si no transmitió la intimación de pago al viajero. Esta facultad opera como una condición resolutoria, pero no exime de rembolsar al viajero los anticipos pagados, descontando las penalidades previstas en caso de desistimiento voluntario del viajero.

La modificación del precio del viaje combinado es admitida solo en hechos sobrevinientes a la fecha de celebración que no dependen del organizador ni de los prestadores de los servicios de

8. Igual criterio sostiene Camilo Tale: “si el viajero para efectuar el distracto sin indemnizar a la Agencia de Viajes, por grave que sea el motivo que tenga para desistir del tour, debe avisar con varias semanas de anticipación...para que el trato sea equitativo, el Organizador de Viajes deberá avisar su decisión de cancelar con una antelación semejante”. Tale, Camilo. Contrato de Viaje. Tomo II, Pág. 750. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2005.

9. De todos modos, la tecnología aplicada modernamente al diseño y proyección de los circuitos turísticos permite a la mayoría de los operadores definir si, por el contrario, inserta en el contrato una cláusula de garantía de que el viaje se efectuará, independientemente del número de participantes.

viaje sino de terceros completamente ajenos a ellos. Esta causal fue prevista tanto en la Convención de Bruselas como en las Directivas Europeas 90/314 y 2302/2015, aunque con diversas formas de fijación del porcentaje que permitiría el ejercicio de esta opción. Se establece la fijación de un porcentaje vinculado a la moneda de referencia establecida en el contrato como precio del viaje^[10] como asimismo un plazo de anticipación considerados razonables.

Las modificaciones de los servicios por parte del organizador solo están permitidas en la medida que no se alteren sustancialmente los mismos, y siempre que estuviere previsto en el contrato y se comunique al viajero con una anticipación razonable. En estos casos, si corresponde, el viajero tendrá derecho a una reducción del precio, y si las modificaciones fueren “sustanciales”, a resolver el contrato recibiendo los reembolsos y compensaciones del caso en un plazo razonable establecido en el convenio. La “sustancialidad” de las modificaciones es una cuestión de hecho que, de originar controversias, será resuelta en los procesos de mediación o en sede judicial.

B) Contratos de servicios vinculados o aislados de viaje

Dado que las modificaciones o cancelaciones de los servicios se rigen en este caso por las condiciones contractuales de cada uno de ellos, el agente intermediario solo tendrá las obligaciones de información, y asistencia al viajero, tanto en las posibles modificaciones como en los casos de la tramitación de reembolsos por parte de los prestadores de los servicios de viaje. Esta disposición se fundamenta en que, por la naturaleza misma del contrato de intermediación, el agente no asume responsabilidad alguna al respecto, más que las mencionadas de información y asistencia. Sin embargo, se establece también que si por causas de alteraciones que no sean imputables al viajero el contrato termina por resolverse,

10. De este modo se puede establecer un parámetro que esté a salvo de las fluctuaciones inflacionarias de las monedas locales.

sólo tendrá derecho a la remuneración de sus servicios si así lo hubiere previamente convenido en el contrato de intermediación.

6. Ejecucion del Contrato y Deberes de Asistencia

En materia de viajes organizados o combinados, el proyecto prevé, además de la lógica obligación de cumplir fielmente con los servicios prometidos, un primer deber de asistencia al viajero en dificultades, que abarca fundamentalmente el envío de información o búsqueda de alternativas adecuadas para el viajero, sujeto a la condición que, de acuerdo con las circunstancias del caso, ello sea posible. Si el requerimiento de asistencia proviniese como consecuencia de hechos causados intencionalmente o por negligencia del viajero, el organizador tendrá derecho a percibir una remuneración por el servicio adicional prestado.

Si, por el contrario, es el organizador el que no prestare uno o varios de los servicios prometidos, estará obligado a ofrecer servicios alternativos. En este caso, si los servicios alternativos fueran de menor valor, nace para el viajero un derecho al reembolso proporcional, mientras que no origina costo adicional alguno si aquellos fueran de valor superior a los originalmente contratados. Se otorga al viajero la facultad de resolver parcialmente el contrato, siempre que los servicios alternativos difieran sustancialmente de los originales, con derecho a reembolso proporcional e indemnización a favor del viajero en los casos en que proceda. No mediando acuerdo entre las partes, la apreciación de la “sustancialidad” mencionada, quedará sujeto a la apreciación judicial.

Cuando el contrato de viaje organizado incluyese el transporte hasta el lugar de origen, y éste no fuera posible por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, nace para el organizador una

obligación subsidiaria de asistencia, siempre que no haya sido ya provista por el transportador. Esta obligación se limita a la gestión del retorno por medios alternativos y si fue el caso, de alojamiento por un período no mayor a 72hs. Se entiende que estos servicios son a cargo del pasajero por cuanto son consecuencia de circunstancias extraordinarias.

Si el motivo de la imposibilidad de retorno es imputable al transportador o al organizador, se aplican los mecanismos previstos en el art. 20 del Proyecto en materia de seguros de garantías de repatriación o traslado hasta el punto final de destino previsto en el contrato, sin perder de vista que todos los daños originados por esta circunstancia deberán ser asumidos por el transportador o el organizador según a quien se le atribuya esta responsabilidad en virtud de lo estipulado en los arts. 16 y 17 del Proyecto.

En materia de servicios de viaje vinculados o aislados, la correcta ejecución de los servicios corresponde exclusivamente a los prestadores de estos, por cuanto el intermediario se ha comprometido exclusivamente a la eficiente ejecución de la función de intermediación. No obstante, se establece en favor de los viajeros, una obligación de asistencia en la gestión de transporte alternativo, si fuere posible y necesaria. También se establece un mecanismo de garantía de retorno al lugar de destino final si la imposibilidad de este fuera resultado de la insolvencia o cese del intermediario.

El viajero, por su parte, tendrá la obligación ineludible de informar de inmediato al organizador o en su caso al intermediario, para activar la gestión de las posibles alternativas de resolución de las dificultades en que se encuentre el viajero.

7. Responsabilidades Emergentes

7.1. Responsabilidad en el transporte aéreo regular

En este punto nos apartamos considerablemente de las disposiciones de la Convención de Bruselas y las directivas europeas, que -siempre refiriéndose a los viajes organizados o combinados- consideran al transportador aéreo como un “tercero prestador del servicio” del cual se vale el Agente de Viajes Organizador para ejecutar la prestación prometida en su propio nombre al usuario.”^[11] Nada más alejado de la realidad, por cuanto el Organizador no tiene ninguna posibilidad de control sobre la actuación del transportador aéreo, excepto que ambos estén vinculados por un contrato de fletamento, por cuanto en este último caso la calidad de transportador se transfiere al Agente de Viajes.

En consecuencia, a nuestro parecer, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo imputable exclusivamente al transportador, no debería engendrar la responsabilidad del organizador, aplicándose las normas aeronáuticas que regulan la relación jurídica que vincula al usuario con el transportador.^[12] Incluso, estimamos que, mutatis mutandis similar solución debería adoptarse con relación al transporte regular marítimo o fluvial, ferroviario y terrestre.

Las disposiciones del proyecto se fundan en antecedentes legislativos que hemos destacado en trabajos anteriores,

11. Natiello, Orlando Eduardo. “Aspectos jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte aéreo” en XXXIV Jornadas Latinoamericanas de derecho Aeronáutico y Espacial. Editorial Cedam Milán. Italia 2010 Pág. 580 y ss. (versión en italiano) y Pág. 624 y ss. (versión en español). El tópico fue abordado en las Jornadas llevadas a cabo en la ciudad de Sassari, Italia.

12. Natiello, Orlando “La responsabilidad del organizador de viajes en los contratos de viaje combinados”. En XLI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Varsovia. Junio 2017. Remito a los argumentos desarrollados con mayor amplitud en dichas Jornadas.

refiriéndonos a la legislación colombiana^[13] y norteamericana^[14].

Por su parte Uruguay, dispone una medida parcialmente similar, que no compartimos por considerarla insuficiente, limitada exclusivamente a la mera intermediación en el transporte aéreo, manteniendo la responsabilidad del Organizador frente al viajero en los Contratos de Viajes combinados.^[15] No obstante, en función de la debida protección de los derechos del viajero se establecen tres excepciones a esta regla general por las cuales el agente organizador es responsable frente al incumplimiento o daños originados en el transporte aéreo:

1. Si media un contrato de fletamento, como lo mencionamos en los párrafos anteriores.
2. Si el transportador aéreo no tuviese su asiento principal, sucursal u oficina a través de la cual se haya celebrado el contrato de transporte, en el estado de celebración del contrato de viaje organizado.
3. Los daños causados por defectos en el proceso de reserva e intermediación generarán la responsabilidad en el agente de viajes organizador o intermediario que los hubiera causado.

Adicionalmente, siempre como medida protectoria del viajero, se establece que resultarán aplicables en cualquier caso

13. Decreto 2438 del 9 de Julio de 2010 Por el cual se dictan unas disposiciones relacionadas con la responsabilidad de las Agencias de Viajes en la prestación de servicios turísticos". Art 3: La agencia de viajes no asume responsabilidad alguna frente al usuario o viajero por el servicio de transporte aéreo, salvo que se trate de vuelos fletados y de acuerdo con lo especificado en el contrato de transporte. La prestación de tal servicio se rige por las normas legales aplicables al servicio de transporte aéreo. Los eventos tales como retrasos o modificaciones imprevistas en los horarios de los vuelos dispuestos por las aerolíneas, los derechos del usuario y los procedimientos para hacer efectivas las devoluciones de dinero a que estos hechos den lugar, se regirán por las disposiciones legales pertinentes y en particular por las contenidas en el Reglamento Aeronáutico Colombiano (RAC). Cuando en razón a la tarifa o por cualquier otro motivo existan restricciones para efectuar modificaciones a la reserva aérea, endosos o reembolsos; tales limitaciones deberán ser informadas al usuario.

14. The charter operator is the principal and is responsible to the participants for all services and accommodations offered in connection with the charter. However, the contract may expressly provide that the charter operator, unless negligent, is not responsible for personal injury or property damage caused by any direct air carrier, hotel or other supplier of services in connection with the charter. 14 C.F.R. § 380.32(x) [El operador de chárter (fletador organizador) el responsable frente a los participantes por todos los servicios ofrecidos en conexión con el chárter. De todos modos, el contrato puede expresamente prever que el organizador, a menos que sea negligente, no es responsable por los daños personales o a su propiedad causados directamente por un transportador aéreo, hotel, o proveedor de servicios en conexión con el chárter]

15. Decreto 221/006 del 14/07/2006. Art. 4 Cuando la actividad de la Agencia de Viajes se hubiera limitado a la venta del pasaje aéreo, su responsabilidad alcanzará al cumplimiento de su actividad como intermediario, siendo de su cargo la prueba respectiva.

las obligaciones de asistencia y repatriación que se desprenden del título VII art. 14 y título IX, arts. 20 y 21 del Proyecto, especialmente en el caso de quiebra o cese de operaciones del transportador.

7.2. Responsabilidad en el contrato de viaje organizado

1. Principio general: El proyecto establece la responsabilidad, en principio única, del organizador frente a los daños sufridos por el viajero a causa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los servicios de viaje prometidos en el contrato.^[16] La responsabilidad es de carácter objetivo, por cuanto responde “con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el mismo u otros organizadores, o por los prestadores de servicios de viaje”.^[17]
2. Causales de exención de responsabilidad: El proyecto establece cuatro causales de exención de responsabilidad que se desprenden de los principios generales del derecho, y de las disposiciones particulares del Proyecto.
 - Daños imputables al viajero.
 - Daños imputables a un tercero ajeno a la prestación de los servicios.
 - Daños causados por el transportador aéreo en función de lo dispuesto en el art 16 del Proyecto con los alcances y limitaciones ya referidos.
 - Circunstancias extraordinarias o imprevisibles o cualquier acontecimiento que el organizador no podía prever ni evitar.
3. Limitación: Como contrapartida del carácter objetivo de su responsabilidad, el proyecto establece una limitación general equivalente a 3 veces el valor del viaje contratado, excepto para los daños corporales. Como lo hemos mencionado en las Jornadas de Buenos Aires, en principio soy contrario a

16. Por esta razón, en el lenguaje comercial se lo identifica como “el operador responsable”.

17. Art. 17 ap. A primera parte del Proyecto.

las limitaciones, pero debemos tener en cuenta que la misma regiría únicamente a los daños ocasionados por los terceros prestadores de servicios de viaje, no siendo de aplicación para aquellos ocasionados por el propio organizador. Seguimos en este punto, las soluciones de Derecho Alemán.^[18] Por otra parte, se debe tener en cuenta que el límite fijado es con relación a la totalidad del viaje combinado, y no solamente al valor del servicio de viaje en el cual se produjo el daño.^[19]

4. Supuestos de responsabilidad objetiva e integral: El organizador no podrá limitar su responsabilidad en caso de daños corporales, y en cualquier otro caso si los daños fueren atribuibles a su exclusiva responsabilidad.
5. Atenuación de la integralidad: En los supuestos en que correspondiere una reparación integral, la misma puede beneficiarse de las limitaciones establecidas en los Convenios Internacionales o Leyes nacionales que regulen la prestación de los servicios de viaje en los que se haya causado el daño. Esta atenuación se justifica en el hecho que el viajero no puede pretender una indemnización superior a la que obtendría de acuerdo con las Leyes y Convenios que rigen la prestación de dichos servicios.^[20]
6. Compensaciones no resarcitorias de daños: El Proyecto no extiende al organizador las compensaciones no resarcitorias que las normas que regulan los servicios de viaje puedan imponer a los prestadores de éstos. Generalmente, estas compensaciones son inmediatas y automáticas, por lo cual no correspondería que el organizador tenga que asumir el pago de ellas. De todos modos, frente a situaciones de emergencia el viajero está protegido por las disposiciones de asistencia previstas en el convenio. Sin embargo, en sede judicial dichas compensaciones

18. Bundes Gesetz Buch Art. 651p Párrafo 1: El operador turístico puede, previo acuerdo con el viajero, limitar su responsabilidad por dichos daños al triple del precio del viaje si no hay lesiones físicas y si el daño no fue causado culposamente.

19. Como lo manifestáramos en las Jornadas de Buenos Aires, siendo que el organizador “debe responder ante el viajero por daños provenientes de prestadores cuyas acciones no pueden ser supervisadas de hecho en todo tiempo y lugar y en relación con cada viajero, podría ser justificable el grado de limitación que decida el Convenio. En todo caso, la redacción definitiva del Convenio deberá lograr el consenso necesario para poder llegar al equilibrio entre la necesaria protección de los derechos del viajero y de los agentes de viajes”. Natiello, Orlando Eduardo.

20. Bundes Gesetz Buch Art. 651p Párrafo 2: Si para un servicio de viajes se aplican acuerdos internacionales o disposiciones legales basadas en los mismos, según los cuales una reclamación por daños y perjuicios contra el proveedor del servicio sólo surge o puede hacerse valer bajo ciertas condiciones o restricciones o está excluida bajo ciertas condiciones, el operador turístico también puede invocarla frente al viajero.

pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de graduar las indemnizaciones impuestas al agente de viajes organizador.

7. Subrogación de los derechos del viajero: Finalmente, el Convenio establece la subrogación de todos los derechos y acciones que pueda tener el viajero contra el prestador del servicio de viaje en que se produjo el daño en caso de haber hecho efectiva la indemnización, como así también la posibilidad para el viajero de accionar directamente contra los terceros prestadores de los servicios.
8. El viajero, por su parte, será responsable de todo perjuicio causado al organizador por incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato o de los reglamentos que regulen los servicios de viaje incluidos en el contrato, habilitándosele una acción de regreso por las indemnizaciones que haya debido abonar a otros viajeros con motivo del incumplimiento causado por un viajero determinado.
9. Responsabilidad del Agente Intermediario: El Convenio distingue claramente dos ámbitos de responsabilidades distintos entre organizador e intermediario, siguiendo en esta materia lo dispuesto por la Convención de Bruselas, art. 22 ap. 1 y 3^[21] y por la Directiva 2302/2015 de la Comunidad Europea, en su fundamento 22^[22] y en el primer párrafo del apartado 1 del art.13.^[23] ^[24] Como en todo contrato de intermediación, el Agente responde por los defectos en el cumplimiento de éste, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de información, asistencia y el ejercicio diligente del mandato encargado por el viajero de gestionar la contratación del viaje organizado.

21. Convención de Bruselas 1970: Art. 22 ap. 1 “El intermediario de viajes será responsable por toda falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes.” Y ap. 3 “El intermediario de viajes no responderá por el incumplimiento, total o parcial de los viajes, estadias u otros servicios que constituyen el objeto del contrato.”

22. La principal característica de los viajes combinados es la existencia de un empresario que es responsable, en cuanto organizador, de la correcta ejecución del viaje combinado en su conjunto. Solo en aquellos casos en que otro empresario actúe como organizador de un viaje combinado, un empresario, normalmente un agente de viajes que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea, debe poder intervenir como mero minorista o intermediario, sin asumir responsabilidad como organizador.

23. Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje.

24. Brevitatis causae, me remito a los argumentos desarrollados en 2019, en ocasión de las Jornadas de Palma de Mallorca, a las que por razones de salud no pude asistir, pero que se encuentran publicadas en: Natiello, Orlando Eduardo. Convenio Internacional de Contratos de Viaje. Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Palma de Mallorca. España. Octubre 2019.

La disposición, se funda, en primer lugar, por la distinta naturaleza jurídica de los contratos de viaje organizados (locación de obra) y de intermediación de viajes (mandato del viajero al intermediario), y por otra parte en la distribución equitativa de las responsabilidades emergentes entre los distintos tipos de Agencias de Viaje.

No obstante ello, con la finalidad de asegurar la debida protección del viajero, se establecen taxativamente los casos en que el intermediario asumirá las obligaciones del organizador:

- Si omitiere indicar en el contrato su función de intermediario.
- Si omitiere identificar al organizador responsable del cumplimiento del contrato
- Si teniendo el intermediario, a través del cual se celebró el contrato, domicilio en un estado contratante, el organizador no tuviere en el mismo estado su establecimiento principal, o representación comercial o legal, que garantice al viajero las obligaciones emanadas del presente convenio.

7.3. Responsabilidad de las agencias en los servicios vinculados o aislados de viaje

En este tipo de contratos, en que el Agente de viajes actúa únicamente como intermediario, su responsabilidad se ciñe al correcto cumplimiento de sus funciones intermediación. Esta afirmación, que pareciera disminuir el grado de responsabilidad frente a la que el convenio atribuye a los organizadores, establece sin embargo importantes obligaciones a cargo de los Agentes.

En primer lugar, a su cargo están los deberes de información precontractual, respecto a todos los servicios de viaje que serán contratados por el viajero, a través de su intermedio, con los prestadores de los servicios de viajes.

Debe aplicar el máximo de diligencia profesional en la tramitación y gestión de las reservas encomendadas, respondiendo por los errores que le sean imputables. En los servicios vinculados de viajes, tiene además la responsabilidad de sincronizar profesionalmente los mismos, aplicando para ello su experiencia profesional, y en el caso de que los mismos incluyan el transporte, las previsiones del convenio en materia de repatriación.

Debe informar al viajero las garantías previstas en el convenio que lo protegen contra su propia insolvencia, como asimismo dejar establecido en el contrato que cada prestador del servicio será el único responsable del cumplimiento debido.

Finalmente debe asistir al viajero, dentro de sus posibilidades, en los posteriores reclamos por reembolsos o compensaciones que deba efectuar al prestador del servicio de viaje incumplidor.

“Fuera de las obligaciones indicadas en el artículo propuesto, tendríamos que preguntarnos cuáles serían los “deberes de intermediación” cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del intermediario. La respuesta, de suyo muy amplia, se equipararía a la conducta que la normativa jurídica requiere de todo mandatario, es decir, la “diligencia” en la celebración del contrato encargado por el usuario que se traduce en este caso concreto, en los deberes de información, de transmisión de los fondos entregados por el usuario a los prestadores de los servicios y de la documentación destinada al viajero para utilizar los mismos, y la profesionalidad en el caso de que el viajero requiera simplemente su asesoramiento técnico para la realización de un viaje.”^[25]

25. Natiello, Orlando Eduardo. Convenio Internacional de Contratos de Viaje. Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Palma de Mallorca, España. Octubre 2019.

7.4. Responsabilidad por daños extrapatrimoniales

La reparación del daño moral, prevista ya en la Convención de Bruselas y en las directivas europeas,^[26] responde, al decir de Mosset Iturraspe, a la justicia de una reparación integral de los daños ocasionados^[27]. No obstante, frente a la diversidad de sistemas aplicados en la regulación de este instituto, -reparación directa o determinación especial por ley, daño moral contractual o solamente delictual-, hemos preferido dejar librado a los distintos estados su inclusión dentro de los rubros indemnizables en el ámbito del contrato de viaje.

En caso de que la legislación del estado lo considere aplicable, nos pareció prudente fijar los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para esta clase de contratos. De tal modo, se establecen las condiciones de entidad del daño, obligatoriedad de la prueba por parte del afectado y limitación a las consecuencias que pusiesen haber sido previstas al momento de nacer la obligación. Al igual que en el resto de los daños, el agente de viajes responderá por éstos de acuerdo con la función desempeñada en el contrato, es decir que, el intermediario responderá por el daño proveniente de su actuación como tal, y el organizador en la misma medida y características que lo dispuesto en el art. 17 del proyecto. En los contratos de viaje organizados, siempre queda abierta para el viajero, la posibilidad de reclamar este tipo de daños a los terceros prestadores de los servicios que los hayan originado.

Por otra parte, si bien las sanciones punitivas fijadas en algunos estados no integran el rubro indemnizable, el Convenio determina que no pueden ser aplicadas en esta materia.

26. Directiva 2302/2015 Fundamento 34 y art 14 párrafo 2. El fundamento 34 afirma que “a indemnización debe cubrir también los perjuicios morales, en particular la indemnización por la pérdida de disfrute del viaje o vacación por causa de problemas sustanciales en la ejecución de los servicios de viaje de que se trate.”

27. Mosset Iturraspe J. y Piedecosas M. “Responsabilidad contractual” Pág. 336. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires 2007

8. Garantías Establecidas en Favor del Viajero

La Convención de Bruselas no preveía la constitución de garantías que protejan los intereses del viajero. En este punto, algunos estados aplicaron a lo largo de todos estos años diversos sistemas, que también produjeron resultados muy distintos, tanto por su alcance, como por la efectividad de los objetivos perseguidos.^[28] Por su parte, tanto la directiva 90/314 como la vigente 2302/2015 dispusieron la obligatoriedad de seguros básicos para garantizar determinados acontecimientos que agravaban la situación de viajeros fuera de su domicilio habitual. Sin embargo, en Europa se suscitaban polémicas “en materia de la determinación de la forma en que se constituirían y los casos de doble imposición de garantías por el mismo hecho”. La alternativa de delegar en cada estado el sistema de garantías o seguros obligatorios, también podría traer diferentes consecuencias, según el criterio de cada estado. Por todo esto, pareció apropiado determinar los casos en que se tienen que constituir garantías obligatorias, y dejar a cada estado determinar solamente la forma en que se constituirán dichas garantías.

El proyecto adopta, para los viajes organizados, y los servicios de viaje vinculados, el mismo criterio de la directiva europea, debiendo el organizador contratar seguros que cubran su propia insolvencia y, en los casos en que esté incluido la repatriación del viajero o el traslado hasta el punto de destino final previsto en el contrato. Nos pareció prudente también agregar una garantía que cubra los daños corporales por los que deba responder en su caso el organizador.

En los servicios de viajes vinculados, y servicios de viaje aislados, la garantía debe cubrir la insolvencia del intermediario,

28. Dos ejemplos dispares en la materia son el Fondo creado en Italia para garantizar el resarcimiento de los viajeros afectados, que resultó en algunas ocasiones insuficiente, y el “fondo de garantía” argentino, que, en lugar de funcionar como un reaseguro para los viajeros afectados, solo se utiliza para que el Estado pueda cobrar las multas administrativas impuestas a las Agencias.

y en consonancia con lo dispuesto en la directiva europea, para los servicios de viaje vinculados, la repatriación o traslado del viajero al punto de destino establecido en el contrato. Esta última garantía será facultativa para la intermediación en servicios de viaje aislados de transporte.

9. Prescripción

Se considera apropiada la prescripción de dos años para el ejercicio de las acciones emergentes de las disposiciones del convenio, por cuanto estimamos que está en concordancia con los plazos establecidos para el transporte internacional de pasajeros.

10. Conclusiones

Las propuestas que presento a ALADA tienen la intención, como surge de las conclusiones aprobadas en las Jornadas de Palma de Mallorca y Buenos Aires, de lograr una normativa uniforme internacional que dé seguridad jurídica a las relaciones internacionales de derecho privado que nacen de esta actividad que favorece el intercambio y progreso cultural del ser humano.

Durante este último año, ALADA ha dado un paso importante al concretar la constitución de la comisión preparatoria del proyecto final, que como lo expresé en Buenos Aires, integrará nuestras propuestas con los valiosísimos aportes que esperamos recibir de los miembros de nuestra institución.

Por todo ello, propongo las siguientes conclusiones, que se agregan a las aprobadas en Palma de Mallorca y Buenos Aires:

1. Ratificar las conclusiones aprobadas en Palma de Mallorca y Buenos Aires, auspiciando la elaboración de un Convenio Internacional de Contratos de Viaje que persiga el equilibrio jurídico entre la razonable protección de los derechos del viajero y los derechos de los Agentes de Viajes y demás personas involucradas en la prestación de los servicios de viaje, mediante normas uniformemente aplicables en los estados contratantes, que abarquen todo tipo de viajes y distingan los derechos y obligaciones atribuibles a los actores intervinientes según la función desempeñada en los contratos.^[29]
2. Aprobar la constitución de la Comisión Preparatoria del Proyecto final, y los trabajos que ha venido realizando hasta el momento y encomendándole la tarea de presentar el resultado de su elaboración, de ser posible, en las próximas Jornadas.
3. Solicitar a los miembros de ALADA el envío de sus aportes relacionados a este Proyecto, a través de la Secretaría de nuestra institución para su análisis por parte de la Comisión Preparatoria.

29. Compendio de las conclusiones de las Jornadas de Palma de Mallorca (2019) y Buenos Aires (2022)

Anexo

1. Definiciones

Art.1:A los efectos de la presente Convención se entenderá por:

a) Contrato de Viaje: el acuerdo de voluntades, celebrado entre un empresario Agente de Viajes y el usuario, cuyo objeto sea la prestación o procuración de uno o más servicios de viaje con motivo del desplazamiento del viajero fuera de su lugar de residencia habitual.

b) Agente de Viajes: es la persona, física o jurídica, que se compromete a prestar o procurar los servicios de viaje que sean objeto del contrato.

c) Usuario: es la persona, física o jurídica, que celebra el contrato de Viaje en beneficio del viajero.

d) Viajero: toda persona que tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato de viaje.

e) Empresario: es toda persona física o jurídica, privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que obre en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con un contrato de viaje, tanto si actúa como organizador, intermediario o prestador directo de los servicios de viaje, en forma presencial, o a través de plataformas electrónicas.

f) Prestador del servicio: es la persona o empresa obligado a ejecutar el/los servicios de viaje que sean objeto del contrato.

g) Se consideran Servicios de Viajes las prestaciones utilizadas por los viajeros que se desplazan fuera de su lugar de residencia habitual como ser:

1. El transporte de pasajeros.
2. El alojamiento cuando no tenga fines residenciales y no forme parte del transporte de pasajeros.
3. El alquiler de vehículos sin conductor.
4. Los servicios de visitas guiadas
5. La venta de entradas a eventos, espectáculos, museos y/o atractivos turísticos.
6. Las prestaciones de manutención del viajero no accesorias al transporte o alojamiento.
7. Los servicios de asesoramiento al viajero.
8. Cualquier otro servicio de viaje no accesorio al transporte o al alojamiento que constituya parte de un viaje.

h) Contrato de viaje organizado: Todo contrato por el cual una persona se compromete en nombre propio a procurar a otra, la combinación previa de dos o más servicios de viaje que incluyan el transporte o la estadía y cualquier otro servicio relevante de viaje relacionado a aquéllos, adquiridos en un solo acto en mismo punto de ventas, por un precio global y vendido u ofrecido en forma unitaria, siempre que dichos servicios:

- Sean combinados previamente a la celebración del contrato y el viajero no intervenga en la selección de estos.
- Sean combinados previamente a la celebración del contrato, pero se permita al viajero participar activamente en la selección de estos.
- Sean combinados con posterioridad a la celebración del contrato, y el viajero tiene la facultad de elegir entre una selección previamente determinada de distintos tipos de servicios de viaje.

Las combinaciones de servicios de viaje que incluyan como máximo uno de los servicios indicados en el art. 2 inc. a y b con uno o más de los servicios de viajes iniciados en los incisos c al f del mismo artículo, no serán considerados contratos de viajes organizados si estos servicios:

- No representan una proporción superior al 25% del valor de la combinación o
- No constituyen una característica esencial de la misma

i) Contrato de Intermediación de Viajes: Todo contrato por el cual una persona se compromete a procurar a otra, por un precio, sea un contrato de viaje organizado prestado por un agente organizador distinto al intermediario, o uno o más servicios de viaje en forma aislada o sincronizada, que permitan efectuar un viaje.

j) Servicios de viaje vinculados: Es la intermediación en dos o más servicios de viajes adquiridos en un mismo punto de ventas, con ocasión de un mismo viaje, en contratos separados y sin que medien más de 24 horas en la celebración de cada uno de ellos.

k) Servicios de viajes aislados: Es la intermediación en dos o más servicios de viajes adquiridos en un mismo punto de ventas, en ocasión de un mismo viaje, en contratos separados, cuando median entre cada uno de ellos más de 24 horas, o en un único servicio de viaje.

l) Circunstancias inevitables y extraordinarias: hechos acaecidos fuera del control de quien los alega, cuyas consecuencias no hubieran podido evitarse aun adoptando todas las medidas razonables.

m) Punto de venta: todo establecimiento de venta al por menor, o un sitio web o dispositivo de venta en línea similar.

n) Repatriación: el regreso del viajero al lugar de salida, o a otro lugar convenido por las partes.

o) Estado de celebración del contrato: es el estado donde se encuentra el establecimiento a través del cual se han contratado los servicios de viaje objeto del contrato.

2. **Ámbito de Aplicación**

Art. 2: Ámbito de aplicación:

- a) El presente Convenio rige todo contrato de viaje concluido por un Agente de Viajes cuando su establecimiento principal o a falta de establecimiento, su residencia habitual, o el establecimiento por intermedio del cual el contrato de viaje ha sido concluido, se encuentra en un estado contratante.
- b) Cada estado contratante determinará las condiciones y requisitos de habilitación del empresario para desempeñar las funciones de Agente de Viajes.
- c) Las disposiciones de esta Convención no afectan las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Convención.
- d) El presente convenio no afecta los derechos y obligaciones emanados de los Convenios Internacionales y leyes nacionales que vinculan a los viajeros con cada uno de los prestadores de servicios de viaje.

3. **Las Obligaciones de Información en los Contratos de Viaje**

Art. 3: Deberes de información:

El agente de viajes deberá proporcionar, antes de la celebración del contrato, información detallada y suficiente de los servicios de viaje a ser contratados por el usuario, como asimismo toda información esencial vinculada a las características y condiciones necesarias del viajero para la realización del viaje. La información deberá ser proporcionada por escrito o, en el caso de contrataciones electrónicas, mediante el reconocimiento expreso de ambas partes a través de dichos medios.

Art. 4: Contenido de la oferta contractual. Obligaciones comunes a todo contrato de viaje:

a) Documentación del viajero, requerida por autoridades gubernamentales.

Respecto a los viajeros que ostenten la nacionalidad del estado de celebración del contrato, el Agente de viajes estará obligado a informar la documentación personal, visados y requisitos sanitarios requeridos por los estados de origen y destino, y demás estados incluidos en el itinerario del viaje. Con relación a aquellos viajeros que no posean la nacionalidad del estado de celebración del contrato, el Agente les deberá facilitar las referencias a los sitios de información oficial de los estados respectivos para que los viajeros puedan recabar la información relativa a su propia nacionalidad.

b) Características generales de los países de destino:

El Agente tiene el deber de informar las características generales de los países de destino del viaje que tengan relación con la seguridad del viajero, o, a requerimiento de este, aquellas vinculadas al desarrollo del viaje, en función de sus necesidades. El cumplimiento de esta obligación será apreciado conforme a la actuación de un Agente de viajes diligente.

c) Informaciones a cargo del viajero:

El viajero está obligado por su parte, a informar los datos relativos a su identidad y domicilio, la necesidad de alguna asistencia especial en caso de existir alguna discapacidad y toda información adicional que le sea requerida vinculada específicamente a la realización del viaje.

Art. 5: Obligaciones de información en los Contratos de Organización de Viajes:

En los contratos de viaje organizados, el viajero deberá conocer antes de la celebración de este:

- a) El nombre y domicilio del Organizador operador responsable.

- b) Lugar de origen y destino, con la descripción del itinerario, fechas y estadías que componen el mismo.
- c) Tipo y categoría de los medios de transporte y servicios de alojamiento, como asimismo descripción de los servicios incluidos en el viaje, régimen de comidas y visitas y cualquier otro servicio de viaje incluido en el precio.
- d) El precio final del viaje, incluidos los impuestos y tasas aplicables y la moneda utilizada en su determinación.
- e) El detalle de los impuestos y tasas o de algún servicio de viaje obligatorio que no esté incluido en el precio ofertado.
- f) Las condiciones particulares del contrato en materia de:
 - Número mínimo de participantes
 - Condiciones de desistimiento del usuario o viajero.
 - Condiciones para la cesión de los derechos del viajero a un tercero.
 - Condiciones de cancelación del viaje por parte del organizador
- g) Las garantías o seguros obligatorios establecidos en protección del viajero.
- h) La indicación de que el futuro contrato estará sometido a las normas de la presente Convención.
- i) Las informaciones mencionadas en los párrafos anteriores deberán formar parte del contrato de viajes definitivo.

Art. 6: Contratos de Organización de Viajes celebrados con la intervención de un Agente Intermediario El Agente que actúa como intermediario en la celebración de un contrato de viaje organizado, deberá:

- a) Transmitir al viajero todas las informaciones establecidas en el artículo precedente proporcionadas por el organizador.
- b) Indicar el nombre y domicilio de su establecimiento y la indicación

de que actúa como intermediario en el contrato celebrado entre el viajero y el Agente de Viajes organizador.

c) Los garantías o seguros obligatorios impuestos al intermediario en favor del viajero.

Art. 7: Contratos de intermediación de viajes vinculados o aislados:

En los servicios vinculados de viajes y los servicios aislados de viaje el Agente Intermediario deberá informar de cada uno de ellos antes de la celebración del contrato:

- a) El nombre y domicilio del prestador del servicio.
- b) La descripción y características de las prestaciones.
- c) El precio final incluidos los impuestos y tasas aplicables y la moneda utilizada para su determinación.
- d) Si correspondiere, el precio de los servicios de intermediación.
- e) Las condiciones contractuales establecidas por los prestadores de los servicios de viaje en materia de:
 - Condiciones de desistimiento y/o modificaciones solicitadas por el usuario o viajero.
 - Condiciones de cancelación y/o modificaciones del servicio de viaje por parte de la empresa prestadora.
- f) Las garantías o seguros obligatorios establecidos para los contratos de intermediación.
- g) La indicación de que el contrato de intermediación estará sometido a las normas de la presente Convención, mientras que los contratos celebrados con los prestadores de los servicios de viaje se regularán por las normas legales aplicables a cada uno de ellos.

4. Formalidades en la Celebración del Contrato de Viaje

Art. 8: Contratos de Viaje Organizado:

a) El contrato de viaje organizado deberá contener:

1. La transcripción de las informaciones precontractuales exigidas en artículo 5.
2. La indicación del nombre y domicilio del organizador responsable, los números de teléfono o cualquier otro medio electrónico mediante los cuales el viajero pueda contactarse con este en caso de emergencia o disconformidad con los servicios durante la ejecución del viaje. Facultativamente podrá además proporcionar los contactos locales de los prestadores de los servicios.
3. Si el contrato fue celebrado mediante la intervención de un Agente Intermediario, el nombre y domicilio de este último.
4. El nombre del viajero, y en su caso, el nombre y domicilio del usuario que ha contratado en nombre de los viajeros.
5. Las necesidades especiales del viajero que hayan sido aceptadas por el agente organizador. En el caso de menores no acompañados por un familiar o adulto responsable, la información del contacto que permita la comunicación con el mismo durante el viaje.
6. La indicación de que el organizador es responsable de la correcta ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato
7. Los deberes de asistencia previstos en el art
8. Las modalidades y plazos para el pago de los servicios.
9. Las garantías o seguros contratados que garanticen su insolvencia
10. La obligación del viajero de informar inmediatamente al organizador toda falta de conformidad con un servicio de viaje, y el procedimiento para la tramitación de reclamaciones.

b) El contrato deberá celebrarse por escrito, y si se efectúa a través de medios electrónicos, mediante un soporte duradero. Podrá estar integrado por folletos impresos, documentos de viaje y condiciones generales, siempre que el conjunto reúna las menciones obligatorias indicadas en el párrafo anterior.

c) El contrato se perfecciona con la recepción por parte del viajero de la confirmación del organizador por la cual le informa haber recibido la aceptación de la oferta y la inscripción de éste en el viaje contratado. En caso de preverse en el contrato un plazo para el pago de los servicios, el organizador estará facultado a no emitir los documentos de viaje que habilitan al viajero al uso de estos, mientras el pago no haya sido efectuado, o se haya convenido por escrito el otorgamiento de un plazo posterior al inicio del viaje.

Art. 9: Contratos de intermediación de Viajes.

a) Todo contrato de viaje organizado celebrado mediante la intervención de un Agente de viajes Intermediario es considerado como celebrado entre el viajero y el Agente de viajes Organizador.

b) Los contratos que tienen por objeto servicios vinculados de viajes o servicios aislados de viaje, facilitados por un Agente de viajes Intermediario, son considerados como celebrados entre el viajero y cada uno de los distintos prestadores de los servicios de viaje.

c) En el contrato de intermediación el Agente deberá consignar:

- Su calidad de intermediario.
- Los seguros contratados que garanticen su insolvencia.
- La indicación que el contrato de intermediación estará sometido a las normas de esta Convención.

d) En el caso del apartado “a” del presente artículo, el Intermediario deberá consignar en la documentación entregada al viajero el nombre y domicilio del organizador u operador responsable. Las menciones indicadas en el párrafo anterior podrán adicionarse o integrarse a los documentos que forman parte del Contrato de Viajes Organizado.

e) En los casos del apartado “b” del presente artículo, el intermediario deberá consignar en la documentación entregada al viajero, las informaciones precontractuales mencionadas en el artículo 7.

5. Condiciones de Desistimiento y/o Modificaciones Solicitadas por el Viajero.

Art. 10: Desistimiento del viajero en los contratos de viaje organizado:

a) El viajero podrá rescindir el contrato de viaje organizado en cualquier momento antes del inicio del viaje. En tal caso el organizador tendrá derecho a percibir una compensación razonable que dependerá de la antelación con que se efectúe el desistimiento, y de los costos ocasionados por el mismo. Los montos de dicha compensación deberán ser especificados mediante porcentajes determinados en el momento de celebración del contrato. Si alguno de los servicios incluidos en el contrato tuviere condiciones especiales de cancelación, estas deberán ser igualmente informadas al viajero.

b) El viajero podrá rescindir el contrato de viaje organizado antes del inicio del viaje, sin pagar ninguna compensación, de concurrir circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino. En estos casos el viajero tendrá derecho al reembolso completo de los pagos realizados por el viaje combinado, pero no a una indemnización adicional.

c) El viajero deberá ser informado de la posibilidad de contratar seguros que cubran los desistimientos causados en circunstancias no incluidas en el párrafo anterior.

d) Toda modificación de los servicios que integran el contrato de viaje organizado, solicitada por el viajero al organizador, requerirá la aceptación y confirmación expresa del organizador. El viajero asumirá los mayores costos que originen dichas modificaciones.

e) El viajero podrá ceder sus derechos a otra persona para la ejecución del contrato, con la condición de que el cesionario reúna las condiciones particulares requeridas para el viaje contratado, y que compense al organizador por los costos que ocasione el remplazo, comprendiendo las sumas no reembolsables debidas a terceros. La solicitud de cesión deberá efectuarse con una anticipación no menor a 10 días de anticipación al inicio del viaje.

Art. 11: Desistimiento del viajero en los servicios de viajes vinculados y aislados.

En los servicios de viajes vinculados o aislados, el desistimiento o cesión de derechos por parte del viajero se regulará de acuerdo con las normas y regulaciones aplicables a cada uno de los servicios de viaje contratados. El agente intermediario deberá informar al viajero las condiciones de cancelación y las posibilidades de cesión de sus derechos a otra persona antes de la celebración de los contratos entre el viajero y los prestadores de los servicios. El agente intermediario, podrá, por su parte, incluir en el contrato una compensación razonable de los costos efectuados en el desempeño de su intervención.

6. Condiciones de Cancelación y/o Modificaciones por Parte del Agente de Viajes

Art. 12: Desistimiento del viajero en los contratos de viaje organizado:

a) En los contratos de viaje organizado, antes del inicio del viaje, el organizador tendrá la facultad de resolver el contrato sin penalidad alguna, por las siguientes causas:

- Si por razones de fuerza mayor o circunstancias anormales y extraordinarias, que no hubiera conocido

al momento de celebrar el contrato, deviene imposible la ejecución de este.

- Siempre que se haya previsto en el contrato, si no alcanzara el número mínimo de participantes, y comunicase al viajero tal circunstancia con una antelación razonable antes del inicio de viaje, equivalente al plazo en que el desistimiento del viajero está sujeto a penalidades por cancelación.

b) El organizador, previa comunicación al viajero, podrá resolver el contrato en caso de falta de pago del precio, o de los saldos de precio pendientes, en los plazos de pago establecidos en el contrato. En tal caso, el organizador tendrá derecho a percibir los cargos y penalidades previstos para el desistimiento voluntario del viajero de acuerdo con la anticipación al inicio del viaje en que venzan los plazos establecidos para el pago. En caso de intervenir un agente intermediario, las comunicaciones del organizador al intermediario serán consideradas como efectuadas al viajero.

c) El precio convenido no podrá ser alterado, excepto que se haya previsto en el contrato esta posibilidad cuando se origina en decisiones gubernamentales que modifiquen o establezcan nuevos impuestos o tasas aplicables, o por alteraciones del tipo de cambio o aumento en el precio de los combustibles si el viaje incluyera servicios de transporte y se comunique al viajero con no menos de 20 días de antelación al inicio del viaje. Si el precio se incrementara en más de un 10% del monto establecido en la moneda determinada en el contrato, el viajero podrá optar por cancelar el viaje sin penalidad alguna.

d) Los servicios de viaje incluidos en el contrato no podrán ser modificados antes del inicio del viaje, excepto que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la modificación no represente una alteración sustancial del mismo.
- Que esta posibilidad se haya previsto en el contrato
- Que la modificación se comunique al viajero con una antelación razonable.

En estos casos, si la modificación implicare la realización de un viaje de menor costo o calidad, el viajero tendrá derecho a la reducción del precio que correspondiere.

e) Si el organizador, antes del inicio de viaje, se ve obligado a realizar una modificación sustancial del mismo, el viajero tendrá la opción de aceptar los cambios propuestos o cualquier otra prestación sustitutiva ofrecida por el organizador, o dentro de un plazo razonable determinado en la comunicación del organizador, resolver el contrato y solicitar el reembolso sin penalidad alguna.

f) Si de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores, el organizador estuviere obligado a efectuar reembolsos al viajero, los mismos deberán ser efectuados en un plazo razonable de 30 días posteriores a la resolución del contrato o desistimiento del viajero.

g) Cuando el contrato de organización de viajes se celebra con la intervención de un agente intermediario, las comunicaciones recibidas o enviadas a este último, se considerarán como efectuadas por o al viajero.

Art. 13: Contratos de servicios vinculados o aislados de viaje:

a) En los servicios de viajes vinculados o aislados, la cancelación y/o modificación de los servicios de viaje por parte de sus prestadores se regirán por las normas y regulaciones aplicables a cada uno de los servicios contratados. El agente intermediario deberá informar al viajero las condiciones de cancelación o modificación aplicables para cada uno de ellos antes de la celebración de los contratos entre el viajero y los prestadores de los servicios, y asistir al mismo en la tramitación de los reembolsos que correspondan.

b) Los reembolsos recibidos de los prestadores de los servicios de viaje en nombre del viajero deberán ser restituidos a éste sin demora. El intermediario no será responsable de los montos remitidos a dichos prestadores en nombre del viajero, que aquéllos no hayan reembolsado.

c) Cuando la resolución de los servicios de viajes vinculados o aislados obedeciera a causas no imputables al viajero, sólo podrá percibir la remuneración por el servicio de intermediación si así hubiera previsto en el contrato de intermediación.

7. Ejecución del Contrato y Deberes de Asistencia

Art. 14: Ejecución del contrato de viaje organizado:

a) Una vez iniciado el viaje, el organizador deberá prestar, de ser posible, adecuada asistencia al viajero en dificultades, mediante el suministro de información, facilidades de comunicación y ofrecimiento de servicios alternativos de viaje. El organizador podrá cobrar un cargo razonable por dicha asistencia si la dificultad se hubiere originado intencionadamente o por negligencia del viajero.

b) El viajero deberá comunicar sin demora indebida esta circunstancia al organizador.

c) En el caso que, una vez iniciado el viaje, el organizador no suministrara una parte importante de los servicios prometidos en el contrato, deberá ofrecer al viajero servicios alternativos que permitan la continuación del viaje organizado, sin costo adicional para el viajero. Si los servicios alternativos fueran de menor valor a los sustituidos, el organizador restituirá al viajero la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. El viajero solo podrá rechazar las fórmulas alternativas propuestas si difieren sustancialmente de lo acordado en el contrato de viaje organizado, teniendo en tal caso derecho a resolver parcialmente el contrato sin penalidad alguna, y, en su caso, a la reducción del precio y si procede, a una indemnización.

d) Si el contrato incluye el transporte hasta el lugar de finalización de los servicios determinada en el contrato, y el mismo se viera imposibilitado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, el organizador deberá asistir al viajero, ofreciendo si fuera posible el transporte por medios alternativos y, gestionando, si corresponde, el alojamiento por un plazo máximo de 72hs. en caso de que el transportador involucrado no haya ofrecido una asistencia similar. Si la imposibilidad de retorno obedece a la insolvencia del organizador, se garantizará el regreso del viajero al lugar de destino mediante los garantías o seguros obligatorios establecidos en el Convenio.

Art. 15: Deber de asistencia en los contratos de servicios de viajes vinculados y aislados:

En los servicios de viaje vinculados o aislados que incluyan el transporte de retorno, la asistencia se limitará a la gestión de transporte alternativo, salvo que la imposibilidad de efectuar el transporte se deba a la insolvencia del agente de viajes facilitador del transporte, en cuyo caso se garantizará el regreso del viajero al lugar de destino mediante las garantías o seguros obligatorios establecidos en el Convenio.

8. Responsabilidad del Agente de Viajes en la Ejecucion del Contrato de Viaje

Art. 16: Responsabilidad en el Transporte Aéreo.

a) Las Agencias de Viajes no asumen responsabilidad alguna por el incumplimiento, cumplimiento defectuoso o daño en el transporte aéreo que sea imputable exclusivamente al transportador, excepto en los siguientes supuestos:

- Cuando el incumplimiento, cumplimiento defectuoso o daño se origine en defectos en el proceso de reserva e intermediación atribuibles al Agente de Viajes.
- En los contratos de viajes organizados, cuando el agente de Viajes haya celebrado con el transportador aéreo un contrato de fletamento o cuando el transportador aéreo seleccionado por el organizador no tenga su asiento principal, sucursal, u oficina por medio de la cual se celebró el contrato, en el estado de celebración del contrato de viaje.

b) Las normas del presente Convenio relativas a deberes de asistencia, repatriación y protección por insolvencia en caso de cese de operaciones del transportador aéreo serán igualmente

aplicables, según lo dispuesto en particular para los contratos de viajes organizados, servicios de viajes vinculados y servicios de viajes aislados

Art. 17: Responsabilidad en el contrato de viaje organizado.

a) El organizador es responsable de los daños sufridos por el viajero a causa de la inejecución o ejecución defectuosa del contrato con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el mismo u otros organizadores, o por los prestadores de servicios de viaje, a menos que las mismas sean imputables al viajero, a un tercero ajeno a la prestación de los servicios incluidos en el contrato, a la excepción prevista en el art 16 de este convenio, o a circunstancias imprevisibles y extraordinarias o cualquier acontecimiento que el organizador no podría prever ni evitar.

b) Si en la celebración de un contrato de viaje organizado interviniese un Agente de Viajes Intermediario, éste solamente será responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato, en los siguientes supuestos:

- Si en los documentos entregados al viajero no se hubiere identificado claramente el nombre, y domicilio del organizador responsable, y el intermediario no hubiese especificado su condición de tal entre aquel y el viajero.
- Si teniendo el intermediario, a través del cual se celebró el contrato, domicilio en un estado contratante, el organizador no tuviere en el mismo estado su establecimiento principal, o representación comercial o legal, que garantice al viajero las obligaciones emanadas del presente convenio. En tal caso, el intermediario asume tales obligaciones y se le aplicarán las disposiciones previstas para la responsabilidad de los organizadores.

c) La responsabilidad del organizador por los defectos del contrato estará limitada, a un valor equivalente al triple del precio del viaje excepto que se trate de daños corporales, o de daños atribuibles exclusivamente al organizador. La limitación deberá integrar las condiciones del contrato celebrado.

d) En los supuestos excluidos de la limitación del párrafo anterior y de las causales de exención del párrafo “a” del presente artículo, en los cuales fueran de aplicación Convenios Internacionales o Leyes Nacionales que limiten la indemnización debida por los prestadores de los servicios de viaje, dichas limitaciones serán aplicables a los organizadores.

e) El organizador no será responsable de las compensaciones no resarcitorias de daños, que las leyes que regulen los servicios de viaje impongan a los prestadores de estos. Sin embargo, podrán ser tenidas en cuenta a los efectos de evitar el exceso de indemnización.

f) En la medida en que el organizador haya indemnizado al viajero por los perjuicios sufridos, se subroga en todos los derechos y acciones que el viajero pueda tener contra el responsable de dicho perjuicio. El viajero debe proporcionar los documentos e informaciones que posea para facilitar al organizador el ejercicio de tales acciones. El viajero tiene la facultad de ejercer una acción directa contra los prestadores de los servicios para la reparación de los perjuicios sufridos.

g) El viajero responde por todo perjuicio causado al organizador o a los prestadores de los servicios de viaje en caso de incumplimiento de sus obligaciones previstas en el contrato, o en los reglamentos que regulen los servicios de viaje incluidos en el contrato.

Art. 18: Responsabilidad en los contratos de servicios vinculados o aislados de viaje:

a) El Agente de Viajes intermediario es responsable del incumplimiento de sus obligaciones en la ejecución de sus deberes de intermediación.

b) Está obligado a brindar al viajero toda la información precontractual directamente relacionada con el servicio de viaje contratado.

c) Responderá por los errores cometidos en los procesos de reserva a él imputables y, en los servicios de viaje vinculados, por la debida sincronización de estos, debiendo informar en la documentación entregada al viajero: el alcance de las garantías establecidas en el

presente convenio para protegerlo frente a su posible insolvencia y que cada prestador de servicios será el único responsable de la correcta prestación contractual de su servicio.

d) En la intermediación de los contratos de viajes organizados, deberá informar al viajero el nombre y domicilio del organizador responsable.

Art. 19: Resarcimiento de daños no patrimoniales.

a) Cada estado contratante podrá incluir entre los rubros indemnizables la reparación de daños no patrimoniales, sujeto a las siguientes disposiciones.

- El agente de viajes organizador será responsable tanto por los daños no patrimoniales causados personalmente, como por aquellos causados por los terceros prestadores de los servicios incumplidos.
- El agente de viajes intermediario será responsable únicamente de los daños emergentes del incumplimiento de sus obligaciones de intermediación.

b) La reparación de este tipo de daños está sujeta a las siguientes condiciones:

- La lesión debe tener una entidad razonable, no correspondiendo el resarcimiento por meras molestias o fastidios.
- El daño no patrimonial debe ser probado por la parte que lo alega.
- No existiendo dolo del deudor, el resarcimiento se limita a las consecuencias que podían preverse al momento de nacer la obligación.
- No corresponderá la imposición de daños punitivos adicionales.

9. Garantías Establecidas En Favor Del Viajero

Art. 20: En los contratos de viaje organizados, el organizador deberá constituir garantías para el reembolso de todos los pagos efectuados por el viajero o en su nombre en la medida en que los servicios que no hayan sido ejecutados por insolvencia del organizador. Si el transporte de pasajeros está incluido, los organizadores deberán constituir una garantía para la repatriación o, en su caso, el traslado de los viajeros hasta el punto de finalización determinado en el contrato. El organizador deberá constituir garantías que cubran los daños corporales sufridos por el viajero durante la ejecución de los servicios de viaje.

Art. 21: En los servicios de viaje vinculados o aislados, el agente intermediario deberá constituir una garantía para el reembolso de todos los pagos efectuados por el viajero en la medida en que un servicio de viaje no se ejecute por la insolvencia del intermediario. En los servicios de viaje vinculados, si uno de los servicios es el transporte de pasajeros, la garantía cubrirá también la repatriación o en su caso el traslado hasta el punto de finalización de estos. Esta garantía será ofrecida facultativamente al viajero en la intermediación de servicios de transporte que no formen parte de servicios vinculados de viaje.

Art. 22: La forma de constitución de las garantías establecidas en el convenio, quedan a criterio de los estados contratantes correspondientes al lugar de celebración del contrato.

10. Prescripción:

Art. 23: Las acciones emergentes de un contrato de viaje regido por el presente convenio prescriben a los dos años de la fecha prevista para la finalización de los servicios.

Responsabilidad del Agente de Viajes en el Transporte Aéreo - En el Derecho Argentino

Eduardo Néstor Balian

Miembro ALADA desde 1979.

1. Introducción

1.1. Historia.

Nacimiento de la primera agencia de viajes

Un señor inglés llamado Thomas Cook, considerado el creador del viaje organizado, y por ello el primer agente de viajes, en 1841 fletó un tren para un grupo de personas, organizado con el fin de concurrir a un congreso anti alcohol en Leicester, Inglaterra. Cook, como pionero en la actividad, comenzó organizando excursiones religiosas y también el iniciador de las reservas de hoteles mediante la entrega de los “vouchers” a los pasajeros. Estos son cupones que se utilizan para documentar la contratación y pago de alojamientos, comidas, traslados, etc.

Tiempo más tarde, con su hijo Thomas fundó la agencia Thomas Cook & Son, considerada la primera agencia de viajes con local físico de la historia. Con el correr de los años la agencia se convirtió en una de las más reconocidas a nivel mundial. Con el inicio de las actividades de la aeronáutica comercial como del desarrollo técnico de los aviones durante la primera mitad del Siglo XX, las agencias se multiplicaron en cantidad y amplitud de los servicios que ofrecían, ocupando un lugar preeminente en la organización de viajes como en la intermediación entre los prestadores de servicios y los turistas.

Meses antes de la pandemia, con un mercado ocupado principalmente por las agencias online, también llamadas “punto com”, los negocios de la decana de las agencias comenzaron a ir cada vez peor, y en Setiembre de 2019 se anunció su quiebra. Como consecuencia del cese de las actividades, aproximadamente 600.000 pasajeros quedaron varados en distintas partes del mundo. El Reino Unido lanzó la operación de rescate para repatriar a los pasajeros afectados.

1.2. Régimen legal

Agente de viajes. Concepto. Para la ley argentina el agente de viajes es una persona humana o jurídica que desarrolla en territorio nacional, con o sin fines de lucro, en forma permanente, transitoria o accidental, alguna de las actividades turísticas que se detallan en el artículo 1ro de la vieja ley 18.829 de Agentes de Viaje, dictada hace 53 años, en noviembre de 1970.

Se trata de una ley de derecho público, puesto que establece la relación entre el Agente de Viajes y el Estado Nacional, pero la relación entre el Agente y el Turista sólo fue regulada dos años más tarde, en 1972, cuando se dictó el decreto reglamentario Nro. 2182/72, que trata de las relaciones de derecho en privado.

Ha transcurrido más de medio siglo de grandes cambios y avances en el universo del turismo desde la sanción de la Ley de Agentes de Viaje y de su decreto reglamentario, y aún ambos instrumentos legales siguen vigentes, aunque los jueces ya no los aplican más, puesto que no brindan solución a los requerimientos jurídicos del Siglo XXI, lo que dio nacimiento a un derecho jurisprudencial que regula las relaciones entre el viajero y el agente, proveedor, en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor.

La vieja ley 18.829 dice que son actividades del agente de viajes:

a) *La intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero.*” Reserva o adquisición de servicios de transporte en nombre de sus clientes.

b) *La intermediación en la contratación de servicios hoteleros en el país o en el extranjero.* Intermediación en hotelería.

c) *La organización de viajes de carácter individual o colectivo, excursiones, cruceros o similares, con o sin inclusión de todos los servicios propios de los denominados viajes “a forfait”, en el país o en el extranjero.* Organización de viajes multimodales con algunos o todos los servicios incluidos: “all inclusive”

d) *La recepción o asistencia de turistas durante sus viajes y su permanencia en el país, la prestación a los mismos de los servicios de guías turísticos y el despacho de sus equipajes.* Turismo receptivo.

e) *La representación de otras agencias, tanto nacionales como extranjeras, a fin de prestar en su nombre cualesquiera de estos servicios.* Intermediación en la comercialización de servicios provisto por otras agencias, nacionales o extranjeras.

f) *La realización de actividades similares o conexas a las mencionadas con anterioridad en beneficio del turismo, las cuales se expresarán específicamente en la licencia respectiva. Será requisito ineludible para el ejercicio de estas actividades, obtener previamente la respectiva licencia en el Registro de Agentes de Viajes que llevará el organismo de aplicación que fije el Poder Ejecutivo, el que determinará las normas y requisitos generales y de idoneidad para hacerla efectiva.* Actividades conexas al turismo, ej. venta de cheques de viajero, seguros de viaje, car rental, tickets de ingreso a museos, exposiciones, lugares de atracción, etc. La ley exige que el agente de viajes tenga una licencia especial para tales actividades que otorga el Registro de Agentes de Viaje dependiente de la autoridad de aplicación en materia de turismo.

En el decreto del año 1972 que regula la relación del agente con el turista, se estableció un sistema de responsabilidad

con factor de atribución subjetivo con fundamento en la culpa, el que a partir de la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, del año 1993, y sus modificatorias, fue cambiando para pasar a ser la responsabilidad de las agentes de viaje, considerada dentro del marco del sistema de la Ley de Defensa del Consumidor, que tiene como factor de atribución la responsabilidad objetiva.

1.3. Naturaleza jurídica del Contrato de Turismo

El contrato de turismo es de locación de servicios, bilateral; oneroso, no formal, generalmente de ejecución continuada o sucesiva, que puede contener diversas prestaciones concertadas entre las partes. Constituye sin duda, una relación de consumo, y como tal, sujeta al marco de las previsiones de la ley de Defensa del Consumidor y sus modificatorias. Esta ley en el artículo 1ro. dice que: “Se consideran consumidores o usuarios, a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:... y, b) La prestación de servicios al consumidor.

1.4. Relación agencia-usuario

La relación agencia-usuario comenzó siendo la regulada por la ley 18.829 de agentes de viaje y su decreto reglamentario 2182/72, especialmente por este último, que trata de las relaciones de derecho privado con un sistema de responsabilidad con factor de atribución subjetivo fundado en la culpa, el que a partir de la sanción de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, del año 1993, y sus modificatorias, este concepto se fue modificando para apoyarse la responsabilidad de las agentes de viaje en el marco del sistema de la Ley de Defensa del Consumidor, con factor de atribución objetivo.

1.5. Naturaleza jurídica del Contrato de Turismo.

El contrato de turismo es de locación de servicios; bilateral; oneroso, no formal, generalmente de ejecución continuada o sucesiva, que puede contener diversas prestaciones concertadas entre las partes. Constituye sin duda, una relación de consumo, y como tal, sujeta al marco de las previsiones de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificatorias. Esta ley en el artículo 1ro dispone que: “Se consideran consumidores o usuarios, a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:... en la que se incluye b) La prestación de servicios;

1.6. Leyes especiales sobre Agentes de Viaje

En el año 1970 se promulgó por el entonces gobierno de facto, la ley 18.829, y dos años más tarde su Decreto 2182/72.

La ley 18.829 es un instrumento legal básicamente de derecho público administrativo que regula la relación entre el agente de viajes y el Estado, entre ellos, los procedimientos para obtener habilitación para operar como agente de viajes; la implementación de una autoridad de aplicación – Dirección Nacional de Turismo-, pero esta ley no trata del Contrato de Turismo como normativa de derecho privado para regular la relación entre el agente y el usuario. Es ajena a las relaciones Agente de Viajes – Cliente o Turista.

Esta norma como su decreto reglamentario tienen más de medio siglo de forzada vigencia, y ante el tiempo transcurrido ante el desarrollo y los cambios en la actividad turística, este cuerpo normativo ya es quedado obsoleto. Su injustificada vigencia provoca confusiones en los operadores jurídicos, puesto que los agentes de viaje la invocan e intentan las defensas apoyados en los principios

de la responsabilidad subjetiva que conserva la antigua legislación especial, ya desvanecidos ante la Ley de Defensa del Consumidor frente a la han perdido fuerza.

En caso de daño al usuario (cancelaciones, retrasos, cambios de categoría, falta de reembolso, etc.) el agente de viajes, en su calidad de proveedor de servicios al consumidor, debe cargar con la prueba de su diligencia para resolver los inconvenientes: única forma de eximirse de responsabilidad, salvo caso fortuito, o hecho causal del damnificado o de un tercero por quien no deba responder.

Claramente existen contradicciones jurídicas entre la ley de Agentes de Viaje y el Decreto con la Ley de Defensa del Consumidor, diferencias que se agravaron con la jurisprudencia de los últimos años.

La ley 18.829 dispone que para iniciar la actividad de agente de viajes, sea persona humana o jurídica, previamente se deberá obtener la licencia para el ejercicio, la que sólo será otorgada a quienes no registren antecedentes negativos, personales o comerciales. Cuando quien pretende ejercer la actividad de agente de viajes, debe inscribirse en el Registro de Agentes de Viaje que lleva la Dirección Nacional de Agencias de Viajes, organismo perteneciente al Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación, efectuar un depósito en garantía por los daños por los que se lo considere responsable ante pasajeros o proveedores si cayere en insolvencia. (aerolíneas, hoteles, etc.)

1.7. Especialización

La actividad de las agencias de viaje debe ser exclusiva para el rubro. Sin embargo, por el Decreto 2182/72 se permite que desarrollen subsidiariamente, sin separación legal y ambiental, y con previa autorización de la autoridad competente, otras

actividades que sean conexas, tales como compra y venta de cheques de viajero y de cualquier otro medio de pago, por cuenta propia o de terceros; seguros de viajero, despachos de aduana por equipajes y cargas de los viajeros, por intermediación de funcionarios autorizados; venta de entradas para espectáculos públicos, deportivos, artísticos y culturales cuando constituya parte de otros servicios turísticos; o cualquier otro servicios que sea consecuencia de las actividades específicas de las agencias de viajes. También, y por el Decreto 2182/72 se permite a las empresas de transporte aéreo, ferroviario o marítimo (no incluye al transporte automotor), a promover y vender directamente al público excursiones y viajes organizados bajo el sistema de “todo incluido”, organizados por agencias de viajes registradas en la Dirección Nacional de Agencias de Viajes.

Se clasifican a las agencias comprendidas en la ley 18.829 en:

a) Empresas de Viajes y Turismo: Son aquellas que pueden realizar las actividades que determina el art 1ro de la ley 18.829 para sus propios clientes, para otras agencias del país o del exterior, o para terceros;

b) Agencias de Turismo: Son aquellas que pueden realizar todas las actividades que determinado el artículo 1º de dicha ley, exclusivamente para sus clientes, incluyendo el turismo receptivo;

La diferencia entre empresas de Viajes y Turismo y Agencias de Turismo, es que las primeras pueden prestar servicios a sus propios clientes o a otras agencias, mientras que las Agencias de Turismo sólo pueden atender a sus propios clientes, aun ejerciendo actividad de turismo receptivo.

c) Agencias de Pasajes: Son aquellas que sólo pueden actuar en la reserva y venta de pasajes en todos los medios de transporte autorizados o en la venta de los servicios programados por las Empresas de Viajes y Turismo y los transportadores marítimos y fluviales.

Estos últimos sólo pueden intermediar en la contratación del transporte, o en servicios organizados por otras empresas de Viajes y Turismo. Los agentes de viaje deben tener exclusividad en la actividad turística. Dentro de sus locales no podrá funcionar otra actividad ajena (ej. promotor de seguros generales, agente inmobiliario, etc.), pero sí, el agente de viajes puede ser autorizado el ejercicio de alguna actividad vinculada con la actividad propia del turismo, la que se deberá comunicar a la Dirección Nacional de Agentes de Viaje, que la debe autorizar. Entre las actividades que pueden ser autorizadas, la renta de automóviles para fines turísticos, la intermediación en los seguros de viajero, en los traslados terrestres desde o hacia el aeropuerto, etc.

Cuando se transfiere una agencia de viajes, el comprador, intermediario (agente inmobiliario), el escribano tendrá la obligación de retener el monto de deuda que tuviere la agencia objeto de venta o transferencia con la Dirección Nacional de Agentes de Viaje, y depositar dicho importe en el plazo que determine la reglamentación. Entendemos que, en caso de incumplimiento, quienes no hayan retenido y efectuado el depósito de los montos adeudados a la autoridad de aplicación por la agencia objeto de transferencia, serán responsables por los perjuicios ocasionados al ente de contralor por el incumplimiento del funcionario público.

Los agentes de viaje deben inmovilizar dinero o títulos del Estado y obtener fianza bancaria a favor de la Dirección Nacional de Agencias de Viaje en garantía de multas, devolución de importes a clientes y proveedores cuando se produzcan incumplimientos.

Este fondo de garantía tendrá como finalidad asegurar el buen funcionamiento de las agencias y proteger al turista. De fondo se podrán hacer efectivas las multas impuestas a las agencias. En cualquier circunstancia en que dicho fondo se vea disminuido, deberá reponerse dentro de un plazo que no exceda de treinta (30) días.

Las tarifas convenidas con sus clientes deben ser respetadas por los agentes de viaje. La publicidad debe ser veraz, e informar en forma clara la oferta que se realiza. Aceptada, no puede ser modificada en perjuicio del turista.

La Dirección Nacional de Agencias de Viaje está facultada por el decreto a controlar el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y resoluciones que rijan la actividad turística, procediendo a la inspección de libros y documentos de los responsables, comprobar infracciones, efectuar intimaciones, investigar y promover acciones judiciales, inclusive solicitando a los jueces órdenes de allanamiento con auxilio de la fuerza pública.

Cuando la agencia inspeccionada estuviere en una ciudad del interior, la dirección podrá delegar las funciones de control, inspección y promoción de denuncias a las autoridades de la provincia que se trate.

El resto del articulado trata de las sanciones de multa; clausuras, suspensiones; de la utilización del Fondo de Garantía para indemnizar a los contratos incumplidos; procedimiento sumarial, etc. Son normativas de derecho público administrativo. la que se aplica.

En el año 1972 el gobierno de facto firmó el Decreto 2182/72 que contiene regulaciones de derecho privado en cuanto a la relación agencia-usuario.

Establece que los servicios a prestar por la agencia de viajes se convendrán en todos los casos por contrato firmado entre un empleado autorizado de la agencia y el, o los usuarios. En el mismo se consignará, como mínimo:

- a) Especificación de los servicios a suministrar, indicando su categoría;

- b) Fecha de prestación de los mismos;
- c) Precios y condiciones de pago;
- d) Plazos establecidos para la confirmación o desistimiento por ambas partes y los respectivos cargos, reembolsos e indemnizaciones en los distintos supuestos;
- e) Toda obligación y responsabilidad que asuman agencias y clientes. (art 13)

Que las agencias de viajes serán responsables por cualquier servicio que hayan comprometido ellas, sus sucursales o sus corresponsales, siempre que no estén comprendidas en el párrafo siguiente. (art 14)

Que las agencias de viaje se eximen toda responsabilidad frente al usuario, si acreditan su falta de culpa, dolo o negligencia de su parte, cuando sean intermediarias entre las empresas de servicios y los mencionados usuarios, siempre que tales empresas desarrollen sus actividades con sujeción a un reglamento o legislación aprobado por autoridad competente que establezca las modalidades de la contratación entre esas empresas y los usuarios.

Que toda modificación que se realice a un contrato de servicios, deberá hacerse por escrito y con la firma de ambas partes a continuación, o en otro documento agregado al contrato originario.

Que cuando se trate de desistimientos de los usuarios, que afecten a servicios contratados en firme por la agencia, el reembolso de los mismos estará sujeto a las condiciones contractuales bajo las cuales presten sus servicios las empresas respectivas. En caso de que los reembolsos sean efectuados, las agencias tendrán derecho a deducir para sí, hasta un diez (10) por ciento de los mismos. (art.21)

Registro de dominio “tur.ar”

Por Resolución 125/13 del entonces Ministerio de Turismo, se declaró de carácter obligatorio el registro y uso de al menos un subdominio “tur.ar” para aquellos agentes de viajes que utilicen uno o más sitios en Internet destinados a la comercialización, promoción, oferta y/o venta de servicios y/o productos turísticos que se originen en el país por medios informáticos, ya sea que tal actividad se desarrolle con carácter permanente, transitorio o accidental, con o sin fines de lucro y en beneficio o por cuanta propia o de terceros.

Resolución 194/2000 del Ministerio de Turismo y Deportes

Esta regulación permitió a las agencias de viaje a operar en un local virtual para la atención al público a través del sub dominio “tur.ar”. Quienes opten por esta modalidad quedan dispensados de contar con local físico hasta el 31 de Julio de 2022. La fecha fue extendida por la Resolución 366/2022 dictada cuatro días antes del término para operar en local virtual.

Resolución 366/2022 de Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación

El Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación dictó la Resolución 366/2022 el 27 de Julio de 2022, que someramente pasamos a ver, actualiza algunos aspectos de la normativa relacionada a las agencias de viaje.

En las consideraciones de la resolución se tiene en cuenta especialmente que por los avances tecnológicos se generaron nuevas formas de promoción y oferta de paquetes turísticos a través de sitios de internet y redes sociales, cambiando el paradigma que relaciona a los turistas usuarios con las agencias de viajes, siendo que a partir de la pandemia se acentuó la modalidad no presencial.

En esta resolución se establece la obligación de exhibir en un lugar visible de la página de la agencia virtual el certificado habilitante emanado del Ministerio de Turismo y Deportes que autoriza la actividad de la agencia; mostrar en un lugar visible de la página web la razón social y el número del legajo del Registro de Agencias de Viajes; poner a la vista de los usuarios las vías de comunicación para efectuar reclamo; no compartir el local virtual con otra actividad que se encuentre de la actividad turística; incluir un enlace directo al trámite “DENUNCIA CONTRA UNA AGENCIA” de la plataforma TAD- Trámites a Distancia. También, obviamente, al igual que las agencias físicas, la constitución de un depósito en garantía,

Convenio Internacional

En el año 1972 la República Argentina adhirió por ley 19.918 del 31/10/72 al Convenio sobre Contratos de Viaje, de Bruselas de 1970, que en diciembre de 2008 fue denunciado por nuestro país, perdiendo toda vigencia y fuerza normativa un año más tarde, el 16 de diciembre de 2009. Este convenio inaplicable por no ser norma convencional vigente, tiene un apreciable valor doctrinario como derecho comparado.

2. Obligaciones del agente de viajes

El agente de viajes tiene obligaciones genéricas para con el viajero. Si se incumplen y se causa daño al cliente puede ser condenado a indemnizarlo, además de las sanciones que le imponga la autoridad de aplicación. Las obligaciones surgen de la manda de buena fe, artículos 9 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación,^[1] y 37 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor,

1. Art. 9. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. Art. 961. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

texto actualizado; deber de información, art. 4 LDC; trato digno, art 8 bis de la misma norma legal.

2.1. Deber de Información

En los términos del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, el agente de viajes debe dar información a los usuarios, en forma cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los programas turísticos con detalle de todas las características del viaje, duración, destinos, medios de transporte, de los alojamientos, régimen de comidas, etc.

La información debe ser actualizada. Si se produjere una cancelación o modificación de horario de vuelo, la agencia debe notificar inmediatamente al viajero y procurar un transporte alternativo, en la misma o en otra aerolínea en el menor tiempo posible, y sin mayor costo para el consumidor. Del mismo modo si se cancelare, por cualquier motivo, una reserva hotelera (ej. problemas en la zona, edilicios, reparaciones en habitaciones del hotel, etc.), el agente debe informar al cliente y procurar otro lugar de alojamiento de similar o de superior categoría dentro de la misma zona elegida por el pasajero.

La obligación de dar información completa, actualizada, honesta, implica que se debe explicar claramente y por escrito al usuario sobre las características de cada uno de los productos o servicios que se le ofrece, así como otras alternativas. Se debe poner en conocimiento quien proveerá cada servicio, y de los cambios que se produjeran durante el proceso de planificación del viaje.

El deber de información tiene fuente legal, como dijimos, en el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor como en el principio general de Buena Fe, recogido por la ley en el artículo 9, y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación. Debemos

puntualizar que la conducta contraria a la que se espera según las mandas de la buena fe es tenida muy en cuenta por los jueces a la hora de evaluar la responsabilidad del agente de viajes, como veremos en los fallos que se citan.

2.2. Obligación de Seguridad

La agencia de turismo debe cumplir con la obligación de seguridad impuesta por el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor. Consiste en “cuidar”, al pasajero, para lo cual se debe tomar todos los recaudos para que los viajeros no resulten con daño en su persona o en sus bienes.

El cliente que acude a un agente de viajes, generalmente, lo hace en busca de orientación, por tal razón confía en las propuestas de su agente, que propone servicios aéreos, conexiones, alojamientos hoteleros en lugares seguros de las ciudades evitando zonas peligrosas en ciertos lugares de ciudades del mundo, que el consumidor de servicio turístico generalmente ignora, pero que el agente de viajes no puede desconocer. Es un profesional calificado en materia de turismo.

Si al pasajero le fue vendido alojamiento, o excursiones en lugares que el agente no puede ignorar que son peligrosos, y resultara asaltado, puede atribuir responsabilidad al agente que le asesoró negligentemente. Son casos de mala praxis cometida por un profesional de actividad regulada (Ley 18.829). El agente de viajes tiene obligación de dar información completa e indicaciones que minimicen las posibilidades de daño a la persona o a las cosas del viajero. Esta obligación tiene simetría con la sugerencia o asesoramiento del abogado a su patrocinado, o del diagnóstico y tratamiento que sugiere el médico a su paciente.

2.3. Obligación de brindar Asesoramiento

Quien decide programar un viaje puede hacerlo por sus propios medios eligiendo líneas aéreas horarios, tarifas, hotelería, excursiones, comprar entradas para museos, espectáculos por sí mismo, desde su computadora o teléfono celular; o requerir sugerencias, asesoramiento, y encomendar el armado del programa y las contrataciones a una agencia de viajes. Para el agente de viajes, que es un profesional de tal actividad, es una tarea de su profesión que debe cumplir eficiente y satisfactoriamente para el pasajero. Entre otras cosas, debe combinar vuelos con tiempo razonable en las conexiones, verificar los aeropuertos de llegada y de partida de los servicios aéreos, las terminales, etc. El pasajero se entrega de buena fe a su agente, y este debe obrar correcta y diligentemente cuando programa, con profesionalismo y pleno conocimiento, el proyecto de viaje.

Los servicios turísticos siempre son de cumplimiento futuro. El viajero confía en lo que le darán. No puede ver, confrontar, ni hacer una evaluación actual de un servicio que aún no existe. De buena fe, deposita la confianza en su agente.

3. La ley de Defensa del Consumidor como legislación aplicable en la relación Agente de Viajes – Cliente

3.1. Relación de Consumo

Los contratos celebrados con empresas organizadoras de viajes turísticos y sus clientes o usuarios, están enmarcados en la Ley de Defensa del Consumidor. La agencia se obliga a prestar un servicio -organización del viaje-, en beneficio final de los cocontratantes, a cambio de una suma de dinero. (conf. Borda,

Alejandro, “El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo” La ley-2003-B)

La jurisprudencia en forma pacífica se apartó de las leyes especiales y tiene establecido la plena aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor como instrumento regulador de los derechos y obligaciones del agente de viajes y de su cliente. En especial en cuanto a las obligaciones de dar información cierta y actualizada de los servicios que contrata para el pasajero. El agente, según reciente jurisprudencia, es aún responsable por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la aerolínea, si sabiendo o debiendo saber de cancelaciones, sobreventa, o retrasos, no dio al pasajero información actualizada para prevenirlo del potencial daño que puede sufrir, o no buscó alternativas para realizar el viaje como estaba previsto.

La obligación del agente de viajes es la realización de las diligencias necesarias para defender al cliente consumidor en los servicios que se contratan.

El agente actúa como intermediario entre el transportador y el pasajero en los actos de reserva y celebración del contrato de transporte, y en principio, salvo que incurra en incumplimiento de las obligaciones que surgen de la Ley de Defensa del Consumidor, el agente no sería responsable por los incumplimientos del transportador.

Incumbe al agente de viajes la carga de la prueba de que informó al pasajero cualquier modificación al contrato, y que intentó por medios idóneos servicios alternativos o que estaba fuera del ámbito de sus posibilidades conseguirlos. El agente de viajes o proveedor debe tomar todas las medidas para evitar y solucionar problemas del viajero, siendo a su cargo la prueba de haber hecho todas las gestiones para resolver los inconvenientes del turista.

4. Responsabilidad del agente de viajes

A la luz de la unívoca jurisprudencia, y hasta tanto haya una ley especial que regule la relación entre el agente de viaje y los usuarios, ésta se rige por la Ley de Defensa del Consumidor.

El agente es responsable por los daños resultantes al usuario-turista, por incumplimientos en los servicios contratados para el cliente, aunque tales incumplimientos sean imputables a terceros (aerolíneas, servicios de trenes, alojamiento, traslados, etc.), y aun cuando la agencia actúa como organizadora o simple intermediaria en cualquier tipo de servicio turístico.

La conducta que se exige al agente de viajes es la de un proveedor confiable, honesto y diligente que cumple con la obligación de dar información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los servicios en los que interviene, conforme lo normado por el artículo 4 de la LDC; que demuestra que tomó todas las diligencias necesarias para evitar daño al usuario en procura de una solución efectiva de los problemas que pudieran presentarse al pasajero en toda circunstancia, y a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor.

Para Rezzónico “en determinadas circunstancias la comercialización impide al consumidor cerciorarse a fondo sobre diversos aspectos de las operaciones que realiza, lo que no comprueba por sí mismo debe asumirlo como un acto de confianza. El usuario recurre a los servicios profesionales de especialistas en los que deposita su confianza para celebrar transacciones; y la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores turísticos un inexcusable deber de honrar las expectativas de los clientes; el incumplimiento implica contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico.” [2]

2. Rezzónico, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 376

El consumidor no se encuentra obligado a indagar más allá de lo que exige la buena fe y la diligencia razonable en torno a la apariencia creada por el agente a través del cual contrató.^[3]

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (BO 15/10/1993), en tanto que, como ley general, regula todas las convenciones que configuren un contrato de consumo, con prescindencia de la existencia de leyes especiales de la materia de que se trate, tiene supremacía por ser una de las nuevas garantías constitucionales, desde la inclusión en el plexo normativo fundamental en el artículo 42 de la Constitución Nacional en ocasión de la reforma del año 1994. Es por ello que, aun habiendo normas especiales que regulan la actividad de los agentes de viaje y operadores turísticos, tales instrumentos legales están sujetos a la Ley de Defensa del Consumidor, por tratarse esta, de una ley de jerarquía superior.

Frente al usuario -consumidor de los servicios que ofrece la agencia de viajes está obligada por el principio de buena fe y de diligencia profesional que le impone velar por los derechos e intereses de los viajeros en la ejecución de las obligaciones resultantes de los contratos que se celebren, en un todo de acuerdo con los principios generales del derecho y las buenas prácticas en el ámbito de que se trata.^[4]

La jurisprudencia ha dicho que se debe desestimar la pretensión de la agencia de viajes cuando intenta desacreditar la aplicación de la ley 24.240, por considerar que resulta aplicable la ley 18.829 y el Dec. 2182/72 de “Agencias de Viajes”, por cuanto esta normativa limita la responsabilidad del agente de viajes al incumplimiento de la “debida diligencia”. Ello así, debe aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor que caracteriza la relación de

3. Conf. Cama Nac Comercial Sala B, causa “T, Alicia C y o.C/Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A. y o S/Sumarísimo”, sentencia del 27/06/2005- elDial.com- AA2BB4

4. Escribano, Luciano Gaston y otro c. Despegar.com.ar S.A. s/ Ordinario • 22/04/2022- Cita: TR LALEY AR/JUR/45080/2022

consumo cualquiera fuere la actividad que desarrolle el proveedor, cuando el consumidor o usuario recibieron los bienes o servicios en provecho propio o de su grupo familiar o social (art 1 LDC), y cabe recordar que dichas relaciones de consumo tienen el amparo del art. 42 de la Constitución Nacional.

Toda vez que tanto la ley 18.829 como el decreto 2182/72 han caído en desuetudo, el sistema y fundamentos de la responsabilidad del agente de viajes es, a la fecha, materia jurisprudencial con referencia y fundamento normativo en la Ley de Defensa del Consumidor.

Veamos el curso de la doctrina jurisprudencial:

Sentencia que exime al Agente de Viajes cuando interviene como mero intermediario

Entre otras, dictadas hace unos años, la causa “CATOIRA, Alfredo y o. C/CUBANA DE AVIACIÓN y la agencia VIAJES FUTURO SRL”, resulta que los actores contrataron un paquete turístico con esta última para vacacionar en Cuba. Estaba pactado que el vuelo partiría desde Ezeiza el 19 de Enero de 2015, pero la aerolínea “Cubana de Aviación S.A.” señaló que debido a que el piloto sufrió una descompensación y que hubo fallas técnicas en la aeronave, el vuelo fue varias veces reprogramado hasta que finalmente los pasajeros pudieron viajar tres días más tarde, el 22 de Enero de 2015. En consecuencia, reclamaron por daños y perjuicios con fundamento en el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte.

La agencia de viajes Viajes Futuro, co-demandada, adujo que se dedica a la venta de servicios turístico y que operó como simple comercializador intermediario de un servicio ofrecido y brindado por terceros, en este caso Cubana de Aviación S.A. y que por lo tanto no estaba legitimada para ser demandada.

La Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala I en sentencia del 18 de octubre de 2016, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva del agente de viajes expresando que “el término Contrato de

Intermediario de Viaje designa a cualquier contrato mediante el cual una persona se obliga a proporcionar a otra, a cambio de un precio, un contrato de viaje o el goce de una estadía, y que el intermediario de viaje estará exento de responsabilidad por incumplimiento, ya sea este total o parcial de los viajes, estadías u otros servicios que se rijan por el contrato, puesto que no existen dudas de que obró como mera intermediario y no asumió el servicio de transporte aéreo, como prestación propia”, haciendo hincapié en que los accionantes fundaron su presentación de demanda en: a) Reprogramación sucesiva del vuelo de la empresa demandada Cubana de Aviación S.A.; b) el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte; y c) en lo establecido en el Código Aeronáutico en cuanto a la responsabilidad del transportador”

Dijo que de una primera observación del fallo surge que los actores no han endilgado incumplimiento a la agencia de viajes sino a la empresa aérea, y que de las causas del retraso de tres días en el inicio del viaje, claramente se ha señalado por los actores, que el cumplimiento defectuoso era imputable a Cubana de Aviación y no de la agencia, que sería ajena a tales hechos.

Para este pronunciamiento, cuando la agencia actuó como simple intermediaria de un servicio determinado o de un paquete turístico organizado por un tercero, en el caso la aerolínea, que además es quien incurrió en incumplimiento del contrato de transporte aéreo, tal como expresaron los actores, y la agencia solo actuó como intermediaria no eximió de responsabilidad a Viajes Futuro del retraso en la partida del vuelo.

Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor como único marco normativo

Causa: Golluscio Guzzi, Esthephanie Milagros y otro C/ DESPEGAR.COM.AR y O. S/amparo.^[5]

Stephanie Milagros Golluscio Guzzi y Elvira Sandra Guzzo, promovieron acción contra Despegar.com.ar S.A. y Emirates Sucursal Argentina solicitando la suspensión de los efectos del

5. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A – sentencia del 18 de agosto de 2022

contrato firmado por el cual se abonó la totalidad del pasaje ida y vuelta pactado para viajar el día 29 de marzo de 2020 a la Ciudad de Rio de Janeiro, y la vuelta a Buenos Aires, hasta tanto se reabrieron las operaciones aéreas por las condiciones de seguridad y salubridad, para su parte y que, (era tiempo de Covid 19) además, se mantuvieran las mismas condiciones y precios que se pactaron en su oportunidad. En forma subsidiaria pidieron la devolución de la totalidad del precio pagado sin descuento ni retención alguna.

Las amparistas el día 4/2/2020 adquirieron a través de Despegar dos pasajes ida y vuelta a Rio de Janeiro, desde Buenos Aires, Argentina emitidos por la línea Aérea Emirates Suc. Argentina... para viajar el 29 de marzo del mismo año. En forma subsidiaria, solicitaron la devolución de la totalidad del precio del contrato de transporte no utilizado, puesto que, a raíz de la pandemia, las actoras no pudieron realizar su viaje conforme a lo pactado.

Expresaron que otras empresas de turismo y las líneas aéreas hicieron reprogramación de sus vuelos sin costo alguno, de las demandadas, no lo hicieron, por lo que solicitaron en su demanda una medida cautelar innovativa hasta que se dicte sentencia definitiva con el objeto que se ordene la reprogramación del viaje sin penalidad alguna, con destino a Rio de Janeiro, Brasil, con posibilidad de obtener un “billete de fecha abierto”.

El juez de primera instancia concedió la medida cautelar “ordenando a las demandadas Despegar.com y Emirates Argentina, que la reprogramación del viaje aéreo solicitado por las actoras se expida sin penalidad o costo adicional alguno, hasta tanto se dictara sentencia o cesaran las restricciones por el Covid 19 y se brindaran las condiciones de seguridad sanitaria para viajar.”

La medida cautelar ordenada fue apelada por Despegar.com con el argumento que no se habían dado los requisitos por inexistencia de un daño inminente y/o actual. Opuso excepción de incompetencia sosteniendo que debía intervenir la Justicia en lo Civil y Comercial Federal, por encontrarse el contrato bajo la órbita del derecho aeronáutico. Sostuvo también la agencia de viajes que Despegar era intermediaria en los términos de la ley 18.829 y Dec. 2182/72 y no una prestadora de los servicios que adquieren los usuarios, y señaló que las decisiones en torno a las programaciones de los servicios corresponden pura y exclusivamente a las proveedoras de

los mismos, en el caso Emirates, y que resultan determinantes las políticas de cambio y cancelación las dispuestas por cada proveedor, las cuales se encuentran íntima y directamente relacionadas a la tarifa seleccionada por los usuario al momento de efectuar la compra, y que las actoras habían elegido una tarifa que no admitía cambios ni cancelaciones.

Emirates se presentó, pero no contestó demanda, perdiendo el derecho a hacerlo en lo sucesivo.

El juez de grado aclaró que dado el carácter de consumidoras de las demandantes correspondía interpretar los distintos institutos bajo la óptica tuitiva de la Ley de Defensa del Consumidor, ley que no impide la vía de amparo en los términos del art 43 de la CN.

En cuanto al planteo de incompetencia introducido por Despegar.com.ar el juez de la instancia consideró que:

1. El reclamo sobre la base de un contrato de venta de pasajes aéreos efectuado entre una empresa de transporte aéreo y una agencia de viajes, es competente el fuero comercial por ser de neto corte mercantil, y debe dilucidarse a través de la aplicación de normas de derecho común, por no aparecer cuestiones de normas federales atinentes al derecho aeronáutico.
2. Las acciones se encuadran en el art 53 de la LDC, norma que establece la competencia de los tribunales ordinarios.

Se rechazó el planteo de incompetencia.

Con respecto a las cuestiones de fondo

Por vía de amparo promovido por Stephannie Milagros Golluscio Guzzi y Elvira Sandra Guzzi, las actoras lograron que se ordene judicialmente la suspensión de los efectos del contrato firmado por las actoras con Despegar.com y Emirates Suc. Argentina, para que se mantengan las mismas condiciones y precios que se pactaron en su oportunidad, y proveerles nuevos pasajes ante el requerimiento que las demandantes formulen dentro del año en curso, sin diferencia tarifaria, ni penalidades; bajo apercibimiento para el caso que así lo solicite, de la devolución de la totalidad del precio del contrato de transporte no utilizado por la pandemia, sin descuento ni retención alguna.

Responsabilidad por incumplimiento de restitución de importe de pasajes no utilizados

“Ante el incumplimiento injustificado del agente de viajes que incumple en su obligación de restituir el importe de pasajes no utilizados por las restricciones impuestas por el Covid.19 es procedente la indemnización del daño moral, ya que el demandante debió ocuparse, semanalmente y durante un largo período de llamar y enviar e-mails a la demandada para hacer el seguimiento de su reclamo tendiente a que le reintegren el valor del pasaje aéreo.”

“La responsabilidad de la agencia de viajes demandada surge por la contravención del deber general de atenerse a los buenos usos en la materia, tratándose entonces de una aplicación más del principio de la buena fe, relevante en todo tipo de relación contractual y especialmente significativo en aquellas en donde la profesionalidad de una de las partes en la prestación de un servicio genera en la otra una legítima confianza basada en la experiencia y aptitud técnica.(conf. Causa:” Gavinovich Granell, Alberto Manuel c. ALMUNDO.COM S.R.L. s/ Sumarísimo • 28/06/2022 Cita: TR LALEY AR/JUR/102281/2022.)

La agencia Travel Rock fue condenada en causa C.L.A y otros C/ Travel Rock S.A. S Contratos, Expte. Nro. 474/21, en sentencia del 3 de febrero de 2023 dictada por la Cámara en lo Civil y Comercial Común, Sala I de Tucumán- Centro Judicial Concepción, al pago del daño emergente, daño moral y daño punitivo, por no haber restituido el dinero pagado por la parte actora en concepto de un viaje de egresados en el año 2020, viaje que debía realizarse a la ciudad de San Carlos de Bariloche cuyo contrato se resolvió por las restricciones de circulación producto de la pandemia decretada por la Organización Mundial de la Salud con fecha 11 de marzo de 2020, y que la parte actora notificó a la demandada que no reprogramaría.

No se controversió el servicio de turismo contratado por la actora y el pago efectuado por dicho servicio, teniéndose en cuenta que dicha relación quedaba encuadrada en el régimen de derecho del consumidor, y que Travel Rock incurrió en un incumplimiento contractual al no efectivizar los reintegros que correspondían a la actora, ni brindó información.

Planteadas así las cosas, y “siendo que los derechos de los consumidores tienen raigambre constitucional que garantiza el art 42 de la CN y que algunos autores lo consideran un **derecho humano**, no cabe duda de que se trata de un **derecho fundamental** y que toda regulación que se haga del mismo debe resultar lo menos gravosa posible al consumidor. Se consideró que cuando la prestación se torna de imposible cumplimiento, se faculta a la empresa a restituir las sumas abonadas por los consumidores en concepto de pago con un descuento del 20%. Que si bien se entiende que ha sido muy dificultoso para las empresas de turismo sobrevivir la pandemia, ello no significa que dicha problemática deba ser asumida por los consumidores, que en la mayoría de los casos hicieron enormes esfuerzos para abonar los viajes de egresados para agregarle la desvalorización del crédito que los consumidores sufrirán al momento de la devolución.”

“Al margen de ello, resulta importante agregar que la empresa violentó dos principios fundamentales del derecho del consumidor. Por una parte incumplió el deber de información y colaboración que debe prestar toda empresa prestadora de un servicio, puesto que no ofreció a su cliente información clara y precisa sobre los interrogantes que le planteaba la Ara C, por lo contrario, de las conversaciones entabladas en la empresa y la cliente, se observa un comportamiento desaprensivo de Travel Rock...”

“En el caso no caben dudas que la conducta desplegada por la demandada merece ser castigadas mediante la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis, LDC. Es que en el presente caso, no sólo resultó directamente vulnerado el deber de información (art 4 LDC), ante la falta de explicaciones, sino también la actitud dilatoria que evidencia la manifiesta indiferencia por los derechos del consumidor a quien no se ha dado un trato digno (art 8 bis LDC), colocarlos en un derrotero de reclamos, en el que haga caso omiso a la petición. Por ello el Tribunal entiende que resulta adecuado a derecho condenar por daño punitivo a la empresa Travel Rock.”

Pronunciamientos que sientan doctrina jurisprudencial

Citaremos tres fallos que han analizado en profundidad la problemática de los fundamentos y responsabilidad de las agencias de viaje, que sientan doctrina judicial:

Cámara Nacional en lo Comercial Sala B, causa “ESAINS, Daniel Jacobo C/AVANTRIP.COM SRL y Otro”, de fecha 07/03/2022; causa “SCHKOP Ricardo Hugo C/DESPEGAR.COM.AR.; causa “LIENDO, Hector Manuel C/DEPEGAR.COM.AR S.A. S/ Sumarísimo”, del 2 de Noviembre de 2022.

“ESAINS, Daniel Jacobo C/AVANTRIP.COM SRL y Otro. En este pronunciamiento los señores jueces camaristas resolvieron distintas cuestiones a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, aplicable al caso, y por no haber una regulación especial de derecho privado.

Los hechos de la causa:

a) el Sr. Daniel Jacobo Esains cliente de Banco Galicia realizó a través del “Programa de puntos Quiero” de esta entidad un canje de puntos para adquirir pasajes de avión para él y su familia;

b) Intervino en la reserva y compra la agencia de viajes on line Avantrip.Com

SRL, proveedor de Banco Galicia en el programa Quiero Viajes. Se emitieron cuatro pasajeros aéreos para viajar por Emirates Airlines, con destino a Rio de Janeiro, Brasil, para el día 03.02.2015, con regreso pactado para el 11.02.2015;

c) El actor y su familia no embarcaron en la fecha de salida por no haber presentado la documentación necesaria para la salida del país de sus hijos menores, omisión que el Sr. Esains asume como propia.

Ahora bien, luego de precisar que nada reclama con relación a lo que considera la pérdida del primer vuelo de ida relató el actor que pretendió comprar nuevos pasajes de ida, e instantes antes de adquirir los nuevos pasajes llamó a Avantrip para confirmar el regreso y allí se le informó que al no haber tomado el vuelo de ida no podría utilizar el tramo de vuelta en razón de la aplicación de una supuesta cláusula “no show”, y que ante la necesidad de viajar, pues tenía reservas de hoteles, el actor adquirió nuevos pasajes ida en Aerolíneas Argentinas.

Cuando los pasajeros se presentaron en el aeropuerto de Rio de Janeiro para abordar el vuelo de regreso a Buenos Aires, Emirates denegó el embarque por la caída automática de la reserva. Ahí le explicaron que al no volar el trayecto de ida, quedó sin efecto la reserva para la vuelta. Se entiende que si los pasajeros no fueron, tampoco están para volver, Cláusula No Show.

El actor promovió acción judicial en reclamo del valor de los cuatro pasajes e indemnización por daño moral por habersele impedido de utilizar para el regreso desde Rio de Janeiro los pasajes adquiridos. Accionó en contra de Avantrip.com.S.R.L, y en contra de Banco Galicia, en razón de su intervención como organizador del programa Quiero Viajes, mediante el cual los pasajeros habían obtenido los puntos para canjear por pasajes.

En la instancia la demanda fue rechazada por la jueza titular del Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 27, a cargo de la Dra. María Virginia Villarroel quien admitió la excepción de prescripción anual opuesta por Avantrip.com en los términos del artículo 228 del Código Aeronáutico, como por lo previsto en el Convenio Internacional de Bruselas sobre Contratos de Viaje. Asimismo, rechazó la demanda en contra de Banco Galicia. La sentencia de origen consideró que el pasajero debía estar informado, puesto que la entidad financiera en el sistema “Quiero” hacía saber que el banco sólo respondía por la entrega del vouchers a utilizar exclusivamente ante la agencia Avantrip.com SRL, y que en esto hubo cumplimiento, los vouchers fueron canjeados por tickets aéreos.

En consecuencia, la magistrada desestimó ambas acciones del Sr Esains: en contra de la agencia Avantrip y en contra del Banco Galicia, en decisión que resulta sumamente llamativa, puesto que Dra. María Virginia Villarroel estimó la procedencia de la prescripción opuesta por Avantrip.com SRL con base a lo establecido por el artículo 228 del Código Aeronáutico y del artículo 30 del Convenio de Bruselas sobre Contratos de Viaje, sin advertir que no se aplica el código aeronáutico en la relación usuario-agente de viajes, y que el Convenio de Bruselas había sido denunciado por la República Argentina en diciembre de 2008, perdiendo toda vigencia al año de la denuncia, en diciembre de 2009.

La juzgadora incurrió en error de aplicar el código Aeronáutico, siendo que la cuestión planteada era ajena al empleo de aeronaves, (art. 1° código aeronáutico) y que la cuestión estaba ceñida a la normativa comercial. Por otra parte, también incurrió en arbitrariedad por aplicación de normativa derogada como es el Convenio de Bruselas sobre el que también fundó el rechazo de la acción.

Incurrió también en inversión de la carga probatoria para rechazar la demanda contra de Banco Galicia y Avan Trip, al expresar que el consumidor “debió probar que no estaba informado de la cláusula no show.”

Apelada la sentencia por el actor perdedor, la Cámara Nacional en lo Comercial Sala B, al revocar el rechazo de la demanda condenando a la agencia, sentó doctrina sobre varias cuestiones tratadas en el caso.

Prescripción. La co demandada Avantrip.com, opuso defensa de prescripción, la que admitida en primera instancia para fundar el rechazo de la demanda fue revocada en alzada haciendo lugar a la acción en su contra y en contra de Banco Galicia.

Las camaristas María Guadalupe Vazquez y Matilde E de Ballerini consideraron que la prescripción no había operado expresando que “los contratos celebrados con empresas organizadores de viajes turísticos quedan comprendidos por la legislación de defensa del consumidor, en tanto es un contrato por el cual la agencia se obliga a prestar un servicio (la organización del viaje) en beneficio final de los cocontratantes, a cambio de una suma de dinero (art 1ro Ley 24.240)

La agencia de viajes no puede, por un lado, reconocer que su actividad consiste en la prestación de servicios turísticos, justamente porque es una agencia de viajes y, por el otro, pretender ser considerada una empresa de transporte aerocomercial para aprovechar la prescripción, que en el contrato de transporte aéreo nacional es de un año, art. 228 cod. aer. y de dos años la caducidad en el transporte aéreo internacional, art 35 Convenio de Montreal.

Si Avantrip.com SRL reconoció ser una agencia de viajes no puede cambiar su identidad de agencia por aerolínea para beneficiarse con la prescripción o caducidad (era un transporte internacional) aeronáutica más breve.

En cuanto a la subsidiariedad normada por el artículo 63 de la LDC se expresó, que ésta sólo se aplica cuando la cuestión no está prevista en el código o en los convenios internacionales de transporte aéreo. Los camaristas advirtieron que no hay exclusión ni subsidiariedad en el caso, porque se trata de una cuestión de derecho del consumo, y no de derecho aeronáutico. (además, la aerolínea Emirates no fue demandada, y en las acciones contra Aviantrip y contra el banco se trataron claramente cuestiones ajenas al derecho aeronáutico).

Dijo también la cámara, con relación al artículo 63 de la LDC que se debe adoptar una interpretación restrictiva de las limitaciones a la aplicación de la ley 24.240, especialmente considerando la particular vulnerabilidad que poseen los consumidores y el principio rector de interpretación favorable al consumidor en caso de duda (art 3 LDC) sin poder obviarse la raíz constitucional de los derechos de los consumidores. La ley será también aplicable cuando las soluciones legales del ordenamiento específico protejan deficientemente sus derechos, por evidentes razones de primacía normativa.

La sentencia, destacando el error de derecho de la sentenciante de anterior instancia, recordó que el Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje (ley 19.918) fue denunciado por la República Argentina el 16 de diciembre de 2008, con efecto a partir del 16 de diciembre de 2009. (Boletín Oficial Nro 31.562) del 20.12.2008, p.33), por lo que no resulta aplicable al caso, y dispuso que en la especie corresponde tener al plazo de prescripción trienal vigente hasta el 31 de Julio de 2015 por la Ley de Defensa del Consumidor, no siendo aplicable los plazos del Código Aeronáutico y del Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje de Bruselas denunciado por nuestro país.^[6]

Con respecto al plazo de prescripción cuando se trata de Relación de Consumo, la ley 26.993 que creó el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumos y organizó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), establece en el artículo 6º. que “la interposición del

6. El hecho ocurrió el 4 de febrero de 2015, cuando aún no había entrado a regir el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 que modificó el artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor según 26.361 que establecía la prescripción trienal para las acciones judiciales y administrativas de los consumidores. Por tal razón, estando vigente a la época del hecho generador de responsabilidad y hasta el 31 de Julio de 2015, el plazo trienal de prescripción para accionar judicialmente, las señoras camaristas han hecho valer el término prescriptivo fijado en la Ley de Defensa del Consumidor tal como regía al tiempo del hecho.(artículo 7 del Cod Civ y Com de la Nación)

reclamo interrumpirá la prescripción de las acciones judiciales y las administrativas, y de las sanciones emergentes de la ley 24.240 y sus modificatorias, cuya aplicación corresponda en virtud de los hechos que sean objeto del reclamo.”

En el caso en análisis, desde la finalización de la instancia ante el Coprec y la interposición de la demanda judicial no había corrido el nuevo término de prescripción de tres años iniciado con la terminación de la instancia de conciliación previa en las Relaciones de Consumo

Aquí nos detendremos a formular una observación que consideramos interesante:

El procedimiento de Mediación Prejudicial establecido por Ley 26.589 dispone que la mediación suspende los plazos de prescripción y caducidad (art 18), fijando las distintas pautas para el cómputo de inicio de la suspensión hasta veinte días después del cierre de la Mediación, y vencido este plazo se reanuda el curso de prescripción o caducidad. Esto significa que el tiempo corrido desde el inicio del cómputo de la prescripción (ej. desde la fecha del hecho o toma de conocimiento del daño, se adicionan el tiempo corrido con anterioridad al que sigue a partir de los veinte días posteriores al del cierre de la Mediación.

En cambio cuando el caso encuadra en la Ley de Defensa del Consumidor y se somete a conciliación por ante Coprec (procedimiento que también habilita la vía judicial; la apertura del trámite INTERRUMPE el plazo de prescripción o caducidad, que comienza a correr partir del cierre del procedimiento de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo. El acta de cierre marca el inicio del “*dies aquo*”, que comienza a partir de la finalización de la instancia conciliatoria de consumo.

Causa: SCHKOP Ricardo Hugo C/DESPEGAR.COM. AR S/Daños y Perjuicios

En este caso se trató de la intervención de la agencia de viajes Despegar.com, que por diversos errores provocó la caída de la reserva a nombre del actor y su esposa para abordar un vuelo de Turkish Airlines con destino a Europa, haciendo escala en Turquía,

a punto que para poder viajar, el Sr Schkop debió comprar dos pasajes nuevos para el mismo vuelo para el que ya había comprado y pagado a Despegar.com.

Promovido el juicio por Daños y Perjuicios por ante el Juzgado de Paz de San Rafael, Mendoza, se presentó la demandada Despegar com y opuso excepción de incompetencia que fue rechazada. También excepción de Falta de Legitimación pasiva argumentando que, por ser una agencia de viajes, su participación era la de mera intermediaria entre la aerolínea y el usuario, lo que también le fue rechazado.

La sentencia expresó que “no se encuentra cuestionada la calidad de Agencia de Viaje invocada por la demandada; que cuenta con un ordenamiento particular compuesto por la ley 18.829 de agentes de viajes y su decreto reglamentario 2182/72 el cual comprende un sistema de responsabilidad subjetiva, limitada y mancomunada, desde ya, **opuesto al establecido por la ley de Defensa del Consumidor.**”

“A partir de la sanción de la ley 24.240 y en especial luego de la reforma introducida por ley 24.999 y 26.361, la responsabilidad de las agencias frente a los viajeros ha quedado encuadrada definitivamente en el sistema previsto por el ordenamiento de consumo, tal como lo han entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia. La relación está regida por la LDC y las normas del Código Civil y Comercial”

“En efecto, si existiere alguna duda al respecto, el art 3. In fine de la LDC aporta una mayor claridad a la normativa consumeril, y en tal sentido dispone: “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado por otra normativa específica”

En el caso se “atribuye a la demandada el hecho de haber provocado, por su actuar ineficiente, negligente y de mala fe, la caída de reservas de los pasajes aéreos contratados por lo que, dos horas antes de salir su vuelo y previo realizar tratativas infructuosas, se vio obligado a pagar otra vez los pasajes a Turkish Airlines Inc para poder acceder al mismo vuelo que ya había abonado a Desegar.com.”

“El deber de responder de la agencia intermediaria derivado de su incumplimiento obligacional, también se encuentra disciplinado en las normas del CCyCN. Una norma rectora que no puede perderse de vistas en la contenida en el art 1716 del mencionado cuerpo legal que dispone que: ”La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme con las disposiciones de éste Código”. Asimismo define la antijuridicidad en el art 1717 como “cualquier acción u omisión que causa un daño” y que sujeto responsable directo es “quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art 1748 CCCN). Por eso en materia de contratos, no habrá incumplimiento más daños y perjuicios, sino que el incumplimiento contractual en sí mismo genera el deber de reparar bajo las reglas del código de fondo; en el caso particular del derecho del consumidor, le serán aplicables, en tanto y en cuanto dichas reglas no resulte contrarias, incompatibles o inaplicables a la materia en estudio, todo ello como consecuencia de la unificación de la responsabilidad civil.”

“Conforme a ello, el análisis del contrato de viaje revela la existencia de las siguientes obligaciones a cargo de la agencia intermediaria: deber de información; deber específico de prestación y obligación de seguridad”.

En conclusión, tratándose del vínculo entre el agente de viajes y el cliente de una relación de consumo, el primero tiene las obligaciones que la Ley de Defensa del Consumidor impone al proveedor de servicios, eximiéndose únicamente en caso que el daño haya sido causado por el hecho del damnificado, por el hecho de un tercero por quien no debe responder, o por caso fortuito.

Causa: “LIENDO, Héctor Manuel C/Despegar.com.ar. s/ Sumarísimo” sentencia dictada por la Cámara Nacional en lo Comercial Sala C, del 2 de Noviembre de 2022

El actor celebró a través de la agencia Despegar.com.ar la contratación de dos pasajes aéreos con más servicios de hotelería y traslados. Por razones de salud de su acompañante solicitó la cancelación del viaje y la devolución del dinero pagado por pasajes aéreos, alojamiento y traslados que no utilizaría, derecho

legislado en favor del pasajero y su acompañante, art.13 de la Resolución 1532/98 del ExMinisterio de Economía y Obras Públicas de la Nación.

Despegar no atendió el reclamo del actor, argumentando que el dinero de los pasajes aéreos estaba en poder de la aerolínea, ante quien el pasajero debía dirigir su reclamo. Lo mismo dijo Despegar con relación a los alojamientos y traslados cobrados por los operadores en el extranjero.

El actor, Héctor Liendo abrió el proceso conciliatorio ante el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), en reclamo de los importes pagados a la agencia de viajes Despegar, y ante el fracaso de la instancia conciliatoria promovió acción judicial en reclamo de estos conceptos con más Daño Moral y Daño Punitivo.

En primera instancia, la señora jueza en lo comercial hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a Despegar a la restitución del precio de los dos pasajes y estimó un cierto importe como indemnización por daño moral. Rechazó el reclamo del reembolso por los servicios terrestres (hotelería y otros), puesto que tales conceptos habían sido pagados con una tarjeta de crédito a nombre de otra persona, por lo cual la *iudex a quo* entendió que Liendo carecía de legitimación activa para reclamar lo que no había sido pagado por él mismo.

La sentencia fue apelada por ambas partes.

Despegar se agravió porque le fueron aplicables las normas de Defensa del Consumidor, a pesar de la existencia de una normativa específica que regula la actividad aeronáutica, para lo cual invocó que el reclamo tiene su origen en un contrato de transporte aéreo que subyace al contrato de consumo celebrado por la agencia de viajes y el usuario y que estando la cuestión expresamente prevista en el Código Aeronáutico no corresponde la aplicación supletoria de la ley de defensa del consumidor. Se agravia también de la responsabilidad que le fue atribuida en la sentencia en la que se desconoció su carácter de intermediario. Invocó que realizó todas las gestiones a su cargo en tal carácter y que la autorización y concreción del reembolso no recaía exclusivamente a cargo de Despegar, sino sobre los proveedores contratados por el actor.

Se agravió de la condena a reembolsar las sumas por los tickets aéreos porque, dijo, generaría un perjuicio en su patrimonio debido a que fue demostrado que las sumas abonadas por el actor ingresaron directamente al patrimonio de la aerolínea. Agregó que, con relación a la empresa aérea, en su carácter de intermediaria, Despegar efectuó el reclamo a la aerolínea “pero que desconoce el motivo por el cual se rechazó el reembolso”.

También se disgustó por la “procedencia del daño moral, y dijo que la *a quo* omitió brindar fundamentos válidos sobre los cuales respaldar la partida indemnizatoria otorgada, lo que transforma al fallo en arbitrario”

Por su parte, el actor en su escrito recursivo criticó:

a.- Que se hubieran rechazado las demás prestaciones reclamadas como daño material con el argumento de sido abonadas con una tarjeta de crédito que no era de su propiedad, y que por lo tanto no estaba legitimado en estos rubros.

Con argumentación inteligentemente planteada por la asistencia letrada del actor en cuanto a estos rubros, Liendo dijo que independientemente del método de pago, tanto el viaje como los servicios derivan de un contrato que le dio derechos que son de su propiedad y que, si utilizó la tarjeta de crédito de un amigo y éste nada reclamó, es obvio que el actor le pagó o, en su defecto que el amigo se lo regaló.

b.- Que se ha infravalorado el daño moral debido a todo lo que tuvieron que soportar él y su pareja por el simple hecho de no poder viajar por una situación médica, siendo hiper-vulnerables por ser mayores de edad, argumentando que tuvo que insistir una cantidad de veces irrazonable para que la accionada diera una solución lógica para no perder su dinero, obligándolo a atravesar un tortuoso camino de reclamo, e incluso un juicio, para que le fuera reconocido su derecho.

c.- Que se hubiera rechazado el rubro daño punitivo, sosteniendo que la conducta de la demandada no era exigible como proveedora; que revela un grave menosprecio a la dignidad del consumidor, configurando una humillación y un padecimiento que justifica sancionar con el concepto Daño Punitivo.

La solución dada por la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial:

a.- Normativa aplicable: Ley de Defensa del Consumidor. Aclaró la cámara que, si bien la demandada insistió en la aplicación del Código Aeronáutico, Despegar no es una “empresa de transporte aerocomercial”. El marco normativo de su actividad es la Ley de Defensa del Consumidor.

b.- La responsabilidad de Despegar.com. En cuanto a la responsabilidad de Despegar.com.ar S.A. luego de descalificar el escrito de expresión de agravios por no reunir los requisitos del artículo 265 del CPCN, en cuanto no se cumplió con la exigencia que el escrito de expresión de agravios contenga un análisis concreto y razonado de las partes del fallo que considera equivocadas, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen, especificándose con exactitud los fundamentos de las objeciones, señala que en el caso, la demandada no se hace cargo de los argumentos expuesto por la sentenciante para juzgar su responsabilidad, sino que solamente discrepa con lo decidido sin rebatir los principales argumentos que la llevaron a su condena”. En consecuencia, se declaró la deserción recursiva, y se consideró la conducta de Despegar, que incurrió en inacción probatoria, puesto que debía acreditar sus dichos y no probó que omitió cursar una comunicación fehaciente al consumidor para que éste tomara conocimiento de la disponibilidad del dinero correspondiente a los tickets.

c.- Hotel y traslados. En cuanto al hotel y los traslados, Despegar tampoco se ha hecho minimamente cargo ni acreditó haber remitido comunicación alguna a los respectivos prestadores para solicitar el reembolso de las sumas abonadas por estos servicios.

La sentencia sienta doctrina en cuanto la obligación de la agencia nacida de su participación en negocio, que le exige una especial diligencia frente al usuario, dar explicación razonable en cuanto al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, falta de información destacada y oportuna de las condiciones de contratación en un caso de fuerza mayor y la ausencia de una respuesta adecuada frente a esa situación de excepción.

d.- En cuanto a la queja de Despegar por la sentencia de Ira instancia que la condenó a la devolución de las sumas abonadas en concepto de tickets por el actor, aunque ingresaron directamente

al patrimonio de la compañía aérea y no al suyo, se resolvió que “sin perjuicio del derecho de repetición que eventualmente le asista a la demandada contra la aerolínea, lo cierto es que la agencia no puede ignorar que en su rol de intermediaria profesional asumió la obligación de velar por los intereses de su cliente, lo que no hizo.” Por lo tanto confirmó lo decidido en primera instancia en cuanto la obligación de Despegar de reembolsar el costo de los pasajes con más sus intereses.

Observan los camaristas que el juez de grado rechazó el reembolso de las prestaciones por pagos de hotelería y traslados por haber sido abonadas por un tercero, y que por esta razón no se había acreditado que hubiera habido un perjuicio patrimonial en cabeza del actor. Tanto el viaje -pasajes-, como los servicios -hotelería y traslados-, se encontraban dentro de la propiedad del actor, porque independientemente del medio con el cual se abonaron las prestaciones, todas fueron contratadas a nombre del actor, lo que le otorga suficiente legitimación para reclamar el daño pretendido.

En razón de lo expuesto se admitió la pretensión relativa a la restitución, además de los pasajes, del precio abonado por alojamiento y traslado, con intereses.

e.- Daño moral. Los camaristas consideraron que el Daño Moral no requiere producción de prueba directa, sino que puede tenérselo por comprobado ante la razonable presunción de que el hecho que motiva el juicio generó un padecimiento espiritual susceptible de justificar la indemnización reclamada, y razonó que por la propia naturaleza de la situación vivida por el actor ante los incumplimientos denunciados, autorizan a presumir que éstos generaron en él daño moral, y que no es necesario ahondar demasiado para representarse la angustia del Sr Liendo frente a la falta de respuesta adecuada a su legítimo reclamo.

“La accionada no tuvo en consideración la situación de excepción y de fuerza mayor en la que se encontraba su cliente, ni tampoco su avanzada edad, lo que requería de una asistencia particular y oportuna frente a los prestadores para que obtuviera el reembolso de los servicios abonados y no utilizados por esas razones involuntarias”. Con relación al quantum, se elevó la suma de \$ 70.000, y con aplicación de la facultad que otorga el

art 165 CPCC, se entendió que la cifra estimada por el anterior sentenciante no era adecuada a una reparación integral, por lo que se elevó a \$ 150.000, (equivalente a aprox. U\$S 515 al tipo de cambio “blue” al tiempo de la sentencia de cámara), con más sus intereses).

f.- Daño Punitivo. Considerando que el daño punitivo no conlleva ninguna indemnización de daños, sino la imposición de una sanción, cuya procedencia debe ser interpretada con el criterio restrictivo inherente a la aplicación de toda pena, se encuentra que “la conducta de la demandada que ha sido comprobada en autos presenta los caracteres que tornan procedente la multa en cuestión. Una compañía que brinda un servicio de intermediación en la contratación de prestaciones turísticas debe cumplir con sus obligaciones de forma diligente, y así gestionar ante un caso de fuerza mayor (imposibilidad de viajar) todos los trámites necesarios para evitar que el usuario deba enfrentar la desprotección a la que se vio sometido frente a la desaprensión de su situación particular.

“La demandada recién se dispuso a tramitar con insistencia la devolución, que fue aceptada por la aerolínea luego de las audiencias que se realizaron en el Coprec, lo cual demuestra el desinterés que mostró en un principio en el trato comercial hacia el consumidor, así como el hecho de que ni siquiera acreditó haber realizado gestión alguna para obtener el reembolso de los demás prestadores.”

El daño punitivo debe servir para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que éste habrá de verse obligado a seguir para, finalmente tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho, lo cual ha ocurrido en autos”, en consecuencia, se concede el importe del daño en cuestión en la suma de \$ 200.000 (unos 1.047 dólares blue al tiempo del fallo) a tenor de la facultad que otorga el art 52 bis LDC para justificar una sanción que se encuentre a la altura de las especiales circunstancias con las que se enfrentó el accionante y que debieron ser tenidas en cuenta por la demandada en su debido accionar profesional”

5. Conclusión

De los tres últimos fallos citados surge la siguiente doctrina, que citamos sin aportar opinión personal. Simplemente nos limitamos a hacer una exégesis de lo que surge de los pronunciamientos judiciales:

Que el régimen aplicable al agente de viajes es el de la Ley de Defensa del Consumidor. Por lo tanto tiene a su cargo la obligación de información al usuario con las exigencias y alcances del artículo 4 de la LDC.

Que tiene a su cargo la obligación de seguridad de la que es acreedor el usuario en favor de su persona y sus cosas, en los términos del artículo 5 de la misma ley.

Que el agente de viajes es responsable de toda falla en el cumplimiento del servicio turístico, tanto sea como organizador o simplemente como intermediario en la venta de los servicios de un tercero. Por lo tanto ante el incumplimiento de algún servicio (transporte, alojamiento, traslados, excursiones, espectáculos, etc) el agente de viajes tiene obligación de acreditar que ha actuado diligentemente abogando en forma activa en la gestión de la solución del problema para el pasajero, aún a costa de su propio peculio.

Que la responsabilidad es objetiva y a título de garantía, puesto que ante el usuario, el agente de viajes es obligado principal, aunque el dinero recibido del usuario se haya destinado a pagar servicios que debía prestar un tercero (ej aerolínea, hotelería, traslado, etc), ello sin perjuicio de las ulteriores acciones de regreso que pueda promover en contra del incumplidor de la prestación del servicio.

Que cuando intervienen varios proveedores que integran la cadena de provisión del servicio, aún bancos administradores de

sistemas de premios canjeables por vouchers, éstos también son responsables si la aerolínea incumple en el transporte aéreo.

Que ante la imposibilidad de prestar el servicio aéreo u otros a causa de Covid-19, la falta de cumplimiento por parte de la aerolínea o de otra prestadora del precio de pasaje no reembolsado también responsabiliza al agente de viajes que intervino en la reserva por su obligación de garantía, y aunque el dinero no esté en poder del agente.

Que en caso de reembolso el agente de viajes sólo puede retener el 10% por concepto de gastos administrativos.

Que en los supuestos de reemisión de pasajes, debe hacerlo sin costo adicional alguno para el pasajero.

Que la carga de prueba del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la o LDC, tales como la de haber informado, asesorado, de haber cumplido con las obligaciones que hacen a la seguridad; obrar con honestidad, de buena fe y diligentemente en favor del usuario está a cargo del agente de viajes.

Que el mero incumplimiento contractual, si es causa adecuada de daño al usuario en sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, responsabiliza al agente de viajes.

Que siendo la responsabilidad del agente de viajes objetiva, sólo se exime acreditando el caso fortuito, la culpa del damnificado, o del tercero por quien no debe responder.

Que los prestadores elegidos por el agente de viajes, no son terceros ajenos por quien no debe responder, conforman la cadena de provisión de servicios que garantiza el agente de viajes en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor.

**Risco de Agências de Turismo e de
Consumidores de Transporte Aéreo
Frente ao Tema N° 210 do
Supremo Tribunal Federal**

Joandre Antonio Ferraz

Patricia Leal Ferraz

1. Introdução

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, estabelece que cabe à lei regular o transporte aéreo^[1], observando, no internacional, os acordos firmados pela União, e que o Supremo Tribunal Federal – STF pode, após reiterados julgados sobre o mesmo tema de repercussão geral, aprovar súmula que vincula decisões judiciais ou administrativas posteriores^[2].

Os acordos internacionais firmados pelo Brasil sobre transporte aéreo internacional^[3] -- que equivalem à lei ordinária, por aprovados por maioria simples do Congresso Nacional --, e o Código Brasileiro de Aeronáutica^[4], sobre o doméstico, bem como o ato regulamentar de todos eles^[5], limitam as indenizações por danos dele decorrentes (grifamos).

Por sua vez, a defesa do consumidor é um dos princípios gerais da Ordem Econômica Constitucional^[6], e a indenização

1. Art. 178, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm,

2. Art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004

3. Convenção de Varsóvia, com a redação da Convenção de Montreal, de 1999, para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 2006, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm

4. Art. 246, 257 e 260, Lei 7.565, de 1986, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565compilado.htm

5. Resolução ANAC nº 400, de 2016, disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016>

6. Art. 170, V, Constituição Federal

por dano material ou moral decorrente da violação da honra ou da imagem das pessoas um de seus direitos fundamentais^[7], cuja efetiva prevenção e reparação é assegurada no Código de Defesa do Consumidor^[8] (grifamos).

O STF, em 2017, decidiu, no Tema nº 210, de repercussão geral, vinculando todas as decisões posteriores sobre a mesma matéria, que a indenização do dano material por extravio de bagagem no transporte aéreo internacional é limitada pelas Convenções Internacionais que sobre ele dispõem.

2. Posição da Questão

Diante das normas constitucionais, legais e sua interpretação judicial vinculante, a questão posta diz respeito à extensão, ou não, da indenização limitada a outros danos, materiais ou morais, causados pelo transporte aéreo, internacional ou doméstico, comercializado diretamente pelo transportador ou por meio de agência de turismo.

3. O Tema 210, do Supremo Tribunal Federal

Este tema resultou na seguinte tese vinculante^[9]:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções

7. Art. 5º, inciso X, idem

8. Art. 6º, inciso VI, Lei nº 8.078, de 1990, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565compilado.htm

9. Disponível em RE 636331

de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

A ementa da decisão que resultou nesta tese foi assentada nos seguintes termos:

Recurso extraordinário com repercussão geral. **Extravio de bagagem. Dano material.** Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. Repercussão geral. **Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.** Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. Recurso a que se dá provimento.” (grifo e destaque nossos)

Deste modo, todos os recursos em tramitação nos tribunais inferiores sobre o mesmo tema – litígio de consumidor contra companhia aérea por extravio de bagagem em transporte internacional – e sob o mesmo fundamento de direito, serão por eles declarados prejudicados ou decididos conforme a tese acima^[10], ou seja, indenização limitada a 1.000 Direitos Especiais de Saque (DES)^[11].

10. Arts. 1.039 a 1042, Código de Processo Civil Brasileiro, de 2015

11. R\$ 6.599,00, valor unitário R\$ 6,599, disponível em Conversor de Moedas (bcb.gov.br), acessado em 15/08/2023

As exceções a esse limite estão assim previstas na Convenção de Montreal ^[12]:

- i. declaração especial de valor feito pelo passageiro na entrega da bagagem, com, se o caso, pagamento de quantia suplementar;
- ii. prova de dano doloso ou conduta temerária do transportador ou seus prepostos; e
- iii. custos processuais, com juros, se a indenização for menor que a oferecida pelo transportador, em até seis meses após o dano ou antes da ação, se posterior.

Esse limite foi ampliado para 1.131 Direitos Especiais de Saque - R\$ 7.463,47- por ato regulamentar infra legal que estabelece as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional ^[13], mantida a exceção de declaração especial de valor junto ao transportador.

A decisão do STF salientou que os princípios constitucionais sobre a defesa do consumidor não são os únicos que orientam a ordem econômica, nem os únicos mandamentos a serem observados no caso e que a limitação imposta pelos acordos internacionais não é extensiva ao dano moral, donde sua indenização permanece sem limite legal, conforme segue:

“O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 [Convenção de Montreal] não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.” (grifamos)

12. Art. 22

13. Art. 17, Resolução ANAC nº 400, de 2016, disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016>

Conclui-se, assim, que a tese em comento adotou o acordo internacional sobre transporte aéreo internacional como lei especial predominante sobre a lei nacional geral relativa aos contratos e à defesa do consumidor, menos quanto à efetiva prevenção e reparação dos danos morais, pela humilhação, constrangimento e desconforto decorrentes de tal serviço, por não a prever.

Sem embargo, a tese adotada pelo STF parece polêmica quanto aos danos materiais que, de fato, visou alcançar, por seus termos ultrapassarem o objeto da lide que a originou, extravio de bagagem, ao utilizar a expressão “(...) *as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros (...)*”. (grifamos)

Sim, pois, cotejando essa expressão com o sistema normativo que regula o transporte aéreo, cabe indagar se há outros danos materiais causados pelo transporte aéreo internacional, como atrasos ou cancelamentos de voos e preterição de passageiros (*overbooking*), também sujeitos aos limites indenizatórios dos acordos internacionais.

Na mesma linha, se a Tese do STF parece fazer prevalecer a lei especial – Convenções Internacionais – sobre a geral de defesa do consumidor, cabe indagar, igualmente, se seria também aplicável ao transporte aéreo doméstico, posto que, como visto, é regulado por normas especiais, o Código Brasileiro de Aeronáutica e as Condições Gerais de Transporte Aéreo de Passageiros.

Ousando ir além, vale indagar, ainda, se a tese limitadora de responsabilidade em comento seria extensiva à responsabilidade das agências de turismo que prestam o serviço de intermediação do transporte aéreo causador do dano, comumente condenadas por isso, com fundamento no princípio da solidariedade amplamente consagrado no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, mas não menos importante, vale indagar, no caso de respostas afirmativas às questões anteriores, se não estariam sendo violados os direitos constitucionais e legais de proteção integral do consumidor quanto à efetiva reparação de prejuízos que sofrem em decorrência da contratação de transporte aéreo, direta ou por meio de agências de turismo.

4. Nosso Entendimento

Parece-nos bastante claro que o Tema 210 só trata dos danos materiais por extravio de bagagens em transporte aéreo internacional de passageiros, não sendo extensivo a outros danos materiais causados por este transporte, como concluiu o Ministro Luiz Fux seguido pelos demais, como relator do acórdão de Agravo Regimental contra decisão no Agravo de Instrumento 822.191, *verbis*:

“Por outro lado, destaco a existência de distinção entre o caso sub examine, que versa sobre danos decorrentes de falha na prestação de serviço de transporte aéreo de cargas e o consequente direito de regresso decorrente de contrato de seguro, e o *leading case* objeto do Tema 210 da repercussão geral (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes), em que controvertida a limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagens em voos internacionais, não se aplicando à espécie, por conseguinte, a tese firmada no referido precedente.” (grifamos)

Na mesma linha, decidiu o Ministro Roberto Barroso no ARE 1133572, com a seguinte ementa:

“Direito civil. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil. Transporte de cargas. Internacional. Tema 210 RG. 1. Por força do art. 178 da CF, em caso de conflito, as

normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre a legislação interna (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 210/RG). 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento.”

Tanto é que, no julgamento do RE 172.720/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, a Suprema Corte decidiu rejeitar a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia (substituída pela Convenção de Montreal), consoante se vê:

“Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República, incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.” (grifamos)

Na hipótese da tese do Tema 210 vir a ser acolhida em demandas sobre transporte aéreo nacional, o limite da indenização por dano consequente da perda da bagagem despachada corresponderia a 150 Obrigações do Tesouro Nacional^[14], segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica^[15], o que não vem ocorrendo nos tribunais brasileiros.

De fato, a maior parte das decisões judiciais tem aplicado o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os usuários do sistema de transporte aéreo nacional e as companhias, assegurando

14. R\$ 267,43, considerando que a extinta OTN valeria, em agosto/2023, R\$ 1,7829, cf. <https://www.ecalculos.com.br/utilitarios/orntn-otn-btn-btn-tr.php>

15. Art. 260, Lei nº7.565, de 1966

proteção aos direitos dos consumidores, o que parece acertado, eis que teses vinculantes não podem ser automaticamente aplicáveis a hipóteses apenas similares.

Neste sentido, a própria Convenção de Montreal ^[16] autoriza expressamente as indenizações de natureza compensatória, como são, no ordenamento pátrio, as relativas à reparação de danos extrapatrimoniais, sobretudo os morais, como constou do Informativo Jurisprudencial nº 866, do STF, nestes termos:

Ademais, o colegiado frisou que as disposições previstas nos aludidos acordos internacionais incidem exclusivamente nos contratos de transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. Assim, não alcançam o transporte nacional de pessoas, que está excluído da abrangência do art. 22 da Convenção de Varsóvia. Por fim, esclareceu que a limitação indenizatória abarca apenas a reparação por danos materiais, e não morais.

Nessa senda, referido entendimento restou consolidado com o julgamento do Tema 1.240, pela inaplicabilidade das Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo (*cit* Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1013008- 28.2022.8.26.0011, Relator Marco Fábio Morsello, julgado em 29/06/23, v.u.), nos termos da ementa abaixo reproduzida:

“Direito civil. Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional. Inaplicabilidade do Tema 210 da repercussão geral. Distinção. Não incidência das normas previstas nas Convenções de Varsóvia e Montreal. Questão constitucional. Potencial multiplicador da controvérsia. Repercussão geral reconhecida com reafirmação de jurisprudência. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. O entendimento da Corte de origem não diverge da

16. Art. 29

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos limites das Convenções de Varsóvia e de Montreal, definida no julgamento do Tema 210 da repercussão geral, está adstrita aos casos de indenização por danos materiais. 2. Recurso extraordinário não provido. 3. Fixada a seguinte tese: Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.” (STF, RE 1394401 RG, Rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, j. 15/12/22)

Nem a Convenção de Varsóvia nem a de Montreal cuidam especificamente da indenização por danos morais. Nas palavras da Ministra Rosa Weber (RE 636.331RJ), “a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional.”

No entanto, embora as decisões, de fato, corroborem esse entendimento, o mesmo não ocorre no tocante aos danos materiais, visto que a indenização tarifada vem sendo aplicada para hipóteses de atrasos de voo, overbooking, cancelamentos, como demonstram os seguintes julgados:

Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Danificação de bagagem e furto de pertences. Devida a indenização por danos materiais referentes aos valores perdidos pela autora. O valor fixado na sentença deve ser reduzido acordo com o limite do art. 22.2 da Convenção de Varsóvia (conforme o STF, no julgamento do RE 636.331 e ARE 766.618), levando-se em conta o importe de 1.000 Direitos Especiais de Saque da data do evento danoso, o que perfaz R\$3.870,00. Mantida a indenização por danos morais no montante fixado de R\$ 7.000,00, sobre os quais não se aplica o entendimento da Corte Suprema, limitado aos danos materiais. (...) (TJSP; 15ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1003345-02.2016.8.26.0032; Rel. Mendes Pereira; julgado em 19/03/2018, v.u.). (grifamos)

“Indenizatória. Danos materiais e morais.. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. “Overbooking”. Parcial procedência. Inconformismo de ambas as partes. Aplicação da Convenção Internacional de Montreal se restringe aos danos materiais e prevalece sobre o CDC (Recurso Extraordinário nº 636.331 RJ (Tema 210). Danos materiais comprovados. Recibos de alimentos consumidos e despesas com guarda volumes não necessitam de tradução juramentada, pois de fácil entendimento, não prejudicando a defesa. Dano moral ‘in re ipsa’. Incontroversa a falha na prestação dos serviços. Indenização deve ser proporcional à gravidade da conduta lesiva e suas consequências. Valor majorado para R\$10.000,00 (dez mil reais) para cada autor. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido e parcialmente provido o dos autores.” (TJSP, Ap. 1010322- 58.2020.8.26.0003, 21ª C, rel. Paulo Alcides, j. 26/09/22, v.u.) (grifamos)

“Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano material e moral. Transporte aéreo internacional. Overbooking, realocação dos autores em voo da Cidade do México para Cancun no dia seguinte e chegada ao destino final com atraso de mais de 16 horas e ausência de fornecimento de assistência material (alimentação e hospedagem). Dano material comprovado. Limitação da indenização por dano patrimonial a 4.150 Direitos Especial de Saque prevista na Convenção de Montreal e Varsóvia. Dano moral configurado. Ausência de indenização por dano moral tarifada para o caso de overbooking, cancelamento, atraso e extravio de bagagem em voo internacional. Recurso Extraordinário nº 636.331-RJ, submetido à sistemática da repercussão geral Necessidade de majoração do quantum reparatório em adequação ao critério do juízo prudencial Recurso da ré improvido e recurso dos autores provido em parte.” (TJSP, Ap. 1002415- 98.2021.8.26.0002, 20ª C, rel. Correia Lima, j. 12/12/22, v.u.) (grifamos)

“Transporte aéreo internacional. Por força do deliberado no RE 636331 e no ARE 766.618, em julgados do Eg. STF, sob a sistemática da repercussão geral, passa-se a adotar a orientação de que são aplicáveis as Convenções de Varsóvia e/ou Montreal, que regulam regras de unificação de transporte aéreo internacional e têm prevalência em relação ao Código de Defesa de Consumidor, em ações que têm por objeto contrato de transporte aéreo internacional, realizado na vigência DF 5.910/2012, que promulgou a Convenção

de Montreal, de 28.05.1999, sendo certo que seus limites indenizatórios abarcam apenas a reparação por danos materiais, por danos materiais para as hipóteses ali preestabelecidas, o que não compreende o caso dos autos, que tem por objeto pedido de indenização por danos morais. Ato ilícito e responsabilidade civil. Reconhecimento: (a) da existência de ato ilícito e defeito de serviço da parte ré transportadora, consistente no descumprimento dos horários previstos, que implicou a perda da conexão para o destino final da parte autora, com atraso de 13 (treze) horas e 40 (quarenta) minutos para a chegada ao destino final da autora passageira, sem o fornecimento de nenhum tipo de assistência material da parte ré; e (b) de que nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial da autora, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade da transportadora ré. Responsabilidade civil. Configurado o ato ilícito e defeito de serviço da parte ré transportadora, consistente no descumprimento dos horários previstos, que implicou a perda da conexão para o destino final da parte autora, com atraso de 13h40 para a chegada ao destino final da autora passageira, sem o fornecimento de nenhum tipo de assistência material da parte ré, e não caracterizada nenhuma excludente de sua responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da ré transportadora na obrigação de indenizar a autora passageira pelos danos decorrentes do ilícito em questão. Dano moral. O atraso em voo internacional, que ocasionou a chegada da autora passageira ao destino com atraso de 13h40, superior a quatro horas, constitui, por si só, fato gerador de dano moral, porquanto com gravidade suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante. Indenização por dano moral fixada na quantia de R\$12.120,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento. Recurso provido, em parte. (TJSP, Ap. 1030689- 06.2020.8.26.0100, 20ª C, rel. Rebello Pinho, j. 10/02/22, v.u.)

“Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Cancelamento do voo de Hanover para Frankfurt, trajeto de trem entre estas duas cidades alemãs, cancelamento do voo de Frankfurt para São Paulo, realocação em outro voo no dia seguinte, ausência de assistência material e chegada no destino com 19 horas de atraso. Ausência de indenização por dano moral tarifada para o caso de cancelamento, atraso e extravio de bagagem em voo

internacional. Recurso Extraordinário nº 636.331-RJ, submetido à sistemática da repercussão geral. Existência de limitação apenas à reparação por dano material (indenização tarifada). Relação de consumo caracterizada. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Obrigação de resultado e responsabilidade objetiva. Serviço defeituoso evidenciado. Excludente de ilicitude não comprovada. Art. 14, caput, da Lei nº 8.078/90. Dano moral configurado e comprovado. Arbitramento realizado segundo os critérios da prudência e razoabilidade. Procedência mantida. Recurso improvido.” (TJSP, Ap. 1014818-61.2022.8.26.0068, 20ª C, rel. Correia Lima, j. 25/08/23, v.u.) (grifamos)

“Apelação. Ação de Indenização. Atraso em Voo Internacional. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Pretensão de reforma. No julgamento do RE 636.331, tema afetado com repercussão geral, o STF concluiu que os conflitos envolvendo danos materiais decorrentes de extravio de bagagem e atraso de voo devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas nas convenções internacionais, como as Convenções de Varsóvia e Montreal. Contudo, em se tratando de danos morais, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que as convenções internacionais citadas não tratam da matéria. A regra do art. 14 do CDC imputa a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pelos danos decorrentes da prestação defeituosa. A ocorrência de avaria técnica da aeronave é matéria correlata à administração interna, não podendo ser imputada aos consumidores (fortuito interno). O atraso de voo que caracteriza falha na prestação do serviço pela companhia aérea, ensejando sua responsabilidade pela reparação dos danos causados. Quantum indenizatório que cabe ser fixado em R\$ 6.000,00. Sentença reformada. Apelo provido. (TJSP, Ap.1010830-09.2022.8.26.0011, 12ª C, rel. Jacob Valente, j. 28/03/23, v.u.) (grifamos)

“Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes do extravio de bagagem durante a vigência de contrato de transporte aéreo internacional. Inaplicabilidade do Código do Consumidor no tocante aos danos materiais. Aplicação da Convenção de Montreal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Tema de repercussão geral. Ilegitimidade ativa do autor Alberto Hiar configurada. Ausência de relatório deste passageiro sobre a perda de bens de sua propriedade, em inobservância ao art. 373, I, do Código de

Processo Civil. Cabimento do arbitramento da indenização pelos danos materiais de acordo com as regras da experiência, art. 375 do aludido diploma. Recurso não provido.” (TJ/SP, Apel. nº 1001316-45.2016.8.26.0010, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Peixoto, j. 10/07/17).

Outro ponto que merece atenção e vem sendo debatido pela jurisprudência, diz respeito à ausência de tese fixada no que tange às regras de julgamento, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova.

Assim, tem prevalecido o entendimento que, no que silente a Convenção, necessário se faz a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, resta perquirir se o limite indenizatório definido na súmula vinculante do STF e nas precitadas normas alcança a intermediação remunerada de passagens aéreas internacionais exercida por agências de turismo^[17], por dano material causado pelo extravio de bagagem, avaria ou dano no transporte aéreo internacional.

Ou, caso sejam por ele responsabilizadas, como é comum, estarão sujeitas a indenizações ilimitadas a esse título e dos danos morais causados por outros fatos ou vícios dos serviços de transporte aéreo, internacional ou doméstico, pela extensiva aplicação judicial da solidariedade entre todos os fornecedores que, de algum modo, contribuam para causar o dano?

A boa aplicação dos precedentes dos Tribunais Superiores, por sua importância para a desejada segurança jurídica e para estabelecer uma cultura de modulação e simetria, impõe sua

17. Art. 27, Lei nº 11.771, de 2008, e art. 3º, I, Lei nº 1.974, disponíveis em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11771.htm e https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112974.htm

observância em conflitos de competência ou resolução de demandas repetitivas ^[18], donde parece não caber tarifar indenizações por danos materiais causados por outros fatos e/ou vícios do transporte aéreo, como atrasos e cancelamento de voos, menos ainda nas ações movidas apenas contra a transportadora, e não contra a agência de turismo que tenha intermediado sua contratação.

Nesse diapasão, transcrevemos algumas ementas:

Ação de indenização por danos materiais e morais. Transporte aéreo internacional de passageiros. Cancelamento de voo. Sentença que condenou a Companhia Aérea ré e Memorial Turismo, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$8.000,00, para cada autor e julgou improcedente a ação em relação à corré Mitra Diocesana de São Miguel Paulista. Pretensão da corré Memorial Turismo de reconhecimento de sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação. Admissibilidade: Não restou comprovada a existência de vício ou defeito nos serviços prestados pela a corré Memorial Turismo, muito embora tenha intermediado a venda das passagens aéreas, de modo que não há que se falar em sua responsabilização pelos prejuízos causados aos autores por ato exclusivo da companhia aérea contratada por seu intermédio. Atraso por problemas técnicos da aeronave que não guarda relação com os serviços prestados pela referida corré. Reconhecimento da ilegitimidade passiva da apelante que se impõe. Sentença reformada. (TJSP, Ap. 1020532-08.2019.8.26.0100, 18ª C, rel. Israel Góesdos Anjos, j. 12/04/21, m.v.) (grifamos)

Apelação. Ação indenizatória. Pacote de Turismo. Aquisição de passagens aéreas através de empresa/ agência de Viagens. Afastamento de ilegitimidade passiva. Cadeia de fornecimento. Atraso de voo e extravio de bagagem. Overbooking. Voo internacional. Configuração de danos materiais e moral. Aplicação da recente decisão da Repercussão Geral (Tema 210), em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF), ainda que sem trânsito em julgado, que decidiu acerca da preponderância de aplicação da Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor,

18. Art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil Brasileiro

em relação à indenização por danos materiais por extravio de bagagem. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil quanto ao pleito de dano moral. Caso fortuito interno. Ausência de excludente de responsabilidade. Ocorrência de fato proveniente de fortuito externo. Redução do valor indenizatório de dano moral. Sentença parcialmente mantida. Recurso parcialmente provido. (TJSP; 20ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1016182-83.2013.8.26.0068; Rel. Maria Saete Corrêa Dias; j. 05/02/2018) (grifamos)

Apelação. Indenização por Danos Morais. Transporte aéreo. Voo internacional. Atraso de voo que culminou na perda da conexão e no atraso de quinze horas na chegada ao destino das autoras. Extravio das bagagens. Inaplicabilidade da Convenção de Montreal ao caso, adotada apenas para hipóteses de extravio de bagagem e danos materiais. Responsabilidade solidária da companhia aérea e da agência de viagens pelo atraso do voo, bem como daquela e da companhia aérea “Ibéria” pelo extravio das bagagens, por integrem a cadeia de fornecimento. Arts. 7º, § único, e 25, § 1º, ambos do CDC. Obrigação de indenizar pelos danos morais, in re ipsa. Quantum indenizatório. Redução. Impossibilidade. Indenização arbitrada em patamar razoável R\$ 10.000,00 para cada uma das autoras, considerando-se as peculiaridades do caso concreto. Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. 1011492-79.2022.8.26.0008, 38ª C, rel. Flávio Cunha da Silva, j. 28/07/23, v.u.) (grifamos)

Assim, interpretar e aplicar extensivamente o Tema nº 210 a todo fato ou vício no serviço de transporte aéreo internacional afeta o conceito de responsabilidade civil, esvaziando o princípio vetor da reparação civil integral e gerando situações de desequilíbrio econômico-social.

Isso porque, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inc. VI), é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais,

individuais, coletivos ou difusos. E, na hipótese de prejuízo, garante a integral indenização, de forma a ressarcir ou compensar o consumidor.

Esse efeito é nocivo para os consumidores, que ficam privados da reparação integral garantida pelas leis brasileiras, e para as agências de turismo que tenham intermediado a contratação do serviço, por não alcançadas pelas normas contidas nas Convenções Internacionais sobre transporte aéreo.

Da mesma forma, há quem diga, sob o fundamento de que a Constituição Federal de 1988 não criou o regime da reparação proporcional e nem o da reparação razoável, que seria inconstitucional o teto indenizatório imposto pela Convenção de Montreal.

Porém, discordamos desse entendimento, eis que, como destacado pela Min. Rosa Weber em seu voto no julgamento ora em comento, ao afirmar a constitucionalidade das convenções, na parte que diz respeito ao limite das indenizações, é o de que os consumidores não estariam sendo prejudicados, pois (i) o valor do teto indenizatório é proporcional e razoável e (ii) há, ainda, a possibilidade de a indenização ser irrestrita, desde que o passageiro tenha feito declaração apartada antes de despachar a sua bagagem (art. 22, 2, da Convenção de Montreal), ou, então, se o transportador incorrer em dolo ou culpa grave no incidente (art. 22, 5, da Convenção de Montreal).

Ademais, a aplicação das disposições das Convenções, além de promover a previsibilidade e uniformização das decisões judiciais, também demonstra maior seriedade e credibilidade do país, uma vez que os compromissos internacionais assumidos pelo ordenamento serão respeitados pelo Judiciário, garantindo maior confiança por parte dos demais signatários das Convenções.

Igualmente, promove a segurança jurídica interna, tendo em vista que os limites indenizatórios estabelecidos pelas Convenções proporcionam um parâmetro único para a quantificação do dano nas decisões judiciais, afastando os critérios genéricos utilizados pelo Judiciário, e asseguram a celeridade processual.

Outro ponto que merece destaque é a antinomia jurídica, ou seja, a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto.

Destarte, um dos critérios para a solução desse conflito é o da especialidade, onde a norma especial sobre a norma geral, como dispõe o art. 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Logo, *in casu*, sendo as Convenções Internacionais normas especiais sobre transporte aéreo internacional, prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere a essa atividade e aos sujeitos abrangidos por aquelas normas internacionais.

Assim, a convenção internacional molda o alcance da lei nacional, sem invalidá-la, sendo certo que, como exposto alhures, o Código de Defesa do Consumidor, nos casos em que o transporte é tomado por destinatário final do serviço, é aplicado no tocante à responsabilização por dano moral, notadamente em detrimento da reparação tarifada, uma vez que o tema ultrapassa o âmbito da Convenção e não foi considerado especificamente pelos países signatários.

Ademais, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição Federal estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles.

Vale refletirmos, ainda, sobre a eventual aplicação da referida Convenção sobre extravios de bagagem em voos domésticos, na medida em que o transporte aéreo nacional é regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica.

Em suma, podemos sedimentar as seguintes competências, como relatou o ilustre desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Jacob Valente, no julgamento da apelação cível nº 1017822-09.2022.8.26.0068:

- a) pretensão que verse sobre dano material comnexo causal na falha na prestação de serviço de transporte aéreo internacional é regida pelas Convenções de Varsóvia e Montreal;
- b) para as hipóteses de danos extrapatrimoniais (dano moral) aplica-se o artigo 251-A do Código Brasileiro de Aeronáutica e, subsidiariamente, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil;
- c) todas as hipóteses envolvendo transporte aéreo em território nacional (doméstico) são submetidas na forma do item ‘b’ acima.

Além disso, a regulamentação em solo brasileiro sobre as condições gerais de transporte aéreo está sedimentada na Resolução ANAC 400, de 13 de dezembro de 2016.

Ocorre que, conforme consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça, “a indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor.” (Resp 156240 SP, 4ª T, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23/11/2000)

Diante disso, fica a indagação: não seria o Código Brasileiro de Aeronáutica uma norma especial em relação ao transporte aéreo nacional, devendo, portanto, prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor?

Porém, como o Tema 210 tratou do extravio de bagagem apenas no transporte aéreo internacional e, a rigor, o precedente só pode ser usado em um caso simétrico ao que o gerou, com identidade de encaixe e objeto, nos parece claríssimo que só deva incidir nos casos de transportes aéreos internacionais de passageiros com extravios de bagagens.

Assim, a aplicação de qualquer precedente pelos magistrados envolve atenção extrema e observação detida dos seus limites, sob pena de se desviar dos incisos III e IV, do art. 927, do Código de Processo Civil.

Nessa linha, o que passar disso ferirá a ortodoxia processual dos próprios precedentes, afetará os conceitos de responsabilidade civil e esvaziará o princípio da reparação civil integral.

No entanto, como se verá no próximo item, o entendimento do Poder Judiciário sobre o assunto ainda não é pacífico.

5. Jurisprudência

De fato, existem decisões judiciais com entendimentos diversos, como as abaixo reproduzidas, do Tribunal de Justiça de São Paulo ^[19], aplicando a tese do Tema nº 210 a casos de dano material causado por defeito ou vício diversos do transporte aéreo internacional, na maioria dos casos com fundamento no art. 19 da Convenção de Montreal, o qual estabelece:

“O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o

19. Apelações Cíveis nºs 1072007-98.2022.8.26.0002, 1015522-78.2022.8.26.0002, 1027184-39.2022.8.26.0002, 1022790-83.2022.8.26.0100 e 1022790-83.2022.8.26.0100.

transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas”.

Nesse sentido, reproduzimos algumas ementas de julgados do E. TJSP:

Indenizatória por danos materiais e morais. Transporte aéreo internacional. Atraso e cancelamento de voo internacional, em razão de problemas operacionais. Sentença reconheceu a aplicabilidade do entendimento consolidado pelo STF, no julgamento do RE 636331 e do ARE 766618, com repercussão geral (tema 210), aos danos materiais por **falha** na prestação de serviço de transporte aéreo internacional, aplicando aos danos morais a reparação integral prevista no Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva da companhia aérea por danos causados ao passageiro. Falha na prestação dos serviços evidenciada. Problemas operacionais constituem fortuito interno, integrando o risco da atividade empresarial da ré. Inocorrência de caso fortuito ou força maior a excluir a responsabilidade civil da transportadora. Danos materiais. Ocorrência. Despesas com alimentação, hospedagem, transporte e remarcação de bilhetes devidamente comprovadas. Valor dos danos materiais inferior à limitação de 4.150 de Direitos de Saques Especiais (DES) previsto na Convenção de Montreal. Danos morais evidenciados na hipótese. Cancelamento unilateral de voo, acarretando a chegada dos autores ao destino final com 5 (cinco) dias de atraso. Inexistência de informações adequadas e assistência material aos autores. Violação aos arts. 26 e 28 da Resolução ANAC 400/2016. Danos morais evidenciados. Indenização fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso negado. (Ap. 1078001-07.2022.8.26.0100, 13ª C, rel. Francisco Giaquinto, j. 16/03/23, v.u.) (grifamos)

Transporte aéreo internacional. Ação de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Incidência da Convenção de Montreal e do CDC. Cancelamento de voo. Remanejamento de malha aérea que não caracteriza fortuito externo e sim interno, além de prestação de serviço defeituoso. Ausência de excludentes. Responsabilidade e obrigação de indenizar não elididas.

Cancelamento do voo sem prévio aviso, assistência material incompleta e tardia e realocação para voo com partida somente no dia seguinte constituem atos-fatos objetivos e concretos de evento que extrapola a seara do mero dissabor. Dano moral caracterizado. Indenização devida. Valor arbitrado em consonância com os princípios do desestímulo e da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência (CPC, art. 8º). Ação parcialmente procedente. Decaimento da aérea. Sentença substituída. Recurso provido. (Ap. 1013476- 16.2022.8.26.0003, 37ª C, rel. José Wagner de Oliveira M. Peixoto, j. 24/11/22)

Apelação cível. Transporte aéreo. Ação de reparação de danos. Cancelamento de voo internacional. Falha na prestação de serviços da transportadora, em virtude do cancelamento do voo por problemas mecânicos na aeronave, bem como demora no remanejamento e falta de assistência material ao autor. Danos morais configurados. Convenção de Montreal. Entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do RE nº 636.331 e ARE nº 766.618, ocorrido em 25/05/2017, cujo acórdão ainda não foi publicado. Repercussão Geral (Tema 210) - Limitação dos montantes indenizatórios prevista no artigo 22(1) da Convenção que se restringe aos danos materiais sofridos pelo passageiro. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor . Indenização majorada para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido. (Ap. 1076761-90.2016.8.26.0100;. Rel.: Daniela Menegatti Milano; j. 28/11/2017)

No entanto, tal entendimento também é encontrado em outros tribunais estaduais, como demonstram os julgados abaixo:

Apelação cível. Transporte aéreo. Ação de indenização por danos morais. Atraso de vinte e uma horas para partida do novo voo. Reestruturação na malha aérea. Dever de indenizar assente. Quantum indenizatório. Convenção de Montreal. 1. É de ser afastada a aplicação da Convenção de Montreal à hipótese dos autos. Não é o caso de adotar-se a legislação especial sobre a matéria, em detrimento das regras do Código de Defesa do Consumidor,

pois eventual prevalência da citada Convenção em relação ao diploma consumerista trata do transporte aéreo internacional, diverso da situação sub judice, quando se cuida de voo doméstico (Belo Horizonte/MG/Porto Alegre/RS). Em segundo lugar, o Recurso Extraordinário julgado pelo STF, objeto do Tema 210 da repercussão geral, define a aplicação da citada Convenção somente para os efeitos de limitação de indenização por danos decorrentes de extravio de bagagem, hipótese essa que refoge do pedido de indenização por danos morais versado no presente feito.

2. Reestruturação na malha aérea. A justificativa de ausência de responsabilidade pelo atraso do voo em função da necessidade de readequação da malha aérea deve ser rejeitada, porque a alegada impossibilidade de embarque não se qualifica como caso fortuito ou força maior, mas como risco inerente à atividade de transporte aéreo de passageiros. Precedentes da Câmara.

3. Quantum indenizatório. No que se refere ao quantum indenizatório [R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo IGP-M a contar da sentença e com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação], da mesma forma, deve ser mantido, pois se mostra justo diante do cenário fático (atraso superior a 20 horas) e, ademais, se amolda aos precedentes do Colegiado em situações parelhas. Apelo desprovido. (TJRS, Processo nº 70076717743, Relator (a): Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout; j. 15/03/2018.)

Direito civil. Direito do consumidor. Transporte aéreo. Defeito na prestação de serviço. Responsabilidade civil. 1 - Transporte aéreo. Repercussão geral. Tema 210. Limitação de indenização por danos materiais e morais. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em apreciação do Tema 210, no Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE 636.331), não se aplica ao caso em exame, que trata do cumprimento defeituoso da obrigação pela não disponibilização do assento mais, de modo que não há que se falar em limitação da indenização por danos materiais e morais amparada pela Convenção de Varsóvia, destinada ao extravio de bagagem e atraso de voo internacional.

2 - Transporte aéreo. Defeito na prestação de serviço. Ausência de disponibilização de assento mais. A indisponibilidade do assento mais adquirido pelo passageiro configura defeito na prestação de serviço e comporta indenização pelo valor correspondente desembolsado. Não há demonstração no processo de que a quantia equivalente foi restituída ao passageiro, de modo que se confirma a sentença, nesse ponto, remanescendo

a condenação. 3 - Responsabilidade civil. Danos morais. A oferta de assento diverso daquele adquirido pelo consumidor, na mesma classe de passageiros, não é fato suficiente para atingir direitos da personalidade, tratando-se de mero dissabor do cotidiano. (Processo: 20130111452083ACJ, Relator(a): Aiston Henrique de Sousa). Sentença que se reforma nesse ponto para afastar a condenação à reparação por danos morais. 4 - Recurso conhecido e provido, em parte. Sem custas e sem honorários advocatícios. (TJDFT. Acórdão 1040389. Processo nº 0714423-11.2017.8.07.0016;. Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal. Relator (a): Fabrício Fontoura Bezerra; j.17/08/2017.)

Apelação cível. Indenizatória. Transporte aéreo internacional. Voo cancelado. Compromissos pessoais e profissionais adiados. Duas despesas hoteleiras não comprovadas. Privação de compromisso pessoal e profissional. Repercussão geral. Tema 210. Inaplicação do CDC apenas nas questões envolvendo dano material. Dano moral configurado. Majoração do quantum fixado, em relação ao primeiro autor. Provimento parcial do recurso. 1. Hipótese em que os autores tiveram voo internacional cancelado, em razão da falha no sistema operacional da ré, ensejando o adiamento de compromissos pessoais e profissionais programados. 2. Condenação da companhia aérea ré no pagamento de indenização material e moral. 3. Despesas materiais com relação a duas hospedagens não acolhidas, tendo em vista que os documentos acostados não comprovam o efetivo desembolso pelos autores. 4. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636.331 e ARE 766.618, com repercussão geral, no âmbito do transporte aéreo internacional devem ser aplicados os Tratados Internacionais (Convenção de Montreal e de Varsóvia) em preferência ao Código de Defesa do Consumidor, visto o que dispõe o art. 178 da Constituição Federal. 5. Afastada a aplicação da Tese 210 do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da necessidade de reparação moral, em favor do recorrente. 6. O cancelamento unilateral de voo causou prejuízo profissional além de profundo dissabor que ultrapassaram o mero descumprimento contratual, impondo a majoração do quantum fixado a título de indenização por dano moral em favor dos autores. 7. Provimento parcial do recurso. (TJRJ. Processo nº 0009693- 71.2017.8.19.0207; Relator: Elton Martinez Carvalho Leme; j. 22/05/2019.)

Ocorre que indenizações por danos materiais decorrentes de atraso de voo internacional e outras falhas no serviço, afora o extravio de bagagem, não são tratadas na Convenção de Montreal, devendo-se, observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Conforme a r. decisão vinculante do STF ora comentada: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, relacionados os fatos da causa à transporte aéreo internacional incidente na hipótese a Convenção de Montreal celebrada em 28 de maio de 1999, que unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional, observada a regra de incidência pela aprovação no Brasil pelo Decreto nº 59/2006 e promulgada através do Decreto nº 5910/2006, nos termos da regra do artigo 178 da Constituição Federal e inerente supremacia (CF, artigo 5º § 2º), de modo que, observada a presunção de culpa do transportador (artigo 21º, alínea 2, da Convenção), a indenização deve se dar conforme as disposições referentes à responsabilidade civil do transportador e limites como regulado pela Convenção de Montreal (artigos 17º a 38º) na forma de natureza compensatória (artigo 29º, da Convenção).

Nos termos da Convenção de Montreal (artigo 1º, alínea 2), como por transporte internacional se entende todo transporte de pessoas, bagagens ou carga, efetuado em aeronaves, em que o ponto de partida e o ponto de destino - haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo estejam situados, ou no território de dois Estados Partes ou no território de um só Estado Parte signatário da convenção, se impõe o dever de observância da referida regra de incidência.

Com efeito, o caso concreto tratado no Tema 210 diz respeito ao extravio de bagagem no transporte aéreo internacional, assim tratado no art. 22, de referida Convenção:

Artigo 22 - Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

Ora, renovada vênia, tal entendimento não só prejudica os consumidores, como, também, as agências de turismo vendedoras de passagens aéreas internacionais que, muitas vezes, são processadas diretamente pelos consumidores nas ações judiciais propostas só contra elas.

Sim, pois a responsabilidade solidária consagrada no Código de Defesa do Consumidor tem gerado a condenação de agências de turismo a indenizarem consumidores por fatos ou vícios do transporte aéreo internacional cuja venda tenham intermediado, sobre os quais não tem ingerência alguma.

6. Conclusão

Conclui-se, assim que, apesar do esforço do STF em firmar entendimento que busca dirimir parte da discussão acerca da antinomia normativa entre as regras que regulam o transporte aéreo internacional, a homogeneidade jurisprudencial pretendida só é percebida parcialmente nas decisões que versam sobre o assunto.

Infere-se, então, que a repercussão geral estabelecida pelo STF obteve êxito parcial na resolução das questões que envolvem o

conflito normativo em comento, inexistindo coerência nas demais decisões que versem sob o assunto.

Ao que parece, só há unanimidade no tocante à não aplicação da indenização tarifada ao ressarcimento do dano moral. Porém, como visto, ainda é grande o número de decisões que interpretam de forma ampliativa o Tema 210, desvirtuando o instituto dos precedentes previsto no Código de Processo Civil.

Além disso, como se extrai da leitura do art. 93, IX, da Constituição, bem como o art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil, a fundamentação coerente das decisões judiciais é preceito indispensável para o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a utilização inadequada do que é estabelecido pela Corte Suprema, conforme extraído dos julgados estudados, mostra-se um risco para a segurança jurídica pátria, em razão da ausência de previsibilidade das decisões judiciais que versam sobre o assunto.

Il Peso dei Diritti Aeroportuali per Il Radicamento di Servizi Aerei in Aree Insulari

Giovanni Pruneddu

Professore Associato di Diritto della navigazione
Università degli Studi di Sassari.

Sommario

1. Il problema della trasparenza delle tariffe aeroportuali;
2. Tariffe aeroportuali e radicamento di collegamenti aerei nelle aree insulari;
3. La recente legge regionale della Sardegna.

1. Il problema della trasparenza delle tariffe aeroportuali

L'accesso ai servizi di trasporto è uno dei fattori più rilevanti per lo sviluppo economico di un'area geografica. Ciò vale soprattutto per i collegamenti aerei verso le regioni remote, ed in particolare per le isole^[1], in misura tanto più incisiva, quanto maggiore è la distanza dal resto del territorio nazionale^[2].

Le esigenze essenziali di mobilità della popolazione residente e di alcuni utenti che ad essa possono/debbono essere equiparati^[3], non suscettibili di essere soddisfatte attraverso gli strumenti di mercato, costituiscono il presupposto per l'imposizione di oneri di servizio pubblico, ai sensi della disciplina dettata oggi dall'art. 16 del reg. Ce 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione). Tuttavia, in quei medesimi territori esiste un'ulteriore domanda di mobilità in ingresso ed in uscita, che va soddisfatta, sia per esigenze sociali (mobilità scolastica

1. Nella Comunicazione della Commissione "Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree" del 4 aprile 2014, in G.U.U.E. 4 aprile 2014, n. C-99/3, al § 25 vengono definite come regioni remote le "regioni ultraperiferiche quali Malta, Cipro, Ceuta, Melilla, le isole che sono parte del territorio di uno Stato membro e le aree scarsamente popolate" tra le quali rientrano sicuramente Sardegna e Sicilia.

2. Fattore in relazione al quale un collegamento marittimo potrebbe non essere idoneo a dare adeguata soddisfazione alle esigenze di mobilità attestate sull'area considerata. In tema v. *amplius* da ultimo M. M. Comenale Pinto, *La questione delle isole minori nella prospettiva del diritto dei trasporti*, in *Dir@storia*, 2022 on-line in www.dirittoestoria.it

3. La Comunicazione della Commissione - Orientamenti interpretativi relativi al regolamento Ce n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio - Oneri di servizio pubblico (OSP) in G.U.U.E. del 17 giugno 2017 alla nt. 37 chiarisce che "l'applicazione di tariffe preferenziali per le persone nate in una determinata regione e non più residenti in essa sarebbe da considerarsi eccessiva".

di soggetti non residenti, mobilità turistica, ecc.), sia per consentire l'affermazione delle condizioni di sviluppo economico di territori, che sono mediamente più arretrate di quelle di altre aree degli Stati a cui appartengono ^[4].

L'istituzione di nuovi collegamenti aerei, al di là di quelli onerati, può certamente contribuire a dare una risposta alle specifiche problematiche economiche e sociali dei territori in questione. Si tratta di una soluzione ostacolata, tuttavia, dal livello elevato dei diritti, delle tariffe e delle tasse aeroportuali ^[5], che costituiscono un fattore disincentivante nella valutazione dei vettori circa la decisione di operare su un determinato scalo ^[6] e che comunque finiscono per gravare in maniera significativa sulla tariffa finale richiesta al passeggero.

I diritti aeroportuali, secondo l'art. 2 della direttiva 2009/12/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2009 ^[7] vanno intesi come "i prelievi riscossi a favore del gestore aeroportuale e pagati dagli utenti dell'aeroporto per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi che sono forniti esclusivamente dal

4. Riferendoci alla Sardegna, ad esempio, va preso atto che "il suo reddito per abitante è pari al 68% della media europea", con il corollario che "[d]a questo punto di vista la Sardegna si posiziona nel gruppo delle "regioni meno sviluppate": cfr. Crenos, *Economia della Sardegna. Temi Economici della Sardegna 29° Rapporto 2022*, Cagliari, 2022, 24. Non migliore la situazione rappresentata nel 2023: "Con un reddito per abitante pari al 70% della media europea, la Sardegna si posiziona 177^a su 242 regioni" (Crenos, *Economia della Sardegna. Temi Economici della Sardegna 30° Rapporto 2023*, Cagliari, 2023, 23).

5. V. in generale M. M. Comenale Pinto, *Il problema del finanziamento degli aeroporti nella prospettiva europea*, in *Alada en Cabo Verde, XXXVI Jornadas Latino americanas de derecho aeronáutico y espacial*, Buenos Aires, 2013, 100, ivi, 109; A. Franchi, L. Picciano, *La direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: verso l'armonizzazione delle politiche di finanziamento dell'industria aeroportuale europea*, in *Contr. impr. eur.*, 2010, 390. Sul precedente regime delle tariffe aeroportuali v. *ex plurimis* E. Turco Bulgherini, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali relativi al regime giuridico delle tariffe aeroportuali*, in *Trasporti*, 38/1986, 79. Da ultimo v. D. Bocchese, *I diritti aeroportuali. Dalle origini ai nostri giorni*, Napoli, 2015, 284.

6. Il numero dei contratti fra aeroporti e compagnie aeree relativi ai servizi aeroportuali è "cresciuto esponenzialmente con l'avvento dei vettori *low-cost*": così, nell'ambito di un'analisi economica, F. Rotondo, *L'azienda aeroporto tra regolamentazione ed equilibrio economico*, Torino, 2013, 67, che mette peraltro in evidenza i fattori che sono poi alla base della problematica giuridica, ed in particolare che si tratta di contratti che: "possiedono alcune peculiarità. Il loro contenuto, e la data in cui sono stati conclusi, sono in genere altamente confidenziali. Le strutture tariffarie che sono alla base degli accordi si presentano notevolmente semplificate ed orientate [...] alla condivisione del rischio tra i due contraenti, ad esempio attraverso la corresponsione di una tariffa per singolo passeggero in partenza. Ancora, possono includere una sorta di premio, e quindi ridursi significativamente, nel caso in cui si riscontrino incrementi di traffico [...]" (*ibidem*).

7. Sul contesto e i precedenti su cui si è inserito il legislatore comunitario, v. per tutti: S. Busti, *Profili innovativi comunitari nella disciplina dei diritti aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2009, 367; Id., *I diritti aeroportuali*, ne *L'impresa aeroportuale a dieci anni dalla riforma del codice della navigazione: stato dell'arte*, atti del Convegno di Bergamo del 13 novembre 2015, a cura di S. Busti, E. Signorini, G. R. Simoncini, Torino, 2016, 225, ivi, 235 ss.

gestore aeroportuale e che sono connessi all'atterraggio, al decollo, all'illuminazione e al parcheggio degli aeromobili e alle operazioni relative ai passeggeri e alle merci". Tale definizione è stata pressoché ricalcata dalla Comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato alle compagnie aeree e aeroporti del 2014, i c.d. "Orientamenti del 2014"^[8].

Sotto l'indicazione di "tasse aeroportuali" vengono ricomprese varie voci di natura eterogenea, per lo più collegate all'impiego della struttura dei servizi aeroportuali che si aggiungono alla tariffa aerea in senso stretto^[9].

Nella ricevuta del biglietto si suole distinguere tra: (YQ) ricomprende i costi relativi alla sicurezza, assicurazione e l'addizionale *Fuel Surcharge* (applicabile solo nelle ipotesi di aumento considerevole del costo del carburante)^[10]; (IT) ricomprende i cosiddetti diritti di imbarco ovvero quelli che le compagnie aeree versano al gestore aeroportuale in base ai servizi offerti/erogati (variano da aeroporto ad aeroporto); (VT) ricomprende i costi relativi ai controlli di sicurezza per il bagaglio a mano e per il passeggero; (EX) ricomprende i costi relativi ai controlli di sicurezza per il bagaglio imbarcato; (MJ) ricomprende i costi per l'assistenza alle persone c.d. a mobilità ridotta; (FN) IVA sui diritti aeroportuali; (YR) corrispettivo dovuto in base alla modalità di acquisto del biglietto (ad es. agenzia di viaggi, sito *web*); (HB) addizionale di competenza

8. Comunicazione della Commissione - orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree datata 4 aprile 2014 in G.U.U.E. 4 aprile 2014, n. C-99, 3. Questi ultimi contemplano un periodo transitorio la cui scadenza è prevista per il 4 aprile 2024. Sul punto da ultimo v. per tutti A. Casal Freiria, *Las nuevas directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas*, in *Riv. dir. nav.*, 2015, 145.

9. Per il quadro pregresso, v. M. Brignardello, *Tariffe e tributi portuali e aeroportuali*, in *Giureta*, 2008. A suo tempo, la Corte costituzionale si è pronunciata in ordine all'illegittimità dell'art. 11-*nonies* del d.l. 30 settembre 2005 n. 203, nella parte in cui non prevedeva, in applicazione del principio di leale collaborazione tra i vari livelli di governo, l'acquisizione del parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281, prima della delibera del CIPE in materia di criteri di determinazione dei diritti aeroportuali (C. cost. 7 marzo 2008, n. 51, in *Giorn. dir. ammin.*, 2009, 33, con nota di P. Rubecchini, *Le nuove modalità di determinazione dei diritti aeroportuali*).

10. Da ultimo in tema P. Carmagnani, *Clausola di adeguamento del corrispettivo al costo del carburante e costi indicativi di esercizio: spunti critici sul nuovo intervento del legislatore*, in *Dir. traspr.*, 2022, 602.

comunale, del Ministero del lavoro, della Salute e delle Politiche sociali e del Ministero dell'Interno; (XT) riassume tutte le voci. Nelle ipotesi in cui il passeggero non si imbarchi, anche per propria responsabilità (dando luogo cioè al c.d. *no show*)^[11] avrà comunque diritto al rimborso delle voci IT; VT; EX; FN; HB^[12].

Nell'ipotesi in cui il passeggero non si imbarchi per cause di forza maggiore avrà, invece, diritto al rimborso dell'intera tariffa pagata^[13].

Nel campo delle tariffe va rilevata un'asimmetria informativa considerevole fra passeggero e compagnia aerea^[14]. Il problema si pone in particolare per l'acquisto del biglietto *on-line*, che frequentemente consente considerevoli risparmi di spesa per il passeggero, che però non ha l'assistenza di un professionista che sia in grado di indirizzarlo nelle scelte, specialmente di fronte ad itinerari complessi, per i quali siano possibili più combinazioni di viaggio ed opzioni tariffarie.

Va incidentalmente osservato come la fluttuazione delle tariffe attraverso algoritmi non sempre trasparenti, in Italia ha condotto all'adozione del controverso provvedimento di

11. In tema cfr. M. M. Comenale Pinto, *Considerazioni in tema di sovrapprenotazione nei servizi di trasporto aereo*, in *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano, 1999, 159 ss.

12. Cfr. G. Benelli, *Gli impedimenti del passeggero alla partenza nel trasporto aereo e la clausola di non rimborsabilità del biglietto emesso a tariffa speciale*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, 711 ss.; M. Basile, *Impedimento alla partenza per causa non imputabile al passeggero e rimborsabilità del biglietto acquistato a tariffa ridotta*, in *Dir. trasp.*, 2012, 819 s.

13. La possibilità, nell'ambito del trasporto aereo, di recuperare integralmente l'importo pagato è stata introdotta con la già richiamata riforma del codice della navigazione del 2005/2006. Sul punto v. *amplius* A. Zamponi, *La "no show rule" nell'esperienza italiana*, in *Dir. Trasp.*, 2018, 629. In campo marittimo il passeggero può ottenere al massimo un rimborso non superiore al settantacinque per cento del prezzo del biglietto. Sulla discutibilità di tale ultima differenza tra le due discipline è stata posta in evidenza da P. Pironti, *Sull'impedimento alla partenza per causa non imputabile al passeggero*, in *Dir. trasp.*, 2008, 225.

14. Prescindendo dalla tematica generale delle asimmetrie informative in particolare con riferimento alle piattaforme informatiche (su cui esiste un'ampia letteratura generale: cfr., *ex multis*, sia con riferimento ai rapporti B2C, sia B2B, R. Pardolesi, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 941, *ivi*, 949 ss.) sul problema specifico del trasporto aereo si segnala no quantomeno le risultanze dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) *Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri* del 27 aprile 2005 (provvedimento di chiusura n. 14.260)

cui all'art. 1 del decreto legge 10 agosto 2023 n. 124 in corso di conversione, che peraltro riguarda i soli collegamenti per le isole^[15].

Per quanto di nostro interesse, la questione di maggiore rilievo in quest'ottica è quella legata all'indicazione di voci che non trovano riscontro poi nella realtà dei fatti. Questione, quest'ultima, posta in evidenza, a suo tempo, dal Consiglio di Stato che, con sentenza del 30 giugno 2011 n. 3897, ha ritenuto "pratica scorretta" l'inserimento da parte di un vettore aereo nel proprio sito *internet*, alla voce tasse e oneri aeroportuali del *fuel surcharge*, "in quanto idoneo a creare l'affidamento che tale voce fosse soggetta a rimborso, mentre, al contrario, non lo era"^[16]. Un comportamento simile a quello appena descritto è l'inserimento sempre nella voce tasse della c.d. "tassa regolamento 261/2004", destinata alla copertura assicurativa contratta dallo stesso vettore per garantire i costi delle misure di assistenza da assicurare ai passeggeri in caso di necessità^[17]. Sempre con riferimento alle tariffe, va osservato che queste ultime, al pari delle altre condizioni contrattuali, debbono sempre essere indicate nella lingua dello Stato in cui l'utente ha concluso il contratto *on line*. Su quest'ultimo punto l'AGCM nella sua adunanza del 28 aprile 2011 ha adottato provvedimenti sanzionatori nei confronti di alcune compagnie aeree che, non rispettando questa previsione, pubblicavano condizioni generali e

15. Il provvedimento è stato duramente contestato dagli esponenti di alcune compagnie aeree *low-cost* ben radicate in Italia che hanno preannunciato reazioni con riduzione dei voli e delle frequenze dei collegamenti in particolare con la Sardegna. Traccia della polemica è peraltro rinvenibile nell'edizione del 13 settembre 2023 la Repubblica sotto il titolo. "Voli duello tra RyanAir e Ursa. O'Leary: un decreto spazzatura".

16. Così E. G. Rosafio, *Contrattazione on line, trasporto low cost e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. nav.*, 2013, 673.

17. Può leggersi ancora al riguardo nel sito *web* della compagnia aerea Ryanair, nell'ambito di quelle che dovrebbero essere esplicazioni delle voci tariffarie, sotto il titolo "Cosa coprono tasse, tariffe e oneri della mia prenotazione?", alla pagina <http://www.ryanair.com/it/domande/che-cosa-indicano-le-voci-tasse-tariffe-e-oneri-della-prenotazione>, quanto segue "Tassa per ritardo/soppressione volo (normativa EU261) – Questa tassa di 2€/2£ per passeggero/per volo è stata introdotta per finanziare le spese di gestione e remunerazione dei passeggeri a carico di Ryanair in casi di ritardo o soppressione di voli per eventi di "forza maggiore" come, ad esempio, la chiusura dello spazio aereo per la presenza di ceneri vulcaniche nell'atmosfera, condizioni meteorologiche avverse, scioperi dei controllori del traffico aereo, guasti delle infrastrutture aeroportuali, incidenti aerei, problemi tecnici, ecc. Quando, in seguito a riforma, il reg. europeo n. 261 includerà una clausola per il diritto al risarcimento e una clausola che consenta l'interpretazione non discriminatoria del concetto di "forza maggiore", sarà possibile ridurre o eliminare del tutto questa imposta". In generale cfr. L. Ancis, *La scorporazione del prezzo nel trasporto low cost*, in *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, a cura di M. Deiana, Cagliari, n.s. *Dir. traspr.*, 2013, 177.

tariffarie in una lingua diversa rispetto a quella dello Stato in cui l'utente aveva concluso il contratto.

2. Tariffe aeroportuali e radicamento di collegamenti aerei nelle aeree insulari

Sia a livello costituzionale che unionale va riconosciuto il rilievo delle problematiche dell'insularità^[18] e della continuità territoriale sulle isole^[19]. Di queste ultime molte sono (anche) uno dei luoghi di destinazione privilegiata del turismo di massa, specialmente in periodo estivo. Ciò fa sì che le stesse destinazioni, difficilmente raggiungibili durante la maggior

18. La l. cost. 7 novembre 2022, n. 2, recante “Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità” (pubblicata in G.U. 15 novembre 2022, n. 267), ha inserito nell'art. 119 Cost., il comma 6, a norma del quale “la Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuoverle gli svantaggi derivanti dall'insularità”. Per effetto della disposizione richiamata, le peculiarità della condizione insulare hanno trovato un espresso riconoscimento all'interno della Costituzione, in modo tale che siano garantite a tutti i cittadini italiani uguali condizioni nell'esercizio e nella fruizione dei diritti fondamentali, tra cui il diritto alla mobilità. T. Frosini, *Insularità e costituzione*, in *Diritti regionali*, 2020, 497; G. Trombetta, *Il principio di insularità in Costituzione. Un ritorno (dimezzato) al passato?*, in *Federalismi.it*, 1/2022, 189. Per il quadro d'insieme cfr. O. Chessa, *Insularità e autonomia come battaglie distinte ma complementari*, in *Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*, III, *Arch. giur. sassarese*, 2021/1, 11. V., inoltre, sebbene riferito specificamente alla Sicilia, G. Armao, *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *Giureta*, 2020, 37. Per quanto riguarda i trattati europei, va fatto riferimento in particolare all'art. 174 TFEU. In tema, cfr. i contributi di L. Panella, *La coesione economica, sociale e territoriale nei Trattati europei* e P. Fois, *Coesione e insularità: dal Trattato di Amsterdam a quello di Lisbona*, entrambi in *L'Europa, La Sardegna e la questione insulare*, a cura di M. Cardia, Cagliari, 2020, rispettivamente, 15, ivi, 25 e 26; v. *amplius*, ancora di P. Fois, *La continuità territoriale e l'insularità nell'Unione europea*, ne *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, a cura di M. M. Comenale Pinto, Roma, 2015, 37 ss. V. anche J. M. Osante, *Cohesión territorial y transporte aéreo en España*, in *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2020, 527, ivi, 528.

19. In tema di continuità territoriale v., *ex plurimis*, i contributi contenuti nel volume collettaneo *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, a cura di M. M. Comenale Pinto, cit.; più recentemente, F. Pellegrino, *La continuità territoriale nell'Unione Europa tra diritto alla mobilità sostenibile e coesione territoriale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 1742. Cfr. anche P. Fois, *Il principio della “continuità territoriale” nel trasporto aereo e l'ordinamento comunitario*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, atti del Convegno Sassari-Alghero, 15 e 16 ottobre 1999, Torino, 2002, 1; L. Masala, *Analisi delle forme di intervento pubblico nei traffici aerei di linea*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, cit., 111; M. Deiana, *Gli oneri di pubblico servizio nel trasporto aereo*, ne *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 473; C. Dereatti, *Trasporto aereo e oneri di pubblico servizio*, in *Trasp.*, 88/2002, 165, ivi, 168; A. Masutti, *Gli aiuti di Stato nel settore aereo: il “caso” Sardegna*, ne *Il nuovo diritto aeronautico*, cit., 427, ivi, 432; G. Rinaldi Baccelli, *La mobilità come diritto fondamentale della persona*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, cit., 25; G. Silingardi, *Gli oneri del pubblico servizio nel trasporto aereo comunitario*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, cit., 90; S. Zunarelli, *Servizi aerei e continuità territoriale*, in *XXXIV Jornadas Latinoamericanas de derecho aeronáutico y espacial*, Padova, 2010, 349; Q. Calderon, *Servicios aéreos con destinos ultraperiféricos*, in *XXXIV Jornadas Latinoamericanas de derecho aeronáutico y espacial*, cit., 339. Sulla continuità territoriale marittima cfr. M. M. Comenale Pinto, *Dalla continuità territoriale nel trasporto aereo alla continuità territoriale nel trasporto marittimo*, in *Dir@storia*, 10-2011/2012. V. anche L. Masala, *Obblighi di servizio pubblico e aiuti di stato nel trasporto marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. Antonini, Milano, 2007, 485; A. Antonini, *Gli obblighi di servizio pubblico e gli aiuti di stato nel trasporto marittimo*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto marittimo*, a cura di L. Tullio, M. Deiana, Cagliari, 2001, 133, ivi, 150; S. Caruso, *Servizi di trasporto marittimo e principi comunitari*, in *Continuità territoriale e servizi di trasporto marittimo*, cit., 181, ivi, 188.

parte dell'anno diventino per la programmazione *summer* meta di collegamenti *charter* ed anche *low cost* estremamente frequenti.

Spesso e volentieri, e proprio per questa altalena del mercato, in queste regioni coesistono voli onerati^[20] e voli, principalmente stagionali, di collegamento con aeroporti regionali^[21] sia di primo che di secondo livello^[22] anche di altri Paesi Ue.

La questione del "peso" dei diritti aeroportuali risulta essere disincentivante non tanto per l'avviamento (stagionale) di nuove rotte, quanto per il loro radicamento oltre il periodo turistico. Il discorso richiede una premessa sull'affermazione, ormai consolidata per le infrastrutture aeronautiche, del principio c.d. dello "*user pays*"^[23], enunziato in sede ICAO a partire da una conferenza appositamente convocata nella seconda metà degli anni

20. Di fronte all'incapacità del mercato di soddisfare il bisogno di trasporto aereo nelle aree remote ed isolate, una soluzione possibile risiede nell'imposizione di oneri di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 16 del reg. Ce 1008/08.

21. Cfr. M. Riguzzi, *Le gestioni aeroportuali: il quadro dei principi giuridici, ne Le gestioni aeroportuali. Privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005, 27; J. A. Pérez Rivarés, *Los aeropuertos regionales y las compañías de bajo coste: el asunto Ryanair/Charleroi y las Directrices de 2005 in Régimen jurídico de las ayudas públicas al transporte aéreo en la Unión Europea*, 2011, 161; D. STARKIE, *Airport regulation and competition*, in *JATM*, 8, 2002, 63.

22. Per quanto concerne la classificazione degli aeroporti è opportuno ricordare come a livello comunitario non si abbia una classificazione univoca. Una prima suddivisione è riscontrabile nella decisione 1692/96 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 "sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti". In questo documento, viene prospettata una classificazione che prevede: aeroporti internazionali, aeroporti comunitari e aeroporti regionali, basandosi sia sul volume del traffico passeggeri, sia sulla tipologia di collegamenti offerti. Successivamente, il Comitato delle Regioni con l'allegato 1 al parere di prospettiva "Le capacità aeroportuali degli aeroporti regionali" del 2 luglio 2003 suggeriva una suddivisione più ampia rispetto alla precedente, basata anch'essa sul volume di traffico e sui collegamenti offerti. Oltre alla suddivisione, il Comitato definiva gli aeroporti regionali come "[...] molto eterogenei per dimensioni, il che rende difficile elaborare delle prospettive europee comuni per tutto questo gruppo". Nello stesso documento, il Comitato suggeriva inoltre alla Commissione di adottare una definizione di aeroporto che non fosse basata esclusivamente sul volume di traffico, ma che tenesse conto "[...] delle funzioni economiche e territoriali degli aeroporti nelle rispettive aree". Come si avrà modo di vedere più avanti, la Commissione con la Comunicazione del dicembre 2005 diede una ulteriore classificazione degli aeroporti che venne, a sua volta, aggiornata dagli orientamenti in materia di aiuti di Stato alle compagnie aeree e aeroporti del 2014, c.d. Orientamenti 2014.

23. A cui corrisponde, peraltro, anche l'esigenza che le tariffe aeroportuali consentano al gestore "la copertura dei costi e la giusta remunerazione dell'attività e del rischio d'impresa, ossia il profitto" (così, testualmente, con riferimento specifico alle tariffe di *handling*, nel previgente regime di approvazione ministeriale delle tariffe aeroportuali, ai sensi dell'art. 9, della l. 5 maggio 1976 n. 324: Cass., Sez. un., 16 luglio 1985, n. 4151, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 50, con nota di M. M. Comenale Pinto, "Discrezionalità tecnica" e approvazione delle tariffe di *handling* negli aeroporti in concessione, ivi, 1525, nonché in *Trasporti*, 38, 1986, 69, con nota di E. Turco Bulgherini, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali relativi al regime giuridico delle tariffe aeroportuali*, ivi, 77. È appena il caso di osservare che il fenomeno delle compagnie *low cost* ha generato anche una forte concorrenza fra gli aeroporti che le vogliono attirare, portando ad una nuova prospettiva sull'adeguatezza delle tariffe alla sopravvivenza dell'impresa, lì dove la competizione dei ribassi divenga eccessiva: cfr. I. Fernández Torres, *Derecho europeo de la competencia en el sector aéreo y aeroportuario, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n. 3, Madrid, 2015, 3.

Sessanta del secolo scorso ^[24]. Tale principio va però correttamente applicato, senza renderlo un fattore di distorsione del mercato, attraverso discriminazioni tariffarie o comunque attraverso una diversificazione anomala delle modalità di riscossione, che potrebbero tradursi a loro volta in violazione degli obblighi che derivano dai trattati eurounitari ^[25] o in violazione del principio di parità di trattamento dell'art. 15 della Convenzione di Chicago del 7 dicembre 1944 ^[26]. Di tali problematiche ha avuto a suo tempo modo di occuparsi ampiamente la giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla nota vicenda degli Aeroporti di Parigi, in cui si era configurato un vero e proprio abuso di posizione dominante del gestore, escludendo la rilevanza, a tal fine, della sua natura pubblicistica ^[27].

La materia, oggi, a livello di diritto dell'Unione europea, è disciplinata dalla già richiamata dir. 2009/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2009 "concernente i diritti aeroportuali", attraverso la quale si è voluto dettare regole per la trasparenza sulle tariffe aeroportuali; l'attuazione in Italia deriva dall'art. 36 del d. l. 24 gennaio 2012 n. 1 (convertito con l. 24 marzo 2012 n. 17), che ha modificato l'art. 37 del d. l. 6

24. Si tratta della Conference on Airports and Route Air Navigation Facilities del 1967. V. *amplius* G. Rinaldi Baccelli, *La collaboration internationale en matière aeroportuaire*, Montréal-Paris, 1979, 59.

25. Sia pure in altro contesto di ammissione alle rotte intracomunitarie, si è ritenuta la violazione di libera prestazione dei servizi e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione, con riferimento alla disposizione nazionale che esonerava dai diritti aeroportuali i soli voli interni: C. giust. Ce, 4 luglio 2001, causa C-447/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*. In senso convergente, con riferimento all'art. 3 del reg. Cee del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408: C. giust. Ce 6 febbraio 2003, causa C-92/01, *Georgios Stylianakis c. Stato ellenico*.

26. Sull'art. 15 Conv. Chicago, cfr. W. R. Grove, *International Law -- Chicago Convention Interpreted -- Discriminatory Airport Charges to Foreign Airlines*, in *University of Miami Law Review*, 18, 1963, 482. Del resto, vale la considerazione della necessità di rivedere, nell'attuale situazione in cui sempre di più compagnie aeree e gestori aeroportuali sono in mani private, l'approccio in materia di tariffe aeroportuali, di fronte al mutamento del quadro pregresso, in cui "airports and airlines have coexisted in a framework defined by the Chicago Convention of 1945, and have accepted a system of airport charges suitable for two government-owned entities dividing costs more-or-less equitably" (così, con riferimento al documento ICAO 9082/4: E. Clayton, *A new approach to Airport User Charges*, in *Air & Space Law*, 1997, 95).

27. C. giust. 24 ottobre 2002, causa C-82/01 (in *Dir. trasp.*, 2003, 895, con nota di M. Tranchida, *La qualificabilità dell'ente di gestione aeroportuale come impresa ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza*, ivi, 900, oppure in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 175, con nota di P. Cirielli, *Attività economiche e prerogative dei pubblici poteri nella gestione aeroportuale*), che ha confermato sulla questione Trib. Ce 12 dicembre 2000, in causa T-128/98. È peraltro da sottolineare come, sugli stessi presupposti, sia stata a suo tempo ritenuta illegittima la differenziazione tariffaria basata sulla distanza della tratta in cui è impiegato l'aeromobile: C. giust. 6 febbraio 2003, causa C-92/01, in *Dir. turismo*, 2003, 258 ss. con nota di M. Brignardello, *Tasse aeroportuali e violazione dei principi comunitari*.

dicembre 2011 n. 201 (come convertito dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214) ^[28]. In base a tale disciplina, è stata istituita l'Autorità di regolazione dei trasporti ^[29], investita, fra l'altro (ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. b) della competenza "a svolgere ai sensi degli articoli da 71 a 81 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, tutte le funzioni di Autorità di vigilanza istituita dall'articolo 71, comma 2, del predetto decreto-legge n. 1 del 2012 in attuazione della direttiva 2009/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2009, concernente i diritti aeroportuali" ^[30].

28. In particolare, il principio di non discriminazione fra utenti dell'aeroporto è dettato dall'art. 3 della dir. 2009/12/Ce, a cui si uniforma l'art. 75 del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, in base al quale "I diritti aeroportuali sono applicati in modo da non determinare discriminazioni tra gli utenti dell'aeroporto. L'Autorità di vigilanza può, comunque, operare una modulazione degli stessi diritti aeroportuali per motivi di interesse pubblico e generale, compresi i motivi ambientali, con impatto economico neutro per il gestore. A tal fine i criteri utilizzati sono improntati ai principi di pertinenza, obiettività e trasparenza". Tuttavia, nel sistema italiano dei diritti aeroportuali permaneva una discriminazione nei diritti di approdo e di partenza fra voli comunitari (voli *intra*-Ue) e per quelli extracomunitari (voli *extra* Ue), tanto che la Commissione europea aprì la procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia n. 2013/2069 (cfr. D. Bocchese, *I diritti aeroportuali. Dalle origini ai nostri giorni*, cit., 319 ss.). A seguito di tale procedura sono stati adottati i decreti interm. (infr. e trasp., di concerto con econ. e fin.) nn. 372 e 373 del 14 ottobre 2013. Con il primo dei due decreti è stata aggiornata la misura relativa sia ai diritti di approdo che di partenza degli aeromobili; con il secondo sono state riviste le "Linee Guida in materia di regolamentazione tariffaria dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva" sviluppate a suo tempo dall'ENAC (prima di essere esaurite dalle relative funzioni in favore della neoistituita Autorità di regolamentazione dei trasporti) ed approvate con d. interm. 10 dicembre 2008, al fine non solo di aggiornarle in conformità alla recente e richiamata normativa dell'Unione sui diritti aeroportuali ma di rimediare ai punti critici del sistema posti in luce dalla Commissione. E così, in particolare, all'art. 1, comma 1 del citato decreto n. 373/2013 si è disposto che dalle suddette "Linee Guida" venisse "[...] eliminato ogni riferimento alla diversificazione dei diritti di a/p correlata all'origine e/o destinazione infra o extra comunitaria". Sulla trasposizione della direttiva in Spagna, v. E. Arimany Lamoglia, J. A. Pérez Rivarés, *Nuevo régimen jurídico del sistema aeroportuario español: ¿hacia una mayor competencia entre aeropuertos?*, in *Rev. der. transp.*, 9/2012, 111; M. Siota Álvarez, *Las tarifas aeroportuarias en el derecho español*, ne *I trasporti nel sistema tributario italiano ed europeo*, 2016, 59, ivi, 92 ss.

29. La letteratura sulla nuova autorità è ormai ampia. V. in generale, oltre all'ampio volume collettaneo *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova del mercato*, a cura di F. Bassan, Torino, 2016; S. Loiacono, *L'Autorità di regolazione dei trasporti: profili evolutivi del sistema di tutela del consumatore "passaggero" nel contesto dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. turismo*, 2014, 283; A. Marino, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, 809; F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Dir. trasp.*, 2013, 81. Con riferimento specifico alle funzioni in ambito di tariffe aeroportuali, v. S. Zunarelli, *Profili evolutivi dei modelli di gestione aeroportuale, ne L'impresa aeroportuale a dieci anni dalla riforma del codice della navigazione: stato dell'arte*, cit., 43, ivi, 46 ss.

30. Si è così operato per superare "le difficoltà di applicazione della normativa [pre]vigente in Italia, caratterizzata da un eccessivo frazionamento delle competenze con conseguenti ritardi nell'attuazione del sistema previsto dal decreto legge n. 203/2005" (così: A. Marino, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., 820). È stato tuttavia posto in luce come il provvedimento di recepimento italiano si discostasse parzialmente dall'art. 1 della direttiva 2009/12/Ce per aver assoggettato alla nuova normativa indistintamente gli aeroporti nazionali, salvo quegli scali con traffico passeggeri annuo inferiore ad un milione di movimenti: cfr. D. Bocchese, *I diritti aeroportuali. Dalle origini ai nostri giorni*, cit., 111; E. Turco Bulgherini, *Il settore aeroportuale, ne La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova del mercato*, cit., 243, ivi, 258. Inoltre, è stato rilevato che "[m]entre la direttiva prevede che i diritti aeroportuali sono stabiliti dal gestore, previa consultazione con gli utenti, sotto il controllo dell'Autorità che deve vigilare sull'osservanza dei principi di non discriminazione (art. 3) e trasparenza (art. 7), la normativa di recepimento assegna all'Autorità il compito di predisporre "modelli di tariffazione" (art. 71 comma 3 e art. 78), fra i quali il gestore sceglie quello da applicare (art. 78 comma 2)" (G. Corsi, intervento, ne *L'attuazione della direttiva 2009/12/Ce sui diritti aeroportuali: l'Enac e l'autorità di regolazione dei trasporti*, atti del seminario di Roma del 26 novembre 2013, Roma, 2014, 16, ivi, 20). Le funzioni di vigilanza non potevano essere attribuite né alla "centrale amministrazione nazionale dei trasporti né [all']ENAC", tenuto conto che si tratta di soggetti investiti di pregnanti funzioni di "vigilanza sui gestori aeroportuali od i vettori aerei [e di ...] funzioni in qualche modo inerenti alla proprietà degli aeroporti" (così: S. Busti, *Profili innovativi comunitari nella disciplina dei diritti aeroportuali*, cit., 364).

La direttiva 2009/12/Ce ha specificamente preso in considerazione la realtà e le problematiche dei traffici aerei, in relazione all'impiego delle infrastrutture e dei servizi aeroportuali. Può dirsi che la direttiva in questione contiene uno strumento idoneo a consentire lo sviluppo del trasporto aereo anche per le isole favorendo una differenziazione dei servizi in ragione delle aspettative e delle esigenze dell'utenza. La prospettiva è anticipata dal considerando n. 15 della medesima direttiva, secondo il quale *"I gestori aeroportuali dovrebbero poter applicare diritti aeroportuali corrispondenti alle infrastrutture e/o al livello dei servizi messi a disposizione, in quanto i vettori aerei hanno un interesse legittimo a esigere da un gestore aeroportuale servizi commisurati al rapporto prezzo/qualità. È opportuno, tuttavia, che l'accesso ad un livello differenziato di infrastrutture o servizi sia aperto a tutti i vettori aerei che desiderino ricorrervi su base non discriminatoria. Quando la domanda supera l'offerta, l'accesso dovrebbe essere determinato in base a criteri obiettivi e non discriminatori la cui definizione incombe al gestore aeroportuale. Le eventuali differenziazioni dei diritti aeroportuali dovrebbero essere trasparenti, oggettive e basate su criteri chiari"*.

È nell'ottica affermata dal testé richiamato considerando n. 15 che va letta la previsione della necessità di un'offerta modulare dei servizi e degli spazi in ambito aeroportuale, di cui all'art. 10 della stessa direttiva: *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire al gestore aeroportuale di variare la qualità e l'estensione di particolari servizi, terminali o parti dei terminali degli aeroporti, allo scopo di fornire servizi personalizzati ovvero un terminale o una parte di terminale specializzato. L'ammontare dei diritti aeroportuali può essere differenziato in funzione della qualità e dell'estensione di tali servizi e dei relativi costi o di qualsiasi altra motivazione oggettiva"*

e trasparente. Fatto salvo l'articolo 3, i gestori aeroportuali restano liberi di fissare tali diritti aeroportuali differenziati" ^[31] . Si pone, peraltro, il problema della eventuale concorrenza di domande di più vettori di avvalersi di servizi e spazi differenziati nella prospettiva dell'art. 10 della direttiva: per la soluzione della questione, il § 2, comma 2, del medesimo art. 10 si limita ad evocare criteri di pertinenza, obiettività, trasparenza e non discriminazione ^[32] .

3. La recente legge regionale della Sardegna

Di sicuro interesse è la recente proposta di legge della Regione Sardegna che si fonda proprio sulla possibilità di erogazione di aiuti all'avviamento di nuove rotte, opportunità prevista dai più volte richiamati orientamenti del 2014, attraverso il sistema dell'aiuto diretto ai vettori che si sostanzia in una riduzione percentuale delle spese ammissibili (oneri aeroportuali relativi a una rotta) nei limiti finanziari e temporali previsti dalla normativa di riferimento (50 % per un periodo massimo di 3 anni).

In questo modo sarà la stessa Regione, sulla base di valutazioni economiche proprie, ad assumere la determinazione sulle singole rotte da sviluppare senza doversi rimettere all'intermediazione delle società di gestione aeroportuale.

31. V., al riguardo, M. M. Comenale Pinto, *Il problema del finanziamento degli aeroporti nella prospettiva europea*, cit., 111. In tale prospettiva, in vari aeroporti europei di dimensioni medie e grandi sono stati realizzati, o sono in corso di realizzazione, *terminal* dedicati ai voli *charter* e *low cost*: Per riferimenti ad esempi (fra cui il Terminal 2 di Malpensa), cfr. A. Franchi, L. Picciano, *La direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: verso l'armonizzazione delle politiche di finanziamento dell'industria aeroportuale europea*, cit., 399.

32. "Qualora il numero degli utenti dell'aeroporto che desiderano avere accesso ai servizi personalizzati e/o a un terminale o parte di un terminale specializzato ecceda il numero di utenti che è possibile accogliere a causa di vincoli di capacità, l'accesso è determinato in base a criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori. Tali criteri possono essere stabiliti dal gestore aeroportuale e gli Stati membri possono richiedere che essi siano approvati dall'autorità di vigilanza indipendente".

Tali aiuti all'avviamento sono considerati dalla stessa Commissione, sin dagli orientamenti del 2005^[33], come di fondamentale importanza per lo sviluppo socio-economico di determinate aree.

Il caso della Sardegna, dove si registrano instaurazioni di nuovi collegamenti per lo più stagionali, ha dimostrato come senza l'erogazione di questa tipologia di interventi, le compagnie aeree, difficilmente, andrebbero a coprire stabilmente determinate rotte^[34] che potenzialmente non sono idonee a generare un traffico sufficiente a garantire un'adeguata redditività.

Fra i fattori che hanno incoraggiato il legislatore regionale della Sardegna ad adottare la legge in questione va senz'altro menzionata la comunicazione della Commissione del 2016 sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, § 1, del TFUE^[35]. Tale comunicazione ha colmato infatti l'originaria carenza di una puntuale definizione normativa del concetto di "aiuto", che aveva causato più di qualche incertezza nella applicazione dei vari orientamenti più sopra richiamati^[36]. Nel testo dell'art. 107, § 1

33. Comunicazione della Commissione sugli orientamenti comunitari relativi al finanziamento degli aeroporti e agli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree che operano su aeroporti regionali, in G.U.U.E. 9 dicembre 2005, n. C-312. Per un approfondimento v. M. V. Petit Laval, *Las ayudas públicas a las compañías aéreas de bajo coste: una cuestión de actualidad*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, 69; I. Fernández Torres, *El caso charleroi y las directrices de 2005 a examen tras la sentencia del tpi de 17 de diciembre de 2008: el problema del principio del inversor privado*, in *Estudios de derecho aéreo*, Madrid, 2009, 375; C. Pozzi, *I nuovi orientamenti in materia di aiuti di Stato al trasporto aéreo: le conseguenze della decisione della Commissione con riferimento al caso Charleroy/Ryanair*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, 549; P. Frühling, *The New European Commission's Guidelines*, in *Air & Space law*, 2, 2006, 98; F. Casolari, *Definiti gli orientamenti comunitari sugli interventi statali a favore degli aeroporti e delle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali*, in *Dir. turismo*, 2006, 170.

34. Cfr. sul punto M. V. Petit Lavall, *Las ayudas públicas a las compañías aéreas de bajo coste: una cuestión de actualidad*, cit., 6; A. Casal Freiria, *Las nuevas directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas*, cit., 145.

35. In G.U.U.E. 19 luglio 2016, C-262, 3.

36. È da dire, comunque, come a suo tempo la giurisprudenza comunitaria avesse enunciato i quattro requisiti necessari per l'identificazione di aiuto di Stato riferendosi all'art. 87, n. 1, Tr. Ce: Trib. Ce 22 febbraio 2006, *Le Levant 001 e a. c. Commissione delle Comunità Europee*, causa T-34/02, al § 110 "La qualificazione di aiuto, nel senso di aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione (C. giust. Ce 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*; C. giust. Ce 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, e C. giust. Ce 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidentium Magdeburg*, in *Dir. trasp.*, 2004, 455, con nota di G. Mendola, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*, ivi, 472. Su tale decisione v. anche E. Zanelli, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante*, in *Pol. diritto*, 2004, 175; M. Merola, M. Medina, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers dr. europ.*, 34, 2003, 639; D. Gallo, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuto di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2007, 893; A. Alexis, *L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de Justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général*, in *Comp. Pol. Newsllett.*, 2003, 3): che sussista un intervento dello Stato o mediante risorse statali, che tale intervento incida o sia potenzialmente idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che venga concesso un vantaggio al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza (da ultimo C. giust. Ue, 13 settembre 2017, *ÈNEA S.A. c. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, causa C-329/15, punto 17). A quest'ultimo proposito, va rilevato come i richiamati orientamenti del 2014 offrano una definizione sicuramente più precisa dei quattro criteri individuati dalla giurisprudenza per l'identificazione di un aiuto di Stato relativo per quanto di nostro interesse al finanziamento delle compagnie aeree.

TFUe non era, di per sè, rintracciabile una chiara ed inequivocabile definizione normativa sia di "vantaggio" sia di "beneficio" (il § 4.1. della citata comunicazione del 2016 non lascia margini di incertezza sulla coincidenza della nozione di beneficio con quella di vantaggio: "il vantaggio è un beneficio economico").

Ai sensi dell'art. 107, § 1, TfUe, gli interventi rilevanti debbono essere concessi facendo ricorso diretto o indiretto a risorse statali o comunque essere imputabili allo Stato ^[37]. Nel caso di specie la previsione di stanziamento da parte della Regione Sardegna di circa 15 milioni in tre anni è, conseguentemente, da inquadrare come aiuto di Stato (compatibile).

Gli orientamenti del 2014 (per i quali è stata proposta una proroga ^[38]) offrono una definizione più accurata dei quattro criteri (enunciati anche dalla già richiamata sentenza Trib. Ue 22 febbraio 2006) utili per l'identificazione di un aiuto di Stato relativo sia al finanziamento delle compagnie aeree che al finanziamento degli aeroporti, e due nuove "vie" che permettono il rispetto del già richiamato "principio dell'investitore privato". Quest'ultimo verrebbe rispettato sia quando il prezzo pagato per l'erogazione dei servizi aeroportuali (tasse aeroportuali) fosse equivalente al prezzo medio di mercato (ottenuto dalla comparazione dei prezzi in vari aeroporti), sia quando attraverso un'accurata analisi economica preventiva fosse dimostrato che dall'accordo con la compagnia, l'aeroporto ottenga un chiaro vantaggio economico.

In tema di compatibilità degli aiuti con il disposto dell'art.

37. Cfr. C. giust. Ce 16 maggio 2002, Francia c. Commissione, in causa C-482/99, punto 24 e C. giust. Ue 13 settembre 2017, cit., punto 20); queste due sotto-condizioni sono cumulative (v., in tal senso, C. giust. 28 marzo 2019, Germania c. Commissione, causa C-405/16, punti 48 e 63).

38. Al fine di garantire il definitivo superamento degli effetti negativi dell'emergenza Covid-19 sul comparto del trasporto aereo, la Commissione europea ha proposto una breve proroga del periodo transitorio (in scadenza il prossimo 4 aprile 2024), senza apportare ulteriori modifiche alla normativa, sino al 4 aprile 2027.

107, § 3 TfUE, la Commissione ha adottato nuovi criteri sia per gli aiuti alle infrastrutture e al funzionamento degli aeroporti, sia per gli aiuti all'avviamento di nuove rotte operate da compagnie aeree.

Nei nuovi requisiti viene riaffermata la necessità della presenza dell'interesse comune a giustificazione della concessione dell'aiuto stesso. È necessario precisare che le menzionate nuove ipotesi di compatibilità debbono comunque essere esaminate tenendo conto dei seguenti requisiti: contribuzione al raggiungimento di un obiettivo di interesse comune; necessità di intervento dello Stato; pertinenza della misura; effetto incentivante; proporzionalità dell'aiuto; non alterazione della concorrenza e del commercio tra Stati membri; trasparenza dell'aiuto. Conseguentemente, negli Orientamenti del 2014, la Commissione ha rivisto i criteri di compatibilità, prevedendo, rispetto ai precedenti, una maggiore flessibilità^[39].

Se, in linea di principio, è vero che gli aeroporti regionali con un traffico superiore ai tre milioni annui di passeggeri non possono ottenere questa particolare fattispecie di aiuti, ciò non vale nelle ipotesi in cui si riferiscano a regioni svantaggiate. È infatti prevista un'ipotesi residuale che permette anche a tutti gli altri aeroporti (con un traffico superiore ai tre e inferiore ai cinque milioni annui di passeggeri) di ricevere aiuti di Stato all'avviamento^[40]; al caso in questione sembra comunque potersi applicare la disciplina specifica (§ 144 degli orientamenti) prevista per la categoria residuale degli aeroporti con un traffico inferiore ai 5 milioni situati in regioni remote e purché vi sia una motivazione adeguata. In generale, è comunque sempre necessario che venga adeguatamente pubblicizzata l'esigenza di copertura così che tutte le compagnie

39. V. A. Casal Freiria, *Las nuevas directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas*, cit., 145 ss.

40. §144 "Gli aiuti di avviamento a rotte che collegano un aeroporto con più di 3 milioni di passeggeri all'anno e meno di 5 milioni di passeggeri all'anno, che non si trovano in regioni remote possono essere considerati compatibili con il mercato interno solo in casi eccezionali debitamente motivati".

interessate possano eventualmente partecipare.

In quest'ultima ipotesi, saranno ritenuti automaticamente compatibili, a condizione che vengano rispettati gli altri requisiti di cui sopra; verranno concessi sempre per un massimo di tre anni e l'aiuto dovrà essere limitato al raggiungimento degli obiettivi di interesse comune in ragione dei quali è stato erogato. Un'ulteriore aspetto di rilievo è che l'aiuto può andare a coprire fino al cinquanta per cento dell'ammontare delle tasse aeroportuali per tutto il periodo finanziabile.

Pare inoltre opportuno sottolineare che nelle ipotesi in cui vi sia una rotta identica o comunque equiparabile, operata su altri aeroporti o in cui la tratta sia comunque garantita da servizi ferroviari ad alta velocità, non si potrà riconoscere l'interesse comune dell'obiettivo. Va detto ancora che mentre negli Orientamenti del 2005 come criterio di individuazione dell'area d'influenza dell'aiuto si faceva riferimento a città o ad aree urbane, attualmente si impiega quello della distanza chilometrica e del tempo di percorrenza. È appena il caso di sottolineare che quest'ultima ipotesi, evidentemente, ha scarso rilievo per i collegamenti per le isole.

Va in fine osservato che gli Orientamenti del 2014, non richiedono a differenza dei precedenti l'obbligo di presentazione per le compagnie aeree di un *business plan* relativo alla valutazione della redditività della nuova rotta e di conseguenza dell'obbligo per le autorità che concedono l'aiuto di verificare l'impatto che quest'ultimo andrebbe ad avere sulla concorrenza^[41].

In sostanza, gli Orientamenti del 2014 mostrano una

41. § 147 "Un piano industriale *ex ante* preparato dalla compagnia aerea deve prevedere che la rotta che riceve l'aiuto presenti prospettive di redditività per la compagnia aerea senza finanziamento pubblico dopo 3 anni. In assenza di un piano industriale per una rotta, le compagnie aeree devono impegnarsi in modo irrevocabile con l'aeroporto a operare la rotta di cui trattasi per un periodo almeno pari a quello per cui hanno ricevuto gli aiuti all'avviamento".

maggior duttilità rispetto al precedente del 2005. Infatti, fra l'altro, gli Orientamenti del 2005 prevedevano che l'aiuto fosse revocato^[42] dal raggiungimento della redditività della rotta "aiutata", e che la compagnia aerea destinataria degli aiuti inadempiente degli impegni assunti, dovesse essere sanzionata^[43]. Si tratta di previsioni non riprodotte nei nuovi Orientamenti. Deve pertanto ritenersi che i relativi vincoli debbano intendersi rimossi, portando ad un quadro che potrebbe potenzialmente favorire l'instaurazione di nuove rotte, in particolare secondo il modello "low cost" che auspicabilmente interessino soprattutto gli scali sulle isole.

La Commissione europea nell'elaborazione dei nuovi orientamenti, considerato l'evolversi del mercato e le problematiche emerse sui vari regimi di continuità territoriale *in primis* quello della Sardegna dovrebbe valutare un ulteriore aumento dell'elasticità di questo strumento così che possano rappresentare, davvero, una valida alternativa alla disciplina degli oneri di servizio pubblico oggi disciplinata dal reg. Ce 1008/08. Di sicuro la fragilità del comparto del trasporto aereo e aeroportuale emersa durante e a margine della crisi pandemica da Coronavirus dovrebbe portare ad un ripensamento di alcuni "limiti", quantomeno per le regioni ultra periferiche, remote e insulari, come quello temporale (attualmente di tre anni) e quello sul *quantum* (per l'avvio di nuove rotte attualmente 50% delle spese ammissibili). La prospettata maggior elasticità permetterebbe in queste aree una più efficace competitività tra compagnie aeree che si tradurrebbe nel medio periodo nel rendere autonomo e concorrenziale il mercato.

42. § 79, lett. f) "Comunque, il periodo durante il quale ad una determinata compagnia aerea viene concesso un aiuto per l'apertura di nuovi collegamenti deve essere ampiamente inferiore al periodo per il quale tale compagnia si impegna ad esercitare le sue attività in partenza dall'aeroporto considerato, come indicato nel piano economico-finanziario di cui alla lettera i) del presente punto. Inoltre, occorrerà porre fine all'aiuto non appena saranno raggiunti gli obiettivi in termini di passeggeri o non appena la linea diventi redditizia, anche in un periodo più breve di quello inizialmente previsto"

43. § 79, lett. l) "occorre prevedere un sistema di sanzioni da applicare in caso di mancato rispetto da parte di una compagnia aerea degli impegni assunti nei confronti dell'aeroporto al momento dell'erogazione dell'aiuto. Un sistema di recupero dell'aiuto o di escussione di una garanzia inizialmente versata dal vettore può consentire all'aeroporto di assicurarsi che la compagnia aerea rispetti i propri impegni".

**La Inteligencia Artificial (IA) en la
Regulación del Espacio Aéreo con los Nuevos
Ingenios del Aire, RPAS y VSTOL y sus
Desafíos Jurídicos/ Operacionales**

Tito Reyes

Resumo

Este trabajo examina la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL). La IA ha emergido como un elemento disruptivo en la aviación, impulsando la eficiencia operativa, la seguridad y el desarrollo sostenible. Exploramos en detalle cómo la IA ha transformado la gestión del tráfico aéreo, optimizado el mantenimiento de aeronaves, mejorado la seguridad operativa y contribuido a la sostenibilidad ambiental. Sin embargo, junto con sus beneficios, esta revolución tecnológica también plantea desafíos significativos relacionados con la seguridad cibernética, la privacidad de datos y la ética, pero sobre todo el marco jurídico necesario para su implementación. El trabajo destaca la necesidad de regulaciones sólidas, la colaboración multisectorial y la inversión en capacitación y educación para aprovechar al máximo el potencial de la IA en la aviación. Además, se presentan recomendaciones para abordar estos desafíos y garantizar un enfoque ético y responsable en la implementación de la IA. En última instancia, este paper subraya que la IA está remodelando fundamentalmente la aviación y proporciona una guía integral para las partes interesadas que buscan abrazar esta transformación tecnológica mientras se protegen la seguridad y los valores éticos fundamentales.

1. Introducción

La aviación ha sido testigo de una evolución constante desde los días pioneros de los vuelos impulsados por motores a pistón hasta la era actual de la aviación comercial y la exploración espacial. En este viaje, la incorporación de tecnologías avanzadas ha desempeñado un papel crucial en la mejora de la seguridad, la eficiencia y la accesibilidad de los viajes aéreos. Sin embargo, ningún avance tecnológico ha tenido un impacto tan profundo y transformador en la aviación como la inteligencia artificial (IA). En particular, la aplicación de la IA en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL) revolucionara la industria aeroespacial

Contexto Evolutivo

La historia de la aviación está marcada por hitos significativos: desde el vuelo inaugural de los hermanos Wright en 1903 hasta la aparición de los primeros aviones comerciales en la década de 1920 y el desarrollo de reactores supersónicos en la posguerra. Cada avance tecnológico ha acortado distancias, conectado culturas y transformado la economía global. Sin embargo, no fue hasta la llegada de la IA que la aviación dará un salto cuántico hacia un futuro de posibilidades casi ilimitadas.

La IA en la Regulación del Espacio Aéreo

La regulación del espacio aéreo es un pilar fundamental de la aviación. Garantizar la seguridad, la eficiencia y la fluidez del tráfico aéreo ha sido un desafío constante a medida que la industria crece y se diversifica. La IA se ha erigido como un socio estratégico en esta búsqueda continua de mejora, transformando la forma en que gestionamos el espacio aéreo y las operaciones de aeronaves no tripuladas.

Alcance y Objetivos de este trabajo

Este trabajo tiene como objetivo explorar el impacto, los beneficios y los desafíos de la implementación de la inteligencia artificial en la regulación del espacio aéreo, con un enfoque especial en los RPAS y las aeronaves VSTOL. Se analizarán aspectos económicos, tecnológicos, sociales y éticos, y se ofrecerán recomendaciones clave para orientar el futuro desarrollo de políticas y regulaciones. Además planteara los desafíos juridicos de su implementación en un futuro inmediato.

El trabajo se estructura en torno a secciones que abarcan desde los beneficios económicos y sociales de la IA en la aviación hasta los desafíos emergentes y las tendencias futuras en este campo. Se destacarán casos exitosos de implementación de IA en la regulación aérea, así como las implicaciones éticas y sociales de esta revolución tecnológica.

Metodología

La información presentada en este informe se basa en una revisión de la literatura académica, informes gubernamentales, documentos técnicos y fuentes de la industria aeroespacial. Además, se ha consultado a expertos en aviación y tecnología para obtener una visión completa y actualizada de la aplicación de la IA en la

regulación del espacio aéreo.

Descripción General del Informe

El informe se estructura en varias secciones que abordan aspectos clave de la integración de la IA en la regulación del espacio aéreo. Estas secciones incluyen:

Beneficios Económicos y Sociales: Examina cómo la IA impulsará la eficiencia operativa, el crecimiento de la industria aeroespacial y la innovación tecnológica, además de reducir emisiones y descongestionar el espacio aéreo.

Desafíos Futuros y Tendencias Emergentes: Explora los desafíos y tendencias en áreas como la integración de UAV en espacios segregados y en áreas urbanas, la armonización de regulaciones globales, la ética y la ciberseguridad.

Interoperabilidad y Estandarización: Destaca la importancia de estándares comunes y la colaboración internacional para una regulación efectiva.

Casos Exitosos de Implementación de IA: Analiza ejemplos de proyectos y programas que han demostrado el valor de la IA en la aviación.

Desarrollo Sostenible y Tecnología: Examina cómo la IA contribuye a reducir emisiones, monitorear el medio ambiente y respaldar aplicaciones médicas y de gestión de emergencias.

Recomendaciones Finales: Ofrece recomendaciones clave para abordar los desafíos futuros y aprovechar al máximo la IA en la regulación aérea.

Conclusión: Resume los hallazgos clave y subraya la importancia de abordar estos desafíos con determinación y colaboración, como asimismo la normativa o marco jurídico para su aplicación.

A medida que nos adentramos en este trabajo, es fundamental comprender que la IA en la regulación del espacio aéreo no es solo

una evolución tecnológica, sino un cambio de paradigma que tiene el potencial de transformar la aviación en todos sus aspectos.

Con esta introducción como punto de partida, exploraremos a fondo cada uno de los temas mencionados en el informe para comprender el impacto y el alcance de la IA en la regulación del espacio aéreo y anticipar el futuro emocionante que aguarda a la aviación en esta era de innovación tecnológica sin precedentes.

2.

Uno de los aspectos más notables de la implementación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo es su profundo impacto en la eficiencia operativa de la aviación. Esta eficiencia se traduce en una serie de ventajas económicas y sociales fundamentales.

La IA permite una gestión de tráfico aéreo más precisa y adaptable. Los sistemas de IA pueden evaluar en tiempo real la ubicación y la trayectoria de múltiples aeronaves, tanto tripuladas como no tripuladas, y optimizar las rutas y altitudes de vuelo. Esto reduce significativamente la congestión en el espacio aéreo y minimiza los tiempos de espera en los aeropuertos. Los vuelos comerciales y de carga pueden operar con mayor puntualidad, lo que se traduce en un ahorro de costos tanto para las aerolíneas como para los pasajeros.

La IA también desempeña un papel crucial en la optimización de rutas. Los algoritmos de IA pueden calcular rutas óptimas que minimizan el consumo de combustible y, por ende, las emisiones de gases de efecto invernadero. Esta eficiencia en el consumo de combustible no solo reduce el impacto ambiental de la aviación, sino que también genera importantes ahorros económicos para las aerolíneas, lo que se traduce en tarifas más competitivas para los viajeros.

La coordinación eficiente del tráfico aéreo es esencial para evitar interferencias y garantizar un flujo constante de aeronaves en el espacio aéreo. La IA facilita esta coordinación al anticipar y resolver conflictos potenciales de manera automática. Además, la IA puede adaptarse rápidamente a cambios en el tráfico o en las condiciones meteorológicas, lo que mejora la seguridad y la eficiencia operativa.

La implementación de la IA en la regulación del espacio aéreo ha impulsado el crecimiento exponencial de la industria de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS), comúnmente conocidos como drones. Estos vehículos aéreos no tripulados han encontrado aplicaciones en una amplia variedad de sectores, desde la logística y la agricultura hasta la cinematografía y la seguridad.

En sectores como la energía, la construcción y la infraestructura, los drones equipados con sensores y cámaras de alta resolución realizan inspecciones detalladas de activos y estructuras. Esto no solo garantiza la seguridad, sino que también reduce los costos operativos y el tiempo de inactividad.

Los RPAS desempeñan un papel crucial en la vigilancia y la seguridad. Pueden utilizarse para patrullar áreas extensas, supervisar eventos en tiempo real y responder a situaciones de emergencia. Su capacidad para llegar a lugares de difícil acceso los convierte en herramientas valiosas para las fuerzas del orden y las agencias de seguridad.

La IA también ha impulsado la aplicación de RPAS en el monitoreo ambiental. Los drones pueden recopilar datos sobre la calidad del aire, la salud de los ecosistemas y los cambios en el clima. Esta información es esencial para la toma de decisiones informadas en la gestión ambiental.

La búsqueda de soluciones de IA ha catalizado la innovación tecnológica en el campo de la aviación. La IA no se limita a mejorar la eficiencia operativa, sino que también ha habilitado el desarrollo de aeronaves más avanzadas y versátiles.

La IA ha permitido el desarrollo de aeronaves autónomas capaces de tomar decisiones en tiempo real. Estas aeronaves pueden adaptarse a situaciones cambiantes y tomar medidas correctivas sin intervención humana. Esto es especialmente relevante en operaciones de rescate, exploración y aplicaciones militares.

Los avances en sensores, como radar, lidar y cámaras de alta resolución, han mejorado drásticamente la percepción de las aeronaves. La IA procesa y analiza datos de sensores en tiempo real, lo que aumenta la capacidad de detección de obstáculos y mejora la seguridad de vuelo.

La IA también ha contribuido a sistemas de navegación más precisos. Los algoritmos de posicionamiento mejorados permiten un vuelo más preciso y una navegación segura en condiciones desafiantes, como áreas urbanas densamente pobladas o terrenos montañosos.

La IA en la regulación del espacio aéreo no solo se traduce en beneficios económicos, sino que también contribuye significativamente al desarrollo sostenible.

La eficiencia en el consumo de combustible y la optimización de rutas permiten reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por unidad de carga o pasajero transportado. Esto es fundamental en la lucha contra el cambio climático y en el cumplimiento de objetivos ambientales internacionales.

La implementación de drones en la entrega de productos puede contribuir a la reducción del tráfico vehicular y, por lo

tanto, a la disminución de la contaminación del aire en áreas urbanas. Además, los drones eléctricos y alimentados por energía renovable están en línea con la transición hacia fuentes de energía más limpias.

La IA en la regulación del espacio aéreo también tiene un impacto significativo en la gestión de emergencias. Los RPAS pueden utilizarse en operaciones de búsqueda y rescate, respuesta a desastres y evaluación de daños. Su rapidez y capacidad de acceso aéreo en áreas peligrosas pueden marcar la diferencia en situaciones críticas.

A medida que la implementación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para RPAS y VSTOL continúa transformando la aviación, surgen una serie de desafíos futuros y tendencias emergentes que deben abordarse de manera rigurosa y proactiva. Estos desafíos no solo reflejan la rápida evolución de la tecnología, sino que también están intrínsecamente vinculados a consideraciones éticas, regulaciones y seguridad operativa.

Uno de los desafíos más emocionantes y complejos es la integración segura de vehículos aéreos urbanos (UAV) en el espacio aéreo de áreas densamente pobladas. Estos UAV, también conocidos como taxis aéreos o aeronaves de movilidad urbana, prometen revolucionar el transporte urbano al proporcionar soluciones de movilidad más rápidas y eficientes. Sin embargo, la coordinación de múltiples UAV en áreas urbanas presenta desafíos únicos relacionados con la seguridad, la gestión del tráfico y la aceptación pública.

La creciente inversión en el desarrollo de UAV y la colaboración entre gobiernos, la industria y las comunidades urbanas están impulsando la creación de marcos regulatorios específicos para la operación de UAV en entornos urbanos. La IA desempeña un papel fundamental en la gestión del tráfico de UAV, asegurando rutas seguras y evitando conflictos en el aire.

La expansión de la aviación no tripulada a nivel internacional plantea desafíos significativos en términos de regulación global y armonización. La IA no reconoce fronteras, lo que hace que la coordinación de regulaciones y estándares sea esencial para garantizar operaciones internacionales fluidas de RPAS y VSTOL. La falta de estándares comunes puede obstaculizar el crecimiento de la industria y dar lugar a inconsistencias en la seguridad operativa.

La tendencia hacia una mayor colaboración internacional es evidente. La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) están trabajando en la creación de normativas globales para la aviación no tripulada. La armonización de regulaciones y la adopción de estándares comunes están en proceso para facilitar las operaciones transfronterizas.

La implementación de IA en la regulación del espacio aéreo plantea cuestiones éticas jurídica complejas. Uno de los desafíos fundamentales es la toma de decisiones autónoma. ¿Hasta qué punto deben las aeronaves no tripuladas tomar decisiones independientes en situaciones críticas? ¿Quién es responsable en caso de accidente? Estas preguntas requieren una consideración ética jurídica.

La ciberseguridad es fundamental para proteger los sistemas de IA utilizados en la regulación del espacio aéreo. Los ataques cibernéticos pueden poner en peligro la integridad de los datos, interferir con la comunicación entre aeronaves y controladores, y comprometer la seguridad de las operaciones. La protección contra amenazas cibernéticas se ha convertido en una prioridad crítica.

La inversión en seguridad cibernética está en aumento. Se están desarrollando sistemas de defensa avanzados y se están implementando medidas de seguridad más sólidas para proteger las redes y sistemas de comunicación utilizados en la aviación. La colaboración entre sectores público y privado es esencial para enfrentar las amenazas cibernéticas.

La proliferación de aeronaves no tripuladas equipadas con cámaras y sensores plantea preocupaciones sobre la privacidad. El monitoreo y la recopilación de datos en áreas públicas y privadas pueden generar inquietudes sobre el uso indebido de la información recopilada y la invasión de la privacidad de las personas.

La protección de la privacidad se ha convertido en un punto focal de la regulación de RPAS y VSTOL. Las regulaciones exigen prácticas de recopilación y almacenamiento de datos transparentes y la obtención de consentimiento cuando sea necesario. La concienciación pública sobre la importancia de la privacidad también está en aumento.

La interoperabilidad y la estandarización son aspectos críticos en la implementación exitosa de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL). Estos elementos son fundamentales para garantizar la seguridad, la eficiencia y la eficacia de las operaciones aéreas en un entorno donde la tecnología y la innovación avanzan a pasos agigantados.

Uno de los desafíos más apremiantes es establecer estándares sólidos para la comunicación entre aeronaves no tripuladas, controladores de tráfico aéreo y otros actores clave. La IA permite la coordinación y la toma de decisiones en tiempo real, pero para que esto sea efectivo, las aeronaves deben ser capaces de comunicarse de manera confiable y comprensible. La falta de estándares puede dar lugar a incompatibilidades y a situaciones potencialmente peligrosas en el espacio aéreo compartido.

La tendencia actual es el desarrollo de protocolos de comunicación estandarizados que permitan la interoperabilidad entre diversos sistemas de RPAS y VSTOL. Estos protocolos se

basan en tecnologías como el Sistema de Identificación y Rastreo (UAS-ID) y el Sistema de Comunicación de Datos por Enlace (Datalink). La colaboración entre la industria y los organismos reguladores es esencial para establecer y mantener estos estándares.

La IA en la regulación del espacio aéreo no se limita a las fronteras nacionales, lo que plantea el desafío de la coordinación internacional. La interoperabilidad entre sistemas y regulaciones de diferentes países es fundamental para permitir operaciones globales seguras y eficientes de RPAS y VSTOL. Sin una coordinación efectiva, pueden surgir problemas de seguridad y obstáculos comerciales.

La tecnología de IA evoluciona constantemente, lo que plantea el desafío de mantener regulaciones y sistemas actualizados y adaptables. Las regulaciones demasiado rígidas pueden obstaculizar la innovación, mientras que la falta de regulación puede poner en riesgo la seguridad. En este sentido, encontrar un equilibrio entre la flexibilidad y la estabilidad es un desafío clave.

La tendencia es la creación de regulaciones y sistemas que sean lo suficientemente flexibles como para adaptarse a la evolución tecnológica. Esto incluye la incorporación de cláusulas de revisión periódica en las regulaciones existentes y la adopción de enfoques basados en el rendimiento, que permiten a las aeronaves demostrar su capacidad de operar de manera segura sin limitar en exceso la innovación.

La creación de normativas globales efectivas es esencial para garantizar la seguridad y la eficiencia en las operaciones de RPAS y VSTOL en todo el mundo. Sin embargo, la diversidad de operaciones, tecnologías y necesidades de diferentes regiones puede dificultar la creación de regulaciones que sean aplicables de manera uniforme en todas partes.

La tendencia es la creación de normativas que establezcan principios fundamentales y objetivos comunes, pero permitan la adaptación a las circunstancias locales. Esto se logra mediante la definición de marcos regulatorios de alto nivel que dejan espacio para la interpretación y la implementación a nivel nacional o regional.

La colaboración entre la industria aeroespacial, los reguladores y otros actores es esencial para abordar los desafíos de interoperabilidad y estandarización. Sin embargo, la colaboración efectiva puede ser complicada debido a intereses comerciales divergentes y competencia en el mercado.

La tendencia actual es el fomento de la colaboración entre la industria y los reguladores desde las primeras etapas de desarrollo. Esto incluye la participación de la industria en la creación de estándares y la cooperación en proyectos de investigación y desarrollo. La colaboración abierta y transparente es fundamental para superar los desafíos técnicos y regulatorios.

La seguridad cibernética es una preocupación crítica en la implementación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL). La dependencia de sistemas altamente conectados y automatizados plantea desafíos significativos en términos de protección contra amenazas cibernéticas.

Casos Exitosos de Implementación de IA

La implementación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL) ha dado lugar a numerosos casos exitosos que demuestran los beneficios sustanciales de esta tecnología en la aviación. A continuación, se presentan algunos de los casos más destacados:

1. Gestión de Tráfico Aéreo Optimizada

En varios países, se han implementado sistemas de IA avanzados para la gestión del tráfico aéreo. Estos sistemas utilizan algoritmos de IA para analizar datos en tiempo real, como la posición de las aeronaves, las condiciones climáticas y las rutas de vuelo previstas. Esto permite una gestión más eficiente del tráfico aéreo, la reducción de retrasos y una mayor capacidad de los aeropuertos.

Un ejemplo notable es el sistema de gestión de tráfico aéreo implementado en el Aeropuerto de Singapur. Utiliza IA para coordinar las llegadas y salidas de aeronaves de manera óptima, minimizando el tiempo de espera en la pista y mejorando la eficiencia en el uso de las pistas de aterrizaje.

2. Mantenimiento Predictivo de Aeronaves

La IA se ha utilizado de manera efectiva para mejorar el mantenimiento de aeronaves. Los sensores a bordo y los sistemas de IA pueden monitorear constantemente el estado de los componentes críticos y predecir cuándo es necesario realizar mantenimiento. Esto reduce el tiempo de inactividad de las aeronaves y aumenta la seguridad.

La aerolínea Delta Airlines ha implementado un sistema de mantenimiento predictivo basado en IA que supervisa miles de componentes en tiempo real. Esto ha llevado a una disminución significativa de las interrupciones operativas debido a problemas técnicos.

3. Detección de Drones No Autorizados

La proliferación de drones no autorizados representa una preocupación de seguridad en los aeropuertos y otras áreas

críticas. Los sistemas de IA han sido implementados para detectar y responder a la presencia de drones no autorizados. Estos sistemas utilizan cámaras y radares avanzados para identificar drones y tomar medidas para evitar colisiones o interrupciones.

El Aeropuerto Heathrow de Londres ha implementado con éxito un sistema de detección de drones basado en IA que monitorea el espacio aéreo circundante y alerta a las autoridades en caso de detectar drones no autorizados.

4. Optimización de Rutas y Consumo de Combustible

Las aerolíneas y operadores de RPAS han implementado sistemas de IA para optimizar las rutas de vuelo y reducir el consumo de combustible. Estos sistemas analizan datos meteorológicos en tiempo real, la congestión del espacio aéreo y otros factores para calcular la ruta más eficiente.

United Airlines ha implementado un sistema de optimización de rutas basado en IA que ha ahorrado millones de galones de combustible y reducido las emisiones de carbono. Esto no solo tiene beneficios económicos, sino que también contribuye a la sostenibilidad ambiental.

5. Gestión de Crisis y Respuesta a Desastres

La IA se ha utilizado en la gestión de crisis y la respuesta a desastres que requieren operaciones aéreas. Los RPAS equipados con sistemas de IA pueden realizar tareas de búsqueda y rescate, evaluación de daños y entrega de suministros en áreas de difícil acceso o peligrosas.

Durante los incendios forestales en California, los RPAS equipados con cámaras térmicas y sistemas de IA se utilizaron para rastrear la propagación del fuego y buscar sobrevivientes en áreas remotas.

6. Monitorización Ambiental y Conservación

Los RPAS habilitados con IA se han utilizado para la monitorización ambiental y la conservación de la vida silvestre. Pueden recopilar datos sobre la biodiversidad, la calidad del agua y la deforestación de manera más eficiente que los métodos tradicionales.

En África, los RPAS con capacidades de IA se han utilizado para rastrear y combatir la caza furtiva de rinocerontes y elefantes. Esto ha llevado a una disminución significativa de la caza furtiva y la protección de especies en peligro de extinción.

7. Aplicaciones Médicas y de Emergencia

La IA ha habilitado aplicaciones médicas y de respuesta a emergencias utilizando RPAS. Estos vehículos pueden entregar suministros médicos en áreas remotas, proporcionar imágenes en tiempo real de escenarios de accidentes y realizar búsqueda y rescate en condiciones peligrosas.

En zonas rurales de África, los RPAS se utilizan para transportar medicamentos y suministros médicos a comunidades aisladas, lo que ha mejorado el acceso a la atención médica.

8. Innovación en la Educación y Formación de Pilotos

La IA se ha incorporado en la formación de pilotos y controladores de tráfico aéreo. Los simuladores de vuelo avanzados utilizan sistemas de IA para recrear situaciones realistas y proporcionar entrenamiento efectivo.

Escuelas de aviación y academias de formación en todo el mundo han adoptado sistemas de simulación basados en IA para preparar a futuros pilotos y controladores de tráfico aéreo de manera más eficiente y segura.

Estos casos exitosos destacan la versatilidad y el potencial transformador de la IA en la regulación del espacio aéreo. Desde la optimización de operaciones aéreas hasta la protección de la vida silvestre y la atención médica en áreas remotas, la IA está cambiando la forma en que interactuamos con el espacio aéreo y cómo abordamos los desafíos globales.

La incorporación de la tecnología en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL) no solo tiene un impacto en la eficiencia operativa, sino que también desempeña un papel crucial en el desarrollo sostenible de la aviación. Esta sección explora cómo la tecnología, incluida la inteligencia artificial (IA), contribuye al desarrollo sostenible en la aviación.

3. Eficiencia Energética y Reducción de Emisiones

1. Optimización de Rutas de Vuelo

La tecnología de IA se utiliza para calcular rutas de vuelo más eficientes, minimizando el tiempo de vuelo y, en consecuencia, reduciendo el consumo de combustible. Esto no solo reduce los costos operativos para las aerolíneas, sino que también disminuye las emisiones de gases de efecto invernadero.

2. Diseño de Aeronaves Más Eficientes

La IA se aplica en el diseño de aeronaves más aerodinámicas y ligeras, lo que reduce la resistencia al aire y el consumo de combustible. Las simulaciones de flujo de aire basadas en IA permiten a los ingenieros optimizar la forma y el peso de las aeronaves.

3. Mantenimiento Predictivo

La tecnología de IA se utiliza para el mantenimiento predictivo de aeronaves, lo que significa que las aeronaves se mantienen en condiciones óptimas. Esto previene fallos inesperados que pueden resultar en vuelos cancelados y operaciones costosas.

4. Reducción de la Congestión del Espacio Aéreo

1. Gestión del Tráfico Aéreo

Los sistemas de IA optimizan la gestión del tráfico aéreo, lo que reduce la congestión en los aeropuertos y en el espacio aéreo. Menos tiempo de espera en tierra significa menos emisiones y un uso más eficiente de la infraestructura.

2. Operaciones de UAV en Entornos Urbanos

La IA facilita la gestión segura de vehículos aéreos no tripulados (UAV) en entornos urbanos. Esto puede conducir a la entrega más eficiente de bienes y servicios, reduciendo la necesidad de vehículos de transporte terrestre y sus emisiones asociadas.

5. Seguridad Operativa Mejorada

1. Detección y Prevención de Incidentes

La IA se utiliza en la detección y prevención de incidentes aéreos. Los sistemas avanzados pueden identificar situaciones de

riesgo y tomar medidas para evitar colisiones, lo que mejora la seguridad operativa.

2. Monitoreo de la Contaminación del Aire

Los UAV equipados con sensores y sistemas de IA se emplean para monitorear la contaminación del aire en áreas urbanas y rurales. Esto permite tomar medidas proactivas para abordar la contaminación y mejorar la calidad del aire.

6. Acceso a Áreas Remotas

1. Entrega de Suministros Médicos

La tecnología de UAV habilitada con IA se utiliza para entregar suministros médicos en áreas remotas o de difícil acceso. Esto puede salvar vidas al proporcionar atención médica en lugares donde el acceso terrestre es limitado.

2. Investigación y Conservación en Áreas Inaccesibles

Los RPAS se emplean en investigaciones científicas y conservación en áreas remotas y peligrosas. Esto permite recopilar datos valiosos sobre la biodiversidad y los ecosistemas sin perturbar el entorno.

7. Innovación en Educación e Investigación

1. Formación de Pilotos y Controladores de Tráfico Aéreo

La tecnología, como los simuladores de vuelo avanzados basados en IA, mejora la formación de pilotos y controladores de tráfico aéreo, lo que resulta en operaciones más seguras y eficientes.

2. Investigación Avanzada

La IA se utiliza para realizar investigaciones avanzadas en la aviación, desde el desarrollo de aeronaves más eficientes hasta la simulación de escenarios de vuelo complejos.

La implementación exitosa de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL) requiere una planificación cuidadosa, colaboración y enfoque en la seguridad.

8. Conclusiones

La implementación de la inteligencia artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo para Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) y Aeronaves de Despegue y Aterrizaje Vertical (VSTOL) marca una nueva era en la aviación. Este trabajo ha explorado los diversos aspectos de esta transformación tecnológica y su impacto en la industria, la seguridad, la eficiencia y el desarrollo sostenible. A continuación, se presentan las conclusiones más destacadas:

1. Transformación de la Industria Aérea

La IA está transformando radicalmente la industria aérea al permitir operaciones más eficientes, seguras y sostenibles. Desde la gestión del tráfico aéreo hasta el mantenimiento de aeronaves y la gestión de datos, la IA se está convirtiendo en un habilitador clave de la innovación en la aviación.

2. Eficiencia Operativa y Reducción de Costos

La implementación de la IA ha llevado a mejoras significativas en la eficiencia operativa. La optimización de rutas de vuelo, el mantenimiento predictivo y la gestión del tráfico aéreo son ejemplos concretos de cómo la IA está reduciendo costos operativos y aumentando la productividad en la aviación.

3. Seguridad Operativa Reforzada

La IA contribuye a una mayor seguridad operativa. La detección de colisiones, la gestión de la seguridad cibernética y la respuesta a incidentes se benefician de la automatización y el análisis de datos en tiempo real. La seguridad de RPAS y VSTOL también se ha mejorado significativamente.

4. Desarrollo Sostenible y Responsabilidad Ambiental

La IA está impulsando el desarrollo sostenible en la aviación al reducir las emisiones, optimizar el uso de recursos y facilitar la monitorización ambiental. Los RPAS habilitados con IA se utilizan en la conservación de la vida silvestre y la respuesta a desastres, contribuyendo a la protección del medio ambiente.

5. Desafíos y Consideraciones Éticas

La implementación de la IA en la aviación no está exenta de desafíos y preocupaciones. La seguridad cibernética, la privacidad de datos, la ética en el uso de IA y la necesidad de regulaciones sólidas son temas cruciales que deben abordarse de manera efectiva.

6. Necesidad de Regulación y Normativas Claras

Es esencial que los reguladores y las agencias de aviación desarrollen normativas claras y específicas para la implementación

de la IA. Estas normativas deben equilibrar la promoción de la innovación con la garantía de la seguridad y la protección de los derechos y la privacidad de los usuarios.

7. Colaboración Multisectorial Fundamental

La colaboración entre reguladores, la industria, la academia y otras partes interesadas es crucial. La aviación es una industria interconectada y global, y la colaboración promueve el éxito en la implementación de la IA.

8. Innovación Responsable

La innovación en la implementación de la IA debe ir de la mano de la responsabilidad ética. Las organizaciones deben desarrollar sistemas de IA transparentes y equitativos que consideren las implicaciones sociales y éticas de sus aplicaciones.

9. Compromiso con la Formación y la Educación

La capacitación y la formación continua son esenciales para aprovechar al máximo la IA en la aviación. Los profesionales deben estar preparados para operar y mantener sistemas de IA de manera segura y eficiente.

10. Potencial Transformador de la IA

La IA tiene un potencial transformador en la aviación que se extiende más allá de la eficiencia operativa. Desde la gestión del tráfico aéreo hasta la innovación en la atención médica en áreas remotas, la IA está cambiando la forma en que interactuamos con el espacio aéreo y cómo abordamos los desafíos globales.

En resumen, la implementación de la IA en la regulación del espacio aéreo para RPAS y VSTOL es un avance

revolucionario que redefine la aviación. A medida que la tecnología continúa evolucionando, la colaboración, la ética y la seguridad seguirán siendo fundamentales para aprovechar al máximo el potencial de la IA en la aviación y garantizar un futuro aéreo más seguro y sostenible.

9. Aspectos jurídicos

Al igual que en la formación del Derecho Aeronáutico, que fue consecuencia de un hecho tecnológico nuevo, como lo fue el de las aeronaves, hoy existe un nuevo hecho, como lo es, la Inteligencia Artificial, que supera la normativa tradicional, en la forma de regular su uso y las consecuencias adversas en su utilización.

Hoy la normativa local-nacional, como, asimismo, los tratados internacionales, no están preparados para este nuevo hecho tecnológico, que la industria, esta utilizando, en forma creciente, encontrándonos con muchos ejemplos en el área aeronáutica, la mayoría en empresas aéreas, de mantenimiento, de fabricación e incluida una autoridad aeronáutica (Singapur), que la utiliza para predecir los atrasos y slots.

Changi manejó 62.2 millones de pasajeros y más de 370 mil aterrizajes y despegues en un año. Tal estadística significa que incluso los retrasos menores pueden sumar muy rápidamente en términos de costos desperdiciados.

La **Inteligencia Artificial (IA)** está ayudando a predecir los tiempos de arribo antes de lo habitual. La solución actual proporciona una predicción cuando la aeronave tarda entre 30 minutos y una hora, pero los equipos de Changi apuntan a desarrollar una solución de IA que pueda hacer **predicciones**

dos horas antes de lo esperado, sobre los tiempos de llegada programados, predichos y reales.

Esta utilización, es meramente el inicio de este camino, en que el problema jurídico, se suscitara cuando, la IA, comience a tomar decisiones autonomas, como lo sería en un TCAS RA, que hoy es lo mas recomendable, dada la experiencia del accidente DHL, sobre el lago Constanza.

Quien es el responsable en caso de mal función de un algoritmo, quien lo diseño, quien autorizo su uso, quien estaba supervisandolo cuando ocurrio un accidente aeronautico, por ejemplo.

Lo anterior, son solo preguntas, que pretendemos resolver en base de nuestras concepciones jurídicas tradicionales de Derecho Penal de autor y de responsabilidad civil clásica.

Se debe avanzar en la creación de uan rama específica del Derecho, para regular, los desafios jurídicos de la Ingeligencia Artificial.

10. Referencias Bibliográficas

Federal Aviation Administration (FAA). (2021). Unmanned Aircraft Systems (UAS) - Frequently Asked Questions. [En línea] Disponible en: <https://www.faa.gov/uas/faqs/>

European Union Aviation Safety Agency (EASA). (2021). EASA's Approach to Artificial Intelligence in Aviation. [En línea] Disponible en: <https://www.easa.europa.eu/newsroom-and-events/news/easas-approach-artificial-intelligence-aviation>

International Civil Aviation Organization (ICAO). (2019). Unmanned Aircraft Systems (UAS) Circular 328-AN/190. [En línea] Disponible en: https://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/ICAO_UAS_Circular328.pdf

Rashed, M. (2020). AI in Aviation: Opportunities and Challenges. *Journal of Aviation Technology and Engineering*, 10(1), 3.

AeroTime News. (2021). AI in Aviation: The Future of Flying. [En línea] Disponible en: <https://www.aerotime.aero/26833-ai-in-aviation-the-future-of-flying>

Airbus. (2021). Skywise - Airbus's AI and Data Platform. [En línea] Disponible en: <https://www.airbus.com/space/space-data-highlights/skywise.html>

Zaloga, S. J., & Cleary, J. G. (2019). Unmanned Aerial Vehicles and Artificial Intelligence. *Journal of Defense Modeling and Simulation: Applications, Methodology, Technology*, 16(2), 195-198.

Rathmell, A. (2021). Artificial Intelligence in Aviation: The Impact on Jobs and Skills. *Aviation Pros*. [En línea] Disponible en: <https://www.aviationpros.com/home/news/21327945/artificial-intelligence-in-aviation-the-impact-on-jobs-and-skills>

Verstraete, D. (2020). Artificial Intelligence in Air Traffic Management: Challenges and Opportunities. *International Journal of Aerospace Engineering*, 2020, 1-15.

Saeed, K., Salman, M., & Lee, J. (2021). Artificial Intelligence in UAV and Robotics: A Review of Current Research. *Sensors*, 21(3), 823.

European Commission. (2021). European Strategy for Data. [En línea] Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-strategy-data>

World Economic Forum. (2020). Digital Transformation of Industries: Aviation, Travel, and Tourism. [En línea] Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Digital_Transformation_Industries_2020.pdf

United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). (2019). Regulation of Traffic in Urban Airspace. [En línea] Disponible en: <https://unece.org/DAM/trans/roadsafe/pevt/PEVT-UN-Guidelines-Regulation-Urban-Air-Mobility.pdf>

International Air Transport Association (IATA). (2021). IATA Economics: Key Issues in the Airline Industry. [En línea] Disponible en: <https://www.iata.org/en/publications/economics/>

Sishtla, S., & Markman, M. (2020). Drone Technologies and Applications: A Review. *Drones*, 4(4), 55.

Federal Aviation Administration (FAA). (2020). FAA UAS Data Exchange. [En línea] Disponible en: https://www.faa.gov/uas/data_exchange/

European Commission. (2020). Drones in European Skies: Safety, Security and Data Protection. [En línea] Disponible en: https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2020-09-24-drones-european-skies_en

Airports Council International (ACI) World. (2020). Airport Collaborative Decision Making. [En línea] Disponible en: <https://aci.aero/aci-world-policies-recommendations/airport-operations/security/collaborative-decision-making-cdm/>

International Transport Forum. (2019). Urban Traffic Management and Drone Deliveries: A Simulation Study. [En línea] Disponible en: <https://www.itf-oecd.org/urban-traffic-management-and-drone-deliveries-simulation-study>

Mo, D., Wang, X., & Han, Z. (2020). AI and 5G-Enabled Low-Altitude Air Traffic Management for Urban Air Mobility. *IEEE Network*, 34(6), 180-186.

Voos Suborbitais: Necessidade de Regulamentação Nacional e Internacional

Valnora Leister

Mestre (LLM) e Doutora (DCL) pelo Instituto de Direito Aéreo Espacial da Universidade McGill, Montreal, Canada, e Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. É membro da Ordem dos Advogados do Brasil- OABSP, do Instituto de Direito Internacional (Comite de Direito Espacial - ILA), do Instituto Internacional de Direito Espacial (IISL), da Associação de Estudos da América Latina (LASA), e da Associação de Estudos Brasileiros (BRASA).

Introdução

Estudos sobre a indústria espacial comercial indicam que cresceu US\$ 546 bilhões em 2022. Um crescimento adicional de 41% é esperado nos próximos 5 anos^[1]. O Brasil espera ter uma fatia deste mercado crescente. Em março passado o Centro Espacial de Alcântara (CEA) lançou o primeiro voo comercial suborbital de uma *start-up* Sul-coreana INNOSPACE. Maior participação do setor privado no CEA é antecipada.

O objetivo deste estudo é de discutir o conceito de voos suborbitais, seus principais usos, ou seja, militar, científico e comercial, e as expectativas de rendas geradas pelo turismo comercial espacial, que é o seu uso mais recente. Analisamos, também, os esforços dos organismos nacionais, regionais e internacionais – a Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO) e o Comitê dos Usos Pacíficos do Espaço Exterior da Organização das Nações Unidas (UN-COPUOS) – em regular os voos suborbitais. Enquanto não existe um regime internacional específico para atividades suborbitais, cada país tem o direito de regular os voos que sejam lançados e operados dentro do seu território e decidir se estes voos devem ser considerados voos aéreos ou lançamentos espaciais. Uma certeza jurídica sobre estas atividades trará maior participação do setor privado nas operações do CEA.

1. Fortune: The commercial space business is expected to grow rapidly over the next five years. July 24, 2023 Loren Grush, Tyler Kendall and Bloomberg.

O que é um voo suborbital?

O voo suborbital não atinge velocidade suficiente para entrar em órbita e circular o planeta Terra; parte e retorna à atmosfera a partir de um mesmo ponto.^[2] Nos voos suborbitais a nave chega ao espaço, mas não atinge uma altitude em que possa entrar em órbita, não efetuando uma revolução orbital completa, mas atingindo uma distância de cerca de 100Km, onde as pessoas não sentem a força gravitacional.^[3] Embora não exista uma delimitação entre o espaço aéreo e o espacial, a Federação Aeronautica Internacional (FAI), reconhece a *Karman Line* - 100 quilômetros a partir do mar - como uma demarcação, a qual não é reconhecida universalmente. A NASA (*National Air and Space Administration*) e a FAA (*Federal Aviation Administration*) nos EUA definem o limite como 50 milhas, ou seja, quando não existe mais a força gravitacional (*Low Earth Orbit*).

Os voos suborbitais tradicionalmente são usados para fins militares e científicos, só recentemente começaram a ser usados para fins comerciais turísticos.

Qual é a legislação aplicável a Voos Suborbitais?

Não está claro se estas atividades deveriam ser de alçada da aviação ou do espaço,^[4] uma vez que não existe uma delimitação clara entre o espaço aéreo e sideral.^[5] Questionou-se que os tratados

2. G1 14/9/21- Voo Orbital e Suborbital entenda as diferenças da Space X para as de Bezos e Branson (Astrofísica do Centro Universitário FEL, Cassio Barbosa)

3. https://www.unoosa.org/pdf/limited/c2/AC105_C2_2010_CRP09E.pdf

4. Tanja Masson-Zwaan e Rafael Moro-Aguilar "Regulating private human suborbital flight at the international and European level: Tendencies and Suggestions: <https://doi.org/10.1016/j.actaastro.2012.11.002>

5. Olavo de Oliveira Bittencourt Neto, tese.usp.br, Limite Vertical à Soberania dos Estados, Fronteira entre Espaço Aéreo e Untraterrestre, São Paulo, Maio 2011.

espaciais ou da aviação, não cobrem o uso destes veículos-foguetes, que são uns híbridos, entre aeronaves e foguetes.^[6] Na ausência de regulamentação internacional, cada estado tem o direito soberano de regular os voos suborbitais realizados na sua zona aéreo-espacial.

Voos Suborbitais Militares e Científicos.

Os voos suborbitais mais tradicionais são os militares/científicos, que muitas vezes carregam experimentos para a Força Aérea.

No Brasil, em 2016 a Força Aérea Brasileira (FAB) lançou do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA), hoje Centro Espacial de Alcântara (CEA) um foguete suborbital que levou a bordo 8 experimentos científicos e tecnológicos. Em março deste ano (2023) foi lançado o foguete sul-coreano HANBIT-TLV, o de número 500 do CLA^[7]. O veículo levou a bordo carga útil desenvolvida 100% no Brasil em um vôo suborbital que durou 4 minutos e 33 segundos. A operação Astrolábio^[8], é o resultado da parceria entre o Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial – DCTA - e a empresa sul-coreana INNOSPACE, e demonstra a capacidade nacional em desenvolver tecnologias espaciais e lançar foguetes. No Brasil, o Programa Estratégico de Sistemas Espaciais (PESE) no Ministério de Defesa, seria o responsável pelos voos suborbitais de interesse militar; mas os voos de caráter científico/comercial, como da INNOSPACE, seriam regulados pela Agência Espacial Brasileira (AEB).

6. <https://www.igi-global.com>

7. www.fab.mil.br

8. A Operação Astrolábio, testou o voo do motor sul-coreano, o sistema de propulsão híbrida usado no veículo e o Sistema de Navegação Inercial Brasileiro (SISNAV) Daniella Cassita, 20/3/2023.

Nos EUA, a Força Aérea está explorando voos suborbitais para incluir tropas e carga em campos de batalha (*starship troopers*). Este sistema poderia enviar tropas especiais para zona de guerra distantes e poderiam ser usados para levar carga para zonas de guerra e zonas de desastres naturais.^[9] Na China, a *Aerospace and Technology Corporation (CASC)* realizou testes secretos com veículos suborbitais e orbitais a partir do Centro de lançamento de Satélites de Jiuquan entre 2020 e 2021.^[10]

Como são regulados internacionalmente os voos suborbitais militares/científicos?

Na área internacional, o Tratado do Espaço de 1967 dispõe sobre as normas aplicáveis às atividades espaciais. Num artigo sobre a Política Espacial e o Tratado do Espaço, o Prof. José Monserrat lembra a razão fundamental que levou à assinatura deste Tratado: “*Não levar ao espaço a rivalidade entre as grandes potências existentes na Terra (Resolução 1472 (XIV) da Assembleia Geral da ONU de 12/12/1959).*”^[11]

A ONU pretende criar normas para regular as atividades suborbitais militares e evitar uma guerra espacial. Esta intenção foi divulgada em maio de 2021.^[12] Este seria o primeiro esforço de criar normas de conduta espacial em mais de 50 anos quando foi acordado o Tratado do Espaço de 1967. O líder da iniciativa David Edmondson, chefe da Política de Segurança Espacial do Reino Unido, disse: “*Neste momento, as pessoas envolvidas no setor aeroespacial não têm regras em que se basear*”.

9. <https://taskandpurpose.com/news>

10. Canaltech.com.br

11. José Monserrat Filho, A Política espacial e o Tratado do Espaço, sul21.com.br, 27/10/2016.

12. Olhardigital.com.br por Rafael Arbulu 08/11/2021

Recentemente, a Conferência sobre Mudança Climática, *Juntos para o nosso Planeta*, COP26^[13] da ONU, em Glasgow, Escócia, promoveu a votação em relação às propostas internacionais de segurança internacional e desarmamento, com aprovação massiva: 163 votos a favor, oito contrários e nove abstenções. Os EUA estão entre os apoiadores, mesmo que seu investimento no setor militar seja não só o maior do mundo, mas também esteja acima do valor somado dos outros nove países do “top 10”.^[14] Este grupo da ONU espera chegar a um consenso sobre regras de conduta no espaço, além de identificar pontos pendentes para investigações futuras.

Entre os que votaram negativamente, porém, estão Rússia e China, por acreditarem que tal proposta faz pouco pela proteção do espaço. A Rússia vem, há anos, promovendo esforços para a criação de um tratado internacional que proíba qualquer tipo de posicionamento de armas no espaço – atualmente, apenas armamento nuclear é proibido pelo Tratado do Espaço de 67. Tratados – ao contrário de resoluções – têm maior peso legal e seu cumprimento pode ser fiscalizado e garantido de forma mais eficaz.

De acordo com Victoria Samson, diretora da Fundação Mundo Seguro,^[15] existe hoje um consenso pela criação de normas não vinculativas, ou seja, se violadas, não há necessariamente uma punição para uso do espaço, em vez de um conjunto de regras que seja de cumprimento obrigatório. Sobre a votação acima, ela disse estar “cautelosamente empolgada,” pois entende que a ONU está, aos poucos, mudando de ideia quanto a esse consenso. Segundo ela, um dos grandes problemas, é o emprego de tecnologias de uso ambíguo: ainda que algumas atribuições militares exijam a presença de satélites de classificação também militar, “80% das comunicações

13. www.un.org

14. <https://olhardigital.com.br/2021/11/05/ciencia-e-espaço/onu-normas-para-o-espaço/>

15. Swfound.org

entre exércitos envolve uma variedade grande de satélites comerciais, que poderiam eventualmente ser considerados alvos de adversários”. Em outras palavras, sem a ONU reforçar regras de uso do espaço, uma guerra que use algum tipo de ataque orbital pode trazer impactos negativos a quem não tem nada a ver com o conflito.^[16] Alguns autores promovem um sistema internacional de governança espacial, como o mecanismo para prevenir que o espaço se torne um palco de conflitos que possam afetar toda a humanidade.^[17]

Voos Suborbitais Turísticos

Faz mais de 60 anos que Yuri Gagarin se tornou o primeiro ser humano no espaço, e mais de 600 astronautas treinados chegaram ao espaço,^[18] mas a ideia de turista espacial é inovadora. Já em 2019 a NASA havia anunciado o início de voos turísticos para a Estação Espacial Internacional com o uso do *SpaceX* e o *Boeing Starliner*, incluindo astronautas do público. Alan Stern, ex-Administrador na área de Ciencia da NASA havia declarado: “*Um novo tipo de voos espaciais humanos emerge. É uma atividade que poucos anteciparam, mas já estava bem debaixo do nosso nariz..*”^[19]

O “turismo espacial” em voos suborbitais com a participação de pessoas que não sejam parte da tripulação (astronautas) passaram a atrair companhias espaciais, que incluem: *Blue Origin*, fundada por Jeff Bezos em 2000 e em 2004, *Space X* criada por Elon Musk e *Virgin Galactic* por Richard Branson. Estas

16. Ibid note 13.

17. Astro politics, The International Journal of Space Politics and Policy, Threats to Peaceful Purposes of Outer Space: Politics and Law, Ram S. Jakhu, Kuan-Wei Chen and Bayar Goswami, 6 April, 2020.

18. NPR, *Human Space Traveler number six hundred is Launched into Orbit*, 10 Nov 2021.

19. www.thespaceview.com/article/1589/1.

companhias esperam contribuir ao desenvolvimento espacial ao mesmo tempo em que tornam em realidade a possibilidade de um setor comercial espacial bem dinâmico.^[20]

Em 11 de Julho de 2021, a *Virgin Galactic VSS Unity* (foguete-avião) levou Branson e mais 5 passageiros a uma distância de 85 quilômetros da Terra, utilizando o lançador *SpaceShipTwo*, que chegou à altitude espacial com a nave *White Knight Two* que deslizou de volta para a Terra com um pouso tradicional de avião.^[21] Em seguida no mesmo ano, em 20 de Julho, *Blue Origin*, com seu veículo espacial *New Shepard*, atingiu uma altitude de 106 quilômetros, levando o próprio Bezos, seu irmão e mais 2 passageiros, o mais velho e o mais jovem a chegarem ao espaço. A nave chegou ao espaço e retornou verticalmente, ao contrário da *Virgin Galactic*. Os passageiros destes voos experimentaram alguns minutos de flutuação na microgravidade, e viram a Terra contraposta à escuridão do espaço. Em setembro do mesmo ano, *Space X* de Elon Musk levou 4 passageiros civis para a órbita do planeta Terra com a missão do *Inspiration4*. Os passageiros passaram 3 dias em órbita com uma altitude de 590 quilômetros.^[22] Nesta ocasião Elon Musk anunciou: “*Esta missão é um marco para tornar o espaço acessível para todos.*”^[23]

Estas atividades tem inspirado outros países. Por exemplo, o Governo regional de Portugal aprovou a estratégia dos Açores para o Espaço, que preve o lançamento de voos suborbitais a partir de outubro de 2023. Declarou que as operações devem ser assumidas pelo setor privado.^[24] Por outro lado, a empresa

20. Martin, Anne-Sophie and Freeland, Steven. “*A Round Trip to the Stars? Considerations for Space Tourism*” *Air and Space Law* 47, n2 (2022): 261-284.

21. *Virgin Galactic: Space Tourism Takes Off with Branson’s Inaugural Flight*, *The Conversation* 2 Dec. 2021.

22. Space Flight Now, Four Civilians Space Travelers back on Earth after Landmark Flight, 18 Sept 2021

23. www.space.com/spacex-unveils-inspiration4-all-private-spaceflight

24. <https://cnnportugal.iol.pt/voos-suborbital> Agência Lusa 20/12/2022

chinesa *Space Transportation* pretende oferecer voos suborbitais de um ponto a outro da Terra por meio de um “*foguete com asas*”, que serviria tanto para o turismo espacial como viagens na Terra por meio de voos suborbitais.^[25] O primeiro voo tripulado chines deve acontecer em 2025.

Como foram autorizados estes 3 voos espaciais turísticos nos EUA?

Estas 3 companhias – *Virgin Galactic*, *Blue Origin* e *Space Exploration Technologies (Space X)* – tiveram seus voos autorizados pelo *Office of Commercial Space Transportation do Federal Aviation Administration – FAA* dos Estados Unidos.^[26]

Estas atividades foram autorizadas em caráter experimental. A FAA emite estas autorizações tendo em vista as salvaguardas para proteger o público que não participa diretamente desta aventura. Por enquanto a FAA não pode regular sobre a segurança dos participantes nestes voos espaciais comerciais. O processo de licenciamento está em um período de *moratorium*, a fim de que se possa aprender sobre as características destes voos antes de emitir regulamentação específica. As indústrias espaciais compartilham esta opinião: “*Há necessidade de ter bastante informação sobre os riscos para poder regular.*”^[27] O período de *moratorium* expira em 1 de Outubro de 2023, e não está claro se este período será prorrogado pelo Congresso dos EUA.

25. Olhardigital.bom.br

26. Ibid nota 5.

27. Poli Space discussion: Beyond Earth, Jeff Foust, July 5, 2023.

Futura Regulamentação dos Voos Comerciais Suborbitais

Estados Unidos da América (EUA)

Os Estados Unidos foram pioneiros na regulamentação de voos espaciais comerciais. Em 2004 o *Commercial Space Launch Amendments Act* modificou a Lei Espacial doméstica dos EUA. A autorização de voos comerciais suborbitais com finalidade turística, se dá através da licença para o lançamento e pelo *consentimento bem informado* dos participantes nestes voos (turistas). Como indicado no parágrafo acima o período de *moratorium* expira em 1 de Outubro 2023 e ainda não está claro se será prorrogado pelo Congresso dos EUA.

Uma pesquisa da NASA de Maio de 2019, descreve bem os requisitos para a segurança dos participantes a bordo de veículos de lançamento que sejam re-utilizados (*Safety of Spaceflight Participants Aboard Suborbital Reusable Launch Vehicles- Background Research*) comparando com os requerimentos para a segurança de veículos submersíveis no fundo do mar.^[28] Em Abril de 2023 a FAA estabeleceu um Comitê Aeroespacial Regulamentador (SpARC) para colaborar com a indústria no desenvolvimento de normas para estas atividades e estimar os custos de possíveis regulamentações futuras para a segurança de participantes de voos espaciais.

A expectativa é de que este Comitê submeta estes regulamentos no verão de 2024 (Junho-Agosto). No momento a lei federal requer destes participantes “*Informed Consent*” ou seja, que estes participantes no voo espacial, no caso, turistas, estejam cientes dos riscos e perigos envolvidos no lançamento e re-entrada destes voos espaciais. O operador do voo deve informar aos participantes que o governo dos EUA não certificou o lançamento da nave

28. Ntrs.nasa.gov. Esta pesquisa da NASA se refere as guias da IAASS.org.

espacial como segura para transportar seres humanos. O operador deve explicar os aspectos técnicos do voo aos passageiros e manter os formulários de consentimento dos passageiros. A FAA verificará que os formulários de consentimento estejam preenchidos e assinados antes do lançamento.^[29]

Dr. Tanja Masson-Zwaan, num artigo sobre a questão de seguro para estes turistas espaciais, indica que é possível que estes passageiros optem por comprar um seguro de vida para este tipo de viagem, mas que ainda não existe informação sobre este tipo de seguro. Ela acredita que quando este tipo de seguro de vida for mandatário para os turistas espaciais, a indústria de seguro será pragmática e poderá colocar as apólices de seguro no mercado de aviação e/ou espacial.^[30]

Em 13 de Julho passado, o Comite do Congresso dos EUA, *Committee on Science, Space and Technology*, ouviu as perspectivas sobre o estado da indústria espacial comercial dos EUA, e as considerações de futura legislação que o Comitê poderá considerar. Dr. Josef Koller^[31] testemunhou que um enfoque holístico, que considere a segurança espacial das pessoas, e a coleta de dados resultantes destas atividades para análise, é importante para projetar o crescimento da economia espacial. Enfatizou que nenhuma regulamentação pode prevenir acidentes. Identificou princípios a serem seguidos: revisão por terceiros para identificar “*blind spots*” e acrescentou um componente de cooperação internacional.^[32]

Convém observar, que operações fora da atmosfera, não são objeto da FAA; somente regulamentos de lançamento e

29. www.faa.gov Human Spaceflight

30. Tanja Masson-Zwaan, *Private Law Aspects of Suborbital Flights: Second- and Third-party Liability and Insurance*, 87 *J. Air L. & Com.* 413 (2022).

31. Founder of the Space Safety Institute

32. The Vision of a Space Safety Institute, www.unoosa.org.

re-entrada estão sobre o controle da FAA. O governo dos EUA precisa clarificar se a FAA teria capacidade para regular atividades comerciais inovadores como turismo, serviços no espaço, etc, ou se estas funções caberiam a outra agência governamental. No dia 27 de Julho passado, a FAA estabeleceu um Comitê para estudar o regulamento de segurança dos passageiros a bordo de voos espaciais. Minh Nguyen, Diretor Executivo do *Office of Commercial Space Transportation* da FAA e Mary Lynne Dittmar, que supervisiona as relações de Axiom Space, com sede em Houston, presidirá este Comitê^[33].

Brasil

A parceria com a empresa Sul-coreana INNOSPACE inaugurou o uso de CEA por uma empresa privada. A *star-up* sul-coreana assinou com o DCTA um acordo de cooperação de 48 meses, que preve voos de teste; o voo suborbital aconteceu em março, 2023. Para estar preparada para esta nova fase de atividades com o setor privado, a AEB^[34] em 31 de agosto de 2021 publicou a Portaria nº 698, que instituiu o Regulamento para o Licenciamento de Operador de Atividades Espaciais e para Autorização de Lançamento no território brasileiro.^[35] Os requisitos para a regulamentação de voos espaciais são baseados nas norma FAA (*Federal Aviation Administration* dos EUA), FAA 14 CFR parte 450 (Racionalização dos requisitos de licenciamento de lançamento e reentrada) e normas relacionadas divididas em cinco anexos adaptados à legislação brasileira. Procurou-se padronizar a regulamentação brasileira em nível internacional, nos

33. www.axionspace.com

34. AEB-órgão central do Sistema Nacional de Desenvolvimento de Atividades Espaciais (SINDAE), é um órgão público vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), responsável pela formulação, coordenação e execução do Programa Espacial Brasileiro

35. Notícia em parabolic.arc.com por Doug Messier, September 12,2021

mesmos moldes das realizadas no setor aeronáutico.^[36] Não existe ainda disposições sobre a inclusão de turistas nos vôos suborbitais comerciais – mas com o aumento do interesse do setor privado, principalmente *Virgin Orbit* (parte do grupo *Virgin Galactic*) no CEA, o Brasil em breve deverá considerar esta questão, que é pauta dos foros internacionais.

União Européia (UE)

Em 2009, o programa espacial europeu considerou o futuro do transporte por alta-altitude e alta velocidade (FAST20XX) e analisando o estado legal de voos privados suborbitais transportando seres humanos, e questionando se tais atividades deveriam ser de alçada da aviação ou do espaço.^[37] Questionou-se que os tratados espaciais ou da aviação, não cobrem o uso destes veículos-foguetes. Na ausência de regulamentação internacional cada estado tem o direito soberano de regular os voos suborbitais com carga humana realizados na sua zona aéreo-espacial. Como observamos nos parágrafos anteriores, nos EUA a agência encarregada por voos espaciais comerciais é a FAA e no Brasil a AEB. Na Europa, estes voos foram considerados pela ESA (Agencia Espacial Europeia) e pela Agencia de Segurança da Aviação Europeia (EASA) como atividade de competência da EASA. Finalmente, considerou-se que estas atividades suborbitais são *sui-generis*, e requerem um novo regime de regulamentação a nível nacional, regional e internacional da aviação e do espaço exterior, ou seja, exigem uma coordenação entre a Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO), e o Comitê dos Usos Pacíficos do Espaço Exterior da ONU

36. A Licença de Operador de Lançamento é um ato administrativo de competência da AEB, concedido a uma única pessoa jurídica, associada ou consorciada, com sede ou representação no Brasil, para permitir a execução de atividades espaciais de lançamento a partir do território brasileiro. A licença terá prazo de 5 (cinco) anos, podendo ser renovada por períodos iguais e sucessivos. Autorização de Lançamento é o ato administrativo que visa conceder a liberação de atividades de lançamento espacial ou conjunto de lançamentos espaciais em território brasileiro.

37. Tanja Masson-Zwaan e Rafael Moro-Aguilar “Regulating private human suborbital flight at the international and European level: Tendencies and Suggestions: <https://doi.org/10.1016/j.actastro.2012.11.002>.”

(UNCOPUOS). Mas enquanto as regras adequadas são discutidas em diversos fóruns, a Associação Internacional para o Avanço da Segurança Espacial (*International Association for the Advancement of Space Safety- IAASS*), localizada nos Países Baixos, publicou em 2013 um Manual de Segurança Suborbital, pelo seu Comitê Técnico. A decisão de preparar o Manual foi baseada no fato de que os voos suborbitais comerciais e turísticos não se enquadram nos atuais padrões de segurança para atividades espaciais e nem nos padrões dos regulamentos aplicáveis à aviação. A Associação espera que este Manual sirva de base para as futuras regulamentações da ICAO e do UNCOPUOS.^[38] Em Portugal, a Universidade Nova de Lisboa criou em 2018 o Centro de Investigação de Direito Espacial – SPARC -^[39] para sensibilizar os estudantes sobre estas novas questões de Direito Espacial.

Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO)

Em 2005 a ICAO realizou um estudo sobre o conceito de voos suborbitais que foi enviado para a consideração do UNCOPUOS.^[40] O estudo se refere ao voo privado experimental em 2004 da *SpaceShipOne*, o primeiro veículo que completou dois voos sub-orbitais dentro de 2 semanas, com o peso equivalente a 3 humanos e alcançando distância de 100km; re-entrou a atmosfera flutuando por 20 minutos antes de aterrizar no local de que partiu. O estudo analisa se este voo seria enquadrado nas normas da Convenção de Chicago e se o veículo poderia ser considerado “Avião” ou “Aeroplano” (emenda 2 ao Anexo 7 da Convenção). Consideraram que durante o voo inicial poderia ser considerado avião, mas tem também características de foguete – se for considerado *avião* poderia seguir regras da

38. www.iaass.org

39. sparc@cedis.fd.unl.pt

40. C-WP/12436

Convenção de Chicago para registro, certificação, licença do piloto e requerimentos operacionais. Quanto à lei espacial, o Tratado do Espaço (1967) determina que atividades privadas devem ser autorizadas e supervisionadas pelo Estado membro. Por sua vez, a Convenção sobre Registro (1975), especifica que o veículo deve ser registrado com o estado lançador que deve informar o secretário geral da ONU, que manterá um registro dos lançamentos. Esta convenção também indica que só se aplica a *objetos lançados na órbita terrestre ou além desta*. A Convenção sobre Responsabilidade (1972) não menciona o limite vertical de voos suborbitais no espaço aéreo. Convém notar que a questão de delimitação do Espaço Exterior vem sendo debatida na ONU desde 1962 sem que uma definição oficial seja aceita pelos membros.

Na 13ª. Conferencia da ICAO sobre navegação aérea de 9 a 19 de outubro de 2018, os EUA apresentaram um relatório sobre o regime aplicado a voos suborbitais em relação ao uso de espaço aéreo da aviação civil.^[41] O relatório conclui que nos EUA, voos suborbitais são considerados espaciais e não são obrigados a serem certificados como aviões ou aeroplanos pela FAA ou outra agencia governamental dos EUA. O escritório de transporte espacial coordena os lançamentos e re-entradas com a Organização de Controle de Trafico da FAA e os controladores gerenciam as operações. A região dos lançamentos e voos é segregada e não cria impacto a voos nacionais e internacionais. As autorizações são baseadas na lei espacial e internacional. Para os voos sub-orbitais o governo dos EUA aprovou um acordo de responsabilidade compartilhada com as companhias envolvidas no lançamento e re-entrada, para cobrir perdas resultantes de danos a terceira partes e propriedade federal. Com a aprovação do Congresso, existe

41. ICAO AN-Conf/13-WP/272

uma aliança das companhias e o governo com relação ao seguro para cobrir danos. Quanto a passageiros turísticos nestes voos, a política difere da aviação, visto que só se requere um *consentimento informado* sobre os riscos do voo, sem direito a indenização. Esta política adotada pelos EUA, dá a indústria flexibilidade para funcionar sob o domínio do espaço, enquanto coordena com a aviação o uso do espaço aéreo para o lançamento espacial e as atividades de recuperação do veículo.

Os estados soberanos, membros da ICAO, podem usar o modelo dos EUA ou outro esquema que lhe seja mais favorável, enquanto um acordo internacional sobre a matéria são for implementado.

Comitê dos Usos Pacíficos do Espaço Exterior das Nações Unidas (COPUOS)

Em 17 February, 2021, devido ao crescimento das atividades suborbitais comerciais e científicas, envolvendo o transporte de pessoas, o COPUOS enviou aos estados membros, à ICAO, à Universidade Espacial Internacional e à Sociedade Internacional de Fotometria e Sensoriamento Remoto,^[42] um questionário sobre estas atividades. Um resumo das principais questões e respostas dos observadores permanentes do Comitê, apontam que:

- a) Quanto a questão da delimitação do espaço exterior, o consenso foi de que ainda não existe uma definição ou delimitação;^[43]
- b) Em relação à pergunta se uma definição de voos suborbitais científicos e comerciais com carga humana traria benefícios para as atuais atividades, a resposta indica que não há um consenso internacional sobre o tema, mas uma definição poderia facilitar as discussões sobre o tema e auxiliar os Estados a definirem

42. UN General Assembly A/AC.105/1039/add.15

43. A/AC.105/1112/add.9.

regras domésticas e oferecer um nível de certeza jurídica para as companhias que atuam na área.

c) Outra pergunta se refere a qual legislação poderia ser aplicada aos voos suborbitais para missão científica e/ou para transporte humano com fins turísticos. As respostas indicam (como notamos nos parágrafos anteriores) que poderia ser uma combinação de regras do direito consuetudinário e lei nacional, assim como as de direito internacional de aviação e do espaço exterior. Além dos EUA, o estudo aponta que a Grã Bretanha^[44] e os Emirados Árabes^[45] já regulamentaram estas atividades nacionalmente, prevendo coordenação entre as agências espaciais nacionais e aeronáuticas.

d) A questão final, seria como uma definição legal de voos suborbitais impactaria o desenvolvimento da lei espacial. O consenso é de que o esforço para chegar a um entendimento comum neste tema seria benéfico para a criação de um mecanismo de implementação de regras internacionais para vôos suborbitais. A definição de voo suborbital proposta pela *International Association for the Advancement of Space Safety* foi sugerida: “*Flight up to an altitude at which the vehicle does not reach its corresponding orbital velocity,*^[46] ou seja, “Voo até uma altitude na qual o veículo não atinje a velocidade orbital”.

Com o intuito de auxiliar os organismo internacionais na regulamentação de vôos suborbitais comerciais (os de caráter militar não são de alçada da ICAO ou do UNCOPUOS) a Associação Internacional de Direito Internacional- ILA (*International Law Association*) através de seu Comitê de Direito Espacial, desde Abril de 2014 tem refletido sobre a atividades espaciais suborbitais. A ILA reconhece que o maior desafio apresentado para a regulamentação desta atividade é a falta de uma delimitação legal entre o espaço exterior e o

44. Department for Transport, Civil Aviation Authority, UK Space Agency, Amanda Solloway MP and the RT Hon Grant Shapps MP, 29 July 2021, www.gov.uk

45. Federal Law n.12 of 2019 on the regulation of the space sector

46. *Guidelines for the safe regulation, design and operation of suborbital vehicles, December 2013.*

espaço aéreo e, conseqüentemente, a dúvida sobre a aplicação da legislação internacional da aviação ou do espaço exterior. Na sua 80ª Conferencia em Lisboa de 19 a 24 de Junho de 2022, seu Comitê de Direito Espacial preparou uma minuta das “Regras sobre Voos Espaciais Suborbitais”.^[47] Estas regras propõem as seguintes definições:

Uma atividade de voo espacial suborbital é qualquer atividade [no espaço sideral] envolvendo um movimento parabólico, voo que não se destina a completar uma órbita ao redor da Terra; b) Um veículo de voo espacial suborbital é qualquer objeto realizando um voo espacial suborbital atividade [que se destina a operar no espaço sideral]; c) Um operador suborbital é a entidade, governamental ou não governamental, que realiza uma atividade de voo espacial suborbital.

As regras definem também a responsabilidade do estado em que o lançamento é efetuado, explicitando que o direito internacional é aplicável às atividades de voos espaciais suborbitais. Dispõem também sobre elementos comuns de autorização destes voos (objetivo, rota, coordenação com o controle de tráfego aéreo, tipo de carga e tripulantes, qualificação do comandante e seguro de responsabilidade civil, e critérios técnicos dos anexos 6 e 8 da Convenção de Chicago), registro dos veículos envolvidos nas atividades do voo suborbital, incluindo local e data, trajetória e altitude, registro de acordo com o direito aéreo aplicável, e detalhes relativos às instalações terrestres utilizadas para atividades de voos espaciais suborbitais.

Esta proposta de regulamentação internacional foi enviada para comentários aos Subcomitês Jurídico e Científico/Técnico do UNCOPUOS; deverá ser debatida e finalizada na próxima reunião da ILA que terá lugar em Delfi, na Grécia em Junho de 2024.

47. 80ª Conferência da International Law Association, realizada em Lisboa, Portugal, de 19 a 24 de junho 2022

Considerações Finais: benefícios dos voos suborbitais para o mercado espacial brasileiro

Desde a sua criação, em 10 de fevereiro de 1994, a AEB tem trabalhado para viabilizar os esforços do Estado brasileiro na promoção do bem-estar da sociedade, por meio do emprego soberano no setor espacial. Um estudo preparado pela AEB^[48] indica o potencial econômico para Brasil proveniente de lançamentos e uso de Alcântara para atividades comerciais. Um setor antes dominado por agências de governos agora é ocupado por companhias e *startups*, que disputam um mercado de bilhões de dólares.^[49]

A entrada do Brasil nesta nova fase da corrida espacial, e no mercado internacional de transporte espacial, suborbital, ocorreu no dia 19 de Março passado, com o lançamento do foguete sul-coreano HANBIT-TLV, o de número 500 do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA). O veículo levou a bordo carga útil desenvolvida 100% no Brasil em um voo suborbital que durou 4 minutos e 33 segundos. A operação Astrolábio^[50], é o resultado da parceria entre o DCTA e a empresa sul-coreana INNOSPACE e demonstra a capacidade nacional em desenvolver tecnologias espaciais e lançar foguetes.

O ex-Presidente da AEB, Carlos Augusto Teixeira de Moura, ressaltou que o CLA já foi concebido com a ideia de abrigar não só o Programa Espacial Brasileiro, mas também outros operadores. *“Concretizamos o ideal lá dos anos 80, pois temos agora um operador privado internacional trabalhando aqui, o que abre a oportunidade de o Brasil efetivamente se inserir no mercado internacional de*

48. www.gov.br/aeb/pt-br

49. www.estadao.com.br/ciencia/ qual sera o lugar do brasil na nova corrida espacial (por redação 28/08/2023)

50. A Operação Astrolábio, testou o voo do motor sul-coreano, o sistema de propulsão híbrida usado no veículo e o Sistema de Navegação Inercial Brasileiro (SISNAV) Daniella Cassita, 20/3/2023.

transporte espacial".^[51] O Diretor-Geral do DCTA, acrescentou que "o lançamento do *HANBIT-TLV* e as parcerias futuras trarão uma série de benefícios, pois são receitas que vêm para o município de Alcântara, para o estado do Maranhão e para o Brasil".^[52]

Várias companhias estrangeiras estudam as possibilidades de fazer seus lançamentos no Brasil: *C6 Launch System Inc* do Canada já obteve licença de operadora brasileira e a *Orion AST*, de Virginia, EUA, estuda a possibilidade de lançamentos para a coleta de lixo espacial. A *Virgin Orbit*, parte do grupo *Virgin Galactic*, do milionário Richard Branson, obteve licença da AEB para operar na base de Alcântara. Esta companhia também abriu uma subsidiária no Brasil.^[53]

Enquanto o interesse no turismo espacial aumenta, aumentam também as possibilidades do Brasil obter uma fatia deste mercado.

Vale notar que o Brasil já teve um turista espacial, Victor Hespanha, o segundo brasileiro a viajar ao espaço. Victor ganhou a viagem espacial em um sorteio entre os compradores de um NFT (token não-fungível), espécie de assinatura digital para objetos e arquivos virtuais. Ele desembolsou cerca de R\$4 mil, usando cripto moedas. Acompanhado de cinco pessoas, ele participou de voo suborbital da companhia *Blue Origin*, do bilionário Jeff Bezos.^[54] Um executivo brasileiro, Bernardo Hartogs, já investiu na *Virgin Galactic*, comprou seu bilhete há 18 anos, e está na lista de espera de um próximo voo do foguete *Unity*. Mais de 800 pessoas já compraram ingressos para fazer turismo espacial.^[55]

51. [www.fab.mil.br/noticias/mostra/40510/PROGRAMA ESPACIAL](http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/40510/PROGRAMA_ESPACIAL) -

52. *ibid*

53. Reuters 27 Junho de 2022 -Virgin Orbit abre subsidiária no Brasil.

54. <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/06/brasileiro-faz-voe-de-10-minutos-no-espaco-pela-blue-origin>

55. BBC news 03/07/2023.

Em maio de 2022 um artigo da *Exame Investe* mostra que as projeções de receita para a indústria espacial crescem. Segundo o estudo do banco Citi ^[56], empresas ligadas ao setor devem movimentar, até 2040, cerca de US\$1 trilhão. Com isso, a popularidade dos foguetes espaciais parece estar indo além das conversas populares e chegando também à rotina dos investidores.

Com estes desenvolvimentos e prospectos de rendas para o setor espacial, chegar a um consenso internacional sobre a regulamentação dos voos suborbitais comerciais, militares e científicos, daria ao Brasil maior segurança jurídica para participar nesta indústria crescente. A reunião da ONU sobre cooperação espacial em fevereiro passado, não chegou a conclusões sobre o problema de usos militares do espaço, principalmente de voos suborbitais. ^[57] Muitos estados consideram ser prioritário receber maior informação sobre estas atividades, como a notificação de pre-lançamento e reentrada e avisos sobre detritos espaciais. Muitas nações reiteraram as suas intenções de banir testes *de anti-satellite missiles (DA-ASAT)*. Mas a Rússia e China continuam relutantes em aceitar estas restrições, e apontam que *SpaceX* tem proporcionado internet para o Iran e *Starlink* tem sido usado na Ucrânia para orientar os drones. As recomendações do grupo da UN- OEWG (Open ended Working Group), deveriam estar finalizados em setembro, 2023, mas parece difícil conseguir consenso na resolução destes problemas.

Neste contexto de tensão internacional, Marco Antonio Chamon assumiu a presidência da AEB em 11 de julho passado, com a missão de exercer diplomacia para que o espaço não se torne um palco de guerras. Chamon, que apresenta qualificações e experiência para navegar a intrincada teia da diplomacia espacial, espera servir de mediador entre os conflitos espaciais existentes, principalmente entre a China e EUA, ambos parceiros do Brasil

56. Maria Clara Dias, 21 de maio 2022, Exame invest.

57. UN Open Ended Working Group OEWG on Reducing Space Threats. <https://breakingdefense.com/2023/02>

no Programa Espacial. Brasil faz parte do programa Artemis com os EUA, para levar voos tripulados à Lua, e tem planos de lançar um satélite em parceria com a China, com previsão de entrar em órbita em 2028. O acordo de sensoriamento remoto com a China, o programa CBERS iniciado em 1999, recentemente entrou na sexta fase(CBERS-6).

A diplomacia espacial também é requerida entre os parceiros do Brasil no BRICS, que fazem parte de uma constelação de satélites das agências espaciais do Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul; o acordo para este projeto foi assinado em junho de 2022.^[58] Na reunião em agosto passado mais 6 membros foram admitidos para o BRICS: Arábia Saudita, Argentina, Egito, Etiópia, Irã e Emirados Árabes Unidos, passando para 11 integrantes. A participação destes países será oficializada em 1 de janeiro de 2024.^[59] Chamon acredita que o Brasil oferece uma liderança para os países com menos tradição espacial, sendo um ponto intermediário entre os países emergentes e os países com grandes orçamentos^[60]. Por outro lado, a Índia, que com poucos recursos, comparada com as grandes potências, pousou na Lua e acaba de lançar satélite para estudar o Sol^[61] representa um modelo inspirador para o Brasil, e parcerias futuras podem ser de benefício mútuo.

Em conclusão, para que futuras parcerias tenham sucesso e o Brasil obtenha uma fatia do mercado comercial espacial suborbital, é necessário que os usos do espaço tenham regras claras, que ofereçam aos operadores privados segurança para seus investimentos.

58. Global times June 22, 22 by Deng Xiaoci

59. G1.Globo.com por Guilherme Mazui e Rafael Holanda 26/08/2023.

60. Daniela Marinho, 29/08/2023, Revista Veja.

61. G1.globo.com by Wesley Bischoff 02/09/2023.

**Turismo Spaziale: Problemi e
Prospettive Turismo Espacial:
Problemática Y Perspectivas**

Michele M. Comenale Pinto

Abstract

Il quadro normativo internazionale sull'attività aerospaziale risale ad una fase storica in cui ancora non si intravedevano opportunità commerciali e ad operare nel settore erano solamente gli Stati, non per ragioni di profitto, ma di prestigio internazionale. Tale disciplina non appare adeguata rispetto alle nuove attività commerciali nello spazio, come il turismo, dai voli suborbitali fino ai pacchetti turistici nelle stazioni spaziali orbitanti o nelle strutture previste sulla Luna. Preso atto come non sia necessariamente il turista spaziale ad essere la parte debole del contratto, appare auspicabile l'adozione di una disciplina di diritto uniforme, non essendo sufficienti leggi adottate da singoli Stati, per quanto con attività spaziali importanti. In particolare, è necessario definire un regime di responsabilità comune, in maniera da evitare, sotto questo profilo, vantaggi concorrenziali ad alcune imprese (e, per quanto concerne la fase di trasporto, sarebbe da considerare un'estensione della disciplina del trasporto aereo).

Parole chiave: Era spaziale; Diritto aerospaziale; Attività commerciali nello spazio; Turismo spaziale; Voli suborbitali; Stazione spaziale internazionale; Resort spaziali; Turista spaziale; Quadro normativo; Necessità di una riforma.

Resumen

El marco regulador internacional del sector aeroespacial se remonta a una fase histórica en la que aún no se vislumbraban oportunidades comerciales y sólo los Estados operaban en el sector, no con ánimo de lucro, sino por prestigio internacional. Esta reglamentación no parece adecuada con respecto a las nuevas actividades comerciales en el espacio, como el turismo, desde los vuelos suborbitales hasta los viajes organizados en estaciones espaciales en órbita o las instalaciones previstas en la Luna. Teniendo en cuenta que el turista espacial no es necesariamente la parte más débil del contrato, parece deseable adoptar una legislación uniforme, ya que las leyes adoptadas por los distintos Estados, por importantes que sean sus actividades espaciales, no son suficientes. En particular, es necesario definir un régimen común de responsabilidad, para evitar, a este respecto, ventajas competitivas a algunas empresas (y, en lo que se refiere a la fase de transporte, habría que considerar una extensión de la disciplina del transporte aéreo).

Palabras clave: Era espacial; Derecho aerospacial; Actividades comerciales en el espacio; Turismo espacial; Vuelos suborbitales; Estación espacial internacional; Centros turísticos espaciales; Turista espacial; Marco normativo; Necesidad de reformas.

Sommario

1. Cenni alle attività spaziali, de iure condito e de iure condendo;
2. Corsi e ricorsi della disciplina della navigazione e dei trasporti;
3. L'offerta di turismo spaziale;
4. Prospettive per il superamento della fase pionieristica;
5. Tipologie di turismo spaziale;
6. I soggiorni sulla stazione spaziale internazionale;
7. Lo status del turista spaziale;
8. Considerazioni conclusive;
9. Principali riferimenti bibliografici.

1. Cenni alle attività spaziali, de iure condito e de iure condendo

Stiamo ormai vivendo una nuova era, quella dei voli spaziali commerciali, e, in genere, della "commercializzazione" dello spazio^[1]. Il contesto induce a riflettere sull'opportunità di adottare un quadro giuridico confacente con l'odierna realtà^[2], che vada al di là di quello adottato, con soluzioni non omogeneamente accettate, agli albori della prima era spaziale, racchiuse nel c.d. "Corpus Iuris Spatialis", originario, che si basava sul presupposto, non più attuale, che gli attori fossero esclusivamente i soggetti del diritto internazionale^[3], e che non potesse farsi riferimento alla disciplina della navigazione, in considerazione delle specifiche

1. () *Ex plurimis*: M. G. Bourély, *Quelques réflexions sur la commercialisation des activités spatiales*, in *Annals Air & Space Law*, 1986, 171, ivi, 174; R. S. Jakhu, *Preface*, nel volume collettaneo a sua cura *National Regulation of Space Activities*, Dordrecht, 2010, VII.

2. () Il riferimento è, in particolare, alle pulsioni per l'adozione degli "Artemis Accords" aperto alla firma il 13 ottobre 2020, su iniziativa degli Stati Uniti d'America, e sottoscritto da altri sette Stati (Australia, Canada, Italia, Giappone, Lussemburgo, Emirati Arabi Uniti e Regno Unito), il cui effettivo rilievo è peraltro non pacifico. In tema, cfr. R. Deplano, *The Artemis Accords: Evolution or revolution in international space law?*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, 2021, 799; T. Masson-Zwaan, M. J. Sundahl, *The Lunar Legal Landscape: Challenges and Opportunities*, in *Air & Space Law*, 2021, 29 ivi, 48 ss.; W. A. Smith, *Using the Artemis Accords to Build Customary International Law: A Vision for a U.S.-Centric Good Governance Regime in Outer Space*, in *J. Air Law Comm.*, 86/2021, 660. V. anche M. M. Comenale Pinto, *Il "diritto vivente" e l'autonomia del diritto della navigazione. Interrogativi agli albori del terzo millennio*, in questa *Rivista*, 2021, 3, ivi, 66 ss. Gli sviluppi appena ricordati inducono a riflettere sulla questione dell'opportunità di definire anticipatamente il quadro giuridico di un determinato fenomeno, prima che si sia verificato nella realtà sociale: sul punto, evidenziando l'approccio contrapposto fra ordinamenti di *civil law* e di *common law*, proprio con riferimento alle attività spaziali, M. de Juglart, *La conquête juridique de l'espace*, in *Annals Air & Space Law*, XIII, 1987, 267, ivi, 268.

3. () Vanno ricordati, in particolare, il Trattato sullo spazio, aperto alla firma a Washington, Londra e Mosca il 27 gennaio 1967 ("Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies") e ratificato dall'Italia il 4 maggio 1972 (ai sensi della l. 28 gennaio 1970, n. 87), nonché (sebbene privo di successo di ratifiche fra gli Stati con effettive potenzialità spaziali) l'Accordo sulle attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 34/68 del 5 dicembre 1979).

caratteristiche dell'attività^[4]. Va preliminarmente osservato che ogni attività spaziale, incluso il turismo spaziale, richiede un trasporto nello spazio^[5], in cui può risolversi completamente, o che può essere finalizzato al raggiungimento del luogo di svolgimento dell'esperienza prevalente.

L'altra premessa necessaria è la constatazione del radicale mutamento del contesto e delle finalità dell'attività spaziale: dallo spirito di avventura e dal pionierismo, oltre che dalla ricerca del prestigio nazionale, si è passati al perseguimento del profitto^[6], in un quadro giuridico che risulta ancora incompleto e frammentario^[7].

Le molteplici ed inevitabili occasioni di contatto fra più ordinamenti insite nelle attività aerospaziale, comprese quelle di carattere turistico, richiedono un'uniformazione normativa, sulla scia di quella ormai consolidata in campo di trasporto aereo e di trasporto marittimo di merci e (sia pure con minor successo) anche di passeggeri^[8].

4. () Significativa, al riguardo, la posizione di R. Quadri, *Introduzione al diritto cosmico*, in *Atti del 1° Convegno nazionale di diritto cosmico (Taormina, 31 ottobre – 3 novembre 1960)*, Milano, 1963, 13, ivi, 15 s.: "[...] non si può prevedere oggi su quali altri e diversi presupposti, non solo tecnici, ma altresì politici, sociali e morali, i problemi giuridici dovranno essere posti". Si tratta di punto di vista che l'illustre autore ebbe modo di esprimere in altre occasioni (v. anche Id., *Prolegomeni al Diritto Internazionale Cosmico*, in *Dir. intern.*, 1959, 260). Al Quadri sembrava che prevalessero (*rectius*, che fossero proponibili), semmai, le similitudini con il "fenomeno della propagazione delle onde hertziane, in quanto fenomeni incoercibili a titolo spaziale o zonale (R. Quadri, *Introduzione al diritto cosmico*, cit., 21). Siffatta costruzione appariva poco convincente in quanto è "[...] ben diversa l'irradiazione nello spazio di pure energie dall'attraversamento di esso da parte di un corpo (veicolo spaziale), la cui navigazione è sotto tale aspetto assai più simile a quella di un aeromobile" (così G. Romanelli, *Aspetti giuridici del volo spaziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 881, ivi, 885).

5. () M. Gaggero Montaner, *Transporte espacial*, in *Revista de derecho comercial*, 2014, 153, ivi, 154 s., che, rileva efficacemente: "No hay actividad espacial que no requiera del transporte, ya se trate de poner un satélite en órbita o recuperarlo, enviar una sonda al espacio, emplazar una estación espacial, y para mencionar una actividad más reciente, enviar turistas al espacio".

6. () Secondo M. J. Morillas Jarillo, *El derecho patrimonial del espacio: de lo público a lo privado; de lo internacional a lo nacional*, in *Nuevos Enfoques del Derecho Aeronáutico y Espacial - XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (ALADA 2014, Málaga)*, a cura di J. I. Peinado Gracia, Madrid, 2015, 373, ivi, 405, "El giro copernicano que la carrera espacial ha experimentado se puede expresar de forma gráfica: los exploradores y pioneros y el espíritu de aventura y de solidaridad de la poética concepción del espacio como patrimonio común de la humanidad dejan paso a los empresarios, inversores, aseguradores y banqueros. Es el spacebusiness, el espacio como un nuevo mercado, con todo lo bueno y lo malo que eso conlleva".

7. () È stato osservato (rilevando un certo parallelismo con quanto è accaduto in materia di droni aeronautici) che: "This situation appears similar to the present stage in the development of Unmanned Aerial System (UAS) where technological advances took place at a far faster pace than envisaged leading to a fragmented regulatory and operational situation which is still not resolved at the present time" (R. Di Carlo, *The regime applicable to space tourism trips: the dream of a reliable integrated air/space traffic management; the point of view of a former air traffic controller*, in *OIDU*, 2018, num. spec., *Le nuove frontiere dello spazio*, a cura di L. Panella, F. Pellegrino, 39, ivi, 40).

8. () E lo stesso vale, sia detto incidentalmente, per il regime della responsabilità verso i terzi. V. in generale T. Masson-Zwaan, *Private Law Aspects of Suborbital Flight: Second- and Third-Party Liability and Insurance*, in *J. Air Law Comm.*, 87, 2002, 413, ivi, 414.

Mi pare che possa ribadirsi a maggior ragione, per le attività spaziali commerciali in generale, e per il turismo spaziale in particolare, ciò che era stato già detto a proposito della disciplina del trasporto convenzionale, che resta circoscritto sul nostro Pianeta: "[...] è opinione comune che il trasporto di cose, nel suo aspetto fenomenico, presenta con grande intensità i concorrenti caratteri, da un lato, di coinvolgere gli interessi di soggetti appartenenti a diversi Stati ed a diverse aree economiche e, dall'altro, di trovare la sua esecuzione in ambiti spaziali sottoposti alla sovranità di più stati, tutti, a vario titolo, interessati ad offrirne una completa disciplina"^[9]. Anzi, aggiungerei, trasporto marittimo e trasporto aereo, per loro natura, come il trasporto spaziale, si svolgono in parte più o meno ampia, in ambiti non assoggettati alla sovranità di alcuno Stato (alto mare; spazio aereo sulla verticale dell'alto mare; spazio cosmico). Se, per le ragioni prima menzionate, è stato ritenuto "[...] naturale che i vari profili della normativa del trasporto, non esaurendosi in tutti i loro elementi oggettivi e soggettivi all'interno di un unico ordinamento giuridico o di una sola logica economica, risentano particolarmente del modo di essere dei vari ordinamenti giuridici degli Stati in qualche modo collegati alla spedizione marittima, aerea, ferroviaria o stradale"^[10]. Ne deriva l'esigenza che gli Stati si adoperino per prevenire i conflitti di legge^[11], in particolare attraverso l'adozione di una normativa uniforme, mediante apposite convenzioni internazionali^[12]. Sarebbe quindi opportuno che, almeno per i profili giuridici più rilevanti^[13],

9. () Così: S. M. Carbone, *Il diritto uniforme in tema di trasporti ed il suo ambito di applicazione nell'ordinamento italiano: Casi e materiali*, in *Dir. maritt.*, 1978, 359.

10. () Così: S. M. Carbone, *op. loc. cit.*

11. () Cfr. A. Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, 13.

12. () Per le ragioni che sembrano militare a favore del diritto materiale uniforme, piuttosto che dell'armonizzazione delle norme di conflitto, v. A. Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, cit., 18 ss.; P. Ivaldi, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990, 14.

13. () Gli strumenti di diritto uniforme in materia di trasporto sono stati concepiti *ab origine* come recanti norme (inderogabili) soltanto su alcuni degli aspetti coinvolti dal rapporto (in genere responsabilità e documentazione del trasporto ai fini della responsabilità), come del resto è reso evidente dalle intestazioni della maggior parte di esse, che fanno riferimento alla "*unification de certaines règles*" (si possono qui citare come esempio, certamente non esaustivo, le convenzioni di Varsavia del 1929 e di Montreal del 1999 sul trasporto aereo): in tema, cfr. G. Romanelli, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, ne *Il cinquantenario del codice della navigazione*, a cura di L. Tullio e Deiana, Cagliari, 1993, 221, ivi, 233; E. G. Rosafio, *Il trasporto aereo di cose. Riflessioni sul nuovo regime legale*, Milano, 2007, 46 ss. Sul contenuto normativo delle convenzioni di diritto uniforme, cfr. G. Romanelli, *Principi comuni del diritto dei trasporti*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, 1994, 1315, ivi, 1316.

le principali attività di natura privata in ambito spaziale siano oggetto di discipline uniformi, al di là delle iniziative prese a livello di singolo Stato, che pure abbia importanza predominante nel settore^[14].

Per far fronte alle nuove esigenze di carattere economico e finanziario, nell'ottica della commercializzazione, la comunità internazionale, sotto l'egida dell'Unidroit, si è data uno specifico strumento di diritto uniforme in tema di diritti di garanzia, per favorire l'accesso al credito, in materia di beni spaziali, nel quadro della convenzione di Città del Capo del 16 novembre 2001, il protocollo di Berlino del 9 marzo 2012 ("Protocol to the Convention on International Interest in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets", generalmente noto come "Space Protocol"), che si affianca ad altri strumenti che riguardano i beni mobili strumentali (prevalentemente, non a caso, veicoli) (^[15]), e che, ad onor del vero, non ha avuto, almeno fino a questo momento, particolare successo, non avendo neanche raggiunto le condizioni per entrare in vigore^[16].

14. () G. Díaz Rafael, *Aspectos jurídicos sobre el turismo espacial*, in *Rev. CIDA-E*, 37/2013, 57, ivi spec. 64. L'opportunità, viceversa, di prevedere un quadro normativo nazionale va certamente considerata per gli aspetti relativi all'autorizzazione a svolgere l'attività spaziale e profili connessi, come la tenuta del registro degli oggetti spaziali, ai sensi della convenzione di New York del 14 gennaio 1975, in Italia affidata all'Agenzia spaziale italiana dall'art. 3 della l. 12 luglio 2005, n. 153.

15. () A un Protocollo aeronautico, contestuale alla Convenzione di Città del Capo, è poi seguito (oltre al "Protocollo spaziale") un Protocollo "ferroviario" (Luxembourg Protocol to the Convention on international interests in mobile equipment on matters specific to railway rolling stock, c.d. "Rail Protocol" del 23 febbraio 2007).

16. () Lo stato delle ratifiche di tali strumenti è verificabile nel sito *web* dell'Unidroit, a partire della pagina <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/>. L'Italia, ha firmato, ma non ratificato, la convenzione, ma non il protocollo sulle garanzie sui beni spaziali (mentre ha firmato, ma non ratificato il protocollo sui beni aeronautici, adottato nella stessa sede della convenzione-base. Sul sistema della Convenzione di Città del Capo del 2001, v. in generale, *ex plurimis*: A. Veneziano, *La Convenzione di Città del Capo relativa alle garanzie su alcuni beni strumentali: verso un diritto uniforme delle garanzie mobiliari internazionali?*, ne *Il Protocollo aeronautico annesso alla Convenzione relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali* (Città del Capo, 16 novembre 2001), a cura di L. Tullio, Padova, 2005, 43; M. J. Guerrero Lebrón, *Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo (CCC) y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico (PEEA)*, in *Estudios de derecho aéreo: aeronave y liberalización*, a cura di M. V. Petit Lavall, Madrid, 2009, 57; R. Goode, *From Acorn to Oak Tree: the Development of the Cape Town Convention and Protocols*, in *Rev. droit unif.*, 2012, 599. Sullo "Space Protocol" v. S. Marchisio, *Le protocole spatial d'Unidroit*, in *Géo Observateur*, 12, Settembre 2002, 30; M. J. Sundahl, *The Cape Town Convention: Its Application to Space Assets and Relation to the Law of Outer Space*, Leiden, 2013. Sul contesto, v. A. de Fontmichel, *Le projet de protocole d'Unidroit portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux*, ne *Le droit des activités spatiales à l'aube du XXIe siècle*, a cura di L. Ravillon, Paris, 2005, 329; C. Golda, *L'applicazione della Convenzione di Città del Capo al settore spaziale mediante il cosiddetto Space Protocol*, ne *Il Protocollo aeronautico annesso alla Convenzione relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali* (Città del Capo, 16 novembre 2001), cit., 257.

È appena il caso di rilevare, fra l'altro, l'inadeguatezza della disciplina dei danni conseguenti alle attività spaziali nell'odierno quadro convenzionale ^[17], che riguarda esclusivamente la responsabilità internazionale ^[18], e come, nella misura in cui si ritenga ancora di dover differenziare il trattamento di tale ipotesi da quello dei danni a terzi in superficie cagionati da aeromobili ^[19],

17. () Per una sintesi dell'evoluzione registrata nel settore e delle sue tappe, con la conclusione dell'insufficienza del quadro giuridico vigente, v. J. Hermida, *La explotación comercial del espacio exterior y de la Luna*, in *Nuevos Enfoques del Derecho Aeronáutico y Espacial - XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (ALADA 2014, Málaga)*, cit., 407, ivi, 413 ss.

18. () Il riferimento è alla Convenzione di Londra, Mosca e Washington del 29 marzo 1972, che sembra però applicabile soltanto ai danni prodotti direttamente da oggetti spaziali (sulla scarsa chiarezza dell'ambito di applicazione del testo in questione, v. O. Deleau, *La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux*, in *Ann. fr. dr. intern.*, 1971, 876, ivi, 878), e comunque con i limiti soggettivi espressi del campo di applicazione di cui al suo art. VII (cittadini dello Stato di lancio e cittadini stranieri coinvolti con le operazioni di lancio). Né più utili indicazioni si traggono dagli art. VI e VII del Trattato sullo spazio del 1967. Il primo si limita ad affermare un principio di responsabilità internazionale degli Stati per le attività spaziali, prevedendo, peraltro, con formulazione di non pacifica lettura, un regime di autorizzazione statale per l'operato delle entità non governative (M. Pedrazzi, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano, 1996, 30 ss.); il secondo sembrerebbe riferirsi esclusivamente ai lanci effettuati da Stati o per conto di Stati e, di conseguenza, non potrebbe avere particolare rilievo nell'ambito di cui ci stiamo occupando (M. Pedrazzi, *op. cit.*, 38 s.). La Convenzione di Londra, Mosca e Washington il 29 marzo 1972 contiene comunque l'affermazione di un obbligo risarcitorio di carattere assoluto, come corollario del principio di responsabilità internazionale a carico dello Stato di lancio, posto dall'art. VII del Trattato sullo Spazio (cfr. P. de Sena, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, 294, ivi, 301 ss.; in generale v. G. Pescatore, *Responsabilità per lancio di oggetti spaziali*, in *Dir. trasp.*, II/1990, 1). Si è fatta, peraltro, questione circa l'adeguatezza di tale disciplina (risalente ad un'epoca in cui le attività spaziali erano sostanzialmente tutte statali) con l'odierna era della commercializzazione dello spazio, sottolineando il rilievo che dovrebbe avere in questa fase lo strumento assicurativo: cfr. M. J. Morillas Jarillo, *Actividades espaciales: riesgo y seguro*, in *Riv. dir. nav.*, 2019, 527, 560. Nel senso che la disciplina in questione possa costituire un ostacolo allo sviluppo delle attività spaziali su base commerciale, v. anche S. Trepczynski, *The effect of the liability convention on national space legislation*, in *J. Space Law*, 33, 2007, 221 ss. È stata peraltro osservata anche nella letteratura italiana recente l'incongruità della distinzione di regime privatistico, sia per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale, sia per quanto concerne il trasporto (L. Ancis, *I confini fisici e giuridici fra lo spazio aereo e quello extra-atmosferico*, in *Dir. trasp.*, 2019, 67, specialmente 85 e 86). Pur ipotizzando il mantenimento per i rischi catastrofici del sistema della Convenzione di Londra, Mosca e Washington il 29 marzo 1972, afferma l'opportunità di una revisione del regime di responsabilità e assicurazione per gli operatori P. B. Larsen, *Does New Space Require New Liability Laws?*, in *ZLW*, 2019, 196, ivi, 205 ss. Sulla necessità di distinguere le attività svolte dai privati da quelle operate da entità pubbliche, ed i voli suborbitali da quelli nello spazio cosmico, v. H. A. Wasseberg, *A Launch and a Space Transportation Law, separate from Outer Space Law? It is time to legally unburden the "launching State"*, in *Air & Space Law*, 1996, 28 ss. Tuttavia, sulle interrelazioni fra la forma (pubblica, ovvero privata) in cui viene espletata una determinata attività e il regime (anche) della responsabilità per i danni che da essa possano derivare: M. E. De Maestri, *Responsabilità civile e attività spaziali*, in *Dir. commercio intern.*, 2015, 945, ivi, 946 ss.

19. () Il primo testo di diritto uniforme sui danni subiti da terzi estranei alla circolazione aerea fu la mai entrata in vigore convenzione di Roma del 29 maggio 1933, a cui è seguita la convenzione di Roma del 7 ottobre 1952, che non ha però avuto un ampio successo di ratifiche, come, del resto, è accaduto persino in maniera più evidente per il successivo protocollo di emendamento di Montreal del 23 settembre 1978. Sono seguite poi le due convenzioni di Montreal del 2 maggio 2009 sul rischio per danni a terzi, conseguenti ad atti illeciti e per rischio generale, che non hanno ottenuto le ratifiche necessarie alla loro entrata in vigore. La letteratura sui danni a terzi in superficie è molto ampia. Sull'istituto in generale va fatto rinvio agli studi di G. Romanelli, *I danni da aeromobile sulla superficie*, Milano, 1970 e M. de Juglart, *La Convention de Rome du 7 octobre 1952*, Paris, 1956, A. Ambrosini, *La nuova convenzione di Roma 1952 sui danni a terzi alla superficie causati da aeromobili*, in *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, s.l., 1955, 3, nonché A. Bauzá Araújo, *Derechos de los terceros de la superficie en relación con las aeronaves convencionales a reacción supersónicas e ingenios espaciales*, Montevideo, 1963. In particolare, sulla convenzione del 1933, v. *ex plurimis* A. Kaftal, *La Convention de Rome du 29 mai 1933 pour l'unification de certaines règles relatives aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface et les législations nationales*, Paris, 1926; A. Ambrosini, *La convenzione di Roma del 29 maggio 1933 e le assicurazioni aeronautiche*, in *Assic.*, 1933, II, 12; A. Giannini, *La convenzione di Roma (1933) sulla responsabilità per danni causati ai terzi dagli aeromobili*, in *Studi di diritto aeronautico*, IV, 1933, 48, ora in *Nuovi saggi di diritto aeronautico*, I, Milano, 1940, 137, e Id., *Sulla responsabilità per danni causati ai terzi dagli aeromobili secondo la convenzione di Roma*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 511, ora in *Nuovi saggi di diritto aeronautico*, I, cit., 221. Sui più recenti sviluppi, v. M. Donato, *La responsabilidad por daños a terceros en la superficie según la OACI*, ivi, 19; Mau. Casanova, *La convenzione di Montreal del 2009 sui danni a terzi in superficie*, in *XXXIV Jornadas latinoamericanas de derecho aeronáutico y espacial - XXXIV Giornate latinoamericane di diritto aeronautico e spaziale, celebrate in occasione dei 50 anni di ALADA, Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Sassari, 3-7 maggio 2010)*, a cura di M. O. Folchi, M. M. Comenale Pinto, U. La Torre, F. Morandi, R. Tranquilli-Leali, Padova, 2010, 25; Mar. Casanova, *Algunos apuntes respecto al "convenio sobre indemnización por daños causados a terceros por aeronaves"*, ivi, 61; S. Busti, *La tormentata costruzione della nuova normativa internazionale uniforme sul danno a terzi dal volo di aeromobile: tanta fatica per nulla?*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, 499.

sarebbe comunque auspicabile definire un regime di diritto uniforme, tenuto conto della estrema probabilità che i voli spaziali possano coinvolgere più di un ordinamento.

2. Corsi e ricorsi della disciplina della navigazione e dei trasporti

È stato a suo tempo rilevato come ogni fase dell'evoluzione della civiltà umana sia strettamente correlata allo sviluppo dei veicoli e delle modalità di trasporto^[20]. È superfluo, qui, evocare la parte che hanno avuto nella storia dell'evoluzione economica e della civilizzazione scoperte come la ruota e la vela^[21] e poi dei motori. Con una sequenza che sembra evocare il paradigma dei corsi e ricorsi storici vichiani^[22], in corrispondenza di ciascuna delle fasi di tale evoluzione, si sono poste questioni giuridiche, sulla falsariga (*mutatis mutandis*) di quelle che si erano dovute affrontare e risolvere rispetto alle esperienze precedenti^[23], come in effetti sta accadendo anche per la navigazione aerospaziale e, in generale, per l'impiego dell'ambiente cosmico. Così, ad esempio, al di là della soluzione che possa esserle data, la questione dell'estensione verticale della sovranità dello Stato sulla verticale sopra il proprio territorio, sollevata con la "Dichiarazione di Bogotà" del 3 dicembre

20. () Cfr. F. Tajani, *I trasporti sotto l'aspetto economico*, ed. III, Milano, 1943, 6. V. anche L. Abello, *Trattato della Locazione*, V, ed. II, Napoli-Torino, 1927, 3. Il riconoscimento del rilievo dei trasporti e della loro evoluzione sullo sviluppo della civilizzazione è un tema ricorrente in letteratura. Sostiene che "La industria de los transportes es una de las poderosas palancas fundamentales de la civilización [...]"; L. Rouvière, *Estado de la cultura española y particularmente catalana en el siglo XV*, in *Conferencias leídas en el Ateneo Barcelonés con ocasión del Centenario del descubrimiento de América*, Barcelona, 1893, 81, ivi, 86. Lo sviluppo dei trasporti e delle telecomunicazioni (di seguito all'evoluzione ideologica ed ai progressi anche in altri settori, quali armi, agricoltura, industria, sanità ed allo sviluppo demografico) è identificato come l'ultimo (in Occidente) dei sette fattori fondanti dell'odierna civiltà da C. Quigley, *Tragedy and Hope: A History of the World in Our Time*, New York – London, 1966, 22 (*ibidem*, per la diversa sequenza che avrebbe caratterizzato l'evoluzione in Asia, dove lo sviluppo dei trasporti e delle comunicazioni sarebbe stato cronologicamente al secondo posto, subito dopo quello delle armi.

21. () Cfr. A. Fanfani, *Storia economica. Antichità, medioevo, età moderna*, I, Torino, 1968, 6.

22. () Il riferimento è alla tesi svolta da G. B. Vico, in particolare nel quinto libro della *Scienza nuova*, pubblicato postumo nel 1744.

23. () In tema, v., da ultimo, M. M. Comenale Pinto, *Il diritto della navigazione e dei trasporti nell'età digitale*. Nihil novi sub soli et supra marem?, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 793 e, ivi, riferimenti.

1976^[24], non può non richiamare alla mente il percorso che ha portato al riconoscimento dei poteri dello Stato costiero sulle acque territoriali^[25]; d'altra parte è singolare che, a proposito di orbite geostazionarie, acquisita la consapevolezza della esauribilità della risorsa, per i diritti di utilizzazione, si siano evocati principi analoghi a quelli applicati per la gestione delle bande orarie negli aeroporti^[26].

È ancora più singolare che la soluzione indicata per far fronte alle mutate esigenze in materia di utilizzazione dello spazio cosmico, da coordinare con i principi del Corpus Iuris Spatialis, che, peraltro, in particolare per quanto concerne l'affermazione delle risorse spaziali come patrimonio comune dell'umanità, erano state a loro volta modellate sulle posizioni sostenute dal delegato maltese Arvid Pardo, nella lunga vicenda della III Conferenza di diritto del mare^[27], si stia affacciando una soluzione, quella degli Accordi Artemis^[28], che segue sostanzialmente il paradigma inaugurato con il Protocollo di New York del 29 luglio 1994 sull'attuazione

24. () In tema v. E. Rodríguez Medina, *Nuestro derecho al espacio. La órbita geoestacionaria: ¿una frustrada regulación? Elementos de Juicio*, in *Revista de temas constitucionales*, 2006, 51; J. C. Velázquez Elizarrarás, *El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII, 2013, 583, ivi, 598 ss. Fra le varie posizioni critiche: E. Back Impallomeni, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1983, 49 ss.; I. Caracciolo, *L'orbita geostazionaria tra pretese di sovranità e libertà di uso*, in *La comunità internazionale*, 1991, 164, ivi, 179 ss.

25. () G. Romanelli, *Aspetti giuridici del volo spaziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 881, ivi, 884, rimarcava i "notevoli aspetti di analogia con [la situazione] del mare (mare territoriale e mare libero)".

26. () Il riferimento è, in particolare, alla "use it or lose it rule", evocata per le orbite geostazionarie da S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, in *Melbourne Journal of International Law*, 11, 2010, 1, ivi, 24 s. Si tratta di principio ampiamente diffuso in materia di bande orarie aeroportuali (i c.d. "slot"): nell'Unione europea sulla base del reg. (CEE) del Consiglio, del 18 gennaio 1993, e successive modifiche e deroghe per situazioni eccezionali (nella letteratura italiana recente, cfr. M. P. Rizzo, *L'utilizzo della infrastruttura aeroportuale: slot allocation*, in *Giureta*, 121, ivi, 138 ss.; G. Pruneddu, *Il ruolo del coordinatore per l'assegnazione delle bande orarie*, in questa *Riv. dir. nav.*, 2016, 607, ivi, 616 ss.; Id., *La gestione delle bande orarie dalle conseguenze degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 alla crisi del coronavirus. Il regolamento (Ue) 2020/459*, in *Dir. maritt.*, 2020, 610, ivi, 616 s.).

27. () Il riferimento è all'azione condotta nell'ambito della III conferenza sul diritto del mare dal delegato maltese Arvid Pardo, giurista di formazione italiana, su cui verosimilmente influirono gli studi romanistici presso l'Università di Roma. Il risultato fu cristallizzato appunto nella parte XI della convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982, dedicata al regime dell'"Area". In tema, v. G. Sanna, *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, 149. Da ultimo: P. Chiarella, *Ugo Grozio, il mare: patrimonio dell'umanità*, in *Dir. mar.*, 2018, 818.

28. () Documento aperto alla firma il 13 ottobre 2020, su iniziativa degli Stati Uniti d'America, e sottoscritto inizialmente da altri sette Stati (Australia, Canada, Italia, Giappone, Lussemburgo, Emirati Arabi Uniti e Regno Unito). In tema, cfr. R. Deplano, *The Artemis Accords: Evolution or revolution in international space law?*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, 2021, 799; T. Masson-Zwaan, M. J. Sundahl, *The Lunar Legal Landscape: Challenges and Opportunities*, in *Air & Space Law*, 2021, 29 ivi, 48 ss.; W. A. Smith, *Using the Artemis Accords to Build Customary International Law: A Vision for a U.S.-Centric Good Governance Regime in Outer Space*, in *J. Air Law Comm.*, 86/2021, 660.

della parte XI della convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982, per neutralizzare gli aspetti più vincolanti del regime previsto dalla convenzione, a cui pure formalmente dovrebbe dare applicazione^[29]. Analogamente, gli Accordi Artemis richiamano i principi del Corpus Iuris Spatialis in tema di patrimonio comune dell'umanità, ma, al contempo, ne danno una lettura volta a neutralizzare gli aspetti che potrebbero maggiormente scoraggiare l'iniziativa privata.

Insomma, le ragioni che, come si è accennato, in passato, avevano indotto una diffusa area della dottrina ad escludere in assoluto l'estensione dei principi elaborati in campo marittimo od aeronautico stanno rivelandosi infondate. Le considerazioni che seguono sulla questione del "turismo spaziale" non possono che partire da questa constatazione.

3. L'offerta di turismo spaziale

L'affacciarsi sulla scena di attività turistiche e lussorie rispetto all'impiego di una determinata tipologia di veicoli è sintomatica del raggiungimento della fase più evoluta di quella particolare modalità, perché implica la normalizzazione del settore, che, da riservato ad esigenze professionali, tende a coinvolgere non professionisti (purché, per quanto concerne la navigazione aerospaziale, almeno per il momento, munita di risorse economiche particolarmente consistenti) che vi si inserisce a scopo amatoriale o, comunque, di diletto, senza voler perseguire un'utilità ulteriore.

29. () Sulle implicazioni del regime della Parte XI della convenz. Montego Bay 1982, v. M. P. Rizzo, *Principi di libertà ed istanze di solidarietà nel regime giuridico internazionale dei mari*, Messina, 1987, 102 ss. Cfr., anche per riferimenti: M. M. Comenale Pinto, *Il "diritto vivente" e l'autonomia del diritto della navigazione. Interrogativi agli albori del terzo millennio*, cit., 64 ss.

Per restare nel campo della navigazione, questo è avvenuto prima, in ambito marittimo, con l'affermazione dell'attività crocieristica, resa possibile dall'evoluzione delle tecniche di navigazione, in corrispondenza dell'apparizione del motore termico, che ha sottratto la nave ai capricci dei venti e delle correnti, oltre che dell'attenuazione del rischio della pirateria, comprimendo quelle condizioni di pericolo che avevano caratterizzato l'attività nel corso della sua lunga storia precedente, sintetizzate nell'antica formula del "*risicum maris ac gentis*"^[30]. È seguita, poi, l'affermazione progressiva della nautica da diporto, dallo *yachting* delle élites fino al consolidamento del fenomeno della nautica diffusa, che ha richiesto la realizzazione di strutture specializzate, diverse da quelle della navigazione mercantile e, soprattutto, l'adozione di una disciplina *ad hoc*^[31].

Sia pure percorsa a tappe ben più ravvicinate, simile è stata l'evoluzione dell'aviazione civile, che dalle esperienze di (pochi) "temerari" su macchine volanti^[32], si è sviluppata fino all'odierna aviazione commerciale a cui si affianca un settore di aviazione diportistica e sportiva; peraltro, l'aviazione commerciale ha costituito una delle componenti che hanno consentito lo sviluppo del turismo di massa^[33].

30. () Sulla storia delle crociere, v. D. Abulafia, *The Boundless Sea. A Human History of the Oceans*, London, 2019, tr. it. *Storia marittima del mondo. Quattro millenni di scoperte, uomini e rotte*, Milano, 2020, 880 e riferimenti in nt. 25; V. Zaccagnino, *Storia delle crociere*, Milano, 2014, 11 ss. Con riferimento al diporto, v. E. Romagnoli, *La navigazione lusoria dal regio codice della marina mercantile al codice per il diporto*, in *Trasporti*, 98, 2006, 51 ss.; M. M. Comenale Pinto, E. G. Rosafio, ne *Il diporto come fenomeno diffuso. Problemi e prospettive del diritto della navigazione*, a cura dei medesimi, Roma, 2015, 435. In particolare, per i profili relativi alla sicurezza della navigazione lusoria: P. Beurier, Ph. Boisson, *La plaisance et la sécurité maritime*, ne *La navigation de plaisance et le droit*, atti del seminario dell'Association française de droit maritime di Brest del 12/14 giugno 1986, Paris, 1987, 39. In generale sull'evoluzione che ha condotto verso il viaggio per ragioni turistiche, cfr. V. Franceschelli, *Le stagioni del turismo. Il viaggio, il diritto, la vacanza*, Milano, 2021; un quadro interessante è offerto anche dai contributi raccolti nel volume collettaneo Aa.Vv., *Variations juridiques sur le thème du voyage*, atti del Colloque annuel de l'Institut Fédératif de Recherche en Droit "Mutation de normes juridiques", a cura di L. Condé, Toulouse, 2015.

31. () V. in generale M. M. Comenale Pinto – E. G. Rosafio, *Il diporto come fenomeno diffuso: problemi e prospettive del diritto della navigazione*, saggio introduttivo del volume collettaneo con il medesimo titolo, *Il diporto come fenomeno diffuso. Problemi e prospettive del diritto della navigazione*, a cura degli stessi, Roma, 2015, IX ss.

32. () Qui si coglie la suggestione del titolo sotto il quale nei cinema italiani è stata distribuita la pellicola inglese del 1965, diretta da Ken Annakin, *Those Magnificent Men in their Flying Machines*. Il sentimento di scarsa fiducia che, alla loro apparizione sulla scena, dovettero ingenerare gli aeromobili sembra implicito anche nel titolo con cui la medesima pellicola venne distribuita in Spagna (*Aquellos chalados en sus locos cacharros*), che non ebbe, però, corrispondenza negli altri Paesi di lingua spagnola.

33. () V. fra gli altri: G. Profumo, *Le strategie di crescita nei servizi di trasporto aereo*, Torino, 2017, 61; A. Foglio, *Il marketing del turismo. Politiche e strategie di marketing per località, imprese e prodotti/servizi turistici*, Milano, 2015, 148.

Le attività spaziali commerciali, ovviamente, non sono limitate al turismo; tuttavia, quest'ultimo pure si sta affacciando nella realtà delle offerte disponibili, seppure, almeno al momento, limitatamente a fasce di pubblico con capacità di spesa estremamente elevate.

Va detto che si tratta di un'offerta non omogenea. La sua forma più semplice (e relativamente meno elitaria) è incentrata sul volo suborbitale, accompagnato da una fase preparatoria più o meno complessa e da eventuali altre prestazioni propedeutiche o successive al viaggio suborbitale in quanto tale (come il trasporto convenzionale presso la località in cui si trova l'infrastruttura da cui è programmato l'involo). Le ipotesi più complesse (e, almeno per ora, riservate ad un pubblico ancora più esclusivo per capacità di spesa) che vanno al di là dalla semplice fruizione del volo spaziale, in cui il pacchetto comprende una permanenza in una struttura al di fuori del veicolo spaziale; fino a questo momento, di fatto si è trattato di una possibilità circoscritta alla stazione spaziale internazionale^[34].

Resterà da vedere se ci sarà un'apertura al turismo, magari occasionalmente, delle altre stazioni spaziali orbitali in corso di realizzazione o di progettazione, al di là della prospettiva di realizzazione di strutture da parte di imprese private, per consentire soggiorni su corpi celesti, ad iniziare dalla Luna. Soprattutto quest'ultima ipotesi potrebbe indurre a perplessità in tema di coerenza con i principi del *Corpus Iuris*

34. () Sull'apertura ad una (limitata) "commercializzazione" delle attività della stazione spaziale internazionale, cfr. A. Farand, *Privatisation de l'activité spatiale: le cas de la station spatiale internationale*, ne *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, a cura di A. Kerrest, Paris, 2003, 63.

Spatialis, ed in particolare con i divieti di appropriazione^[35], che però, come si è accennato, sono letti in chiave sempre più relativistica^[36].

Come si è detto, ciò che tutte queste ipotesi condividono è il quadro normativo non chiaro e lacunoso, con la parziale eccezione delle norme di comportamento nella stazione spaziale internazionale^[37].

35. () Su tali prospettive, v. già S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, cit., 22 s., che si interroga, in particolare sulla eventuale realizzazione di strutture alberghiere lunari, in relazione all'Accordo che regola le attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti del 18 dicembre 1979 (che, peraltro, non ha avuto grande successo di ratifiche), in particolare con riferimento ai principi di libero accesso (art. 8, § 3) ed al principio di inappropriabilità (espressamente ribadito all'art. 11, § 3). Tuttavia, l'autore in questione ritiene che sarebbero ipotizzabili "quasi-property rights", analoghi a quelli ammissibili per lo sfruttamento delle risorse minerarie, che potrebbero consentire l'installazione di attività alberghiere; altro esempio di attività compatibile con il principio di non appropriazione, stabilito in generale dall'art. II del Trattato sullo Spazio (aperto alla firma a Londra, Mosca e Washington il 27 gennaio 1967, ratificato dall'Italia ai sensi della l. 28 gennaio 1970, n. 87), sarebbe poi rinvenibile nel sistema di attribuzione delle orbite geostazionarie, fondato sulle due regole (come è noto, aggiungiamo noi, ben sedimentate nel settore dei trasporti e della navigazione) dello "use it or lose it" e dello "user must pay" (ivi, 24 s.; per applicazioni di tale principio nel campo degli slot aeroportuali, nella letteratura italiana recente, cfr. M. P. Rizzo, *L'utilizzo della infrastruttura aeroportuale: slot allocation*, in *Giureta*, 121, ivi, 138 ss.; G. Pruneddu, *Il ruolo del coordinatore per l'assegnazione delle bande orarie*, in questa *Rivista*, 2016, 607, ivi, 616 ss.; Id., *La gestione delle bande orarie dalle conseguenze degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 alla crisi del coronavirus. Il regolamento (Ue) 2020/459*, in *Dir. maritt.*, 2020, 610, ivi, 616 s.). Nel senso che il principio in questione non impedirebbe di per sé attività di turismo spaziale (ma renderebbe necessario stabilirne i limiti dell'esercizio che rispetto ad esse sia da ritenere legittimo, anche in relazione alla sostenibilità ambientale), v. A. Forganni, *The potential of space tourism for space popularisation: An opportunity for the EU Space Policy?*, in *Space Pol.*, 41, 2017, 48, ivi, 49. A suo tempo, sul regime del "patrimonio comune dell'umanità" dell'art. 11 dell'Accordo sulla Luna (con un *quid pluris* rispetto alle *res communes omnium*) e sulla sua inopponibilità al di fuori della (ristretta) cerchia degli Stati che ne sono parte, v. E. Back Impallomeni, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1983, 74 ss. Peraltro, in senso critico rispetto a tale terminologia, le cui basi sono apparse non definite rispetto alla tradizione giuridica occidentale, v. M. Falcon, *Res communes omnium e diritto dell'Outer Space. Contributo al dialogo sulla "Roman space law"*, in *Teor. stor. dir. priv.*, 2019, 1, ivi, 7. In senso critico v. anche U. Leanza, *Lo stato dell'arte nel regime giuridico dello spazio cosmico*, cit., 660 ss. Nell'elaborazione della nozione corrispondente di "human mankind heritage" ebbe un ruolo preminente il diplomatico maltese (ma di formazione giuridica italiana) Arvid Pardo: v. la raccolta di scritti sul tema dello stesso A. Pardo, *The Common Heritage. Selected Papers on Oceans and World Order. 1967-1974*, Msida, 1975. In tema, con riferimento alla negoziazione del Trattato sulla Luna, v. M. Gaggero Montaner, *La explotación comercial del espacio exterior y la Luna. Problemática jurídico-económica del tratado sobre la Luna*, in *Nuevos Enfoques del Derecho Aeronáutico y Espacial - XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (ALADA 2014, Málaga)*, cit., 421, ivi, 423 ss. Esprime riserve rispetto alla (soltanto) "[...] "apparente analogia", riscontrata all'epoca, nell'ambito delle Nazioni Unite tra "fondi marini" e "sottosuolo lunare e dei pianeti", che avrebbe condotto a "[...] comportamenti decisi e soluzioni sollecite risultate poi non del tutto convincenti e adatte alla reale evoluzione del diritto spaziale": M. G. Spada, *Aeronavigazione satellitare e commercializzazione dello spazio*, Milano, 2001, 240.

36. () Si rinvia alle considerazioni di F. Ruschi, *Ascesa e declino del corpus iuris spatialis. Un itinerario di filosofia del diritto internazionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Sui fermenti relativi all'applicazione del Trattato sullo spazio, pur considerato ancora valido nei suoi principi di base, v. S. Marchisio, *Il Trattato sullo spazio del 1967: passato, presente e futuro*, in *Riv. dir. intern.*, 2018, 205 (con la sottolineatura, ivi, 209, che il Trattato sia aperto dal proprio art. III all'applicazione del diritto internazionale, per quanto disposto, e vada comunque interpretato alla luce della pratica successiva).

37. () Si tratta delle *Rules of Road for Travellers to the International Space Station* elaborate nell'ambito del *Multilateral Coordination Board* (MCB) del progetto della Stazione spaziale internazionale, su cui v. G. Catalano Sgrasso, *Astronauti e turismo spaziale*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, 1545, ivi, 1550. Il quadro generale per la cooperazione fra gli Stati coinvolti è stato fissato con un Accordo intergovernativo di Washington del 29 gennaio 1998, che, rispetto a quello precedente del 29 settembre 1988, si caratterizzava, fra l'altro, per il fatto che agli originari firmatari, si era aggiunta la Federazione russa che, nel clima della crisi con l'Ucraina, nell'agosto del 2022 ha annunciato il suo recesso con decorrenza dal 2024. Sull'Accordo del 1998, v. M. Bourély, *La révision des accords sur la station spatiale internationale*, in *Ann. fr. dr. intern.*, 1998, 579; U. Montuoro, *2030 ritorno sulla Luna. La stazione spaziale internazionale come modello di cooperazione*, in *Riv. st. pol. intern.*, 2020, 227; M. de Faramiñán Gilbert, *The International Space Station: Legal Reflections*, OIDU, 2018, num. spec. *Le nuove frontiere dello spazio*, cit., 49. Sul contesto generale che aveva condotto all'ideazione e realizzazione della stazione spaziale internazionale, v. N. Matteesco Matte, *L'ère des stations spatiales: coopération internationale et implications juridiques*, in *Annals Air & Space Law*, 1988, 279; M. Behiri, G. Galeandro, J. Maschini, J. Tonti, E.

4. Prospettive per il superamento della fase pionieristica

Il rapporto fra il fornitore e il fruitore dei servizi va affrontato con un discorso piuttosto articolato.

Una volta che si sia conclusa la fase pionieristica, ipotizzando che si possa pervenire all'impiego di veicoli oggetto di una certificazione, analoga a quella degli aeromobili, tenuto conto, peraltro che, in futuro, il volo suborbitale, al di là della finalità turistica, potrebbe porsi come alternativa ai collegamenti aerei di tipo convenzionale^[38], resterebbe da chiedersi su quali ragioni debba continuarsi a differenziarne il regime legale^[39], o se non sia opportuno, *de jure condendo*, superare la distinzione di inquadramento giuridico delle attività degli aeromobili convenzionali rispetto a quelle di velivoli idonei ad operare al di là dei confini (incerti) dello spazio aereo^[40] e la stessa

Vestito, *La competizione nello spazio: dalla cooperazione internazionale diffusa alla cooperazione selettiva. Quali modelli di sostenibilità?*, in *Alla conquista dell'ottavo continente: lo Spazio*, Napoli, 2021, 1, ivi, 14 ss. Sulle basi legali del progetto, v. anche M. Fukushima, *Legal analysis of the International Space Station (ISS) programme using the concept of "legalisation"*, in *Space Policy*, 24, 2008, 33; C. Brünner, A. Soucek, *Regulating ISS — An interdisciplinary essay*, in *Acta astr.*, 60, 2007, 594; A. F. Greenstone, *Ethics and public integrity in space exploration*, in *Acta astr.*, 2018, 322; R. Moenter, *The International Space Station: Legal Framework and Current Status*, in *J. Air Law Comm.*, 64, 1999, 1033; R. A. Williamson, *Assuring the sustainability of space activities*, in *Space Pol.*, 28, 2012, 154. In particolare, sul ruolo nel Progetto dell'Unione europea, attraverso l'Agenzia spaziale europea, v. M. de Faramiñán Gilbert, *Sobre el derecho del espacio, los intereses de Europa y el tratado de Lisboa*, in *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, a cura di M. J. Aznar Gómez, II, Valencia, 2012, 1475. Sui rapporti fra Unione europea ed Agenzia spaziale europea, v. M. Messina, *Quali futuri rapporti tra Unione europea e Agenzia spaziale europea (ESA)?*, in *OIDU*, 2018, num. spec. *Le nuove frontiere dello spazio*, cit., 89. Sul più recente programma spaziale dell'Unione europea, di cui al reg. del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021, n. 696, v. A. Conzutti, *La New Space Economy: profili costituzionali dell'integrazione europea in materia spaziale*, in *DPCE online*, 2021, 3350, spec. 3382 ss.; G. Chimienti, *Il nuovo programma spaziale dell'Unione europea e l'istituzione dell'EUSPA*, www.osorin.it, luglio 2021. Con tale regolamento è stata costituita l'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale (EUSPA); il tit. IV (art. 26 ss.) ripartisce i compiti per l'attuazione del programma spaziale europeo fra tale Agenzia e gli altri soggetti coinvolti (in particolare: Stati membri, Commissione, ESA, EUMETSAT).

38. () A suo tempo era frequente il rilievo che nell'attività spaziale sarebbe mancato il trasporto, elemento caratterizzante del diritto della navigazione (cfr. E. Spasiano, *Diritto cosmico e diritto della navigazione*, in *Foro it.*, 1961, IV, 47, ivi, 48), con considerazione alla quale si controbatteva, osservando che si stesse già allora lavorando proprio alla "realizzazione del volo umano nello spazio con rientro a terra dell'uomo e delle apparecchiature imbarcate": così G. Romanelli, *Aspetti giuridici del volo spaziale*, cit., 885.

39. () Nel complesso dibattito sul confine fra spazio aereo e spazio cosmico, per le ragioni che conducono a ritenere preferibile l'approccio funzionale: U. Leanza, *Lo stato dell'arte nel regime giuridico dello spazio cosmico*, in *Riv. Dir. nav.*, 2011, 653.

40. () La questione (a monte delle tematiche considerate in questa sede), con le distinzioni fra tesi "spazialiste" e tesi "funzionaliste" è esaminata nei suoi contorni da tutti L. Ancis, *I confini fisici e giuridici fra lo spazio aereo e quello extra-atmosferico?*, cit., 75 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti (anche tale autore, peraltro, evidenzia, condivisibilmente, l'esigenza di avere il "coraggio di superare la questione della delimitazione dello spazio" (ivi, 86). Fra le tesi spazialistiche, ha avuto particolare successo quella che evoca la c.d. linea di Kármán, come confine fra spazio utilizzabile per la navigazione aerea e spazio cosmico. Ma va precisato che, dal punto di vista normativo, il riferimento espresso alla suddetta linea si rinviene soltanto nella legislazione australiana: S. Vernizzi, *L'aeromobile. Dato tecnico e funzionale. Profilo statico e dinamico*, Roma, 2020, 192. Sull'esigenza di definire normativamente i confini dello spazio assoggettato alle regole della navigazione aerea rispetto a quello della navigazione spaziale: M. Gaggero Montaner, *¿Es necesario establecer el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a la luz de los nuevos desarrollos tecnológicos?*, in *Liber Amicorum in honor al prof. Manuel Augusto Ferrer*, a cura di M. Donato, M. O. Folchi, Buenos Aires, 2011, 113. Peraltro, sia detto incidentalmente il punto è che nello spazio extra-atmosferico non si pongono le questioni di sovranità degli Stati che si pongono, invece, per lo spazio aereo: cfr. M. de Juguart, *La conquête juridique de l'espace*, cit., 269.

distinzione fra aeromobile e veicolo spaziale. È incidentalmente da sottolineare, fra gli elementi di convergenza fra i due generi di veicoli, che, pur sulla base di diversi principi fisici, entrambi si muovono nelle tre dimensioni ed il loro movimento non richiede strutture artificiali dedicate, mentre sono accomunati dalla necessità di infrastrutture terminali specificamente attrezzate per le loro operazioni di arrivo, partenza e gestione dei carichi e dei passeggeri^[41]; è anche vero che la complessità del volo spaziale (anche suborbitale) è maggiore di quella del volo operato con un aeromobile tradizionale^[42]. D'altronde, l'apparizione sulla scena della navigazione per acqua della propulsione meccanica non ha condotto ad affermare che ci si trovasse di fronte ad un nuovo tipo di veicolo sottratto alla disciplina dettata per le navi fino ad allora impiegate^[43].

La questione non è priva di rilievo, anche ai fini dell'indagine che ci siamo proposti di svolgere in queste pagine, nella misura in cui, ai fini dell'applicazione di un determinato regime legale, sia rilevante la qualificazione del veicolo attraverso il quale venga svolta la prestazione *de qua agitur*, come può essere il trasporto^[44]: così, ad esempio, la convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, come la convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929, ai sensi dei rispettivi artt. 1, § 1, considerano fra i criteri di collegamento per la loro applicazione che il trasporto sia stato

41. () Sugli spaziorporti, cfr., da ultimo nella letteratura italiana: A. Marino, *Spaziorporto e voli suborbitali: regolamentazione e sviluppo*, in *Riv. dir. nav.*, 2018, 533 ss.

42. () Il trasporto spaziale richiede al vettore una prestazione più complessa di quella del semplice trasferimento, che presuppone la collaborazione di altri soggetti e si estende al di là della semplice operazione di trasferimento: cfr., anche per riferimenti, J. Hermida, *Contratos de transporte espacial*, in *Rev. Cidae*, 2008, 25

43. () Va, però, ricordato qualche dubbio iniziale, al momento della loro prima apparizione e poi superato, sugli aerocraft (*hovercraft*) e sulla loro natura (cfr. S. Zunarelli – M. M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, Milano, 2023, 72). A dire il vero, in ambito UE, l'applicazione alle unità veloci (oltre che alle unità abilitate alla navigazione costiera) del reg. CE 392/2009 del 23 aprile 2009 relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente è (ai sensi dell'ultimo comma del suo art. 2) soltanto opzionale per gli Stati membri (e l'Italia, ad esempio, non ha operato una siffatta estensione).

44. () Cfr. G. Romanelli, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, 3.

eseguito con un aeromobile ("*par aéronef*"; "*by aircraft*")^[45]. In entrambi i testi di diritto uniforme appena richiamati manca, tuttavia, una definizione di "aeromobile"^[46], né sembrerebbe incontrovertibile il ricorso alle definizioni dettate ad altro scopo nella normativa tecnica Icao^[47] o che la questione possa trovare soluzione facendo riferimento alle nozioni del diritto interno^[48]. Vanno registrate tendenziali aperture almeno in ambito Easa all'ipotesi di estendere la disciplina aeronautica anche ai mezzi suborbitali^[49], in una direzione che era stata del resto già in passato autorevolmente prefigurata^[50].

45. () In tema, cfr. F. G. von der Dunk, *The Integrated Approach—Regulating Private Human Spaceflight as Space Activity, Aircraft Operation*, in *Acta astr.*, 92, 2013, 199, ivi, 207. A prescindere da ogni altra considerazione, va aggiunto che, comunque, i regimi di diritto uniforme in questione non sarebbero applicabili, per carenza del requisito della "internazionalità", pure richiesto dai loro rispettivi artt. 1, lì dove il trasporto si esaurisce nel territorio del medesimo Stato, in cui iniziasse e terminasse, senza alcuno scalo all'estero, anche in Stato non contraente (su tale concetto di internazionalità, cfr. *ex plurimis*, nella letteratura italiana, G. Romanelli, *Il trasporto aereo di persone*, cit., 169 ss.; M. M. Comenale Pinto, *La responsabilità del vettore aereo dalla convenzione di Varsavia del 1929 alla convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 67, ivi, 100 s.; E. G. Rosafio, *Il trasporto aereo di cose. Riflessioni sul nuovo regime legale*, Milano, 2007, 51 s.). Nella misura in cui si ritenesse che possa estendersi la disciplina anche ai voli nello spazio cosmico senza limitazione alcuna, ci si dovrebbe chiedere se la meta o lo scalo in una stazione spaziale (ed in ipotesi nella stazione spaziale internazionale) sia utile a configurare l'internazionalità, ai sensi degli artt. 1 delle suddette convenzioni. È appena il caso di avvertire che il requisito dell'internazionalità, nella misura in cui potesse ritenersi applicabile la disciplina italiana del trasporto aereo, non sarebbe richiesta per l'applicabilità del rinvio *ex art.* 941 c. nav. (per i passeggeri) e 951 c. nav. (per le merci). Pur non aderendo espressamente alla tesi dell'assorbimento nell'ipotesi del trasporto aereo, per la responsabilità vettoriale nei confronti dei passeggeri, T. Ballarino, *Il diritto della navigazione aerea applicabile al mezzo aero-spaziale*, ne *La regolamentazione giuridica dei mezzi di trasporto aero-spaziali*, a cura di F. Durante, 2000, 31, ivi, 42, ipotizzava che per non lasciare i passeggeri "[...] privi di tutela giuridica si [sarebbe potuto] farli beneficiare del regime moderatamente protettivo della Convenzione di Varsavia".

46. () Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001, 8 ss., che conclude sul punto che la nozione vada intesa in senso ampio, come "ogni mezzo atto al volo" (ivi, 11). Da ultimo, S. Vernizzi, *L'aeromobile. Dato tecnico e funzionale. Profilo statico e dinamico*, cit., 24 s.

47. () Sul punto, v. G. Romanelli, *Il diritto del trasporto aereo ed il mezzo aero-spaziale*, ne *La regolamentazione giuridica dei mezzi di trasporto aero-spaziali* (atti del Seminario di Roma del 28 febbraio – 1° marzo 1997), a cura di F. Durante, Napoli, 2000, 47, ivi, 50 s. Sulle difficoltà di individuazione della disciplina applicabile nel vigente quadro normativo: S. Reverso, *La responsabilità del vettore spaziale*, in *Dir. traspr.*, 2015, 111. In tema, v. da ultimo, S. Vernizzi, *L'aeromobile. Dato tecnico e funzionale. Profilo statico e dinamico*, cit., 111. Una questione analoga si era a suo tempo posta per la definizione di -incidente ("accident"), carente nelle convenzioni di Varsavia del 1929 e di Montreal del 1999 sul trasporto aereo, nonostante la loro rilevanza, ai fini dell'individuazione della responsabilità vettoriale: è molto controversa la tesi che vorrebbe riferire tale nozione all'Annesso 13 Icao, in relazione all'art. 26 della Convenzione di Chicago del 1944 sull'aviazione civile (M. de Juglart, *Traité de droit aérien*, I, a cura di E. du Pontavice, J. Dutheil de la Rochère e G.M. Miller, Paris, 1989, 1116; F. S. Videla Escalada, *Derecho Aeronáutico*, IV A, Buenos Aires, 1976, 436 ss. V., in generale, W.-H. Park, *Use of the Terms "Accident" and "Incident" in Air Law*, in *Annals Air & Space Law*, 1990, 193, spec. 202 ss. In tema, e per ulteriori riferimenti: S. Busti, *La responsabilità per danni alla persona nel trasporto aereo*, in *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, a cura di L. Masala, E. G. Rosafio, Milano, 2006, 61, ivi 64 ss., e relative note).

48. () Su questo punto appare diff. S. Vernizzi, *op. loc. cit.*

49. () Per riferimenti: S. Vernizzi, *L'aeromobile. Dato tecnico e funzionale. Profilo statico e dinamico*, cit., 111; A. Marino, *Spazioporto e voli suborbitali: regolamentazione e sviluppo*, in *Riv. dir. nav.*, 2018, 533, ivi, 551; F. Gaspari, *Space transportation and international air transportation: the transition towards a common legal system*, in *Regulation of Emerging Modes of Aerospace Transportation*, a cura di R. Jakhu, K.W. Chen, Montreal, 2014, 141.

50. () A suo tempo, scriveva J.C. Cooper, *Aerospace Law—Subject Matter and Terminology*, in *J. Air Law Comm.*, 29/1963, 89: "As the terms Air Law and Space Law are now used, they represent nothing more than phases of the law directly and indirectly applicable to man-made flight. To avoid existing and future confusion, both should be included in a single branch of the law. This might be termed Aerospace

5. Tipologie di turismo spaziale

L'odierna offerta di "turismo spaziale" è, come si è accennato più sopra, alquanto ampia e varia, in quanto va dalla semplice esperienza di volo suborbitale, magari *point-to-point*, fino a veri e propri "pacchetti turistici"^[51].

La struttura più semplice di tali pacchetti, oltre all'esperienza del volo suborbitale o spaziale, può includere servizi a terra, turistici di tipo tradizionale (sistemazione alberghiera convenzionale, prima e dopo il volo, trasporto convenzionale fino alla struttura di partenza del volo al centro del pacchetto, pasti, ecc. ...) o finalizzati alla preparazione del volo^[52]. Alle questioni relative alla disciplina del trasporto spaziale si è già fatto cenno più sopra^[53].

Law". In tempi meno risulanti, per l'affermazione della necessità di estendere le competenze dell'ICAO, in maniera da ricomprendere almeno le competenze di confine in ambito spaziale: cfr. P. P. Fitzgerald, *Inner Space: ICAO's New Frontier*, in *J. Air Law Comm.*, 78, 2014, 3, 23 ss. Per quanto concerne l'Italia, sembra significativa l'individuazione nell'Enac (Ente nazionale per l'aviazione civile) del soggetto incaricato di elaborare il quadro delle operazioni di trasporto commerciale suborbitale: cfr. Atto di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 354 del 10 luglio 2017 (già nel luglio 2016 l'Enac aveva rilasciato un documento, reperibile nel suo sito istituzionale, www.enac.gov.it, sulle prospettive regolatorie del volo suborbitale, *A Regulatory Policy for the Prospective Commercial Space Transportation Certification and Operations in Italy*). Peraltro, tale documento si concludeva, precisando che: "Fermo il coordinamento con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed in particolare con il settore che ha la responsabilità del comparto spazio, Enac assicura il più elevato livello di cooperazione, per l'attuazione del presente atto di indirizzo, con le competenti articolazioni del Ministero della Difesa (Aeronautica Militare e Segretariato Generale DNA — Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità) e con l'Agenzia Spaziale Italiana (ASI)". La più significativa azione svolta in tale ambito dall'Enac è stata finalizzata (nell'ottica di circoscrivere il consumo di territorio e ottimizzare l'impiego delle risorse infrastrutturali) all'individuazione del sito aeroportuale presso il quale realizzare il primo spaziorporto italiano (presso l'aeroporto di Grottaglie, già certificato ai sensi del reg. Ue n. 139/2014 della Commissione del 12 febbraio 2014 che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativi agli aeroporti ai sensi del Regolamento Ce n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio) e allo sviluppo di una regolamentazione che ne disciplinasse le operazioni, in attuazione anche del successivo atto di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 250 del 9 maggio 2018. Il Consiglio di Amministrazione dell'Enac, nella seduta del 21 ottobre 2020, ha approvato il Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli spaziorporti, primo esempio di Europa di disciplina *ad hoc* in tale campo. Occorre sottolineare che il menzionato reg. Ue n. 139/2014 ha costituito il paradigma su cui sono stati delineati anche i requisiti regolamentari per gli spaziorporti (il ricordato atto di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 354 del 10 luglio 2017 richiedeva che fossero definiti in via prioritaria "i criteri per l'identificazione dei siti nazionali potenzialmente idonei a svolgere la funzione di spaziorporto per le operazioni di lancio e/o rientro di veicoli suborbitali"). Va aggiunto che negli Stati Uniti d'America si sta prospettando la riconversione di aeroporti in spaziorporti, anche nella prospettiva del *dual use* (C. Burlison, B. Kozak, *The Planned Conversion of Airports to Spaceports in the United States*, in *Space Policy*, 52, 2020, 1), dopo che dalla struttura realizzata nel deserto del Mojave (California), già nel 2004, era stato fatto decollare lo SpaceShipOne, che aveva superato la quota di cento chilometri, individuata come linea di Kármán.

51. () Sull'accezione ampia dell'espressione "space tourism", v. S. Hobe, *Legal Aspects of Space Tourism*, in *Nebraska Law Review*, 86, 2007, 439.

52. () Per un esame delle varie possibili tipologie di turismo spaziale, v. S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, cit., 7 ss.

53. () *Supra*, §§ 1 e 4.

Non sembra sufficiente, in proposito, la disciplina fino a questo momento adottata in materia di pacchetti turistici e viaggi organizzati, che, peraltro, non è caratterizzata da adeguata uniformità^[54]. È appena il caso di osservare che neppure sembra offrire indicazioni soddisfacenti al riguardo l'embrionale indicazione di uniformazione legislativa operata recentemente dall'Organizzazione mondiale per il turismo, con il codice internazionale per la protezione del turista^[55], nonostante contempli esplicitamente la modalità spaziale nell'ambito del trasporto, come possibile componente del pacchetto turistico (capitolo uno, Definizioni e chiarimenti, sezione B chiarimenti, paragrafo 14): "*For the purposes of this Code, any reference to "transport services" may include, but is not limited to, railway, road, water, air or space passenger transport services, as well as any other passenger transport services described in relevant international agreements in force to which the country is a party*". Al di là della non vincolatività *ex se* dello strumento considerato, è da dire che la menzione del trasporto spaziale di passeggeri fra le componenti del pacchetto non segue alcuna disciplina specifica, così come non viene considerata e disciplinata, sul piano turistico, l'eventuale permanenza in quello che potremmo definire *resort spaziale*^[56], salvo che per la stazione spaziale internazionale^[57].

54. () È noto, tuttavia, l'insuccesso della convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 (c.d. CCV) sul contratto di viaggio (E. G. Rosafio, *Pacchetti turistici e posizione del consumatore: brevi considerazioni*, in *ALADA en Cabo Verde. XXXVI Jornadas Latino Americanas de Derecho aeronáutico y espacial*, a cura di M. O. Folchi, Buenos Aires, 2013, 188. Sull'evoluzione della disciplina dei contratti turistici nell'ottica italiana, v. anche F. Morandi, *Il nuovo contratto di viaggio*, in questa *Riv. dir. nav.*, 2020, 869), che, peraltro ben poca incidenza avrebbe potuto avere sulla materia di cui ci stiamo occupando. La materia, nell'Unione europea potrebbero ricadere nella disciplina della direttiva Ue 2015/2302 del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati.

55. () A/RES/732(XXIV). In tema, con riferimento alla precedente XXIII sessione dell'Assemblea generale della World Tourism Organization, ed alla *supra* richiamata convenzione quadro sull'etica del turismo, v. F. Morandi, *Verso un nuovo ordine internazionale della tutela dei turisti e dei diritti e obblighi dei fornitori dei servizi turistici*, in *Dir. maritt.*, 2018, 564; da ultimo, v. anche M. Marcialis, *Spunti in tema di viaggi, inclusione ed accessibilità*, in *Giureta*, 2022, 157 s.

56. () Sulla carenza di una disciplina uniforme applicabile in materia, e sui profili di cui si dovrebbe tenere conto nella normativa da dettare, F.G. von der Dunk, *The integrated approach — Regulating private human spaceflight as space activity, aircraft operation, and high-risk adventure tourism*, in *Acta astr.*, 92, 2013, 199, ivi, 206.

57. () *Infra*, § 6.

Il problema della disciplina dei contratti e della responsabilità anche nei confronti dei terzi è stato oggetto di interventi normativi di diritto interno in vari ordinamenti^[58], fra cui alcuni europei (non in Italia)^[59], finalizzati a disciplinare i profili privatistici di tale peculiare settore, in alcuni casi traendo ispirazione da una *model law* elaborata nel 2012 dalla International Law Association^[60].

6. I soggiorni sulla stazione spaziale internazionale

L'attività di turismo sulla stazione spaziale internazionale è resa possibile dall'art. 9, § 3, dell'Accordo intergovernativo del 1998, che stabilisce il diritto di utilizzazione di ciascuna delle parti^[61]. Fra i possibili impieghi, si è ritenuto non escluso quello turistico ed anzi le prime esperienze hanno indotto ad interrogarsi sull'opportunità di una maggiore apertura in tal senso^[62]; occorre,

58. () Negli Stati Uniti, sul presupposto del carattere ancora sperimentale dei veicoli impiegati, con gli emendamenti del 2004 del Commercial Space Launch Act, sulla falsariga della prassi seguita per le attività sportive pericolose, si è inserita una previsione di avviso scritto ad ogni "space flight participant", come ad ogni "flight crew member", circa il rischio che l'attività comporta e che comunque "the United States Government has not certified the launch vehicle as safe for carrying crew or space flight participants" (CSLA, 51 USC Ch. 509, § 50905, rispettivamente sub 5, lett. B e sub 4, lett. B). L'avviso dovrà essere formulato in maniera da essere intellegibile per l'uomo medio (come precisa T. Knutson, *What is "informed consent" for space-flight participants in the soon-to-launch space tourism industry?*, in *J. Space Law*, 33, 2007, 105, ivi, 118 "[...] the warnings developed on all of these issues related to space tourism then, have to be in clear understandable wording that any "average" person, (the "reasonably prudent person") can understand". Ed aggiunge al riguardo (*ibidem*): "There can be no language that obfuscates the meaning of a risk or incident", evocando come modello negativo da non seguire quello della nota rilasciata dall'impresa Sea Launch, dopo che il 30 gennaio 2007 un suo razzo si era disintegrato durante il lancio, espressa in termini ingegneristici, tali da non dare l'immediata comprensione dell'accaduto (secondo quanto riportato, si sarebbe risolta nel dichiarare che "the Sea Launch Zenit experienced an anomaly"). Sul consenso informato nell'emendamento del 2004 del Commercial Space Launch Act, v. M. G. Spada, *Trasporti suborbitali e turismo spaziale: il Commercial Space Launch Amendments Act del 2004*, in *Dir. trasp.*, 2006, 85, ivi, 92; T. Knutson, *What is "informed consent" for space-flight participants in the soon-to-launch space tourism industry?*, cit., 105; T. R. Hughes, E. Rosemberg, *Space travel law (and politics): The evolution of the Commercial Space Launch Amendments Act of 2004*, in *J. Space Law*, 31, 2007, 1, ivi, 43).

59. () Viceversa, l'Italia si è dotata di una disciplina sulla *governance* del sistema spaziale con la l. 11 gennaio 2018, n. 7, recante "Misure per il coordinamento della politica spaziale e aerospaziale e disposizioni concernenti l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia spaziale italiana".

60. () Per una sintesi sul punto v. M. J. Morillas Jarillo, *La regulación de los negocios en el espacio: presente y futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 2017, 479, ivi, 493 ss., nonché i contributi nel volume di R. S. Jakhu (a cura di) *National Regulation of Space Activities*, cit.

61. () La lett. a di tale § 3 richiede peraltro che la previsione dell'impiego da parte di un soggetto privato o comunque di un soggetto diverso dalla parte contraente che lo voglia consentire sia sottoposto a notifica preventiva alle altre parti per la sua approvazione. In generale sull'apertura alla (limitata) "commercializzazione" delle attività della stazione spaziale internazionale, cfr. A. Farand, *Privatisation de l'activité spatiale: le cas de la station spatiale internationale*, ne *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, a cura di A. Kerrest, Paris, 2003, 63.

62. () S. Hobe, *The Impact of New Developments on International Space Law*, in *Rev. droit univ.*, 2010, 869, ivi, 873.

tuttavia, prendere atto che non esiste una disciplina specifica della posizione del turista spaziale, al di là delle condizioni previste dai vettori spaziali, e del già richiamato codice di condotta per l'equipaggio della stazione spaziale internazionale, approvato dal Multilateral Coordination Board il 15 settembre 2000 ^[63], che, nell'ambito delle "Definitions", di cui all'art. I, punto C, al n. 7, espressamente afferma che "*ISS crewmembers*" means any person approved for flight to the ISS, including both ISS expedition crew and visiting crew, beginning upon assignment to the crew for a specific and ending upon completion of the postflight activities related to the mission". Ne consegue che anche i visitatori sono assoggettati alla disciplina di bordo ed a tutte le regole del codice di condotta, compresa quella generale, di cui all'art. II, lett. B, comma 1, che impone un comportamento tale da garantire una convivenza armoniosa e coesa, con "[...] *an appropriate level of mutual confidence and respect through an interactive, participative, and relationship-oriented approach which duly takes into account the international and multicultural nature of the crew and mission*". Il presupposto di tale previsione è che, come è stato, a ragione sottolineato, la permanenza nella stazione spaziale comporta rischi di gran lunga maggiori di quelli di un soggiorno presso una struttura alberghiera tradizionale collocata a terra ^[64].

Per inciso, anche se non si tratta di previsione indirizzata esclusivamente ai turisti spaziali, rispetto ad essi sembra assumere particolare rilievo la possibilità di trattenere *souvenir* della missione, di cui all'art. II, lett. B, comma 1, del menzionato codice di condotta per l'equipaggio della stazione spaziale internazionale: "*Each ISS crewmember may carry and store mementos, including*

63. () Su cui v. in generale A. Farand, *The Code of Conduct for International Space Station Crews*, in *Esa Bull.*, 105/2001, 64.

64. () "[...] *Unlike in a hotel on earth, even a simple accident on a space station can lead to destruction and death*": M. L. Hanlon, *Adapting the ISS Code of Conduct to Form the Foundation of Astrolaw*, in *San Diego Int'l L.J.*, 21, 2019, 105, ivi, 147. Si tratta di una di quelle forme di turismo c.d. "estreme": D. H. R. Spennemann, *Extreme cultural tourism. From Antarctica to the Moon*, in *Annals of Tourism Research*, 34, 2007, 898.

flags, patches, insignia, and similar small items of minor value, onboard the ISS, for his or her private use [...]". Nei successivi punti 1 e 2 del medesimo comma, viene ancora precisato che si tratta di una concessione a titolo di cortesia e non di un diritto (punto 1) e viene fatto divieto di sfruttamento commerciale (punto 2). Infine, ancora il punto 2 menziona il principio (dai confini alquanto evanescenti) dell'inammissibilità di *souvenir* che possano "*engender questions as to good taste*".

7. Lo status del turista spaziale

I contratti del turismo spaziale si basano su formule ancora alquanto ambigue, in un quadro di disciplina eminentemente pubblicitaria dell'ambiente in cui l'attività si svolge, non funzionale rispetto al trasporto di passeggeri o alla presenza in strutture orbitanti di turisti, essendo riferito ad un quadro, ormai non esaustivo di tutte le possibili realtà, che considerava soltanto impieghi non commerciali monopolizzati da Stati o da agenzie internazionali. Su questi presupposti, ad esempio, nel Trattato sullo spazio del 1967 e nell'Accordo sul salvataggio degli astronauti, sul ritorno degli astronauti e sul ritorno degli oggetti lanciati nello spazio (*Rescue Agreement*) del 1968, non si sono considerati che astronauti e personale dei veicoli spaziali come destinatari del soccorso^[65].

Sembra, in particolare, nonostante quanto si è visto a proposito dell'assoggettamento alla disciplina dell'equipaggio della stazione spaziale internazionale, che il semplice turista spaziale non possa essere considerato "astronauta", ovvero "ambasciatore

65. () P. Lekhi, T. Vaid, *A Case for the Protection of Space Tourists. Reimagining the Vacuum in Space*, in *ZLW*, 2009, 229.

dell'umanità" ^[66], secondo quanto affermato in tali testi ^[67]. Al di là delle considerazioni in ordine all'assenza di professionalità ed alle finalità del viaggio, è frequente anche la considerazione in ordine alla mancanza di un processo di selezione e di addestramento adeguato, anche nei casi in cui il pacchetto fornito dall'organizzatore di viaggi spaziali turistici comprenda una qualche attività preparatoria, certamente non comparabile con quella a cui sono sottoposti i professionisti ^[68].

Più discussa è la questione se, comunque, in favore del turista spaziale valgano gli obblighi di assistenza e soccorso affermati dall'art. V del Trattato sullo Spazio, nonché dal *Rescue Agreement* del 1968 e dall'art. 10 dell'Accordo sulla Luna (di formulazione certamente più ampia, ma con ambito di applicazione circoscritto, e con un numero limitato di Stati che ne sono parte); secondo un filone interpretativo che richiama i canoni ermeneutici della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, a tale questione sarebbe da dare risposta affermativa ^[69], anche se si sottolinea l'opportunità di adottare una disciplina più esplicita al riguardo ^[70]. D'altro canto, va sottolineato che, nella misura in cui l'esigenza di soccorso si riscontrasse nella fase di rientro sulla Terra, almeno per le operazioni in acqua, dovrebbero comunque

66. () G. Fernández Arribas, *El turista espacial y su consideración en el derecho internacional público*, cit., 470. V. anche G. Catalano Sgrosso, *Astronauti e turismo spaziale*, cit., 1554. In realtà, manca un regime specifico riferibile al turista spaziale: cfr. M. Orozco Sáenz, *La naturaleza jurídica de los vuelos tripulados en el espacio ultraterrestre*, Madrid, 2013, 226; J.-M. de Poupliquet, *Le statut du voyageur spatial privé, ou touriste spatial*, in *Variations juridiques sur le thème du voyage*, cit., 325 ss.

67. () Il riferimento è, in particolare, all'art. V del Trattato sullo Spazio del 27 gennaio 1967. Va peraltro sottolineato come tale espressione non vada intesa nel senso di attribuire alcuna immunità diplomatica agli astronauti: cfr. G. Catalano Sgrosso, *Legal status, rights and obligations of the crew in space*, in *J. Space Law*, 26, 1998, 163, ivi, 166; S. Marchisio, *L'accordo sugli astronauti del 1968: tempo di revisione?*, in *Studi in onore di Claudio Zanghi*, IV, a cura di L. Panella, E. Spatafora, Torino, 2012, 67, ivi, 77; A. Presto de González, *Algunas consideraciones acerca del turismo espacial*, in *Estudios de Derecho aeronáutico y espacial*, a cura di M. O. Folchi, M. J. Guerrero Lebrón, A. Madrid Parra, Madrid, 2008, 505, ivi, 509. Illustra le ragioni che portano ad escludere che con tale formula possa essere riconosciuto all'astronauta il ruolo di agente diplomatico: A. Cocca, *El cosmonauta, representante de la Humanidad en el Espacio*, Santa Cruz de Tenerife, 1968, 19 ss. (e, per le conclusioni, ivi, 24).

68. () M. Orozco Sáenz, *La naturaleza jurídica de los vuelos tripulados en el espacio ultraterrestre*, Madrid, 2013, 217 e 225; Y. Failat, *Space Tourism: A Synopsis on its Legal Challenges*, in *Irish Law Journal*, 2012, 120, ivi, 124 ss.

69. () M. J. Sundhal, *The duty to rescue space tourists and return private spacecraft*, in *J. Space Law*, 35, 2009, 163, ivi, 182 ss.

70. () M. J. Sundhal, *The duty to rescue space tourists and return private spacecraft*, cit., 192. In generale, sull'opportunità di una revisione di tale accordi, v. S. Marchisio, *L'accordo sugli astronauti del 1968: tempo di revisione?*, cit., 69 ss. Sulle questioni controversie, ivi, 76 ss.).

essere applicabili le norme che impongono l'obbligo di soccorso alle persone, a prescindere dal loro *status* o dalle circostanze che le hanno fatte trovare nella situazione di pericolo (art. 98 convenz. Montego Bay del 1982 sul diritto del mare; art. 10 convenz. Londra 28 aprile 1989, c.d. "Salvage Convention"; *Chapter V*, reg. 33, convenz. Londra, 10 novembre 1974 sulla salvaguardia della vita umana in mare, c.d. "Solas"; *Chapter 2*, § 2.1.10, Annex, convenz. Amburgo 27 aprile 1979 sulla ricerca e il soccorso in mare, c.d. "Sar Convention")^[71].

Evidentemente, il turista spaziale sfrutta una vacanza certamente meno sostenibile di altre da un punto di vista ambientale)^[72]; il turismo spaziale può potenzialmente contribuire a creare un impatto negativo sull'ambiente^[73], eventualmente concorrendo (con gli altri soggetti che fruiscono dell'ambiente spaziale od operano in esso) direttamente o indirettamente, a generare (in particolare attraverso l'immissione di rifiuti, c.d. "space debris") impatti di materiali sia sulla Terra sia per chi si

71. () In generale sull'obbligo di soccorso in favore di persone in pericolo di perdersi in mare e sui suoi presupposti, v. G. Camarda, *Il soccorso in mare. Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 2006, 12; M. P. Rizzo, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Napoli, 1996, 277 s. Da ultimo, sul tema (peraltro oggi al centro dell'attenzione per le questioni legate ai flussi di immigrazione attraverso il Mediterraneo), v. M. P. Rizzo, *Soccorso in mare di persone in pericolo tra norme consolidate e problematiche ancora aperte*, in questa *Rivista*, 2020, 949, ivi, 955 ss. In argomento, nella letteratura recente, v. anche L. Magi, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, in *Riv. dir. intern.*, 2020, 691; M. Sormani, *Obbligo di soccorso in mare, evoluzione degli assetti navali nel mare Mediterraneo e ruolo delle Ong*, in *Giureta*, 2019, 85.

72. () In tema, v. S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, cit., 26 s.; J. Irigoin Barrenne, *Derecho del espacio ultraterrestre: protección del ambiente espacial*, in *Revista chilena de derecho*, 1989, 511 ss.; J. Newman, M. Williamson, *Space Sustainability: Reframing the Debate*, in *Space Pol.*, 46, 2018, 36 ss. In generale sulla sostenibilità delle attività spaziali: S. Marchisio, *La protezione internazionale dell'ambiente cosmico*, in *Lezioni di diritto aerospaziale*, a sua cura, Roma, 2000, 157. Sulla necessità di elaborare un nuovo quadro internazionale per assicurare la sostenibilità ambientale delle attività aerospaziali, considerando al riguardo insufficiente il c. d. "Corpus Juris Spatialis", v. già J. M. de Faramiñán Gilbert, *Nuevas propuestas para el desarrollo sostenible en el espacio ultraterrestre*, in *Rev. esp. der. intern.*, 2021, 111.

73. () In realtà, le contaminazioni non trovano alcuna barriera nel confine (artificioso) fra spazio aereo e spazio cosmico, come sottolinea N. Matesco-Matte, *La pollution aérospatiale et le régime juridique des responsabilités*, in *Ann. dr. mar. aér.*, 1991, 251, ivi, 253: "[...] les préjudices environnementaux dépassent les frontières et, qu'au même titre que les frontières étatiques dont on a dû faire abstraction lorsque la pollution de l'air s'est mise à affecter plus d'un pays - tel qu'en font foi les efforts récents visant la collaboration et la codification de principes - la séparation artificielle entre l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique s'avère inutile". Peraltro, la nuova fase dell'era spaziale, con la commercializzazione e la ricerca di soluzioni meno dispendiose per contenere i costi di trasporto nello spazio potrebbero riportare all'attualità l'idea di ricorrere alla propulsione nucleare, ponendo così ulteriori problemi, fra cui quello della compatibilità con i divieti recati dal Trattato di Mosca del 5 agosto 1963 per la messa al bando degli esperimenti nucleari nell'atmosfera, nello spazio cosmico e negli spazi subacquei, noto anche con l'acronimo "LTBT", dall'inglese "Limited Test Ban Treaty" (in tema v. G. H. Reynolds, J. L. Outten, *Pulsed Nuclear Space Propulsion and International Law: Some Preliminary Observations*, in *J. Air Law Comm.*, 87, 2022, 445); il problema era stato peraltro sollevato anche con riferimento agli strumenti del *Corpus Iuris Spatialis*: cfr. A. Górbiel, *Introductory remarks on the legal problems of use of the space objects with nuclear power sources on board*, in *Dir. aereo*, 1980, 204.

trovi nel contesto cosmico^[74]. Un cenno a parte va fatto per la questione della sorte delle installazioni spaziali al termine del loro ciclo di utilizzazione; fino a questo momento essa non si è posta per strutture destinate specificamente al turismo, ma è inevitabile che possa presentarsi in futuro, ove abbiano seguito i progetti di sviluppare tali attività^[75].

Va ancora sottolineato il problema della protezione del patrimonio culturale spaziale^[76], su cui pure il turismo potrebbe potenzialmente impattare^[77]; sarà da verificare se non possa al riguardo trovarsi una soluzione con una convenzione sulla scia di quella adottata sotto l'egida dell'Unesco per i beni culturali sommersi (convenz. di Parigi del 2 novembre 2001)^[78].

Per il poco probabile caso dell'incontro con extraterrestri, e degli eventuali contatti con essi^[79], varrebbero comunque i principi recepiti dal codice mondiale di etica del turismo, adottato dall'agenzia specializzata delle Nazioni unite – UNWTO, Organizzazione mondiale per il turismo, nel 2001, nel corso della sua XIII Assemblea, e poi riaffermati con la non ancora vigente convenzione-quadro sull'etica del turismo, sul

74. () Nella letteratura italiana, da ultimo F. Pellegrino, *Space debris*, in *OIDU*, 2018, num. spec. *Le nuove frontiere dello spazio*, cit., 117; v. anche L. Ancis, *Responsabilità per danni causati da space debris sulla superficie terrestre*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, I, a cura di U. La Torre, G. Moschella, F. Pellegrino, M. P. Rizzo, G. Vermiglio, Milano, 2006, 3 (con un riferimento a prospettive e possibili conseguenze del turismo cosmico: ivi, 4, *sub nt.* 1); Id., *La delicata problematica dei rifiuti abbandonati nello spazio*, in *Dir. trasp.*, 2016, 725.

75. () Il tema del decommissioning delle stazioni spaziali è in generale esaminato da M. Montanari, *Il Programma di Stazione Spaziale Internazionale e la sua regolamentazione tra prospettive de iure condendo e de iure condito. Il caso del "fine vita"*, Roma, 2018.

76. () Va detto incidentalmente che un tema in qualche misura collegato è quello dei residui della stazione spaziale riportati a terra che possono essere considerati come un bacino archeologico da studiosi che, altrimenti, non avrebbero avuto la possibilità di svolgere le loro ricerche *in situ*: cfr. J. S. P. Walsh, A. C. Gorman, P. Castaño, *Postorbital discard and chain of custody: The processing of artifacts returning to Earth from the International Space Station*, in *Acta astr.*, 195, 2022, 513.

77. () S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, cit., 27 s. Il tema è affrontato nelle sue varie angolazioni da A. Froelich (a cura di), *Protection of cultural heritage sites on the moon*, Cham, 2020.

78. () La ratifica dell'Italia è stata autorizzata con l. 23 ottobre 2009, n. 157.

79. () Non è certamente questa la sede dove ripercorrere le prese di posizione dei pensatori che, nel corso della storia, hanno sostenuto la tesi della vita extraterrestre; in tema si fa frequentemente riferimento al pensiero di Kant (su cui, per questo particolare aspetto, v. P. Grillenzoni, *Kant e la scienza*, I, Milano, 1747-1755, Milano, 1998, 425). Sulla questione in generale, v., *inter alia*: P. C. W. Davies, *Siamo soli?: implicazioni filosofiche della scoperta della vita extraterrestre*, a cura di B. Tortorella, Bari/Roma, 1998.

dover mantenere un contegno rispettoso delle popolazioni ed in generale degli esseri con cui si venga a contatto^[80].

Più concreto, o, quantomeno più attuale, si presenta il problema di non introdurre, al rientro, forme di vita "spazio-resistenti" sulla Terra^[81]; va anche dato atto della carenza di un quadro giuridico dedicato, salvo voler ritenere che i danni in questione possano essere ricondotti all'ambito di quelli prodotti da oggetti spaziali, e ricadere nel già richiamato regime della convenzione di Londra, Mosca e Washington del 29 marzo 1972^[82], che sembra però applicabile soltanto ai "danni prodotti *direttamente da oggetti spaziali*"^[83], e comunque con i limiti soggettivi espressi del campo di applicazione di cui al suo art. VII (cittadini dello Stato di lancio e cittadini stranieri coinvolti con le operazioni di lancio). Né più utili indicazioni si traggono dagli art. VI e VII del Trattato sullo spazio del 1967. Per i danni ai terzi, appare insufficiente, rispetto alla odierna realtà dell'iniziativa privata nello spazio, il regime di responsabilità internazionale, accompagnato da un sistema risarcitorio mediato comunque attraverso gli Stati, e senza l'affermazione di parametri comuni; sarebbe viceversa opportuno addivenire ad una convenzione di diritto uniforme

80. () Per l'adozione del codice mondiale di etica del turismo, v. risoluzione dell'Assemblea generale UNWTO A/RES/56/212(XIII); la convenzione quadro sull'etica del turismo è stata adottata nel corso della XXIII sessione dell'assemblea generale dell'UNWTO, svoltasi a Chengdu, in Cina, dall'11 al 16 settembre 2017: risoluzione dell'Assemblea generale UNWTO A/RES/722(XXIII). Questione collegata è quella dello sfruttamento economico delle popolazioni delle destinazioni turistiche: sui relativi profili etici, v. A. Mendoza-Caminade, *Éthique et voyage: la circulation des savoir-faire traditionnels*, in *Variations juridiques sur le thème du voyage*, cit., 251.

81. () Cfr. G. Galletta, *Astrobiologia. La ricerca di vita nello spazio*, Padova, 2021, 219.

82. () *Supra*, § 1, *sub* nt. 18.

83. () Così, espressamente P. de Sena, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, cit., 318 (il corsivo è dell'autore, che cita, come esempio di danno non risarcibile, quello ambientale prodotto da "esperimenti meteorologici condotti nello spazio" (*op. loc. cit.*), richiamando conf. I. Szilagyi, *Protection of Outer Space Environment-Questions of Liability*, in *Proceedings of the XXV Colloquium on the Law of Outer Space*, Paris, 1982, 53 (n.v.). Si tratta della questione, non univocamente definite nella convenzione, della individuazione del "[...] nesso di causalità tra l'oggetto spaziale e le conseguenze dannose" con tutti gli interrogativi che essa comporta: M. Pedrazzi, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano, 1996, 90 (il corsivo è riprodotto dal testo citato). In altri termini, la questione è "[...] come la lesione [...] debba prodursi; [...] quando la convenzione parla di danno causato da oggetti spaziali si riferisce a danni prodotti in che modo?" (M. Pedrazzi, *op. cit.*, 99). Sugli incerti confini dei fattori generatori del danno risarcibile v. D. Olivier, *La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux*, in *Ann. fr. dr. intern.*, 876, ivi, 878.

che, con gli aspetti sostanziali, disciplini anche i criteri di individuazione della giurisdizione o delle giurisdizioni competenti^[84].

8. Considerazioni conclusive

La spinta ad adottare una normativa cogente per disciplinare un determinato contratto può essere avvertita dal legislatore ove sussista un sostanziale squilibrio di potere negoziale fra le parti interessate: è una tendenza ben conosciuta nel settore della navigazione e dei trasporti, a partire dalla disciplina delle clausole di irresponsabilità in campo ferroviario adottate all'origine in Francia fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo^[85], fino, per il trasporto marittimo di merci documentato da polizza di carico, a quella dell'"Harter Act" degli Stati Uniti d'America e della convenzione di Bruxelles del 1924^[86]. Lì dove un siffatto squilibrio non sia manifesto, e non ci sia un gruppo organizzato a contestare il conseguente assetto di interessi, il legislatore, tendenzialmente, non si vede sollecitato a dettare una disciplina inderogabile del rapporto contrattuale ed è proprio in tale considerazione che è stata convincentemente individuata la principale ragione dell'assenza di stimoli per l'adozione di un regime di diritto uniforme che riguardasse i *charter* marittimi^[87].

84. () Non è questa la sede per approfondire la questione. In prima approssimazione si osserva, però, che probabilmente il paradigma di diritto uniforme da seguire, restando nell'ambito del diritto della navigazione e dei trasporti, dovrebbe essere più che quello del risarcimento dei danni a terzi in superficie del diritto aeronautico, quello dei danni da inquinamento da idrocarburi in campo marittimo. Ancorché fra i due sistemi di imputazione non siano mancate reciproche influenze, il primo, con le varie convenzioni che si sono succedute, non ha mai raggiunto un elevato grado di successo (il solo strumento in vigore, la convenzione di Roma del 7 ottobre 1952, non ha ottenuto molte ratifiche, ed ancor meno ne ha ottenute il suo Protocollo di emendamento di Montreal del 1978); il secondo, con le convenzioni di Bruxelles del 29 novembre 1969 sulla responsabilità e di Bruxelles del 18 dicembre 1971 sul fondo, e successivi protocolli di emendamento ed integrazione, al di là dell'ampio numero di ratifiche ottenuto, si riferisce ad una tipologia di danno che (come quello da attività spaziali) presenta una considerevole probabilità di espandersi da un unico evento su aree soggette alla giurisdizione di Stati diversi.

85. () Cfr., in tema, C. Menichino, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, 8 ss. e 287; A. Padoa Schioppa, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 86 s.

86. () V. per tutti G. Riccardelli, *Harter Act*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 946.

87. () Sul tema, v. per tutti, in lingua italiana, G. Romanelli, *Autonomia privata e norme inderogabili in materia di trasporti*, in *Dir. trasp.*, 1998, 1, ivi, 23; in lingua francese, E. du Pontavice, *Observations sur la distinction entre contrat d'affrètement et contrat de transport de marchandises par mer*, in *Ann. dr. mar. aér.*, IX, 1987, 11, ivi, 12.

Allo stato, sebbene un intervento di diritto uniforme appaia comunque auspicabile per le ragioni che si sono più sopra evidenziate, va detto che non sembra che il viaggiatore spaziale-tipo (tendenzialmente soggetto comunque dotato di grande potere economico) possa essere avvertito come una parte debole rispetto al fornitore della prestazione, né, comunque, in assenza di un fenomeno di massa, può dirsi che esista un ceto organizzato di viaggiatori spaziali.

La scarsità di sforzi per delineare un quadro normativo specifico sulla responsabilità del prestatore di servizi turistici spaziali ha probabilmente la stessa ragione per la quale, nonostante tragedie come quella del *Titanic*, si è dovuto attendere a lungo per vedere l'adozione di una disciplina del trasporto marittimo di persone^[88]: i passeggeri dei ponti inferiori non erano certamente un gruppo organizzato, e quelli dei ponti superiori non sopportavano una asimmetria tanto marcata, analoga a quella dei caricatori rispetto ai vettori marittimi di merci^[89]. E la stessa considerazione può valere per i primi viaggiatori del *grand tour* o per i primi crocieristi, parte di un ceto sociale privilegiato, così ben rappresentato già nelle pagine del celebre romanzo *L'Agence Thompson*, risalente all'inizio del secolo scorso^[90]. Potrebbe semmai porsi la delicata questione se, per ragioni di politica economica analoghe a quelle che portarono all'introduzione dei limiti risarcitori a favore dell'allora nascente industria aeronautica, ad essere protetta non debba essere oggi l'industria aerospaziale, eventualmente anche con riferimento all'attività turistica; la

88. () In generale, cfr. M. M. Comenale Pinto, *Il passaggio marittimo fra codice della navigazione, convenzioni non ratificate e prospettive comunitarie*, in *Arch. giur.*, 2006, 337, ivi 339 ss.; S. Pollastrelli, *Il contratto di trasporto marittimo di persone*, Milano, 2008, 7 ss.

89. () Per il problema dell'asimmetria nel trasporto marittimo di merci ed il rimedio che trovò nell'Harter Act degli Stati Uniti d'America, che, *in nuce*, fu il modello della convenz. di Bruxelles del 1924: M. F. Sturley, *The History of the Hague Rules and the United States Carriage of Goods by Sea Act*, in *Dir. maritt.*, 1991, 3. Secondo Mau. Casanova, *La tutela del passeggero nella Convenzione di Atene*, in *Dir. maritt.*, 2006, 1089, ivi, 1090: non andrebbe "[...] sottaciuto come nel settore dei trasporti il passeggero si trovi nella situazione del contraente più debole che deve quindi trovare una tutela in normative inderogabili a proprio favore".

90. () Il riferimento è al noto romanzo apparso postumo sotto il nome di J. Verne, *L'Agence Thompson & Co.*, Paris, 1907 (ma, secondo opinione diffusa, da attribuire al figlio Michel).

riflessione al riguardo, probabilmente, dovrebbe tener conto delle soluzioni adottate a livello internazionale e comunque nei singoli ordinamenti, per non creare o subire vantaggi concorrenziali in dipendenza del regime di responsabilità a cui soggiace l'attività. D'altra parte, un'eventuale riflessione in questa direzione dovrebbe tener conto delle difficoltà che potrebbero sorgere in termini di costituzionalità in diversi ordinamenti, fra cui senz'altro quello italiano, rispetto alla previsione di un limite risarcitorio per i danni subiti dalle persone^[91].

9. Principali riferimenti bibliografici

9.1. Articoli e capitoli di libri

C. Albert, *Liability in International Law and the Ramifications on Commercial Space Launches and Space Tourism*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 36, 2014, 233-261.

L. Ancis, *I confini fisici e giuridici fra lo spazio aereo e quello extra-atmosferico*, in *Dir. trasp.*, 2019, 67 – 88.

L. Ancis, *La delicata problematica dei rifiuti abbandonati nello spazio*, in *Dir. trasp.*, 2016, 725 – 758

E. Back Impallomeni, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1983

M. Benkö, A. Zickler, G. Röhn, *Space tourism: facts and fiction*, in *Zlw*, 2015, 50 - 53.

L. M. Bentivoglio, *Problemi giuridici dei trasporti spaziali suborbitali*, in *Ann. Ist. dir. aer.*, II, 1970-71, 47 – 67.

M. G. Bourély, *Quelques réflexions sur la commercialisation des activités spatiales*, in *Annals Air & Space Law*, 1986, 171 - 186.

91. () Sul punto è sufficiente richiamare il noto precedente della Corte costituzionale italiana sul limite risarcitorio nel trasporto aereo internazionale di passeggeri, di cui a C. cost., 6 maggio 1985, n. 132 (ECLI:IT:COST:1985:132), fra l'altro consultabile attraverso il sito web della Corte, a partire dalla pagina <https://www.cortecostituzionale.it/>. In tema, v. per tutti G. Romanelli, *Problèmes de légitimité constitutionnelle dans la législation italienne sur les limites de dommages – Intérêts dans le système de Varsovie*, in *Liber amicorum en hommage à Nicolas Mateesco Matte. Au-delà des frontières*, Paris, 1989, 269.

- A. Cardì, F. Gaspari, *The multilevel regulation of suborbital flights: the Italian case*, in *Annals Air & Space Law*, XLV, 2020, 341 – 380.
- G. Catalano Sgrosso, *Astronauti e turismo spaziale*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, 1545 – 1556,
- M. M. Comenale Pinto, *Il turismo spaziale e la necessità di una sua disciplina*, in *Riv. dir. nav.*, 2022, 429-467
- U. Dasgupta, *Legal issues on sub-orbital space tourism: international and national law perspectives*, in *Annals Air & Space Law*, 2013, 237
- O. Deleau, *La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux*, in *Ann. fr. dr. intern.*, 1971, 876 - 888
- M. de Juglart, *La conquête juridique de l'espace*, in *Annals Air & Space Law*, XIII, 1987, 267 - 277
- M. E. De Maestri, *Responsabilità civile e attività spaziali*, in *Dir. commercio intern.*, 2015, 945 - 981
- J.-M. de Poulpiquet, *Le statut du voyageur spatial privé, ou touriste spatial*, in *Variations juridiques sur le thème du voyage*, atti del Colloque annuel de l'Institut Fédératif de Recherche en Droit "Mutation de normes juridiques", a cura di L. Condé, Toulouse, 2015, 325 - 335
- P. De Sena, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in *Riv. dir. internaz.*, 1990, 294 - 319
- G. Díaz Rafael, *Aspectos jurídicos sobre el turismo espacial*, in *Rev. CIDA-E*, 37/2013, 57 - 65.
- R. Di Carlo, *The regime applicable to space tourism trips: the dream of a reliable integrated air/space traffic management; the point of view of a former air traffic controller*, in *OIDU*, 2018, num. spec., *Le nuove frontiere dello spazio*, a cura di L. Panella, F. Pellegrino, 39 – 48.
- P. P. Fitzgerald, *Inner Space: ICAO's New Frontier*, in *J. Air Law Comm.*, 78, 2014, 3 – 34.
- A. Forganni, *The potential of space tourism for space popularisation: An opportunity for the EU Space Policy?*, in *Space Pol.*, 41, 2017, 48 – 52.
- S. Freeland, *Fly me to the moon: how will international law cope with commercial space tourism?*, in *Melbourne Journal of International Law*, 11, 2010, 1 – 28.
- S. Freeland, *Space tourism and the International Law of Outer Space*, in *Space Law in the Era of Commercialisation*, a cura di B. Sandeepa Bhat, Lucknow, 2010, 15-38

- M. Gaggero Montaner, *¿Es necesario establecer el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a la luz de los nuevos desarrollos tecnológicos?*, in *Liber Amicorum en honor al prof. Manuel Augusto Ferrer*, a cura di M. Donato, M. O. Folchi, Buenos Aires, 2011, 113 – 129.
- M. Gaggero Montaner, *Transporte espacial*, in *Revista de derecho comercial*, 2014, 153 - 163.
- F. Gaspari, *Space transportation and international air transportation: the transition towards a common legal system*, in *Regulation of Emerging Modes of Aerospace Transportation*, a cura di R. Jakhu, K.W. Chen, Montreal, 2014, 14
- M. L. Hanlon, *Adapting the ISS Code of Conduct to Form the Foundation of Astrolaw*, in *San Diego Int'l L.J.*, 21, 2019, 105 – 154.
- J. Hermida, *Contratos de transporte espacial*, in *Rev. Cidae*, 2008, 25 - 37.
- J. Hermida, *La explotación comercial del espacio exterior y de la Luna*, in *Nuevos Enfoques del Derecho Aeronáutico y Espacial - XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (ALADA 2014, Málaga)*, a cura di J. I. Peinado Gracia, Madrid, 2015, 407 - 420
- S. Hobe, *Legal Aspects of Space Tourism*, in *Nebraska Law Review*, 86, 2007, 439 -
- T. Knutson, *What is "Informed Consent" for Space-Flight Participants in the Soon-To-Launch Space Tourism Industry?*, in *J. Space Law*, 33, 2007, 105 - 122.
- P. B. Larsen, *Does New Space Require New Liability Laws?* in *ZLW*, 2019, 196 - 228
- U. Leanza, *Lo stato dell'arte nel regime giuridico dello spazio cosmico*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, 653 – 673.
- P. Lekhi, T. Vaid, *A Case for the Protection of Space Tourists. Reimagining the Vacuum in Space*, in *ZLW*, 2009, 229
- S. Marchisio, *L'accordo sugli astronauti del 1968: tempo di revisione?*, in *Studi in onore di Claudio Zanghi*, IV, a cura di L. Panella, E. Spatafora, Torino, 2012, 67 – 82.
- S. Marchisio, *Le protocole spatial d'Unidroit*, in *Géo Observateur*, 12, Septembre 2002, 30 – 33.
- A. Marino, *Spazioporto e voli suborbitali: regolamentazione e sviluppo*, in *Riv. dir. nav.*, 2018, 533 – 554.
- A. Marino, *Space plane e voli suborbitali*, in *OIDU*, 2018, num. spec. *Le nuove frontiere dello spazio*, a cura di L. Panella, F. Pellegrino, 67 - 78.
- T. Masson-Zwaan, *Private Law Aspects of Suborbital Flights: Second- and Third-Party Liability and Insurance*, in *J. Air L. & Com.*, 87, 2022, 413 - 443

- T. Masson-Zwaan, *Regulation of Sub-orbital Space Tourism in Europe: A Role for EU/EASA?*, in *Air & Space Law*, 35, 2010, 263-272
- T. Masson-Zwaan - S. Freeland, *Between heaven and earth: The legal challenges of human space travel*, in *Acta Astronautica*, 66, 2010, 1597-1607
- T. Masson-Zwaan, M. J. Sundahl, *The Lunar Legal Landscape: Challenges and Opportunities*, in *Air & Space Law*, 46, 2021, 29 - 56.
- M. Mateesco-Matte, *Droit maritime, droit aérien, droit extra-atmosphérique et droit international: quel rapport?*, in *Ann. dr. mar. aér.*, 1980, 301 - 352.
- N. Mateesco Matte, *L'ère des stations spatiales: coopération internationale et implications juridiques*, in *Annals Air & Space Law*, 1988, 279 - 307.
- M. Mateesco-Matte, *The Moon Agreement: What Future?*, in *Ann. dr. mar. aér.*, 1993, 345 - 358.
- N. Mateesco-Matte, *La pollution aérospatiale et le régime juridique des responsabilités*, in *Ann. dr. mar. aér.*, 1991, 251 - 278.
- M. J. Morillas Jarillo, *Actividades espaciales: riesgo y seguro*, in *Riv. dir. nav.*, 2019, 527-570.
- M. J. Morillas Jarillo, *El derecho patrimonial del espacio: de lo público a lo privado, de lo internacional a lo nacional*, in *Nuevos Enfoques del Derecho Aeronáutico y Espacial - XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (ALADA 2014, Málaga)*, a cura di J. I. Peinado Gracia, Madrid, 2015, 373 - 406
- M. J. Morillas Jarillo, *La regulación de los negocios en el espacio: presente y futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 2017, 479 - 513.
- F. Pellegrino, *I voli suborbitali*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 907 - 894.
- G. Pescatore, *Responsabilità per lancio di oggetti spaziali*, in *Dir. trasp.*, II/1990, 1 - 8.
- G. Romanelli, *Aspetti giuridici del volo spaziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 881 - 894.
- A. Presto de González, *Algunas consideraciones acerca del turismo espacial*, in *Estudios de Derecho aeronáutico y espacial*, a cura di M. O. Folchi, M. J. Guerrero Lebrón, A. Madrid Parra, Madrid, 2008, 505 - 518.
- M. G. Spada, *Trasporti suborbitali e turismo spaziale: il Commercial Space Launch Amendments Act del 2004*, in *Dir. trasp.*, 2006, 85 - 93.
- E. Spasiano, *Diritto cosmico e diritto della navigazione*, in *Foro it.*, 1961, IV, 47 - 48.
- D. H. R. Spennemann, *Extreme cultural tourism. From Antarctica to the Moon*, in *Annals of Tourism Research*, 34, 2007, 898 - 918

M. J. Sundahl, *Legal status of spacecraft*, in *Routledge Handbook of Space Law*, a cura di R. S. Jakhu, P. S. Depsey, London - New York, 2017, 42 - 58

T. R. Hughes, E. Rosemberg, *Space travel law (and politics): The evolution of the Commercial Space Launch Amendments Act of 2004*, in *J. Space Law*, 31, 2007, 1 - 79

F.G. von der Dunk, *The integrated approach — Regulating private human spaceflight as space activity, aircraft operation, and high-risk adventure tourism*, in *Acta astr.*, 92, 2013, 199 - 208

F.G. von der Dunk, *Space Tourism, Private Spaceflight and the Law: Key Aspects*, in *Space Policy*, 27, 2011, 146-152

D. Weber, *Space tourism: Its history, future and importance*, in *Acta astr.*, 92, 2013, 138 – 143.

9.2. Volumi

Aa. Vv., *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, a cura di A. Kerrest, Paris, 2003

Atti del 1° Convegno nazionale di diritto cosmico (Taormina, 31 ottobre – 3 novembre 1960), Milano, 1963

A. Cocca, *El cosmonauta, representante de la Humanidad en el Espacio*, Santa Cruz de Tenerife, 1968

M. Couston, *Droit Spatial Économique. Régimes applicables à l'exploitation de l'espace*, s.l., 1994

J. Hermida, *Derecho Espacial Comercial*, Buenos Aires, 1997

M. Orozco Sáenz, *La naturaleza jurídica de los vuelos tripulados en el espacio ultraterrestre*, Madrid, 2013, 226

M. Pedrazzi, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano, 1996

M. J. Sundahl, *The Cape Town Convention: Its Application to Space Assets and Relation to the Law of Outer Space*, Leiden, 2013

Verso un Nuovo Diritto Commerciale Dello Spazio?

Luca Ancis

Sommario

1. Introduzione;
2. Il regime giuridico dello spazio aereo e quello dello spazio cosmico;
3. I contratti per lo svolgimento di attività nello spazio extra-atmosferico;
4. Verso un nuovo diritto commerciale dello spazio?

1. Introduzione

L'avventura umana nello spazio è cominciata ufficialmente il 4 ottobre 1957, con il lancio e la collocazione in orbita del primo satellite artificiale, lo Sputnik I, ad opera dell'Unione Sovietica^[1].

Furono necessari soltanto pochi anni per l'ingresso nello spazio del primo essere umano, il sovietico Yuri Gagarin, avvenuto il 12 aprile 1961 e per il primo allunaggio, il 20 luglio 1969, da parte dell'equipaggio statunitense dell'Apollo XI guidato da Neil A. Amstrong, vera e propria avanguardia del genere umano sul suolo lunare.

Da allora l'evoluzione tecnologica ha consentito non solo di raggiungere, attraverso veicoli senza equipaggio, il suolo di Venere e Marte, ma anche di realizzare una struttura orbitale, la Stazione Spaziale Internazionale (ISS), che dal 2 novembre 2000 è abitata continuativamente da un numero variabile fra 2 e 6 astronauti, e compie ogni giorno oltre 15 orbite intorno alla terra ad un'altitudine compresa fra 300 e 400 km.

1. Lo Sputnik aveva una struttura molto più semplice di quella degli attuali satelliti artificiali. Era infatti costituito da una sfera di alluminio, di 58 cm di diametro e dal peso di circa 84 kg. Rimase nell'orbita bassa per 57 giorni complessivi, compiendo 1440 passaggi intorno alla Terra. In realtà però sembra ormai assodato che le prime escursioni al di là dello spazio aereo vennero condotte dall'aviazione militare tedesca alla fine della seconda guerra mondiale attraverso i missili balistici *Vergeltungswaffe 2* (cosiddetti V 2), in grado di attingere obiettivi ad oltre 200 km di distanza, raggiungendo oltre 80 km di quota.

Ma è stata soprattutto la messa in opera di migliaia di satelliti artificiali ad aver completamente rivoluzionato alcuni settori, in particolare quelli delle telecomunicazioni, delle georilevazione e della meteorologia.

Gli enormi finanziamenti occorrenti per l'organizzazione delle attività di lancio e collocazione in orbita hanno per lungo tempo reso le attività spaziali prerogativa unica degli Stati nazionali e delle relative Agenzie Governative.

Col passare degli anni tali soggetti cominciarono ad assumere una funzione nuova. L'impiego dello Space Shuttle, ed in generale di veicoli in grado di essere utilizzati per un indefinito numero di missioni, non soltanto contribuì all'abbattimento dei costi, ma consentì anche un notevole incremento della capacità di carico utile.

Inoltre, anche per contribuire al proprio finanziamento, le Agenzie Governative cominciarono ad assumere il servizio di trasporto e messa in orbita per conto di Enti di ricerca e soggetti privati.

Ciò fece rapidamente sviluppare il settore di riferimento, tanto che gli studiosi si sono spesso confrontati sulla natura dei contratti per la messa in opera di satelliti, ma anche sulla questione delle responsabilità derivanti dalla perdita, dal danneggiamento oppure dalla erronea collocazione di apparecchiature dal valore di svariati milioni di dollari^[2].

Diversamente dagli aspetti privatistici, che hanno incontrato una rapida evoluzione, le norme di diritto internazionale pubblico

2. Sull'argomento v. in particolare J. Hermida, *Los contratos de transporte espacial. Convergencia del derecho continental y del common law*, in *Revista de Derecho Espacial* 2017, 2 e M.E. De Maestri, *La responsabilità civile e le attività spaziali*, in *Dir. comm. inter.* 2015, 948 ss. Sulla evoluzione delle assicurazioni per le attività commerciali e industriali nello spazio v. fra gli altri G. Catalano Sgroso, *Diritto internazionale dello spazio*, Firenze, 2011, 470 ss. Da ultimo v. F. Pocar, *An introduction to the PCA's optional rules for arbitration of disputes relating to outer space activities*, in *Journal of Space law*, 2012, 1, 171 ss.

sul regime di utilizzazione e soprattutto sui diritti e obblighi degli Stati in ordine allo spazio extra-atmosferico sono rimaste uguali a sé stesse, nonostante da più parti cominci a sollevarsi il problema della loro revisione.

Fra i principi che più solidamente resistono vi è certamente quello che considera lo spazio extra atmosferico, in netta contrapposizione con quello aereo, tendenzialmente sottratto alla sovranità, perché destinato ad essere esplorato e utilizzato liberamente da tutti gli Stati (art. 1, Convenzione di Londra, Mosca e Washington del 27 gennaio 1967 sull'esplorazione l'utilizzazione, da parte degli Stati, dello spazio extra-atmosferico, compresi la Luna e gli altri corpi celesti)^[3].

2. Il regime giuridico dello spazio aereo e quello dello spazio cosmico

L'estensione della sovranità statale sullo spazio aereo sovrastante il territorio e il mare territoriale non deve considerarsi frutto di un principio giuridico immanente, di una idea connaturale al concetto stesso di Stato, quanto di una chiara convergenza politica, emersa al livello internazionale sin dagli albori dell'aviazione.

Sin dall'inizio del secolo scorso frequenti e ripetute furono, infatti, le occasioni di conflitto fra Stati a causa dello sconfinamento di apparecchi in quota.

Dopo una serie di proteste ufficiali inoltrate a causa di precedenti intrusioni, il 1° febbraio 1916 il governo dei Paesi Bassi fece addirittura fuoco su uno Zeppelin tedesco, che aveva

3. A favore di una interpretazione il più possibile realistica e non utopica del suddetto principio v. già A. Ambrosini, *Acerca de la interpretación de las románticas enunciaciones del Art. 1, p. I del Tratado Espacial del 27 de enero de 1967*, in *Revista de Derecho Espacial* 2017, 2.

sconfinato a causa di una avaria. Il mezzo e il suo equipaggio furono persi in mare^[4].

Ma l'orientamento contrario ad una assoluta libertà dell'aria emerse e si consolidò soprattutto dopo il primo conflitto mondiale, durante il quale l'aeromobile aveva dato prova come formidabile strumento di offesa. Fu dunque la terribile lezione offerta dalla guerra a spazzare via l'idea stessa di una libertà dell'aria. Ciò non solo con riferimento agli aeromobili militari, ma anche in relazione ai traffici civili^[5].

Tale impostazione di fondo fu sostanzialmente fatta propria dalla Convenzione di Parigi del 13 ottobre 1919 sulla navigazione aerea internazionale, che nei suoi principi generali consacrava la regola dell'assoluta sovranità degli Stati contraenti sullo spazio aereo sovrastante il territorio nazionale e il relativo mare territoriale (art. 1).

La stessa Convenzione ammetteva però la possibilità dei paesi partecipanti all'accordo di stipulare, almeno in tempo di pace e tenuto conto delle prescrizioni del diritto internazionale uniforme, accordi rivolti a riconoscere agli aeromobili degli altri Stati contraenti la libertà di *innocent passage* sugli spazi aerei soggetti alla propria giurisdizione^[6].

4. Da allora la Germania e i Paesi Bassi si accordarono per adottare un sistema di segnali visivi per rendere note eventuali situazioni di emergenza. Per la ricostruzione dei fatti v. UN, *Yearbook of the international law commission*, 1978, II, A/CN.4/315, 215. Sul punto anche M.S. Dodge, *Sovereignty and the Delimitation of Airspace: A Philosophical and Historical Survey Supported by the Resources of the Andrew G. Haley Archive*, in *Journal of Space Law*, 2009, I, 16 s.

5. Secondo A. Roper, *Recent Developments in International Aeronautical Law*, in *Journal of Air Law and Commerce*, 1930, 505 s., "Rejecting in its first sentence the theory of the freedom of the air, the Convention sets down as a prefatory principle the recognition of the sovereignty of the states over their air space. This brutal suppression of the freedom of the sky, so dear to eminent jurists in the early years of the century, has not been criticized by any government; some governments have shown themselves more liberal than others in the exercise of their right of sovereignty, but not one has thought of renouncing it".

6. Si riporta per completezza il contenuto integrale degli artt. 1-3 della Convenzione di Parigi del 1919 "I. The High Contracting Parties recognise that every Power has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory. For the purpose of the present Convention, the territory of a State shall be understood as including the national territory, both that of the mother country and of the colonies, and the territorial waters adjacent thereto. II. Each contracting State undertakes in time of peace to accord freedom of innocent passage above its territory to the aircraft of the other contracting States, provided that the conditions laid down in the present Convention are observed. Regulations made by a contracting State as to the admission over its territory of the aircraft of the other contracting States shall be applied without distinction of nationality. III. Each contracting State is entitled for military reasons or in the interest of public safety to prohibit the aircraft of the other contracting States, under the penalties provided by its legislation and subject to no distinction being made in this respect between its private aircraft and those of the other contracting States from flying over certain areas of its territory. In that case the locality and the extent of the prohibited areas shall be published and notified beforehand to the other contracting States".

Queste regole sono state sviluppate e completate dalla successiva Convenzione di Chicago del 7 dicembre 1944 sull'aviazione civile internazionale. Il nuovo strumento, riproposta la regola della sovranità piena di ciascuno Stato sullo spazio aereo sovrastante il proprio territorio e le relative acque territoriali, disciplina la libertà di sorvolo da parte degli aeromobili civili degli altri Stati contraenti distinguendo fra:

a. *aeromobili impiegati in servizi di linea regolari*, per i quali il sorvolo è soggetto ad una particolare autorizzazione (art. 6);

b. *aeromobili non impiegati in servizi di linea regolari*, per i quali il volo e la sosta per motivi non commerciali non richiedono un permesso preventivo, salva comunque la possibilità del paese sorvolato di chiederne l'atterraggio. Se impiegati per il trasporto di persone, merci o posta, gli stessi aeromobili possono ottenere il privilegio di imbarcare o sbarcare nello stesso Stato, ma alle condizioni da quest'ultimo stabilite (art. 5)^[7].

Al fine di garantire una maggiore liberalizzazione, sempre il 7 dicembre 1944 a Chicago furono stipulati due ulteriori accordi, fra loro alternativi.

L'accordo sul *Transito dei Servizi Aerei Internazionali di Linea*, con il quale ciascuno Stato contraente si impegnava a garantire agli aeromobili immatricolati in ogni altro Stato contraente le cosiddette due prime libertà dell'aria:

7. Sempre per semplicità si riporta il testo integrale delle suddette norme della Convenzione di Chicago del 1944 "5. Each contracting State agrees that all aircraft of the other contracting States, being aircraft not engaged in scheduled international air services shall have the right, subject to the observance of the terms of this Convention, to make flights into or in transit non-stop across its territory and to make stops for non-traffic purposes without the necessity of obtaining prior permission, and subject to the right of the State flown over to require landing. Each contracting State nevertheless reserves the right, for reasons of safety of flight, to require aircraft desiring to proceed over regions which are inaccessible or without adequate air navigation facilities to follow prescribed routes, or to obtain special permission for such flights. Such aircraft, if engaged in the carriage of passengers, cargo, or mail for remuneration or hire on other than scheduled international air services, shall also, subject to the provisions of Article 7, have the privilege of taking on or discharging passengers, cargo, or mail, subject to the right of any State where such embarkation or discharge takes place to impose such regulations, conditions or limitations as it may consider desirable. 6. No scheduled international air service may be operated over or into the territory of a contracting State, except with the special permission or other authorization of that State, and in accordance with the terms of such permission or authorization". Sull'argomento esiste ampia letteratura, v. fra gli altri A. Giannini, *La Convenzione di Chicago del 1944 sull'aviazione civile internazionale*, Roma, 1953.

- a. quella di attraversare il relativo spazio aereo senza atterrarvi;
- b. quella di atterrarvi per scopi non commerciali.

L'altro accordo, sui *Trasporti Aerei Internazionali*, aggiungeva tre ulteriori libertà, ma ebbe nel complesso assai poco successo, data la tendenza dei singoli paesi a regolare tali diritti attraverso accordi bilaterali. Si trattava in particolare del diritto di sbarcare nel proprio territorio passeggeri, merci o posta provenienti dallo Stato di immatricolazione dell'aeromobile, quella di imbarcare passeggeri, merci e posta diretti allo Stato di immatricolazione, ed infine di imbarcare o sbarcare passeggeri, merci e posta provenienti o diretti al territorio di un altro Stato contraente, se diverso da quello di immatricolazione^[8].

La stessa Convenzione di Chicago sull'Aviazione Civile Internazionale consente inoltre ad ogni Stato contraente di limitare o vietare provvisoriamente l'attraversamento del proprio spazio aereo, quando si tratti di far fronte a circostanze eccezionali o ad una situazione di crisi, purché senza distinzioni di nazionalità fra gli aeromobili degli altri Stati contraenti (art. 9, lett. b).

Tale prerogativa venne utilizzata dall'amministrazione statunitense, in particolare dalla Federal Aviation Administration (FAA) per adottare, alle ore 9.42 dell'11 settembre 2001, il provvedimento ATC Zero, ovvero il divieto totale di decollo e sorvolo su tutto il territorio nazionale a fronte dall'assoluta impossibilità di comprendere quali fossero gli aeromobili dirottati.

Nell'ambito dell'Unione Europea, la disciplina dei servizi aerei ha subito una profonda evoluzione a seguito dell'emanazione

8. Sull'argomento v. ancora A. Giannini, *Le libertà dell'aria e le Convenzioni di Chicago 1944*, in *Riv. dir. nav.* 1953, I, 143 ss.; S. Cacopardo, *Quante sono le cinque libertà dell'aria*, in *Studi per Ambrosini*, Milano, 1957, 181 ss. Per la dottrina più recente v. invece A. Lefevre d'Ovidio- G. Pescatore -L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2016, 99 ss. e G. Pruneddu, *Le compagnie low cost tra disciplina dei servizi aerei e tutela dell'utente*, Roma, 2017, 1 ss.

del cosiddetto terzo pacchetto di provvedimenti, risalente al 1992, successivamente trasfuso nel reg. (CE) 24 settembre 2008 n. 1008, che ha sostanzialmente liberalizzato i collegamenti, di linea e non di linea, all'interno dell'Unione da parte dei vettori muniti di *licenza di esercizio* e di *certificato di operatore aereo* rilasciati da uno Stato membro^[9].

Il diritto internazionale uniforme, nella specie la Convenzione di Parigi del 1919 e quella di Chicago del 1944, disciplina dunque il regime dello spazio aereo estendendovi la sovranità dello Stato sottostante, in applicazione del principio romanistico *cujus est solum, ejus est usque ad caelum*.

Non altrettanto agevole risultò affrontare la questione relativa ai possibili usi del cosmo. Anzi, sin dai mesi immediatamente successivi alle prime escursioni del genere umano nello spazio, cominciò a porsi il problema del suo regime giuridico.

Alcuni osservarono la mancanza di una incompatibilità concettuale assoluta fra il controllo statale e lo spazio. Le esigenze che giustificano la sovranità statale sullo spazio aereo, si affermò, potrebbero agevolmente estendersi allo spazio cosmico sovrastante. Anche in relazione alle attività svolte in questo ambiente potrebbe infatti emergere la necessità di salvaguardare il buon ordine, la sicurezza e la difesa del paese sottostante^[10].

La soluzione del dominio *usque ad sidera* (o quasi) ebbe addirittura ad essere formalmente proclamata da alcuni Stati equatoriali in occasione della *Dichiarazione di Bogotà* del 3 dicembre 1976 che, rivendicando la sovranità sulla porzione di orbita geostazionaria perpendicolare il territorio dei paesi firmatari,

9. Sull'argomento v. C. Tuo, *Il trasporto aereo nell'Unione Europea tra libertà fondamentali e relazioni esterne*, Torino, 2008.

10. V. in particolare S.M. Beresford, *The future of National Sovereignty*, in *Proceedings, Second Colloquium on the Law of Outer Space*, Vienna, 1960, 11 ss., e N. Matesco Matte, *Aerospace law*, Londra e Toronto, 1969, 55.

finiva implicitamente per spostare molto in alto, precisamente a 36.000 km dalla terra, il confine dello spazio.

Tale dichiarazione non ebbe particolare seguito fra gli altri membri della comunità internazionale, ma ha comunque finito per esercitare una certa influenza nell'elaborazione di alcune Costituzioni, come quella colombiana del 1991^[11].

In realtà, sin dagli anni precedenti, aveva finito per prevalere un approccio molto più pragmatico. Tanto gli Stati Uniti d'America che l'Unione Sovietica erano infatti direttamente interessati al controllo dello spazio. Ma erano anche perfettamente consapevoli che soltanto un regime di libertà avrebbe evitato occasioni di conflitto internazionale, prevenendo situazioni catastrofiche per l'avvenire dello stesso genere umano^[12].

La codificazione del diritto internazionale dello spazio fu condotta su impulso dell'ONU. Il 14 novembre 1957 l'Assemblea Generale approvò la risoluzione n. 1148 che, nel quadro delle politiche per il disarmo, raccomandava agli Stati membri l'uso degli oggetti spaziali soltanto per finalità pacifiche.

Nel 1958 fu creato un apposito Comitato, successivamente denominato *Comitato per l'utilizzazione pacifica dello spazio extra atmosferico* (UN-COPUOS), che promosse l'approvazione, sempre da parte dell'Assemblea Generale, il 13 dicembre 1963, della *Dichiarazione di Principi giuridici regolanti le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra atmosferico*.

11. *La dichiarazione di Bogotà* del 1976 venne sottoscritta da Ecuador, Colombia, Brasile, Congo, Zaire, Uganda, Kenya e Indonesia. Nella Costituzione colombiana, all'art. 101, comma quarto, si legge infatti "También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales". Sul punto v. ancora M.S. Dodge, *Sovereignty and the Delimitation of Airspace*, cit., 25, nt. 82.

12. Sul punto v. F. Pocar, *La codificazione del diritto dello spazio ad opera delle Nazioni Unite*, in *Il regime internazionale dello spazio* (a cura di F. Francioni e F. Pocar), Milano, 1993, 23 ss.

I suoi contenuti vennero successivamente trasfusi e sviluppati nel cosiddetto *Outer Space Treaty* (OST), il *Trattato sui principi che governano le attività degli Stati nell'esplorazione e nell'uso dello spazio extra atmosferico, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti*, aperto alla firma a Londra, Mosca e Washington il 27 gennaio 1967, ed in vigore dal 10 ottobre dello stesso anno.

Il sistema conta attualmente 107 Stati aderenti.

Il Trattato stabilisce solennemente che lo spazio non potrà formare oggetto di alcuna rivendicazione di sovranità, aggiungendo che la sua esplorazione e il suo uso, consentiti soltanto per finalità pacifiche, saranno liberi e aperti per tutti gli Stati (art. I, II e III Trattato sullo Spazio del 1967)^[13].

In esso sono contenuti i principi basilari del diritto dello spazio, successivamente ripresi e sviluppati dalle altre quattro Convenzioni che, insieme al Trattato OST, compongono il cosiddetto *Corpus Juris Spatialis*, ovvero l'*Accordo sul salvataggio degli astronauti e la restituzione degli oggetti lanciati nello spazio* del 1968, la *Convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali* del 1972, la *Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio* del 1975 e l'*Accordo che disciplina l'attività degli Stati sulla Luna e sugli altri Corpi celesti* del 1979^[14].

13. Si riporta per semplicità il contenuto integrale dei primi tre articoli del Trattato sullo Spazio (OST) del 1967 "I. The exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind. Outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies. There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international co-operation in such investigation. II. Outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means. III. States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, in accordance with international law, including the Charter of the United Nations, in the interest of maintaining international peace and security and promoting international co-operation and understanding".

14. Sull'argomento v. ancora G. Catalano Sgroso, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., 32 s. e F. Pocar, *La codificazione del diritto dello spazio*, 23 ss.

3. I contratti per lo svolgimento di attività nello spazio extra-atmosferico

I cinque trattati che compongono il *Corpus Juris Spatialis* sono espressione di una situazione storica ben precisa.

Negli Anni Sessanta e Settanta, infatti, le attività di esplorazione e di collocazione di satelliti in orbita erano di esclusiva pertinenza di un numero assai limitato di paesi, in particolare gli Stati Uniti d'America e l'Unione Sovietica, che avevano come esigenza primaria quella di evitare che la potenza avversaria potesse assumere il predominio, anche militare, dello spazio extra-atmosferico.

Di qui alla contrapposizione netta fra il regime di assoluta sovranità sullo spazio aereo e di tendenziale libertà del cosmo, con l'esplicito divieto di rivendicazioni o di utilizzi che potessero impedire l'esercizio della stessa libertà da parte degli altri membri della comunità internazionale. Ne conseguì un'impostazione prettamente pubblicistica e la tendenziale connotazione del *Corpus* come sistema normativo destinato unicamente agli Stati contraenti e con assai scarse ricadute nelle relazioni fra soggetti privati.

Da allora quasi tutto è cambiato.

L'attività spaziale non è più affatto prerogativa esclusiva degli Stati nazionali, alcuni dei quali hanno addirittura portato avanti politiche di riduzione dei costi che hanno condotto a subappaltare a soggetti privati alcuni importanti segmenti delle proprie missioni.

Da tempo ormai, per esempio, il trasferimento degli astronauti per e da la Stazione Spaziale Internazionale (ISS) viene condotto dalla società americana Space X di Elon Musk nel

quadro del progetto *Commercial Orbital Transportation Services* (COTS)^[15].

Più in generale il comparto dell'*In-Orbit servicing* rappresenta ormai uno dei settori economici a più alta redditività in un mondo, come quello moderno, in cui ciascuno di noi ogni giorno si avvale, per le telecomunicazioni, per le previsioni del tempo per la geolocalizzazione e simili di applicazioni *downstream* della tecnologia attualmente operante nello spazio.

Ciò non ha condotto ad una significativa evoluzione di quello che potrebbe chiamarsi il "Diritto pubblico dello spazio", frutto come si è detto di compromessi raggiunti in modo così faticoso da non poter essere facilmente modificati, neppure in un contesto politico profondamente diverso.

Completamente differente la situazione di quello che potrebbe essere denominato il "Diritto privato dello spazio". Attualmente, infatti, il quadro giuridico dei contratti dell'*In-Orbit servicing* è contraddistinto da una assoluta fluidità di regole e principi nonostante la quale, come qualche tempo fa illustre dottrina ebbe a segnalare, i contratti in uso tendono a ricalcare una sorta di schema comune^[16].

15. V. NASA, *Commercial Orbital Transportation Services. A New Era in Spaceflight*, Houston, 2014, V, *Introduction* "In May 2012, the SpaceX Dragon made headlines as it became the first commercial spacecraft to deliver cargo to the International Space Station (ISS). In September 2013, NASA saw a second commercial partner, Orbital Sciences Corp., follow with its own resupply mission to the ISS. These successful missions represented the fruition of six years of intensive work executed under partnership agreements between NASA and the commercial space community partnerships that both resulted in the availability of cost-effective cargo transportation services for the Agency, and the advancement of the U.S. commercial space industry".

16. V. J. Hermida, *Los contratos de transporte espacial*, cit., 4, "Los contratos de transporte espacial presentan la siguiente estructura: (i) considerandos, (ii) definiciones, (iii) servicios a ser provistos, (iv) finalización de los servicios de lanzamiento, (v) programa de lanzamientos, (vi) demoras, (vii) ajuste del programa de lanzamientos, (viii) precio, (ix) ajuste de precios, (x) forma de pago, (xi) lanzamiento de reemplazo, (xii) opción de reembolso, (xiii) aseveraciones y garantías, (xiv) renunciaciones recíprocas de responsabilidad, (xv) seguros contra terceros, (xvi) limitación a la responsabilidad, (xvii) fuerza mayor, (xviii) deslinde de responsabilidad sobre manifestaciones y aseveraciones, (xix) tratamiento de datos de propiedad, (xx) propiedad industrial e intelectual, incluyendo patentes, (xxi) prioridad del gobierno, (xxii) cumplimiento con autorizaciones gubernamentales, (xxiii) cumplimiento con permisos de exportación, (xxiv) acciones posteriores al lanzamiento, (xxv) terminación, (xxvi) arbitraje, (xxvii) ley aplicable, (xxviii) cesión (xxix), (xxx) notificaciones, (xxxi) idioma, (xxxii) acuerdo completo, (xxxiii) entrada en vigencia y (xxiv) confidencialidad".

La particolare complessità dell'attività dedotta in contratto offre spesso al fornitore di servizi spaziali il destro per adottare una serie di clausole per lui particolarmente favorevoli, come per esempio quelle relative all'esistenza di indicazioni soltanto di massima sulla data di effettuazione del lancio, sulla possibilità di ritardi anche consistenti sull'esecuzione del servizio, oltre a quella che tende talvolta a vincolare il fornitore alla sola esecuzione di un lancio sostitutivo, in caso di fallimento dell'operazione. Per esempio perché il satellite non è stato posizionato nell'orbita corretta, si è danneggiato oppure è andato perso nello spazio^[17].

Ma soprattutto i contratti in esame tendono a porre il fornitore di *In-Orbit Services* al riparo da ogni altra inadempienza contrattuale, escludendo la possibilità per il cliente di avanzare pretese economiche di qualsiasi tipo nei suoi confronti o in quelli di eventuali terzi subappaltatori.

Ciò rende assai difficile ipotizzare per questi rapporti un inquadramento nell'ambito di un vero e proprio contratto di trasporto di persone o merci, ma anche nella più generale categoria dell'appalto di servizi di diritto comune.

Come è noto infatti il trasporto non può mai prescindere dalla precisa assunzione, da parte del vettore, di un obbligo di protezione delle persone prese in carico e dalla custodia delle merci affidate per il trasporto. Che in questo caso avviene non in senso orizzontale, cioè da un luogo ad un altro della terra, ma in senso verticale, ovvero dalla superficie terrestre all'orbita assegnata^[18].

17. V. ancora J. Hermida, *Los contratos de transporte espacial*, cit., 5, "Una de las maneras en que el transportista limita sus riesgos contractuales es mediante la cláusula denominada lanzamiento de reemplazo (replacement launch provision). En virtud de esta disposición en el supuesto de que el lanzamiento no resulte exitoso, ya sea porque se produjo un accidente en el despegue, porque el satélite no fue colocado en la órbita pactada, porque el satélite fue destruido, se quedó sin combustible o por cualquier otro motivo, el transportista ofrece la posibilidad de un nuevo lanzamiento al usuario. Este nuevo lanzamiento constituye el único remedio contractual para el caso de que se fracasase en el primero".

18. Sul punto v. per tutti L. Ancis, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo*, Cagliari, 2017, 23 ss.

Allo stesso modo assai difficilmente potrebbe ipotizzarsi un appalto avente ad oggetto di un servizio erogato sostanzialmente a rischio e pericolo del committente.

Ci si potrebbe interrogare sulla ragione di tale particolare fluidità. Come si è detto in precedenza all'indomani della nascita dei primi collegamenti aerei di linea si sentì l'esigenza di regolare in modo stringente le modalità di sconfinamento degli aeromobili da un paese all'altro, mentre fu nel breve volgere di qualche lustro che si arrivò ad una disciplina sostanzialmente vincolante sulla questione della responsabilità contrattuale.

La stessa esigenza non è stata affatto avvertita per i contratti aventi ad oggetto nell'espletamento di servizi spaziali, in relazione ai quali si è optato per trasferire sostanzialmente sugli assicuratori il problema della mancata o inesatta esecuzione del rapporto.

4. Verso un nuovo diritto commerciale dello spazio?

A questo punto occorre porsi la domanda se esista, e eventualmente a che livello di sviluppo si trovi, un vero e proprio nuovo diritto commerciale dello spazio.

Si è detto in precedenza della sostanziale contrapposizione fra il diritto internazionale uniforme dello spazio, codificato negli anni Sessanta e Settanta e sostanzialmente stabile nonostante il profondo cambiamento del contesto politico e sociale di riferimento, e il diritto privato dello spazio.

Quest'ultimo al contrario del primo non è solo in costante e rapida evoluzione, ma è rimasto essenzialmente non codificato,

perché per lo più affidato alle relazioni contrattuali fra operatori dell'*In-Orbit Servicing* e i singoli committenti.

Tali rapporti giuridici presentano una forte componente di asimmetria, dipendente soprattutto dal fatto che, pur a fronte del moltiplicarsi di intermediari nell'erogazione di servizi, le imprese operative nell'effettuazione di lanci rimangono assai poche.

La mancanza di concorrenza favorisce l'imposizione di condizioni di assoluto sfavore, per lo più giustificate con riferimento alla particolare complessità delle relative operazioni. Ne consegue che i committenti si trovano nell'assoluta impossibilità di spuntare clausole di maggiore favore da parte di operatori diversi. Di qui alla sostanziale assimilazione ad uno schema unitario dei contratti, che come si è detto illustre dottrina ha da tempo segnalato^[19].

La situazione potrebbe essere paragonata a quella che si sarebbe potuta verificare se, agli albori dell'aviazione civile internazionale, la possibilità di volare fosse per lungo tempo rimasta pertinenza esclusiva di tre o quattro operatori, in grado di imporre a tutti le proprie condizioni nella consapevolezza dell'impossibilità di impiegare aeromobili diversi da quelli da loro controllati.

Al quesito di apertura del presente paragrafo deve dunque darsi risposta nel senso che esiste certamente una fiorente, dinamica e assai interessante branca dei contratti per l'erogazione di servizi spaziali, ma non ancora di un vero e proprio diritto commerciale dello spazio, almeno nel senso in cui questo concetto viene inteso negli ordinamenti di *civil law*.

A fare difetto è stata finora la precisa volontà di fissare regole vincolanti sui "trasporti verticali", probabilmente dipesa dalla necessità di non porre ostacoli operativi e soprattutto non

19. In questi termini J. Hermida, *Los contratos de transporte espacial*, cit., 4.

aumentare i costi assicurativi di un settore economico non solo in rapida ascesa, ma divenuto ormai altamente strategico per tutti i paesi.

Un cambiamento potrà avvenire nei prossimi anni soprattutto nel caso in cui, come si deve auspicare, si verifichi una moltiplicazione delle imprese di lancio in grado di offrire condizioni contrattuali migliori da quelle praticate dalla concorrenza e soprattutto quando maturerà la coscienza che i trasferimenti in orbita siano in fin dei conti delle operazioni di trasporto del tutto simili a quelle, per così dire orizzontali, impegnando il vettore spaziale a rispondere, come ogni altra impresa di trasporto, della salvaguardia del passeggero e del corretto e puntuale inoltro delle merci a destinazione.

La Inteligencia Artificial y El Derecho Espacial

Marta Gaggero

Dra. en Diplomacia. Directora Internacional de la Red Latinoamericana y del Caribe del Espacio (ReLaCa Espacio); Miembro Plenaria de ALADA; Miembro del IISL; Miembro de la Academia de Historia Aeronáutica del Uruguay.

Sommario

1. Introducción;
2. ¿Qué Es La Inteligencia Artificial?
3. Aplicaciones de la Inteligencia Artificial en las Actividades Espaciales;
 - 3.1. Satélites de percepción remota;
 - 3.2. Asistente para astronautas;
 - 3.3. Prevención de colisiones;
 - 3.4. Exploración planetaria;
 - 3.5. Eliminación de la basura espacial;
 - 3.6. Control total de un satélite por inteligencia artificial;
4. La Inteligencia Artificial y El Derecho Espacial;
 - 4.1. El Tratado del Espacio y el Convenio de Responsabilidad;
 - 4.2. Posible personalidad jurídica de la inteligencia artificial;
5. Conclusiones;
6. Bibliografía.

1. Introducción

“Estamos viviendo la carrera espacial de la Inteligencia Artificial (IA)”. Así titula Fredi Vivas ^[1] un artículo publicado en el periódico argentino Clarín en mayo de 2023. Comienza el artículo recordando la mejor película de ciencia ficción, “2001 La Odisea del Espacio” de Stanley Kubrick, en la que HAL 9000, el robot que piensa casi como las personas, le dice a uno de sus protagonistas “sé que tú y Frank estaban planeando desconectarme, y me temo que es algo que no puedo permitir que suceda”. Se trata de una ficción que, dado el actual desarrollo tecnológico, nos lleva a pensar cuándo efectivamente las máquinas dominarán al mundo.

2. ¿Qué es la Inteligencia Artificial?

La IA es inteligencia demostrada por máquinas, programas y computadoras que pueden independientemente pensar, aprender y tomar decisiones. Esta forma de inteligencia ya está integrada en nuestra vida diaria: desde servicios musicales que recomiendan nueva música basada en nuestros intereses hasta nuevos automóviles con control automático.

1. Fredi Vivas es un ingeniero argentino reconocido en el mundo en materia de Inteligencia Artificial (IA); CEO y Fundador de RockingData; Autor de ¿Cómo piensan las máquinas?; Alumni Singularity University; Profesor en Universidad de San Andrés.

¿Desde cuándo se habla de la IA y cuándo surge? En realidad existe desde 1940 y se manifiesta con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, con personajes como Alan Turing, un británico considerado como uno de los padres de la ciencia de la computación y precursor de la informática moderna. En el campo de la inteligencia artificial, es conocido sobre todo por la concepción de la prueba de Turing (1950), un criterio según el cual puede juzgarse la inteligencia de una máquina si sus respuestas en la prueba son idénticas a las de un ser humano. Turing sugirió que las máquinas podían utilizar la “información y la razón” para resolver problemas e incluso tomar decisiones.

En 1956 se acuñó el término “IA” durante una conferencia en la Universidad de Dartmouth en Estados Unidos en la que un grupo de catedráticos analizaban la forma como las máquinas podían simular las actividades propias de la inteligencia humana.

John McCarthy, un pionero estadounidense de la industria de la computación, quien participaba en dicha conferencia, fue quien definió la expresión IA en los siguientes términos: *la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes*. Se trata de una ciencia o disciplina destinada a desarrollar máquinas que realicen tareas que requieren un nivel de inteligencia sólo observable en los seres humanos.

La UNESCO expresa en una Recomendación sobre la ética de la IA, que *“los sistemas de IA son capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control”*.^[2]

2. 41ª. reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), París, del 9 al 24 de noviembre de 2021.

El hecho es que se ha generalizado el uso de las tecnologías que minimizan la participación del hombre en los procesos cada vez más complejos, desde la mecanización de los procesos industriales, pasando por la automatización de actividades bajo condiciones extremas como las misiones espaciales, operaciones bélicas y las aplicaciones en la biomedicina para diagnóstico y tratamiento de patologías.

3. Aplicaciones de la IA en las Actividades Espaciales

El espacio es un escenario distante, hostil y peligroso para la vida humana y, en algunos casos, es imposible que los humanos exploren y sobrevivan en el espacio, lo que hace que las tecnologías espaciales dependan cada vez más de los procesos relacionados con la IA. Es decir, se necesitan tecnologías basadas en la IA aptas para la toma de decisiones operativas, que sean fuertes, resistentes, adaptables y que respondan a las amenazas cambiantes.

Utilizando la IA, una nave espacial puede ser capaz de reconocer una amenaza, captar datos, aprender de ella y contrarrestarla o tomar medidas evasivas, e incluso propagar sus conocimientos recién adquiridos a otros satélites. La IA también se utiliza para supervisar el funcionamiento de los satélites observando las conductas de otros satélites, planetas y desechos espaciales y llevando a cabo acciones correctivas si es necesario.

3.1. Satélites de percepción remota

Los satélites de teledetección son un ejemplo de cómo la tecnología de IA puede transformar las actividades en el espacio. La cantidad de datos obtenidos mediante el uso de las últimas tecnologías satelitales como Copernicus o Smart Sat, aumenta

considerablemente la necesidad de procesamiento de datos. Los satélites recopilan datos, que luego se transmiten a la estación terrestre. Con la ayuda de la IA, los datos recibidos pueden ser verificados y procesados inmediatamente por el satélite, y luego solo se transmitirán los datos más relevantes y necesarios, lo que reducirá los costos de transmisión y permitirá concentrarse en analizar la información más importante.

3.2. Asistente para astronautas

Un ejemplo reciente está relacionado con las operaciones en la estación espacial. En junio de 2018, una empresa alemana desarrolló un asistente para astronautas basado en IA. Un pequeño robot llamado CIMON-2 voló en la cápsula de carga Dragon de SpaceX hacia la estación espacial. Esta esfera de 5 kilos puede comunicarse con personas a las que reconoce mediante un software de reconocimiento facial. CIMON-2 puede buscar objetos y responder a las preguntas de los astronautas. Puede evaluar y reaccionar ante las emociones del astronauta y aún prevenir posibles problemas derivados del cansancio o la frustración. El robot fue un valioso compañero de misión durante su corta estancia de dos días en la estación. Este proyecto pretende demostrar cómo las personas y las máquinas pueden interactuar y colaborar eficazmente en las misiones espaciales.

3.3. Prevención de colisiones

La IA contribuye a la protección de los activos espaciales al permitir el desarrollo de un sistema automático de prevención de colisiones que evaluará el riesgo y la probabilidad de colisiones en el espacio, mejorando el proceso de toma de decisiones sobre la necesidad o no de realizar una maniobra orbital, y transmitiendo alertas a otros objetos espaciales en riesgo potencial. Para lograr

esto se busca automatizar la operación de los segmentos terrestre y espacial y reducir al máximo la intervención humana. Esto servirá no solamente para evitar colisiones sino también para mejorar el control del tráfico. Este sistema está actualmente siendo desarrollado por la ESA y también es empleado por empresas privadas como Space X.

3.4. Exploración planetaria

En cuanto a la exploración planetaria, la IA se utiliza para navegar en condiciones in situ que todavía son demasiado peligrosas para los humanos. El rover Perseverance fue lanzado por Estados Unidos para navegar en Marte. La tecnología que lo sustenta es similar a la utilizada por los vehículos de autoconducción, pero con la gran diferencia de que este rover tiene que navegar por un terreno más complicado, que es analizado por los sistemas de visión por ordenador instalados en el rover a medida que se desplaza. Si se encuentra un problema en el terreno, el sistema de IA toma una decisión y cambia el rumbo del rover para evitarlo.

3.5. Eliminación de la basura espacial

La IA también se utiliza para la sostenibilidad del espacio, es decir, para eliminar la basura espacial.

La ESA tiene previsto lanzar la primera misión espacial de retirada de basura del mundo, ClearSpace-1, que utilizará una cámara con IA para encontrar los desechos. Sus brazos robóticos agarrarán el objeto y lo arrastrarán de vuelta a la atmósfera para quemarlo.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología de China dio recientemente luz verde a un proyecto que incluye el uso de la inteligencia artificial (IA) para rastrear, vigilar y evitar la basura espacial alrededor de la Tierra.

3.6. Control total de un satélite por IA

Hay ejemplos extremos del uso de la IA como el de un equipo de investigadores de la Universidad de Wuhan, China, que permitió en abril de 2023, que la IA tomara el control de un satélite en órbita terrestre durante 24 horas. El objetivo era explorar cómo se comportaría una IA al operar un objeto en el espacio, sin la intervención de humanos, **comprobar si el algoritmo era capaz de contribuir de manera positiva en las tareas de vigilancia realizadas desde la órbita del planeta.**

En principio, la IA debía cumplir la misión de observar diferentes puntos del planeta de manera aleatoria para detectar posibles movimientos de actividad militar que pusieran en riesgo a la nación china.

La intención es reactivar los 260 satélites de detección remota que China opera actualmente en la órbita terrestre. Dichos satélites se encuentran inactivos; **los investigadores intuyeron que la IA podría servir para automatizar el control de los mismos y ponerlos en funcionamiento**, proceso que hasta ahora es controlado, cuando está activo, por personal humano.^[3]

Este es un ejemplo que demuestra hasta dónde podrán llegar los avances de esta tecnología.

4. La IA y el Derecho Espacial

A pesar de sus beneficios, los adelantos tecnológicos en el área espacial introducidos principalmente por el sector privado, pueden

3. <https://cntnoticias.net/2023/04/17/china-delega-a-una-inteligencia-artificial-el-control-de-un-satelite-espacial/> (Consultado el 19 de setiembre de 2023).

hacernos dudar si el derecho espacial tradicional es suficiente para abordar algunas cuestiones complejas. La creciente autonomía de los objetos espaciales desplegados por la IA -que coincide con la función reducida del “control” humano, lo que llega incluso al punto en que los sistemas están siendo diseñados para funcionar sin intervención humana- no encaja perfectamente con los conceptos existentes del derecho espacial, en particular con respecto a la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, y las obligaciones de los estados con respecto a la supervisión continua de las actividades nacionales en el espacio, así como para el control de objetos espaciales.

En este contexto, la necesidad de estructuras de gobernanza claras se convierte en una prioridad, especialmente en lo que respecta a las posibles normas aplicables a la responsabilidad por daños causados por acciones u omisiones de los sistemas de IA.

Los principales tratados existentes sobre el espacio ultraterrestre adoptados en los años 60 y 70, por razones obvias, no contienen disposiciones que regulen el uso de tecnologías de IA y establecen solo principios generales que cubren cualquier actividad en el espacio ultraterrestre y en los cuerpos celestes. En particular, estamos hablando de las siguientes disposiciones: la exploración y uso del espacio ultraterrestre se realiza en beneficio y en interés de todos los países; el espacio no está sujeto a apropiación nacional; las actividades espaciales se llevan a cabo de conformidad con el derecho internacional; los estados son responsables de todas las actividades nacionales; las actividades espaciales se basan en el principio de cooperación y el requisito de tener debidamente en cuenta los intereses pertinentes de todos los demás estados; los estados deben informar al público y a la comunidad científica internacional sobre la naturaleza, curso, lugares y resultados de sus actividades espaciales, etc.

Las reglamentaciones de *soft law*, si bien no son normas vinculantes pero juegan un papel importante en la regulación de las actividades espaciales, tampoco contienen disposiciones relativas al uso de tecnologías de IA. Teniendo en cuenta las especificidades de la IA y sus áreas de aplicación, la ausencia de una regulación internacional especial en esta área significará la aparición de muchas situaciones difíciles en el futuro.

4.1. El Tratado del Espacio y el Convenio de Responsabilidad

La responsabilidad espacial internacional se rige por las disposiciones del Tratado del Espacio de 1967, en particular los artículos VI y VII, y el Convenio de Responsabilidad de 1972, en sus artículos II y III.

El régimen de responsabilidad del Tratado del Espacio se basa en las disposiciones generales del Artículo VI, que establece la responsabilidad de los estados por las actividades nacionales realizadas por organismos gubernamentales o entidades no gubernamentales, las que deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el Estado Parte del Tratado.

De acuerdo con el Artículo VII del Tratado del Espacio, la responsabilidad internacional recae en el estado de lanzamiento que es el estado que lanza o procura el lanzamiento de un objeto al espacio ultraterrestre, o un estado desde cuyo territorio o instalación se lanza un objeto. Dicho estado será *responsable internacionalmente de los daños causados a otro Estado Parte en el Tratado o a sus personas naturales o jurídicas por dicho objeto o sus partes componentes en la Tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.*

Las disposiciones del artículo VII del Tratado del Espacio están contenidas en los artículos II y III del Convenio de Responsabilidad, que establecen un régimen de responsabilidad absoluta (u objetiva) por los daños causados por un objeto espacial en la Tierra o una aeronave en vuelo, y responsabilidad en función de la culpa del estado o de las personas de las que sea responsable, por daños causados fuera de la superficie de la tierra al objeto espacial, o a las personas o bienes a bordo de dicho objeto espacial.

Respecto a la aplicación de la responsabilidad por daños causados como resultado del uso de tecnologías de IA en el espacio ultraterrestre, se presentan algunas dificultades.

En primer lugar, el Convenio de Responsabilidad carece de una definición del concepto de “culpa”. Tampoco existen criterios claros para su valoración.

Ni los tratados de las Naciones Unidas sobre el espacio exterior ni el derecho internacional general contienen una definición de culpa. No existen ejemplos de la práctica de los estados que puedan ser útiles a este respecto.

Sin perjuicio de ello, existen varias opiniones doctrinales sobre el significado de la culpa, y quizá la más extendida es que la culpa significa “la intención o negligencia de causar un daño respecto a otra persona activa en el espacio”^[4].

En estos casos es importante determinar en qué etapa y en qué medida se utilizaron tecnologías con IA en la operaciones espaciales; si el daño fue causado por decisiones tomadas por IA (lo que puede ser factible teniendo en cuenta el desarrollo de dichas

4. F. Von Der Dunk, “Liability versus Responsibility in Space Law: Misconception or Misconstruction?”, Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications, University of Nebraska, Lincoln, 1991.

tecnologías) o basado en datos obtenidos utilizando tecnologías de IA (dichos programas ya están disponibles).

El término “*personas*” tal como se utiliza en el artículo III del Convenio de Responsabilidad también plantea interrogantes. Dicho término generalmente se refiere a una entidad con derechos y obligaciones legales, como una persona física o jurídica.

Dado que la responsabilidad en virtud del artículo III del Convenio sobre responsabilidad prevé el establecimiento de “*culpa del estado*” o “*culpa de las personas*”, es difícil imaginar cómo una decisión tomada por un objeto espacial inteligente podría caer bajo la noción de “*culpa*”. Esto significa que, en caso de colisión, responsabilizar al estado de lanzamiento por los daños causados por dicho objeto será bastante problemático.

Además, según el artículo II del Convenio de Responsabilidad, los estados serán absolutamente responsables de los daños causados por sus objetos espaciales en la superficie de la Tierra. En esta situación, no habría problema en considerar responsables a los estados que utilizan tecnologías de IA. La situación es más compleja en el contexto del Artículo VI de la Convención, que dispone la exención de la responsabilidad absoluta establecida en el Artículo II, en el caso de que un estado de lanzamiento “*demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión realizado con la intención de causar daño por parte de un estado demandante o de las personas naturales o jurídicas que representa*”. Tal excepción es prácticamente imposible de aplicar al caso de un objeto dotado con IA. Algunos científicos en este caso parten del hecho de que la “*negligencia grave*” tiene, ante todo, un componente mental y es el resultado de la actividad mental humana, que, en principio, no puede ser característica de las máquinas. Como consecuencia, la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio es muy problemática.

A la luz de esos desafíos, el papel de la legislación nacional puede desempeñar un papel importante para abordar posibles brechas de responsabilidad. Algunos países han dictado leyes espaciales nacionales referidas al tema, (Países Bajos, Indonesia, Australia, Corea del Sur y Emiratos Árabes Unidos) pero las disposiciones de responsabilidad incluidas no proporcionan soluciones legales específicas relacionadas con los posibles daños causados por el uso de IA en las actividades espaciales nacionales.

4.2. Posible Personalidad Jurídica de la Inteligencia Artificial

El régimen de responsabilidad instituido por los tratados espaciales internacionales se aplica a las personas físicas o jurídicas, por lo que cabe analizar el tema de la existencia o no de personalidad jurídica por parte de la IA.

Este es un tema que adquiere cada vez más importancia a medida que los sistemas de IA se vuelven cada vez más complejos y desempeñan un papel cada vez mayor en diversas esferas de la vida de la sociedad.

Hasta hace poco ni siquiera se planteaba la cuestión de la responsabilidad de la propia máquina por sus acciones, ya que no se la consideraba un sujeto como tal, sino sólo como un objeto o instrumento de quien la creaba o programaba. Este enfoque es tradicional y no requiere ningún cambio en las normas legales existentes. Sin embargo, con la difusión gradual de estas tecnologías, así como con la transición de las actividades automatizadas a la autonomía total, este problema surge desde un ángulo completamente diferente. Aquí queremos decir que la autonomía implica la capacidad de tomar decisiones sin participación humana, y la automatización es controlada por una

persona en tiempo real. Debido a esto, otros enfoques parecen abordar la cuestión del estatus de la IA.

Hay distintas teorías en cuanto al estatus jurídico de la IA. Hay quienes proponen establecer una analogía con los animales, es decir, considerarla como un objeto jurídico dotado de personalidad jurídica.

Otros consideran que los sistemas autónomos pueden ser similares a las personas jurídicas, por lo que entienden que el estatus de la IA es comparable al de una entidad jurídica, y debería tener derecho a un estatus comparable al de los individuos. Este enfoque es criticado, aduciendo que, en cualquier caso, hay personas detrás de las actividades de dicha entidad.

Algunos científicos hablan del concepto de “persona electrónica”, donde la inteligencia artificial es su componente importante, posee una mente similar a la humana y está dotada de la capacidad de tomar decisiones, y por tanto puede ser considerado un sujeto de derecho.

Cabe citar por ejemplo, la resolución tomada en 2017 por el Parlamento Europeo, referida a normas de derecho civil sobre robótica, en la que se instó a la Comisión a considerar la creación, a un largo plazo, de *“un estatus jurídico específico para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más sofisticados puedan tener el estatus de personas electrónicas responsables de reparar cualquier daño que puedan causar”*.^[5]

Resulta complejo equiparar esta capacidad de las máquinas “inteligentes” a la toma de decisiones por parte de una persona física o jurídica, ya que las decisiones y acciones tomadas por la

5. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1 (Consultado el 19 de setiembre de 2023).

IA sin control por parte de una persona, no tienen en cuenta una serie de factores humanos como la conciencia o las emociones.

Los beneficios y las dificultades que presentarán los diferentes enfoques, podrán evaluarse de acuerdo a los resultados que se den como consecuencia del uso de la IA en las diferentes actividades espaciales llevadas a cabo.

5. Conclusiones

El desarrollo de tecnologías de IA ha creado oportunidades sin precedentes para la exploración espacial y la implementación de nuevos tipos de actividades espaciales. Los objetos espaciales lanzados tanto por estados como por actores privados son cada vez más complejos tecnológicamente y están cada vez más equipados con tecnologías de IA, lo que les permite funcionar sin control humano. Dichos dispositivos se utilizan, entre otras actividades, en satélites de percepción remota, como asistentes de astronautas, para la prevención de colisiones, para la exploración planetaria y para eliminar la basura espacial.

La introducción de sistemas de IA en las actividades espaciales trae consigo determinadas consecuencias jurídicas y dificultades que deberán ser resueltas.

Habrá que definir en primer lugar el concepto mismo de IA a efectos de regular las relaciones que se dan a partir de la utilización de esta tecnología. La doctrina ha creado distintas definiciones las que se diferencian según el grado de control humano y otros factores que se dan en el uso de estas técnicas.

Por otra parte, el estatuto jurídico de la IA no está definido. Hay distintas teorías. La pregunta de si la IA puede ser considerada como un sujeto de derecho independiente puede dar lugar a diferentes respuestas.

El uso de IA en actividades espaciales está plagado de riesgos que difieren de los que surgen cuando se aplican estas tecnologías en la Tierra. En este sentido, la comunidad internacional debe centrar sus esfuerzos en la elaboración de disposiciones especiales relativas al uso de tecnologías de inteligencia artificial en el espacio ultraterrestre.

Los tratados internacionales existentes que regulan las actividades de los estados en el espacio ultraterrestre per se no cubren los problemas que surgen del uso potencial de las tecnologías de IA, ya sea el Tratado del Espacio de 1967 o el Convenio de Responsabilidad de 1972. A efectos de resolver las relaciones derivadas del uso de tecnologías de IA los estados podrán considerar varias opciones: o adoptar un nuevo tratado internacional; o modificar los tratados existentes o adoptar una declaración interpretativa.

A este respecto, el papel de la legislación nacional, como elemento cada vez más frecuente de la reglamentación espacial, se vuelve importante ya que puede ofrecer cierta seguridad jurídica.

Es evidente que habrá que seguir investigando y estudiando las cuestiones pertinentes para encontrar un camino que permita aprovechar las ventajas de esta importante tecnología, salvaguardando los principios fundamentales que rigen las actividades en el espacio ultraterrestre.

6. Bibliografía

ABASHIDZE, A.K., ILYASHEVICH, M., LATPOVA, A. “Artificial Intelligence and Space Law”. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 25(S3).

BRATU I., FREELAND S. “Artificial Intelligence, Space Liability and Regulation for the Future: A transcontinental Analysis of National Space Laws.” *IAC-22-E7.7.12. 73rd International Astronautical Congress (IAC)*, Paris, France, September 2022.

DUARTE, C. “Inteligencia artificial y desarrollo espacial”. *Áviation* 21, México. 27 de junio de 2022.

LÓPEZ, L.S. “Inteligencia Artificial en el Espacio: Un enfoque legal”. *C.E.D.A.E.*, 21 de abril 2022.

MENDEZ, L., SÁNCHEZ, R. “Inteligencia artificial y el futuro del derecho”. *Revista Nexos*, 24 de abril de 2023.

PAGALLO, U., BASSI, E. & DURANTE, M. “The Normative Challenges of AI in Outer Space: Law, Ethics, and the Realignment of Terrestrial Standards.” *Philos. Technol.* **36**, 23 (2023).

POLO, J.D. “El control de un satélite por IA: una nueva era en la exploración espacial”. *Newsletter WWahtsnew*, 18 de abril de 2023.

SOROKA, L., KUTKOVA, K. “Artificial Intelligence and Space Technologies: Legal, Ethical and Technological Issues”. *Advanced Space Law, Volume, 3. 2019.*

El concepto de Gestión Espacial

Emilio Romualdi

1. Concepto de Gestión de tráfico espacial

La gestión del tráfico espacial (GTE) o *Space Traffic Management* (STM, por sus siglas en inglés) es definida por la Academia Internacional de Astronáutica (IAA) ^[1] – 2006 – como “el conjunto de disposiciones técnicas y reglamentarias para promover el acceso seguro al espacio ultraterrestre, las operaciones en el espacio ultraterrestre y el regreso desde el espacio ultraterrestre a la Tierra libres de interferencias físicas o de radiofrecuencia”.

En los circuitos de derecho y política espacial (gubernamentales, industriales y académicos) el consenso en relación con la gestión del tráfico espacial tiende a enfocarse al desarrollo de estándares para generar la comunicación entre operadores, la coordinación voluntaria entre las múltiples partes interesadas, así como la promoción de normas de comportamiento no vinculantes (*soft law*).

La IAA identificó tres objetivos específicos para la gestión espacial:

1. La seguridad espacial (es decir, prevenir daños en el corto plazo);
2. Sostenibilidad (es decir, reducir los daños en el largo plazo);

1. La Academia Internacional de Astronáutica (IAA) fue fundada en Estocolmo el 16 de agosto de 1960. El comienzo de la Academia estuvo dirigido por el Dr. Theodore von Karman, una de las figuras más importantes en la evolución de la cohetaría y el primer presidente de la IAA. La IAA es una organización no gubernamental independiente reconocida por las Naciones Unidas en 1996. Los miembros de la IAA son de todo el mundo, es decir, aproximadamente de 83 países. (<https://iaaspace.org/about/iaa-in-brief>) Rescatado 2/8/2023.

3. Alcance de la gestión de tráfico espacial (el ciclo de vida completo de la nave espacial, desde su lanzamiento hasta su eliminación).

En 2020 el Instituto Europeo de Política Espacial (ESPI)^[2], sugirió dividir la gestión espacial en tres funciones complementarias:

1. Monitoreo del tráfico espacial -es decir, la conciencia de la situación espacial (*space situational awareness* – SSA), con un enfoque holístico sobre los principales peligros espaciales que incluye la colisión entre satélites y desechos espaciales, fenómenos meteorológicos espaciales y los objetos cercanos a la Tierra – NEOs).
2. Regulación (los principios, normas y reglas aplicables);
3. Coordinación (las múltiples partes interesadas – *multi-stakeholders* – trabajando conjuntamente de manera organizada), el ESPI trabaja en colaboración con La Oficina de las Naciones Unidas para los Asuntos del Espacio Ultraterrestre (UNOOSA) y la Agencia Espacial Europea (ESA).

En este contexto la Unión Europea ha empezado a trabajar en una capacidad de vigilancia y seguimiento espacial independiente y muestra su liderazgo en la gestión del tráfico espacial.

El proyecto europeo de gestión espacial (EUSTM, en inglés), financiado con fondos europeos, analizará las actuales competencias de apoyo a la gestión del tráfico espacial en Europa y definirá las necesidades relacionadas para establecer una capacidad autónoma europea para hacerlo.

Se sostiene abarcará los aspectos tecnológicos, de gobernanza, jurídicos, reglamentarios, de normalización, de estrategia y

2. Su origen es el tratado que se firmó por la Agencia Espacial Europea (AEE) y la Agencia Espacial Austríaca (AEA). Según AEE su objetivo es convertirse en “el núcleo encargado de promover la política espacial europea en el mundo.” “Identificará y desarrollará temas de investigación que son relevantes para la política espacial europea, lo cual se utilizará para iniciar, apoyar y promover un debate político y social que promueva una conciencia pública acerca de la importancia de las infraestructuras y los servicios basados en el espacio.”

políticos, y recomendará directrices y mejores prácticas para la gestión del tráfico espacial destinadas a garantizar la seguridad, la protección y la sostenibilidad de las operaciones espaciales. El equipo de EUSTM incluye a los principales expertos europeos en el campo de la gestión del tráfico espacial y consultará también a partes interesadas de todos los ámbitos relacionados con el mismo en todo el mundo.

El Instituto de Política Científica y Tecnológica (*Science and Technology Policy Institute – STPI*)^[3], propuso – en consonancia con los intereses estadounidenses – eliminar de la gestión de tráfico espacial los aspectos técnicos de la cuestión del tráfico, principalmente el Programa de Conciencia Situacional Espacial o SSA (en inglés, *Space Situational Awareness programme*)^[4].

De esta forma, a diferencia de la Academia Internacional de Astronáutica, los especialistas del Instituto de Política Científica y Tecnológica y del Instituto de Análisis de Defensa conciben la GTE como un régimen sin que se deba considerar el Programa de Conciencia Situacional Espacial.

Por su parte, la Federación Astronáutica Internacional (*International Astronautical Federation – IAF*) además de separar el Programa de Conciencia Situacional Espacial de la gestión de tráfico espacial propuso diferenciar entre un régimen de gestión espacial, centrado en cuestiones de seguridad, compuesto por normas y reglas de coordinación del tráfico espacial, de un régimen de preservación del entorno espacial enfocado en las preocupaciones de sostenibilidad a largo plazo de las actividades espaciales como mitigación y solución a los desechos espaciales (basura espacial).

3. Instituto de Política Científica y Tecnológica es uno de los tres Centros de Investigación y Desarrollo con Financiamiento Federal (FFRDC) operados por el Instituto de Análisis de Defensa (IDA). El STPI fue establecido por el Congreso para informar las decisiones políticas de la Oficina de Política Científica y Tecnológica (OSTP) en la Oficina Ejecutiva del Presidente.

4. Es un programa de la Agencia Espacial Europea (ESA) para apoyar el acceso europeo al espacio y su utilización de forma independiente, a través de la entrega de información oportuna y precisa sobre el entorno espacial y, particularmente, sobre las posibles amenazas a infraestructuras europeas, ya sean en órbita o en tierra.

La mayoría de las iniciativas relacionadas con la GTE – por ejemplo las directrices de sostenibilidad a largo plazo de las actividades espaciales de la UN COPUOS, las directrices de mitigación de los desechos espaciales del Comité de Coordinación Inter agencial sobre Desechos Espaciales (IADC) y las “mejores prácticas” de la Coalición para la Seguridad Espacial (Space Safety Coalition, SSC) – forman parte de la promoción de la “gestión del tráfico espacial” (componente importante de la seguridad espacial) en un marco de colaboración voluntaria, en lugar de afrontar abiertamente la GTE con un enfoque de cooperación hacia las operaciones espaciales seguras, en el mediano y largo plazo.

De acuerdo con el Programa de Transferencia de Tecnología de la NASA ^[5], “El STM es fundamental para garantizar que los activos orbitales en expansión operen de manera segura y eficiente, evitando colisiones e interferencias de radiofrecuencia al mismo tiempo que facilita las operaciones espaciales generalizadas en un entorno espacial cada vez más congestionado”.

2. La situación fáctica vinculada con la gestión de tráfico espacial

En 1978, el científico de la NASA, Donald Kessler, advirtió sobre una posible reacción en cadena en cascada catastrófica en el espacio exterior.

El denominado “Síndrome de Kessler”, desarrollado en la década del 70’ supone que el volumen de basura espacial en la órbita baja terrestre sería tan alto que los objetos que se encuentran en ella

5. El programa de transferencia de tecnología de la NASA, ampliamente consolidado, está expandiéndose para apoyar a las empresas emergentes y a un mayor número de empresarios, lo que está permitiendo que asistamos a una transformación de productos, desde bicicletas hasta dispositivos médicos, gracias a las invenciones de la era espacial. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2022/02/article_0005.html (Rescatado 14/8/2023).

comenzarían a ser impactados con frecuencia por la basura, lo que produciría un “efecto dominó”, creándose así aún más basura.

En este contexto destacamos que en la órbita baja de la Tierra actualmente operan la Estación Espacial Internacional y miles de satélites número que está creciendo rápidamente gracias en parte a la constelación de Internet por satélite de SpaceX, Starlink ^[6], hace que sea más difícil encontrar un camino claro para que los cohetes lancen nuevos satélites.

Esto podría traer significativas consecuencias, de orden directo como la imposibilidad de realizar vuelos espaciales, la interrupción de las comunicaciones globales o el debilitamiento de la inteligencia militar.

Por otro lado, esto produce externalidades tales como el denominado el problema de los cielos oscuros y silenciosos.

Si bien es la luz artificial la que, a priori, contamina el cielo nocturno de más del 80% de la población mundial por la que un tercio de la humanidad no puede ver la Vía Láctea por la noche debido al brillo de esta lo cierto es que existe una nueva amenaza en la lucha por proteger la oscuridad de los cielos nocturnos dado que se están introduciendo un gran número de satélites a órbitas terrestres bajas.

Se prevé que con cierta inmediatez empresas como SpaceX, Amazon y OneWeb podrían lanzar hasta 100.000 satélites que por cierto son importantes para las redes de telecomunicaciones globales pero pueden impactar en la astronomía debido a su elevado número, su brillo en el cielo y sus ondas de radio omnipresentes ^[7].

6. Desde 2018, Rocket Lab ha lanzado 12 misiones exitosas y un total de 55 satélites al espacio para una variedad de fines comerciales y de investigación. Beck dijo que los problemas de tráfico en órbita se agravaron en los últimos 12 meses. En ese tiempo SpaceX ha construido rápidamente su constelación Starlink, haciéndola crecer para incluir más de 700 satélites que transmiten Internet. Ya es la constelación de satélites más grande con diferencia, y la compañía planea hacerla crecer para incluir entre 12.000 y 40.000 satélites en total. Eso es cinco veces el número total de satélites que los humanos han lanzado desde los albores de los vuelos espaciales a fines de la década de 1950.

7. Preservación de los cielos oscuros y silenciosos <https://www.eso.org/public/spain/about-eso/dark-skies-preservation/>.

Por supuesto que este problema no sólo afecta a la actividad espacial. La vida silvestre, tanto en zonas rurales como urbanas, también se ve afectada por la contaminación lumínica. Las bandadas de aves migratorias utilizan de forma similar la Vía Láctea para orientarse por lo que la imposibilidad de su visualización las desorienta.

Ahora bien, retomando el tema de investigación en la medida que crece el número de satélites en órbita – y los viejos satélites se acumulan –, el riesgo de este escenario de colisiones de Kessler se hace aún mayor.

Ello en gran medida se debe a la ausencia de regulación y que el tratado del espacio no tiene previsiones reales vinculadas con la realidad y eso ha dejado al mercado por lo que la industria espacial comercial ha tomado a su cargo la gestión espacial.

En este contexto hay dos aspectos clásicos que parece se deberían analizar: La actividad satelital creciente y la basura espacial.

Solo para destacar la dimensión del problema y sus implicaciones de riesgo, según la Comisión Europea, en 2021 se registraron 435 eventos para evitar colisiones (es decir, más de uno por día); alrededor de 7 mil aproximaciones cercanas detectadas a través de tres orbitas diferentes, de las cuales 190 fueron clasificadas de alto riesgo. De acuerdo con la *European Space Agency's Space Debris Office* la mayoría de las discusiones sobre STM se enfocan en los aproximadamente 35,000 objetos que se rastrean cotidianamente, que solo significa el 0,01% de la población total de objetos. Los peligros para la seguridad sostenida de las misiones espaciales (actuales y futuras) se encuentran en los millones de objetos no caracterizados e imposibles de rastrear, debido a su diminuto tamaño.^[8]

8. <https://a21.com.mx/index.php/cafe-espacial/2022/11/24/la-gestion-del-trafico-espacial-y-sus-implicaciones> (Rescatado en 9 y 11 de agosto de 2023).

Sin embargo no podemos dejar de analizar que en el marco del Programa de Seguridad, Protección y Sostenibilidad Espacial (SSSS) del Centro Strauss para la Seguridad y el Derecho Internacional de la Universidad de Texas en Austin (UT) y la Escuela de Ingeniería Cockrell, en asociación con la Academia Internacional de Astronáutica (IAA) se llevarán a cabo la 10ª Conferencia anual de gestión del tráfico espacial, “Puntos de cambio de inflexión: civil, comercial y de seguridad” para operaciones espaciales^[9] donde los temas han sido clasificados de esta manera:

- Civil: El creciente número de puertos espaciales civiles, el creciente número de países que buscan participar en esfuerzos de sostenibilidad o conciencia situacional espacial y la transición de EE. UU. de la gestión del tráfico espacial al Departamento de Comercio y sus implicaciones para los operadores espaciales en todo el mundo.
- Comercial: Los efectos de eventos de alto perfil en el mercado espacial comercial y el surgimiento de actividades espaciales novedosas, incluidos los esfuerzos para el mantenimiento y la salida de órbita de los satélites, junto con las políticas y regulaciones que rigen sus operaciones.
- Seguridad: los problemas y el papel de los activos espaciales comerciales y la intersección de la diplomacia espacial con el panorama de la seguridad.

Además, se propone explorar la interacción entre estos puntos de inflexión y otros temas relevantes, como el ambientalismo espacial, la sostenibilidad, la economía y la integración del conocimiento ecológico tradicional (TEK) en la gestión eficaz del tráfico espacial.

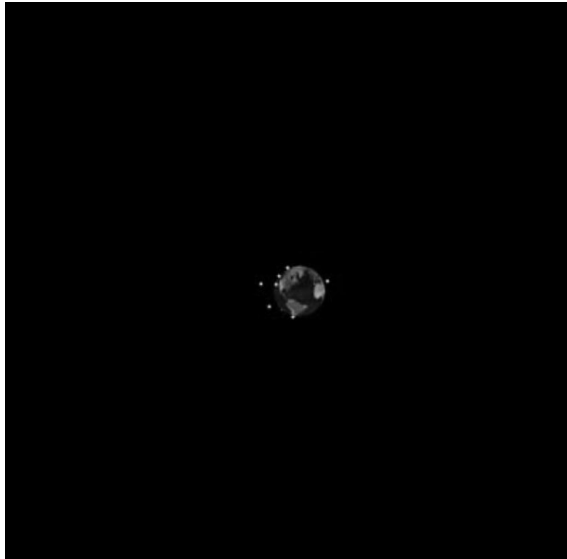
Es decir, una visión más amplia del plan de gestión espacial que incluye el estudio de las externalidades que produce la actividad.

9. La conferencia tendrá lugar los días 27 y 28 de febrero de 2024 en la Universidad de Texas en Austin, EE. UU.

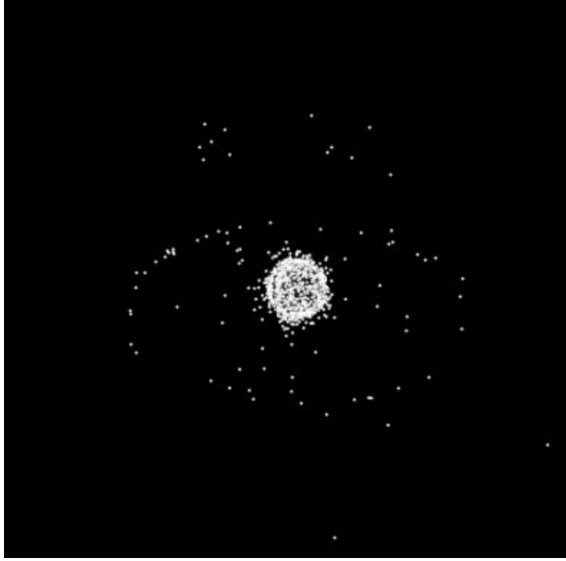
Los investigadores han advertido durante décadas que la congestión en el espacio exterior podría tener consecuencias devastadoras. La advertencia de Kessler decía que, si el tráfico espacial se vuelve demasiado denso, una sola colisión entre dos objetos podría desencadenar una reacción en cadena desastrosa que convierte efectivamente el espacio alrededor de la Tierra en un páramo extraterrestre.

Me parece en tal sentido graficar un poco la evolución para entender la gravedad del problema.

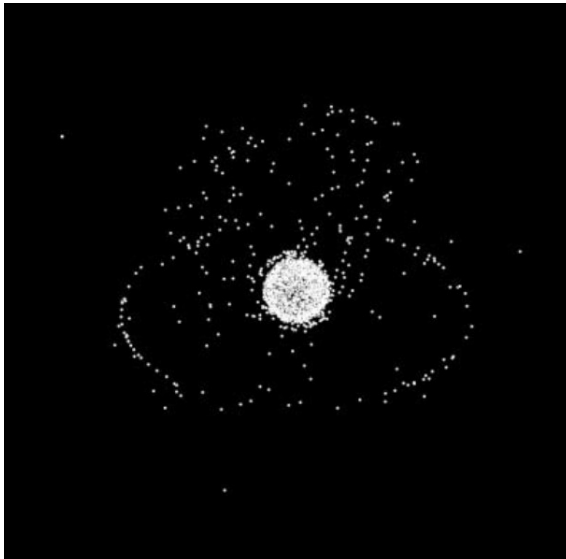
1960



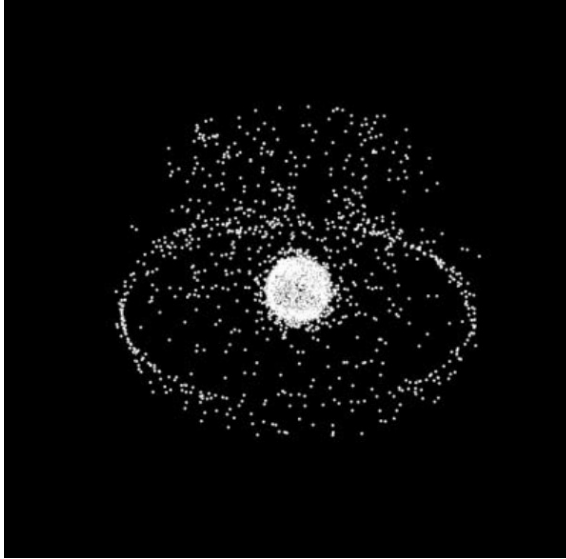
1970



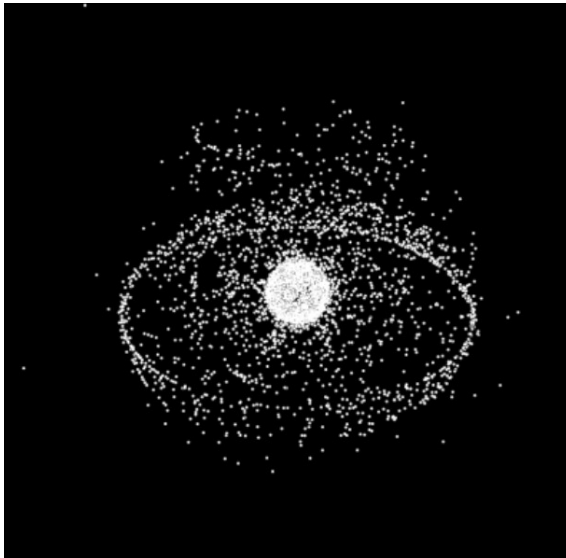
1980



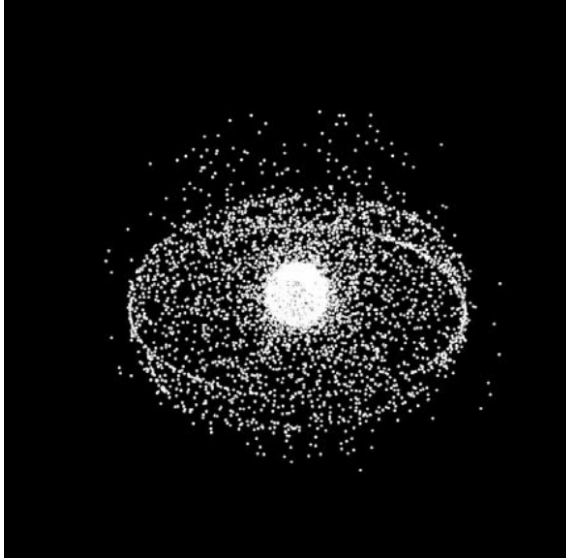
1990



2000



2010



Lo cierto es que el espacio es infinito – si los es – pero los espacios de circulación de los satélites son limitados.

Los gráficos demuestran como hemos pasado de una ruta casi sin tráfico a una autopista congestionada y peligrosa.

Esto enmarcado en una modificación sustancial del operador espacial.

A modo de ejemplo, en la década de 1960, Estados Unidos llegó a invertir el 4% de sus presupuestos anuales en la NASA. Tenía una razón estratégica de política internacional en el marco de la denominada “guerra fría” y necesitaba llegar a la Luna antes que los soviéticos rusos lo que justificó – desde esta perspectiva – el gasto/inversión de U\$S 25.800 en el programa Apollo.

Estos dólares eran convertibles a oro lo que Nixon dejó sin efecto en agosto de 1971 produciendo una expansión monetaria

que derivó en una depreciación del dólar y una inflación lo que hace que hoy – aproximadamente – estaríamos hablando de un equivalente de U\$S 258.000.

En la actualidad se repite el fenómeno, pero con una participación sustancial del sector privado. En 2021 las empresas de este sector en EE.UU que realizan actividad satelital recibieron la inversión de unos U\$S 17.000 por parte de las compañías de riesgo de capital.

El presupuesto de la NASA se ha reducido del 4% al 0,5% actual. En 2017 China invirtió U\$S 8.400^[10] para su programa militar espacial (Rusia recortó el gasto a 3.000 millones). Sin embargo el gigante asiático invertía mucho menos que Estados Unidos en misiones espaciales dado que, por ejemplo, en 2016 EE.UU invertía seis veces más que China y ocho veces más que Rusia.

La inversión privada, por el contrario, ha pasado de los 9.100 millones de 2020 a los 17.000 millones de 2021^[11]. Estados Unidos es el protagonista con el 62% de las inversiones, mientras que Japón está detrás con un 30% de esas inversiones. En tercer lugar, está Italia con sólo un 2%.

La inversión privada ha cobrado especial protagonismo en una carrera espacial que antes se dirimía entre Estados Unidos y URSS y que ahora parece hacerlo más entre empresas privadas como SpaceX, Blue Origin, Virgin Galactic o Boeing. Por ejemplo, Telesat planea lanzar casi 300 satélites con un peso de 700 kilos cada uno para este año 2023 para su constelación de banda ancha Lightspeed.

10. EE.UU. invirtió unos 14.000 millones de dólares en ese ámbito.

11. Fuente Space Capital.

El 95% de las inversiones en el área e de la actividad espacial todavía han estado destinadas a compañías que lanzan satélites. Así, de los 17.000 millones de dólares invertidos, 4.300 millones fueron invertidos en infraestructura espacial: el hardware y software usado para construir, lanzar y controlar tecnología espacial. Ahí es donde empresas como Sierra Space, SpaceX y Planet Labs han impulsado el segmento.

Es cierto que en esta competencia los enfoques varían mucho y el turismo espacial ha cobrado gran relevancia que se ha consolidado el 10 de agosto de 2023 cuando los primeros turistas espaciales sin experiencia previa, transportados por la empresa estadounidense Virgin Galactic, llegaron al espacio.

La compañía de turismo espacial fundada por Richard Branson había lanzado su primer viaje espacial comercial con mucho éxito el 29 de junio del 2023. Los miembros de la tripulación del Galactic 01 fueron seis hombres que ya tenían experiencia en exploración espacial a diferencia del viaje de agosto de ese mismo año.

Asimismo, si bien la NASA continúa avanzando en sus planes de exploración lunar lo hace con participación central del capital y el riesgo privado.

Así, le acaba de otorgar a Blue Origin, un contrato de 3.400 millones de dólares para el tercer aterrizaje humano en la Luna del siglo XXI. Ello así dado que la NASA ha programado el lanzamiento, denominado Artemis V, no antes de septiembre de 2029 en el marco del cual SpaceX de Elon Musk tiene el contrato para los dos primeros alunizajes de esta serie.

Lo cierto es que, como puede apreciarse, el interés del capital privado por el espacio es evidente.

En este contexto no es casual la decisión de EE.UU de transferir la gestión del tráfico espacial al Departamento de Comercio que va a ser objeto de análisis en la conferencia ya mencionada en este trabajo.

Ahora bien, es cierto que hasta ahora los gobiernos pueden emitir un número casi ilimitado de licencias de satélites lo que hace que la falta de coordinación global haga que las órbitas donde se instalan los mismos están cada vez más ocupadas.

Sostiene Jonathan McDowell del Centro Harvard-Smithsonian de Astrofísica “que es necesario que haya al menos algún acuerdo estadounidense y, con suerte, internacional sobre cuál es la capacidad de carga de la órbita terrestre baja. Debido a que no hay límite superior, no hay ninguna declaración de que no lanzaremos más de 200.000 satélites a la capa inferior”^[12].

En este sentido sostiene McDowell que el lanzamiento actual de decenas de miles de satélites podría ser un “acaparamiento de tierras” para asegurar tantos satélites como sea posible antes de que las regulaciones cambien e impongan límites. Así, concluye que “en algún momento tendremos que decir que solo puede tener X número de satélites para esta banda de altitud o algo así, y asignar ranuras orbitales de una manera comparable a cómo asignamos ranuras orbitales en GEO”^[13].

Es decir, **es necesario establecer reglas de tráfico espacial.**

Como ya desarrollamos es claro que el país que está en la avanzada de esta actividad son los EE.UU dado el rápido desarrollo y avance de la industria espacial privada en dicho país.

12. <https://www.datacenterdynamics.com/es/features/el-boom-de-los-sat%C3%A9lites-exige-una-mejor-gesti%C3%B3n-del-tr%C3%A1fico-espacial> (Rescatado 15/8/2023).

13. <https://www.datacenterdynamics.com/es/features/el-boom-de-los-sat%C3%A9lites-exige-una-mejor-gesti%C3%B3n-del-tr%C3%A1fico-espacial> (Rescatado 15/8/2023).

El sector privado estadounidense está revolucionando el uso del espacio exterior con nuevas tecnologías y modelos de negocio innovadores. Este fenómeno ha llevado a un aumento significativo en el número de naciones que participan en actividades espaciales y ha generado una economía espacial global valuada en \$469 mil millones en 2021.

Por esto resulta relevante que en julio de 2023 EE.UU haya publicado su primer marco estratégico para la diplomacia espacial.

Este documento de 37 páginas, emitido por el Departamento de Estado de EE.UU, describe la intención del país de construir asociaciones internacionales y establecer un “orden internacional basado en reglas” para el espacio exterior.

El “orden” significa sin dudas restricciones a la libertad de acceso y utilización del espacio ultraterrestre. Como diría Vygotsky en “Pensamiento y lenguaje” es el segundo sentido del término dado que ordenar implicar limitar mediante un mecanismo que “a priori” debería ser de consenso.

Para logra sus objetivos la regulación estadounidense tiene tres aspectos centrales sobre la que se sostiene.

En primer lugar, establece la necesidad de promover las políticas y programas espaciales de Estados Unidos a nivel internacional. Al hacerlo, el objetivo es reducir el potencial de conflictos y promover la cooperación entre las naciones. Es claro que los Estados Unidos buscan ser un líder en el ámbito espacial – conforme todo el análisis previo efectuado sobre su liderazgo en inversión – y requiere utilizar sus actividades espaciales como una herramienta diplomática para abordar desafíos globales como el cambio climático o el problema de los cielos oscuros y silenciosos que ya antes mencionamos.

En segundo lugar, pretende establecer alianzas y coaliciones multilaterales sólidas. Los Acuerdos de Artemisa ^[14], un ejemplo destacado de esto, son un acuerdo entre la NASA y sus contrapartes en países socios, que establecen los principios para la exploración lunar. Los Acuerdos de Artemisa, cuyo nombre completo es “Principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides con fines pacíficos” ^[15] establecen los principios de cooperación para futuras misiones de exploración y explotación civil con fines pacíficos en la Luna, en Marte y en cualquier cometa o asteroide del sistema solar. Es decir, busca instituir un marco jurídico que sirva de base para la cooperación, entre sus países adherentes, en materia de exploración espacial durante las próximas décadas. Es cierto que Rusia y China no forman parte de estos acuerdos.

Por un lado, Rusia ^[16] se excusó de participar cuando el encargado de la agencia espacial de ese país sostuvo que la iniciativa artemisa está demasiado centrada en una agenda particular estadounidense ^[17].

Por otro lado, la ausencia de la República Popular China está explicada en parte por la prohibición legal de colaboración científica que existe entre esta última y los Estados Unidos, sancionada en el año 2011 por el congreso estadounidense. Y por las propias ambiciones chinas de ser los líderes de la industria espacial y los primeros en establecer colonias en la Luna ^[18].

14. El jueves 27 de julio de 2023 el Gobierno nacional argentino oficializó junto al titular de la NASA la adhesión a los Acuerdos Artemisa de cooperación espacial internacional.

15. Artemis Accords (13 de octubre de 2020). Principles for cooperation in the civil exploration and use of the Moon, Mars, comets, and asteroids for peaceful purposes. <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed13Oct2020.pdf>.

16. Más allá que existe una intensa colaboración en materia espacial entre estos dos países, como sucede en la Estación Espacial Internacional.

17. Newman, C. (19 de octubre de 2020). Artemis Accords: why many countries are refusing to sign Moon exploration agreement. The Conversation. <https://theconversation.com/artemisaccords-why-many-countries-are-refusing-to-sign-moon-exploration-agreement-148134>.

18. Ji E., Cerny M. y Piliero R. (17 de Septiembre de 2020) What Does China Think About NASA's Artemis Accords? <https://thediplomat.com/2020/09/what-does-china-think-about-nasas-artemis-accords/>.

Por último, Alemania, Francia y la India, tampoco se encuentran entre los presentes.

Asimismo, la Agencia Espacial Europea tampoco ha firmado estos acuerdos como organización, más allá que algunos de los países que la integran – Austria, Luxemburgo o el Reino Unido – si han suscripto los acuerdos.

Esto, sostiene Newman^[19], puede deberse a la complejidad del proceso de consulta de los 17 miembros de la agencia y a los imperiosos tiempos que los EE.UU se fijaron como objetivo.

No debe descartarse que la Comisión Europea sea renuente dado que es necesario compatibilizar esos acuerdos con el Reglamento del Programa Espacial 21-27 sancionado por el Parlamento Europeo y el Consejo que confirma el acuerdo político del Reglamento sobre el espacio alcanzado en diciembre de 2020. El Programa Espacial, con el mayor presupuesto mayor de su historia, 14.880 millones de euros, abarca todas las actividades espaciales de la UE.

El Reglamento del Programa Espacial de la UE permitirá la modernización de los programas insignia de la UE (Galileo, EGNOS y Copernicus), garantizará el acceso autónomo de la UE al espacio y acelerará el desarrollo del Nuevo Espacio en Europa. Proporcionará la columna vertebral para apoyar a la industria espacial y fomentará el liderazgo y la resiliencia de la tecnología espacial de Europa, para poder competir en la carrera mundial. También ayudará al ecosistema industrial a recuperarse de la crisis resultante de la pandemia Covid-19. Además, financiará programas que harán una Europa más fuerte y próspera en los próximos años y décadas para los ciudadanos y las empresas de la UE.

19. Newman, C. (19 de octubre de 2020).

Con este nuevo Reglamento, la UE promoverá las aplicaciones/tecnologías posteriores, los usuarios y la aceptación del mercado y la explotación del enorme potencial de los datos y servicios espaciales para desarrollar aplicaciones y servicios de valor añadido. Además, los datos y servicios espaciales proporcionados en el marco del programa espacial de la UE apoyarán las transiciones verde y digital, que son una piedra angular de la recuperación europea.

De conformidad con el Reglamento, la gobernanza se racionalizará con tareas claras de los distintos actores, a saber, la Comisión (la gestión del programa), EUSPA (la explotación de Galileo/EGNOS, la seguridad y el desarrollo de aplicaciones posteriores para todos los componentes del Programa espacial) y la Agencia Espacial Europea (ESA) (investigación y desarrollo).

Se afirma que, para mantener el liderazgo mundial, Europa debe acelerar el proceso de transformación de la política espacial de la UE, abordar los desafíos futuros y reducir las dependencias en sectores estratégicos. Por este motivo, la Comisión ha propuesto dos nuevas iniciativas emblemáticas, la iniciativa de conectividad segura basada en el espacio y la gestión del tráfico espacial. Además, la UE necesita explorar soluciones nuevas y competitivas para el acceso al espacio.

Finalmente, el tercer aspecto de la diplomacia espacial estadounidense es la necesidad de capacitar a los empleados del Departamento de Estado en habilidades relacionadas con la política espacial. Esto permitirá a sus diplomáticos perseguir objetivos de política espacial de manera efectiva y fortalecer el liderazgo de Estados Unidos en este ámbito. Es claro que esto último refiere más a una política unilateral de esa nación tendiente a mantener una posición de privilegio en la actividad espacial.

Ahora bien, todo este problema está vinculado al espacio que rodea la tierra que tiene – en principio – limitaciones que requieren de establecer un orden. Veamos entonces a que espacio nos referimos.

3. Las órbitas sobre la tierra

3.1. Las órbitas satelitales actuales

El espacio sobre la Tierra se divide actualmente en tres niveles:

- a) Órbita terrestre baja (LEO), que es cualquier altitud por debajo de los 2.000 km;
- b) Órbita de la Tierra Media (MEO) entre 2.000 km y 35.786 km;
- c) Órbita terrestre geostacionaria (GEO) a 35.786 kilómetros.

Veamos cada uno de ellos más allá del gráfico que se acompaña:

- a) Las siglas LEO (*Low Earth Orbit*) se refieren a “órbita terrestre baja”. Los satélites LEO orbitan a en una franja entre 160 km y 1.000 km de altura sobre la superficie del planeta, o entre 160 km y 2.000 km según otras referencias.

La fuerza gravitacional de la Tierra se vuelve más fuerte cuanto más cerca se esté. Debido a esto, los satélites LEO, al estar relativamente cerca de la Tierra, tienen que moverse muy rápido, para poder contrarrestar la gravedad.

Por ejemplo, la Estación Espacial Internacional (ISS), a una altitud relativamente baja de 400 km, se mueve aproximadamente a 27.600 km por hora y orbita la Tierra unas 16 veces al día. Los satélites geostacionarios, a una altitud mucho mayor de 35.786

km, se mueven a menos de la mitad de esa velocidad: unos 11.000 km por hora.

En LEO hay muy poco control. Las empresas solo están limitadas por lo que sus gobiernos les otorgarán permiso, y los gobiernos de todo el mundo están autorizando grandes cantidades de nuevos satélites. Hay docenas de nuevas empresas que planean un número variable de constelaciones de satélites, que van desde pequeños CubeSats del tamaño de una caja hasta máquinas del tamaño de una nevera que pesan cientos de kilos, que podrían ver decenas de miles de satélites lanzados durante la próxima década.

a) Las siglas MEO (*Medium Earth Orbit*) se refieren a “órbita terrestre media”, y hace referencia a los satélites que orbitan la Tierra entre los niveles LEO y GSO. Al no haber un acuerdo sobre si LEO termina en 1.000 o 2.000 km, se puede considerar que algunos.

b) Las siglas GEO (*Geostationary Equatorial Orbit*) se refieren a “órbita ecuatorial geostacionaria”.

Ahora bien, es necesario hacer una distinción con las siglas GSO (*geosynchronous orbit*) que refieren a la “órbita geosincrónica” esto es la órbita del satélite que está sincronizada con la rotación de la Tierra. Ello así dado que la Tierra tarda un día en completar una vuelta, al igual que el satélite GSO que tarda un día en completar una órbita a la Tierra. Este es un tipo de satélite GSO que sigue el ecuador, viajando en la dirección de rotación de la Tierra.

Los satélites en GEO siempre parecen estar en el mismo lugar en relación con la Tierra, por ejemplo, a medida que la Tierra gira, un satélite GEO sobre Brasil o Colombia seguirá moviéndose de manera que permanecerá siempre sobre dichos países.

Todos los satélites GSO (incluidos los satélites GEO) se encuentran aproximadamente a 35.786 km sobre la Tierra: la única altitud a la que se puede mantener la órbita geosincrónica.

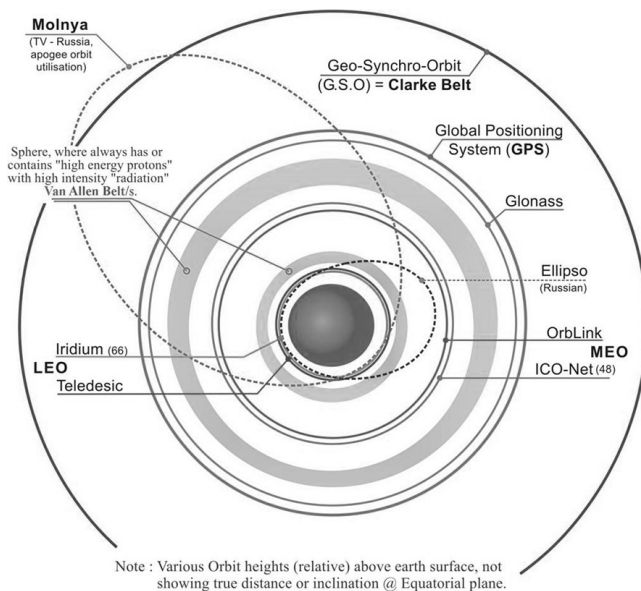
3.2. La órbita Heo

Teniendo en cuenta que existen satélites de órbita baja y media, es de esperar que habrá un satélite de órbita alta, o HEO.

El acrónimo HEO a veces se usa para satélites, pero no significa “órbita terrestre alta”. HEO es la abreviatura para “órbita altamente elíptica”, quiere decir, órbitas en las que, en lugar de permanecer en todo momento más o menos a la misma altura sobre la Tierra, el satélite está más cerca del planeta en algunos puntos de su órbita que en otros.

Los satélites con órbitas elípticas pasan más tiempo sobre algunas zonas del planeta que sobre otras, lo que resulta útil para las comunicaciones.

En tal sentido, SpaceX ha dicho que está decidido a ser un administrador responsable del espacio exterior. La compañía dice que ha equipado sus satélites Starlink con la capacidad de maniobrar automáticamente fuera del camino de otros objetos en órbita:



3.3 Órbita sincrónica solar SSO: *Sun Synchronous Orbit*

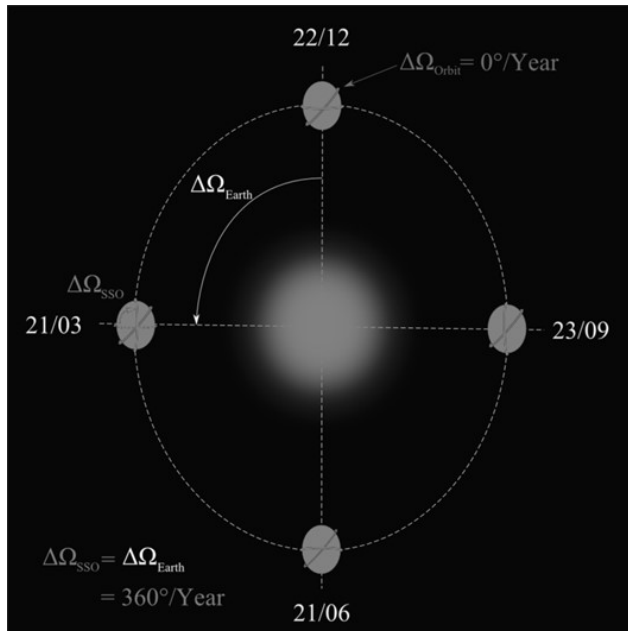
La órbita sincrónica solar, que es un caso particular de órbita polar, permite que un objeto ubicado en ella pase todos los días sobre un determinado lugar y a la misma hora.

Esto se obtiene usando una órbita polar con un control preciso de la órbita de modo que se ajuste de forma sincrónica a la posición del sol durante todo el año.

En el esquema siguiente se muestra una órbita polar normal ($\Delta\Omega_{\text{Orbit}}$) y una órbita sincrónica solar ($\Delta\Omega_{\text{SSO}}$).

Típicamente este tipo de órbita permite que un objeto aparezca al amanecer o al atardecer sobre un punto de la tierra siempre a la misma hora, o bien que pasen por el ecuador justo a mediodía o a medianoche.

Es una órbita usada en observación y meteorología.



Asimismo, se ha estudiado ^[20] que la altitud de un satélite puede afectar en varios aspectos. Por ejemplo:

- Coste de lanzamiento. Viajar a mayores altitudes requiere cohetes más potentes y caros, y más combustible, por lo que, los satélites de baja altitud son más baratos de lanzar. Este ahorro puede darse varias veces; por ejemplo, la órbita baja de la ISS hace que cada vez que se envía una nave de suministros el coste sea menor.
- Coste del satélite. Los satélites de baja altitud suelen ser más pequeños y menos potentes, y por lo tanto más baratos, ya que no tienen que transmitir señales tan lejos como lo hacen los satélites de gran altitud.
- Función. Algunas órbitas son más útiles que otras dependiendo del propósito del satélite. Por ejemplo, los satélites diseñados para observar o fotografiar la Tierra suelen estar en órbitas relativamente bajas.
- Capacidad para ofrecer una cobertura consistente o amplia. Debido a que tienen que moverse rápido, un satélite LEO no permanece en una ubicación específica mucho tiempo, por lo que se necesitarían varios satélites para poder ofrecer una cobertura segura en esa ubicación. Los satélites GEO permanecen en la misma posición, y su gran altitud hace que puedan cubrir un área mayor, pero solo pueden colocarse sobre el ecuador. Cuanto más lejos esté del ecuador, menos útiles serán los satélites GEO.
- Latencia. Las señales tienen que viajar hacia y desde satélites, por tanto, una persona que se conecta a un satélite a gran altitud puede notar retrasos un poco más prolongados en la recuperación de información.
- Deterioro orbital. Los satélites en órbita baja pueden encontrar resistencia atmosférica, ralentizándolos y permitiendo que la gravedad los acerque a la Tierra. Cuanto más bajos estén, mayor es la resistencia y más rápido decae su órbita. Esto significa que los satélites LEO suelen tener que reiniciarse, usando sus propios motores u otra nave espacial para restaurar su velocidad y la altitud, o reemplazarse por otro. Las dos opciones son caras.

20. <https://darwincav.com/es/different-types-of-satellite-orbit> (Rescatado 14/8/2023).

En 2010, Ad Astra Rocket Company estimó que mantener la ISS en una órbita estable, requiere múltiples reinicios al año con un coste anual de \$ 210 millones.

- Número máximo de satélites. El número de satélites GEO que pueden orbitar a la vez tiene un límite, ya que están a una altura específica (35.786 km) y necesitan recorrer una ruta específica (el ecuador). En el artículo publicado en el año 2000 en la revista "*Berkeley Technology Law Journal*", de Lawrence D. Roberts y titulado "*A Lost Connection*", su autor estima que el ecuador solo puede albergar hasta 1.800 satélites GEO, y que muchas de esas 1.800 posibles posiciones no serían útiles. Actualmente, hay más de 500 satélites GEO activos.

A los efectos de la investigación el deterioro orbital y el número de satélites máximo aparecen como las variables más relevantes para analizar.

4. Epílogo

En el contexto descrito está claro que la administración del espacio que circunda el planeta requiere de un sistema de reglas claras, consensuada y equitativas.

Los tratados existentes hoy son insuficientes para regular el crecimiento exponencial de la actividad en particular del sector privado.

Me parece esa es la área académica hacia donde deben enfocarse los esfuerzos de investigación, a fin de aportar soluciones que, luego, la transacción política de los estados consideren adecuadas a sus fines y sus relaciones de poder.

A Importância da Regulação Responsiva no Setor Aéreo

Luana Corina Medéa Antonioli Zucchini

Gerente do Contencioso no Departamento Jurídico da Gol Transportes Aéreos S/A há 20 anos, atuando sobretudo em temas ligados ao Direito do Consumidor, Regulatório e Trabalhista. Graduada em Direito pela PUC-SP, possui especialização em Direito Processual Cível pela PUC- SP e MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Atualmente cursando especialização em Gestão de Negócios na Fundação Dom Cabral e extensão em ESG & Gestão na Universidade de São Paulo.

Resumo

O presente artigo tem o intuito de avaliar as mudanças que aconteceram nas agências reguladoras, sobretudo da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil no que se refere a fiscalização, mudando do modo de fiscalização comando controle para o modelo de regulação responsiva, trazendo um cenário dos benefícios e desafios desta mudança, nos dias de hoje. Como profissional do direito fui criada no modelo comando e controle e pude observar, ao longo do meus 22 anos trabalhando no setor aéreo, como o modelo regulação responsiva pode trazer mais benefícios para a coletividade, a partir do momento em que o poder regulador cria uma ambiente de segurança com o regulado, para que ele possa trazer ao regulador seus desafios, dúvidas e juntos possam criar instrumentos normativos que não abram mão da segurança, mas permitam que o regulador crie normas que serão cumpridas e garantam a segurança e o atendimento da coletividade.

Palavras Chave: Comando controle; Regulação responsiva; Regulador; Regulado; Agência reguladora.

1. Introdução

A ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil é umas das tantas agências reguladoras federais do Brasil. A ANAC foi criada em 2005 ligada ao Ministério da Defesa para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil, infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil. Ela foi instituída pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, mas começou a atuar em 2006, substituindo o antigo DAC – Departamento de Aviação Civil.

O DAC – Departamento de Aeronáutica Cível foi criado na década de 30, com o Decreto nº 19.902 e estava subordinado, naquela época, diretamente ao Ministério da Viação e Obras Públicas. Em setembro de 1969, o seu nome foi modificado para Departamento de Aviação Civil – DAC permanecendo assim até março de 2006 quando foi extinto e substituído pela ANAC, que está à frente da Aviação até os dias de hoje.

Obviamente que qualquer mudança teve seus momentos turbulentos, sobretudo por estarmos migrando de um departamento militar para um departamento formado por servidores públicos recém ingressos de concursos públicos. Sabiamente a migração foi sendo feita em etapas e, ocorreu durante os cinco anos seguintes à criação da ANAC, até para permitir que houvesse uma interação entre os antigos integrantes do DAC e novos integrantes da recém-criada ANAC.

Cabe lembrar que ANAC foi uma das últimas agências a serem criadas e, portanto, teve sim os seus privilégios, dentre eles o de observar os benefícios da mudança do modelo comando controle para o de regulação responsiva em outras agências, inclusive ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações.

E para quem acha que a regulação responsiva é um modelo novo de regulação, cabe trazer que seu nascedouro tem início em 1970, quando na Austrália começaram a se perguntar o motivo pelo qual tantos trabalhadores morriam nas Minas de Carvão se o objetivo das minas não era matar pessoas. Foi então que se abriram diálogos de como este cenário poderia ser alterado.

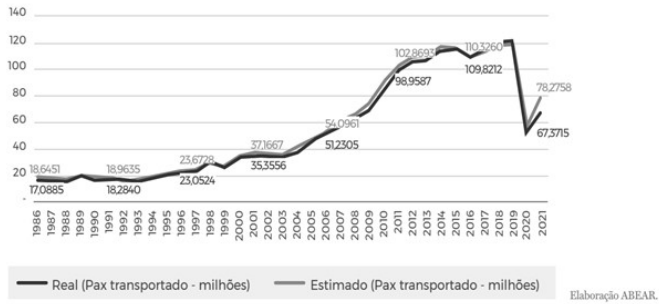
Mas é na década de 90 com a Teoria dos Jogos tomando força que a regulação responsiva começa a se desenvolver e, é justamente neste período no Brasil, que começa um movimento de desestatização. Abre-se um parêntese para uma breve explicação sobre a Teoria Do Jogos, nela se analisa a ação dos indivíduos ou da coletividade sob o impacto das leis. Tais leis criam restrições que podem impactar o desenvolvimento? Se sim, o que podemos adaptar nas leis, regras que beneficiem o desenvolvimento e a coletividade. Realmente como em um jogo em que peças preciso mexer para criar um cenário melhor. O livro “Uma Mente Brilhante” que retrata a história do economista John Nash é um bom exemplo que como funciona a Teoria dos Jogos.

Mas é em 2000 que a regulação responsiva toma corpo no Brasil. E quando vemos a ANAC sendo criada em 2006, ela vem inserida em um cenário em que outras agências como ANATEL já haviam incorporado o modelo de regulação responsiva e, portanto, tinham experiências de sucesso de tal modelo.

A própria ANAC, ainda, sobre o chapéu de DAC tinha uma experiência dentro de casa quando em 2001 se estabeleceu a

liberdade tarifária, quando então as companhias aéreas poderiam estabelecer livremente os preços de suas passagens nas rotas nacionais e internacionais.

EVOLUÇÃO DOS PASSAGEIROS TRANSPORTADOS PAGOS EM VOOS DOMÉSTICOS E INTERNACIONAIS NO BRASIL (REAL X ESTIMADO)



*<https://www.abear.com.br/wp-content/uploads/2022/12/Panorama2021.pdf>
Panorama 2021 - O Setor Aéreo em Dados e Análises.

Verifica-se através do gráfico o crescimento da oferta de assentos para os brasileiros em 2001, quando se instituiu a liberdade tarifária, já em 2001, uma clara melhoria para a Coletividade, que não só possibilitou uma capilaridade maior de serviços, aumento da oferta, com possibilidades de diluir os custos em um maior número de rotas e a, conseqüente, redução das tarifas impulsionadas pela concorrência, sem falar na atração de novos players para o mercado.

Cabe citar que o empurrão para a criação da ANAC foi justamente quando o, ainda DAC na figura de seu Diretor Presidente proíbe a comercialização pela companhia GOL Linhas Aéreas S/A de passagens ao preço de R\$ 59,00. O presidente do DAC é substituído e o governo da época ganha força no seu discurso sobre a necessidade da criação da Agência, visto que aos olhos da

coletividade não fazia sentido a proibição da disponibilização de uma tarifa promocional. Nasce a ANAC é com ela já o espírito da criação de uma cultura justa que busca resultados para a coletividade, que mais tarde configurou-se na aplicação da regulação responsiva.

2. Desenvolvimento

Durante o período de transição de DAC para ANAC em que os militares foram retornando para outras funções (20% dos servidores por ano) e os servidores públicos vindos de concursos públicos começaram a mergulhar nos desafios da agência reguladora, alguns pontos foram sendo observados entre os modelo comando controle e a regulação responsiva:



O cenário que se via na chegada da ANAC era um excesso de multas, muitas vezes discutidas durante anos, que por vezes eram levadas para discussão ao judiciário e, que, em algumas vezes, corriam o risco de ser reduzidas, tirando das mãos do órgão regulador qualquer possibilidade de solução.

Para ilustrar essa situação, trago um exemplo, um fiscal vai até um determinado aeroporto, verifica a inexistência de um

determinado alarme supostamente obrigatório, e sem qualquer conversa com o regulado o atua. Este auto vai provavelmente para advogados, que acostumados com o sistema comando controle, protocolam defesas, recursos e até, em último caso, recorrem ao judiciário, que pode, por um erro material do auto poderá até mesmo cancelá-lo. Enquanto este processo durou por anos, a ausência do alarme sonoro não foi solucionada, até mesmo porque sequer houve um diálogo e, ainda, se houve um cancelamento do auto, um suposto questionamento do regulador do que deveria ser corrigido, não irá acontecer. Houve resultado ou melhoria para os consumidores? Certamente não.

E quando trazemos estas reflexões é que o modelo de regulação responsiva surge como uma resposta melhor se visamos a melhoria e segurança do serviço oferecido.

Apenas trazendo um exemplo para reflexão, quando a empresa de telefonia “OI” pediu recuperação judicial, um terço de seu passivo eram de multas com a ANATEL, faz sentido um passivo de multas com a agência reguladora neste montante sem que ambos regulado e regulador tenham dialogado para tentar resolver assuntos que prejudicavam o consumidor e, com certeza, após serem pagos são revertidos em custo para o consumidor, que deveria ter seu serviço com maior qualidade e não com custos incrementados.

A ANAC, além de ser uma das últimas agências reguladoras a serem criadas, o que lhe deu o benefício de observar as mais antigas com bagagem de na regulação responsiva, já tinha em sua cultura o reporte voluntário dos pilotos de situações que pudessem causar risco a segurança ou mesmo pudessem melhorar os níveis de segurança, porque então não ampliar esta relação de confiança para um nível onde os regulados e reguladores pudessem compartilhar informações, anseios do setor em um ambiente de confiança para criar normas mais adequadas ao setor que pudessem ser cumpridas,

em suma, porque regulado e regulador não construir juntos melhorias para o setor.

Mas como chegamos neste estágio?

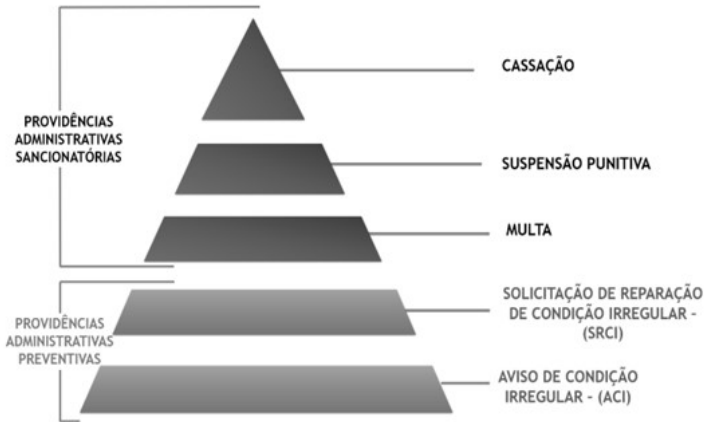
A regulação responsiva é uma relação de confiança que se constrói entre o regulado e o regulador, onde o regulado se sinta à vontade para relatar suas dificuldades, às vezes, até mesmo de questionar o que a norma deseja que seja executado, sem correr o risco de ser multado.

É óbvio que neste modelo estará preservada a segurança, não se admitirá comportamentos que atentem à segurança, mas é permitido que o regulado possa consultar livremente o regulador sobre a interpretação de uma norma sem haver o temor de ser punido, pois quando o regulado faz a consulta é para que ocorra um canal que permita melhorias e adaptações.

E neste mesmo sentido, o regulador pode consultar o regulado sobre as dificuldades e benefícios da implantação de uma norma, antes mesmo de impô-la.

Este movimento começa a ter embasamento legal com a publicação da Portaria nº 3092 que estrutura o Projeto Enforcement através de uma pirâmide que passa nortear o processo de monitoramento e fiscalização da ANAC, com intuito de ao final conscientizar o regulado ao cumprimento da norma.

Para se entender como funciona o Projeto Enforcement trazemos a pirâmide que norteia o projeto e que, basicamente, cria um caminho para que a última alternativa da agência seja a suspensão ou revogação da licença.



Criado o projeto, a ANAC se deparou com uma imensidão de autos de infração criados dentro do contexto da legislação fiscalizatória, portanto, fez-se necessário a publicação da Portaria 472 que disciplinou como deveriam ser as atividades regulatórias de forma a estimular o regulado a cumpri-las sem a necessidade de uma sanção mais severa.

A Resolução 472, da ANAC, adota medidas escalonadas, começando pela tentativa de prevenção e somente em última instância evoluir para medidas sancionatórias ou mesmo acautelatórias, possibilitando um espaço de diálogo que leve o regulado a cumprir as normas da agência, sem a necessidade de sanção.

Na tabela a seguir ficam claras as medidas do Projeto Enforcemnet da ANAC que prevê medidas, acautelatórias na Resolução 472, antes de chegarmos a uma sanção do regulado. Estas medidas permitem um canal de diálogo e, conseqüente, melhoria de serviço para o consumidor:

TIPO	PROVIDÊNCIA ADMINISTRATIVA	FINALIDADE	APLICABILIDADE
PREVENTIVAS	Aviso de Condição Irregular (ACI)	Mero aviso (warning), destinado a alertar o ente regulado sobre alguma irregularidade	Irregularidades de baixo risco; regulados com bom histórico de compliance.
	Solicitação de Reparo de Condição Irregular (SRCI)	Concessão de prazo para que o regulado corrija a irregularidade verificada. O prazo pode ser determinado ou pactuado com o regulado, por meio de plano de ação corretiva (PAC).	Irregularidades de risco tolerável por certo prazo; regulados com bom histórico e com postura colaborativa.
SANCIONATÓRIAS	MULTAS	Sanção pecuniária, com a finalidade de encarecer e desestimular as irregularidades e o descumprimento.	Irregularidades de risco tolerável, mas com reincidência. Regulado com histórico ruim em relação a outras infrações.
	Suspensão Punitiva	Retirar temporariamente o regulado infrator do mercado, de forma a desestimular ainda mais a prática de infrações e mandar um sinal a outros infratores.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações.
	Cassação	Retirar definitivamente o regulado infrator do mercado, de forma a impedir que preste mais serviços e que volte a gerar risco à aviação.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações, incluindo suspensões anteriores.
ACAUTELATÓRIAS	Detenção, apreensão, suspensão cautelar	Restringir imediatamente a operação do agente infrator, ou da infraestrutura ou do produto adulterado, de forma a evitar expor outras pessoas a risco.	Risco iminente: irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização.

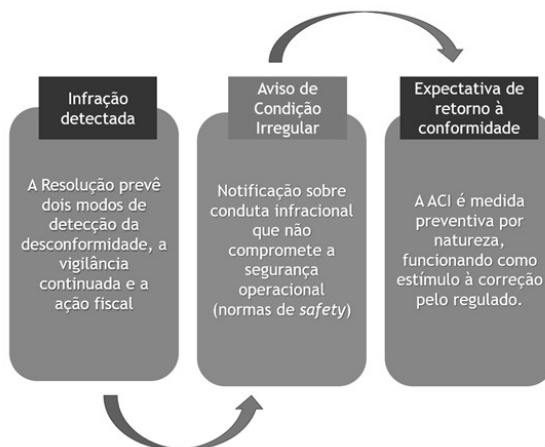
Fonte: ANAC – Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 e portarias com os compêndios de elementos de fiscalização de diversos regulamentos da Agência

Como vemos a Resolução 472 atua de forma crescente buscando o melhor resultado para a coletividade, procurando soluções antes do PAC – Processo Administrativo Sancionador. A Primeira Medida Aviso de Condição Irregular – ACI, que busca restabelecer a normalidade em situações de baixo impacto e sem risco à segurança. Já a Solicitação de Reparação de Condição Irregular – SRCI solicita a correção de uma determinada conduta em um determinado tempo. Caso este prazo não seja atendido, solicita-se para que em 60 dias o regulado apresente seu Plano de Ações Corretivas – PAC, transcorrido este prazo a agência terá 60 dias para aceitar o PAC ou seguir para a instauração de um Processo Administrativo.

Verifica-se claramente a regulação responsiva na medida que agência age na tentativa de solução, sendo a infração a última alternativa, que deverá ser utilizada para aquele regulado que, intencionalmente descumpra as normas de maneira contumaz.

Trazemos de uma forma mais visual como a regulação responsiva acontece na prática.

Fluxo de Aviso de Condição Irregular



Fluxo da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI)



Vemos que há um longo caminho de diálogo até as medidas mais drásticas como a multa, a suspensão ou cassação, até porque as construções dos diálogos que antecedem estas medidas têm como objetivo a boa qualidade do serviço público a sociedade coletividade.

4. Conclusão

Hoje, olhando sobre o funil do agente do Direito poderíamos dizer que as mudanças, as melhorias, o pensamento na coletividade iriam tardar, no entanto, a regulação responsiva se mostra como uma solução que não tarda, que resolve, quando regulador e regulado estão dispostos a oferecer um transporte de qualidade pensando na coletividade e não somente no individual. Está aí uma solução para as leis que se tornam obsoletas e não respondem para a sociedade na mesma velocidade que ela demanda. E a agência tem em sua mão a especificidade do serviço, que em algumas vezes somente a ela cabe regular, a lei não tem o condão de acompanhar e não consegue, daí podemos dizer que a regulação responsiva se mostra como a melhor solução para uma sociedade que se move e evolui cada dia mais rápido.

O Próprio Código Brasileiro de Aeronáutica que data de 1986, antes mesmo da Constituição Brasileira, tornou-se obsoleto e a ANAC consegue superar alguns entraves desta situação com a regulação responsiva.

A regulação responsiva apresenta-se como um excelente medida para o desenvolvimento não só da aviação, mas também de todos os setores, pois traz este sentimento de coletividade, tão importante no dias de hoje.

5. Referências Biográficas

1. <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/conheca-o-projeto-regulacao-responsiva>
2. Plano Estratégico da ANAC 2020-2026
3. 10/08/2020 – Evento promovido pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil: Mesa Redonda Virtual da ANAC – Responsabilidade Responsiva Hoje Experiências de Implementação e Resultado
4. 26/02/2021 -Evento promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro (OAB-RJ) – Regulação Responsiva no Setor Aéreo
5. 09/09/2021 – Evento realizado pela ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres: Café com Regulação – Cultura organizacional de incentivo a comportamentos virtuosos e colaborativos dos regulados: A experiência da ANAC.
6. [https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2023/atuacao-anpd - Você sabe no que consiste a regulação responsiva? \(serpro.gov.br\)](https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2023/atuacao-anpd-Voc%C3%A9_sabe_no_que_consiste_a_regulacao_responsiva_(serpro.gov.br))
7. UNB - NÚCLEO DE DIREITO SETORIAL E REGULATÓRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UnB - Ref.: Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro -Estudo com a proposta, para a temática escolhida pela Diretoria Colegiada da ANAC, de modelagem regulatória baseada em mecanismos de incentivos TEMA: Desenvolvimento de modelos de atuação da fiscalização compatíveis com a RR ENFOQUE: Respostas responsivas a potenciais obstáculos jurídicos à regulação baseada em riscos na SP0 - REDAÇÃO: Prof. Marcio Iorio Aranha Prof^a. Ana Frazão Prof. Jorge Otávio Lavocat Galvão PhD(C) Angelo Gamba Prata de Carvalho PhD(C) Fernando Barbelli Feitosa PhD(C) Vânia Lúcia Ribeiro Vieira MSc(C) Gabriel Campos Soares da Fonseca MSc(C) Livia Cristina dos Anjos Barros – 20/09/21

Los Conflictos de Leyes Derivados de la Proteccion de los Pasajeros del Transporte Aereo

Manuel Guillermo Sarmiento García

Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia.

Director del Departamento de Derecho del Transporte e Infraestructura de Transporte..

Esta ponencia desarrolla similares planteamientos a los expuestos por el autor en el trabajo: “El derecho de retracto de los pasajeros en el transporte aéreo”, presentado en el seminario “Le condizioni generali di trasporto del vettore aéreo”, celebrado en la Universidad de Roma “La Sapienza” el 12 de mayo de 2.016, y en la ponencia presentada por el autor: “Los derechos de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo. El derecho de retracto” en las XL Jornadas de ALADA, celebradas en Mendoza, Argentina del 24 al 26 de Agosto de 2.016. SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. “El derecho de retracto de los pasajeros en el transporte aéreo”. Ponencia presentada en el Seminario “Le condizioni generali di trasporto del vettore aéreo”, celebrado en la Universidad de Roma “La Sapienza” el 12 de mayo de 2.016

1. Introducción

En primer lugar permítanme agradecer personalmente y en representación de la Universidad Externado de Colombia, al Profesor MARCO FABIO MORSELLO de la Universidad de Sao Paulo, lo mismo que al Presidente de ALADA, Doctor MARIO FOLCHI y a todos los miembros de la comisión organizadora, por la invitación que me han formulado para participar como conferencista en estas XLV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial y tener la feliz oportunidad de regresar a esta gran ciudad de Sao Paulo.

En diversas oportunidades y eventos académicos me he referido al tema de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, ya que desde principios del presente siglo la defensa y protección de estos derechos ha sido una preocupación recurrente, especialmente en las legislaciones internas de los países, debido fundamentalmente a que el contrato de transporte aéreo ha sido calificado como un contrato que conlleva una relación de consumo.

En un seminario sobre transporte aéreo que se celebró en la Universidad de Roma “La Sapienza”,^[1] en el mes de Mayo de 2.016, manifesté que en las últimas décadas el derecho de los

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

contratos ha sufrido una importante evolución, especialmente aquellos vínculos contractuales donde las relaciones de consumo ocupan un lugar destacado, me refiero fundamentalmente a los contratos que conllevan la prestación de un servicio público, donde los usuarios o consumidores como parte contratante tienen una posición privilegiada frente a la ley, que desborda muchas veces la regulación legal contenida en las normas de derecho privado que tipifican este tipo de contratos, que al tener por objeto la prestación de un servicio público, dan lugar a un consumo masivo por parte de los ciudadanos, que por su impacto socio-económico, ha dado lugar a un proteccionismo de los intereses de los usuarios^[2], que las empresas prestadoras de los servicios juzgan exagerado.

Esta nueva tendencia tanto legal como doctrinal respecto al derecho de los contratos, que ha tenido especial preponderancia en Francia, se debe fundamentalmente a que actualmente los derechos de los usuarios constituyen un tema importante en el análisis de los contratos, donde las relaciones de consumo influyen en forma determinante en el vínculo contractual, como sucede con la regulación del contrato de transporte aéreo, en la cual los derechos de los pasajeros se han convertido en uno de los aspectos fundamentales con miras a establecer las condiciones generales de dicho contrato.

En el desarrollo de esta ponencia, me propongo analizar los conflictos de leyes que se han presentado en Colombia como consecuencia de la expedición de normas sobre protección de los derechos de los pasajeros, por parte de diferentes autoridades, con base en una decisión judicial proferida por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo que suspendió provisionalmente

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

una reglamentación de la autoridad aeronáutica relacionada con el derecho de retracto de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo.

2. Los conflictos de leyes que se han presentado en Colombia con motivo de la protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo

Son diversas las normas que se han expedido en Colombia en materia de protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, la regulación básica del contrato de transporte aéreo está contenida en el Código de Comercio, expedido hace 52 años, mediante el decreto-ley 410 de 1.971, que en ninguna de sus normas se refiere a los derechos de los pasajeros y su protección, se limita a consagrar los elementos básicos de la responsabilidad civil del transportador aéreo derivada del retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, asignándole a la autoridad aeronáutica la facultad de expedir los reglamentos aeronáuticos (artículo 1.782), posteriormente el Congreso de la República expide la ley 336 de 1.996, que contiene el estatuto nacional del transporte, reafirmando la facultad de la autoridad aeronáutica de expedir reglamentos aeronáuticos, pero con una diferencia fundamental frente al Código de Comercio, por cuanto el artículo 68 de la ley le otorga a dichos reglamentos la categoría de fuente normativa del derecho aeronáutico, derogando de esta manera un antiguo concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, que había sostenido la tesis en virtud de la cual estos reglamentos sólo podían referirse a aspectos técnicos de la navegación aérea y por lo tanto la autoridad aeronáutica no tenía competencia para regular aspectos de orden jurídico vinculados con la actividad aeronáutica y la industria del transporte aéreo.

Como lo mencioné en la ponencia presentada en Jornadas de ALADA, celebradas en Mendoza, Argentina en el año 2016: **“la mayor parte de la regulación referida a los derechos de los pasajeros ha sido responsabilidad de la autoridad aeronáutica, quien ha expedido una reglamentación amplia y detallada del contenido y alcance de dichos derechos.**

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

Esta reglamentación, que influyó a su vez en la normatividad expedida por la Comunidad Andina de Naciones, antiguo Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión 619 de 2005, se refiere en forma específica a todas las fases de celebración y ejecución del contrato de transporte aéreo, desde la reserva del boleto o tiquete hasta el cumplimiento total de las obligaciones de resultado y garantía a cargo de los transportadores aéreos, reglamentando en forma detallada todo lo relacionado con la solicitud de reserva, el récord de reserva, su confirmación y reconfirmación por parte del pasajero y las consecuencias que tiene la omisión de la misma, la protección de la información entregada por el pasajero, el respeto de la reserva, la información sobre cambios a la reserva que debe suministrar la aerolínea, la adquisición del tiquete, su vigencia, el pago del mismo, el derecho que tiene el pasajero a desistir del viaje y sus efectos, el cumplimiento de las promociones ofrecidas por los transportadores, especialmente de los denominados “paquetes todo incluido”,

y en general todo lo relacionado con la expedición del pasabordo, el aviso para embarque, la admisión del pasajero, las facilidades para el embarque y desembarque, la conducción y tratamiento al pasajero, la reglamentación especial sobre pasajeros especiales: enfermos, dementes o menores, mujeres en estado de embarazo, las cancelaciones, interrupciones y demoras en los vuelos o sobreventas de boletos o tiquetes y las compensaciones a favor de los pasajeros en el caso que se presenten dichas situaciones, de tal forma que en principio parecería que esta reglamentación expedida por la autoridad aeronáutica en cumplimiento de sus facultades legales, fuera suficiente para regular las relaciones contractuales entre los transportadores aéreos y los pasajeros.

Sin embargo como son los hechos sociales los que determinan fundamentalmente el contenido del derecho, como su principal fuente material ^[3], los cuales avanzan más rápidamente que las fuentes formales, especialmente la ley, los reglamentos aeronáuticos no previeron una de las grandes revoluciones del transporte aéreo en su historia, como lo fue el boleto o tiquete electrónico, que junto con el paso del avión de pistón a turbina y los sistemas computarizados de reservas, han constituido las grandes transformaciones del transporte aéreo, que lo han impulsado para convertirse en el medio de locomoción más importante del siglo XXI.

La expedición de un boleto o tiquete electrónico por parte de las aerolíneas, que ya había sido previsto tanto en el Protocolo de Guatemala de 1.971 ^[4], como en el Convenio

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

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

de Montreal de 1.999^[5], ha sido posible por la utilización de mecanismos de venta no tradicionales o a distancia, gracias a la aplicación de nuevas tecnologías, como son las plataformas de internet y los “call centers”, que se han convertido en los principales canales de distribución de sus productos por parte de las aerolíneas, desplazando a las tradicionales agencias de viaje”.^[6]

La ausencia de una regulación clara en los reglamentos aeronáuticos respecto a la venta de boletos aéreos a través de mecanismos no tradicionales, mediante la utilización de nuevas tecnologías de la información y comunicación, como son las plataformas digitales de internet, las aplicaciones móviles y los “call center” de las aerolíneas originó el primer conflicto de leyes en Colombia respecto de la protección de los derechos de los pasajeros, por cuanto ese vacío regulatorio fue llenado por la Ley 1480 de 2.011, que contiene el estatuto del consumidor, el cual le asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de regulación, inspección, control y vigilancia de todas las actividades relacionadas con las relaciones de consumo, regulando en forma específica las ventas de productos o servicios a través de mecanismos de venta no tradicionales o a distancia, así se desprende claramente de lo estipulado en el artículo 2º de la Ley 1480 de 2.011, que al establecer el ámbito de aplicación del estatuto del consumidor dispone que el mismo será aplicable de manera general a todas las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía, salvo cuando exista una regulación especial, caso en el cual se aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas del estatuto.

Quedaba entonces claro, que al no haber contemplado los

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

6. SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. “Los derechos de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo. El derecho de retracto”. Ponencia presentada en las XL Jornadas de ALADA, celebradas en Mendoza, Argentina del 24 al 26 de Agosto de 2.016.

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

Este primer conflicto de leyes que se suscitó respecto de la aplicación del Código de Comercio, de los reglamentos aeronáuticos y el estatuto del consumidor, generó igualmente un conflicto de competencias y una lucha de egos entre la autoridad aeronáutica y la Superintendencia de Industria y Comercio, que llegó incluso a enfrentamientos públicos en los medios de comunicación, la primera defendía su competencia exclusiva como máxima autoridad regulatoria en materia aeronáutica que le otorgaba el Código de Comercio, y la segunda con fundamento en el estatuto del consumidor, consideraba que en aquellos casos donde no existía una regulación clara de los derechos de los pasajeros en los reglamentos aeronáuticos, como era el caso del derecho de retracto, debían aplicarse las normas que consagraban este derecho en el estatuto del consumidor, por cuanto el contrato de transporte aéreo, claramente implicaba una relación de consumo de carácter contractual.

Este primer conflicto de leyes y competencias pretendió solucionarlo el legislador con la expedición de la ley 1558 de Julio 10 de 2.012, conocida como Ley de Turismo, impulsada fundamentalmente por el “lobby” de las aerolíneas, que en su artículo 25, inciso 2º dispuso lo siguiente: “ **Los prestadores y comercializadores de servicios aéreos, se regirán en lo que corresponda, por el Código de Comercio, las leyes especiales sobre la materia, los reglamentos aeronáuticos, el Decreto 2438 de 2010 y las disposiciones que los modifiquen o reglamenten**”.

Esta ley de turismo, en lugar de solucionar el conflicto de leyes en materia de protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, lo agravó mucho más, por cuanto tuvo serios cuestionamientos de carácter constitucional, al contener una norma que vulneraba el principio de unidad de materia, incluyendo un artículo completamente extraño al objeto y materia regulada por la ley, es lo que se conoce en Colombia como “un mico”, es decir, una disposición ajena a las normas contenidas en la ley, que en este caso se referían a reglamentar la actividad turística en el país y no tenían como finalidad regular las relaciones contractuales entre las aerolíneas y sus pasajeros.

La Corte Constitucional en la sentencia C-049/22 manifestó lo siguiente respecto al principio de unidad de materia:

“El principio de unidad de materia se encuentra contemplado en los artículos 158 y 169 de la Carta Política. En tal sentido, la Corte Constitucional ha establecido que dicho principio busca evitar que en el trámite legislativo se introduzcan normas que no tienen relación con lo regulado en la ley. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-493 de 2015, señaló que el propósito general del mencionado principio es el de racionalizar y tecnificar el proceso de deliberación y creación legislativa”.

Esta disposición de la ley de turismo tenía como finalidad fundamental evitar que se aplicará el estatuto del consumidor a las relaciones contractuales entre las aerolíneas y los pasajeros, y entre las agencias de viajes y sus clientes, y aun cuando no ha sido demandada ni declarada inexequible por la Corte Constitucional, en la práctica no ha tenido ninguna vigencia y las diferentes autoridades no la han aplicado para solucionar los conflictos de leyes relacionados con la protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo.

Ante este latente conflicto de leyes y competencias, le

correspondió a la Aerocivil como autoridad aeronáutica, expedir una reglamentación que se ajustará a las disposiciones del estatuto del consumidor, especialmente en lo relacionado al ejercicio del derecho de retracto por parte del pasajero, cuando las ventas de boletos aéreos se realizan a través de mecanismos no tradicionales y a distancia, como es el caso de los canales de distribución mediante las páginas web, las aplicaciones móviles y los “call center” de las aerolíneas.

Esta reglamentación está contenida en la Resolución número 02466 del 29 de Septiembre de 2.015, que adicionó la parte correspondiente de los reglamentos aeronáuticos que regulan los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, consagrando una diferencia conceptual entre las figuras del desistimiento y el retracto, regulando esta última en forma distinta a como lo hace el estatuto del consumidor.

3. Análisis de la Resolución 02466 de 2.015 expedida por la Aerocivil: diferencias entre desistimiento y retracto

Los principales antecedentes de la resolución expedida por la Aerocivil, fueron las diferentes posiciones asumidas tanto por la autoridad aeronáutica como por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de su función jurisdiccional, respecto de las figuras del desistimiento y el retracto.

La autoridad aeronáutica con fundamento en las disposiciones del Código de Comercio y los reglamentos aeronáuticos, sólo contemplaba como mecanismo de resolución unilateral del contrato de transporte aéreo la figura del desistimiento, que faculta al pasajero para que con una antelación de veinticuatro (24) horas a la iniciación del viaje pueda desistir de este, mediante comunicación a la aerolínea o a la agencia de viajes a través de la cual se celebró el contrato, teniendo derecho al reembolso del valor del boleto, previa

retención por parte de la aerolínea o de la agencia de viajes de un porcentaje de ese valor, que no puede ser superior al diez por ciento (10%) del mismo.

Por otra parte la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en las normas contenidas en el estatuto del consumidor y en ejercicio de la función jurisdiccional que le otorga la constitución política, al resolver múltiples litigios entre las aerolíneas y los pasajeros,^[7] ha sostenido la tesis que respecto de aquellos contratos de transporte aéreo que se celebran mediante mecanismos de venta no tradicionales, como son las plataformas de internet o los “call center” de las aerolíneas, no aplica el

7. En este sentido SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. “Los derechos de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo. El derecho de retracto”. Ponencia presentada en las XL Jornadas de ALADA, celebradas en Mendoza, Argentina del 24 al 26 de Agosto de 2.016, mencionó los siguientes casos:

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

De igual forma durante el proceso judicial adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio y en la etapa de alegatos de conclusión, el apoderado de la aerolínea defendió la tesis en virtud de la cual los transportadores aéreos estaban sometidos a las normas contenidas en los reglamentos aeronáuticos y no era aplicable el estatuto del consumidor, y que en este caso específico por tratarse de un boleto o tiquete no reembolsable, no procedía el reintegro de su valor, por cuanto el reglamento aeronáutico contemplaba en forma expresa esta excepción.

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

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

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

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

desistimiento consagrado en el Código de Comercio y en los reglamentos aeronáuticos, sino el derecho de retracto establecido en el artículo 47 de la ley 1480 de 2.011 (estatuto del consumidor), que en su inciso 1º dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. RETRACTO. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor <sic> En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado”.

Aun cuando desde el punto de vista semántico las figuras del desistimiento y del retracto se asimilan, ya que en ambos casos se genera la terminación del contrato, en virtud de la decisión unilateral del pasajero, en la resolución número 02466 de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica existe una diferencia conceptual clara entre ambas figuras, tanto desde el punto de vista de su causa como de sus efectos.

En efecto en dicho acto administrativo la autoridad aeronáutica mantiene las mismas características del desistimiento que estaban consagradas en la reglamentación anterior, con la diferencia que tratándose de tarifas promocionales respecto de las cuales no operaba el reembolso, se le exige a la aerolínea que dichas tarifas deben ser registradas previamente en la Oficina de Transporte Aéreo de la Aerocivil, además el pasajero puede demostrar que la aerolínea no obstante la tarifa promocional, ofreció el reembolso del valor del tiquete.

El cambio fundamental introducido por la resolución 02466 de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica se refiere a la

regulación del derecho de retracto, ya que en su afán de solucionar los conflictos de leyes y de competencias con la Superintendencia de Industria y Comercio, expidió una reglamentación con matices diferentes a la establecida en el estatuto del consumidor, que como lo mencioné en una ponencia presentada en la Jornadas de ALADA celebradas en Mendoza, Argentina en el año 2.016, se resume en lo siguiente:

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

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

De igual forma en el reglamento aeronáutico se estableció una retención a favor de la aerolínea, de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) para tiquetes nacionales, y de cincuenta dólares americanos

(U.S. \$ 50.00) para tiquetes internacionales, retención que no está prevista en el estatuto del consumidor en ningún caso a favor del prestador del servicio.

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

El acto administrativo contenido en la resolución 02466 de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica, fue objeto de muchas críticas, especialmente por parte de los usuarios del transporte aéreo, lo cual generó que finalmente el ciudadano Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez, en ejercicio de la acción de nulidad presentará una demanda contra la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, ante la sala de lo contencioso- administrativo del Consejo de Estado, que será objeto de análisis en el próximo capítulo de la presente ponencia.

3. Análisis de la sentencia del Consejo de Estado que suspendió provisionalmente la reglamentación del derecho de retracto expedida por la autoridad aeronáutica

El conflicto de leyes que se ha presentado en Colombia con motivo de la protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, que se ha venido analizando en esta ponencia, encuentra un nuevo escenario con una decisión de la jurisdicción contenciosa- administrativa que se pronunció sobre las diferencias entre la regulación del derecho de retracto, consagrada en el estatuto del consumidor y en la reglamentación expedida por la autoridad aeronáutica.

En efecto mediante una demanda de nulidad presentada ante la sección primera de la sala de lo contencioso-administrativo del

Consejo de Estado contra la autoridad aeronáutica, el demandante solicitó una medida cautelar consistente en la suspensión provisional de algunos apartes de la resolución 02466 de 2.015 que regula el derecho de retracto para los usuarios del transporte aéreo.

Antes de analizar los argumentos del demandante y los fundamentos de la decisión adoptada por el Consejo de Estado, resulta importante precisar que este órgano judicial colegiado es la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en Colombia, cuya función fundamental es el control judicial de los actos emanados de la rama ejecutiva del poder público y resolver los litigios que se presentan con ocasión de las relaciones tanto contractuales como extracontractuales que vinculan a los ciudadanos con el Estado.

En el ejercicio de este control judicial el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), ha consagrado las acciones de nulidad contra los actos administrativos, que se clasifican en acciones de nulidad contra los actos de carácter general y los actos de carácter particular, respecto de las primeras el código mencionado, en su artículo 137, contempla como causales de nulidad las siguientes: haber sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En este caso la demanda de nulidad contra la resolución 02466 de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica por ser un acto administrativo de carácter general, le correspondió conocerla en única instancia a la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, artículo 149 del CPACA.

3.1. Argumentos de la demanda de nulidad y de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo

Los principales argumentos expuestos por el demandante para solicitar la nulidad de la Resolución 02466 de 2.015 expedida por la autoridad aeronáutica y previamente su suspensión provisional fueron los siguientes:

Según el demandante la regulación del derecho de retracto por parte de la autoridad aeronáutica cuanto se trata de la venta de tiquetes o boletos por mecanismos no tradicionales de venta, como los realizados por las aerolíneas a través de sus plataformas digitales de internet o los “call center”, está en abierta contradicción con normas de carácter superior que regulan el mismo derecho de retracto, como es el caso del estatuto del consumidor, contenido en la ley 1440 de 2.011, que es una ley de carácter estatutario, que tiene una jerarquía mayor al acto administrativo expedido por la autoridad aeronáutica, que solo tiene un carácter reglamentario y por lo tanto no puede contradecir lo dispuesto en una ley estatutaria, que en forma completa regula todo lo referente al ejercicio del derecho de retracto por parte de los consumidores y que por ende resulta aplicable a los usuarios del transporte aéreo.

El demandante advierte como principales contradicciones entre lo previsto en el estatuto del consumidor y el reglamento de la autoridad aeronáutica, respecto de la regulación del derecho de retracto, las siguientes:

En lo que se refiere al plazo para ejercer el derecho de retracto el estatuto del consumidor contempla un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la celebración del contrato, mientras que el reglamento solo le otorga al pasajero un plazo de cuarenta y

ocho (48) horas a partir de la operación de compra para retractarse, pero además le exige al pasajero que debe hacerlo con una antelación de ocho (8) días antes del viaje, si se trata de vuelos nacionales y de quince (15) días si se trata de vuelos internacionales, además establece una condición adicional para su ejercicio, y es la retención por parte de la aerolínea de \$ 60.000.00 pesos colombianos para vuelos nacionales y de U.S. \$ 50.00 dólares americanos para viajes internacionales.

Son estas diferencias entre las dos normas las que llevan al demandante a solicitar la nulidad parcial de la Resolución 02466 de 2.015, en lo que se refiere concretamente a la forma como se ejerce el derecho de retracto.

Considera finalmente el demandante que la reglamentación del derecho de retracto contenida en el acto administrativo expedido por la autoridad aeronáutica, además de vulnerar normas de carácter superior, como es el estatuto del consumidor, resulta más onerosa para el pasajero, resultando por lo tanto restrictiva de sus derechos y desconociendo los principios constitucionales que lo protegen.

3.2. Fundamentos de la decisión adoptada por el Consejo de Estado

La sección primera de la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato Valdez ^[8], mediante providencia de 28 de Noviembre de 2.019, decreto la suspensión provisional del acto administrativo expedido por la autoridad aeronáutica.

8. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00239-00 Actor: FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Esta suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos la consagra el derecho contencioso-administrativo colombiano como una medida cautelar, con fundamento en el artículo 238 de la Constitución Política, y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos, frente a los efectos adversos que pueda producir el acto demandado, para que el Juez antes de proceder a adoptar la decisión de fondo, analice si se cumplen los requisitos establecidos en la ley, para decretar esta suspensión previa, especialmente el de confrontación de la legalidad del acto demandado con normas de mayor jerarquía, considerando que los procesos judiciales son muy demorados y esta tardanza en tomar una decisión final puede generar consecuencias desfavorables para los ciudadanos.

La Corte Constitucional al referirse a esta medida cautelar ha dicho lo siguiente:

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”^{9]}

De igual forma el Consejo de Estado en la decisión que es objeto de análisis en esta ponencia, se refirió a la suspensión

9. Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013)

provisional de los actos administrativos^[10] y al citar jurisprudencia anterior de la misma corporación, preciso cuales son los requisitos exigidos en la ley para decretar esta medida cautelar^[11].

10. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00239-00; III.4. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado III.4.1. En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 23119 y siguientes del CPACA. III.4.2. Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad prevista está dirigida a “[...] evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]”.20 III.4.3. De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “manifiesta infracción de la norma invocada”, indicándose que, en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas²¹. III.4.4. Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo: “[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye juzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]”

11. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00239-00; III. 4.6. Dicho lo anterior, es menester indicar que la Sección Tercera de esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015²³, citando anteriormente, ha señalado que: “[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]”. III. 4.7. Asimismo, en auto de 6 de septiembre de 2018²⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con los citados requisitos, indicó: “[...] El primer punto a examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una “manifiesta infracción”,²⁵ argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas. Veamos la nueva redacción del artículo 231: [...] Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (v) ambigüedad normativa; (v) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.; (vi) integración normativa; (vii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc. Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas - suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]”. (Subrayado y resaltado fuera de texto) III.4.7. Asimismo, en auto de 6 de septiembre de 2018²⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con los citados requisitos, indicó: “[...] El primer punto a examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una “manifiesta infracción”,²⁵ argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas. Veamos la nueva redacción del artículo 231: [...] Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo,

Del análisis realizado por el Consejo de Estado para decretar la suspensión provisional del acto administrativo expedido por la autoridad aeronáutica que reglamentó el derecho de retracto por parte de los pasajeros del transporte aéreo, se puede concluir que el fundamento esencial de esta decisión, es el de haber realizado una confrontación de la legalidad del acto demandado con normas de superior jerarquía que se estiman vulneradas con dicho acto, como son el estatuto del consumidor y el Decreto 1499 de 2.014, que reguló en forma específica las ventas por mecanismos no tradicionales o a distancia, para efectos de establecer si se cumplen con los requisitos de apariencia de buen derecho y el peligro que representa no adoptar la medida cautelar, previstos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, y que la jurisprudencia ha denominado “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho y “*periculum in mora*” o perjuicio de la mora, que implica la necesidad de urgencia de decretar la medida cautelar.

Al efectuar esta confrontación de legalidad, el Consejo de Estado encontró que la reglamentación del derecho de retracto por parte de la autoridad aeronáutica, excedía la potestad reglamentaria que la ley le otorga a dicha autoridad, quien en ejercicio de dicha potestad no está autorizada para expedir nuevas disposiciones, sino

la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (v) ambigüedad normativa; (v) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.-; (vi) integración normativa; (vii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc. Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas -suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así: “[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tenida en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]” 27 [...]” III.4.8. Ahora bien, la visión anterior ha sido compartida por esta Sección, que en el auto de 27 de agosto de 201528, subrayó lo siguiente: “[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus boni iuris* (apariciencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar) [...]”. III.4.9. En igual sentido, en el auto de 6 de septiembre de 201929, se indicó lo siguiente: “[...] A su turno, el artículo 231 del CPACA, definió que, para decretar una medida cautelar, incluida la suspensión provisional, se deben reunir los siguientes requisitos, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

reglamentar las existentes, con lo cual aparentemente vulnero una norma de mayor jerarquía, como es el estatuto del consumidor, expedido mediante una ley de carácter estatutario, cuyo objeto fundamental es la protección del consumidor, bajo la premisa de considerar a la relación de consumo como un derecho colectivo, que tiene un claro raigambre constitucional, y mediante el cual se regulo el derecho de retracto en forma más favorable para el pasajero, además argumentó el Consejo de Estado que la autoridad aeronáutica no obstante haber expedido su reglamentación con fundamento en el Decreto 1499 de 2.014, que es una norma reglamentaria del estatuto del consumidor, que regula las ventas por mecanismos no tradicionales o a distancia, no tuvo en cuenta la regulación que dicho estatuto establece para el ejercicio del derecho de retracto.

Respecto al requisito de “apariencia de buen derecho”, el Consejo de Estado en su providencia, aclara que tratándose de medidas cautelares de carácter negativo, como es el caso de la suspensión provisional, este requisito debe interpretarse en forma inversa, es decir, no se entiende como “apariencia de buen derecho”, sino como “apariencia de ilegalidad”, ya que en este caso la confrontación de legalidad consistió en establecer que el acto administrativo expedido por la autoridad aeronáutica al vulnerar normas de superior jerarquía tenía apariencia de ilegalidad.

Con esta decisión de carácter provisional proferida por la jurisdicción de lo contencioso- administrativo, el conflicto de leyes respecto a la protección de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, se inclina a hacer prevalecer las normas del estatuto del consumidor sobre las reglamentaciones aeronáuticas, habrá que esperar la decisión definitiva que se adopte, después de más de seis (6) años de haberse iniciado el proceso, y si finalmente el Consejo de Estado decretará la nulidad parcial del acto administrativo que reguló el derecho de retracto en el transporte aéreo.

Respecto al trámite de este largo proceso, que se inició el 14 de Diciembre de 2.017, con la admisión de la demanda, la autoridad aeronáutica demandada interpuso recurso de suplica contra la providencia que decreto la suspensión provisional, coadyuvado ese recurso, por la IATA, por la entidad gremial que agrupa a las aerolíneas en Colombia, y por las aerolíneas Easy Fly, Air France, Latam y Avianca, recurso que fue resuelto por el Consejo de Estado mediante providencia de 21 de mayo de 2.020, confirmando la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo.

Recientemente en audiencia celebrada el 31 de Julio de 2.023, se corrió traslado a las partes para que presentarán sus alegatos finales y posteriormente el expediente entrará al Despacho del magistrado ponente para proferir la sentencia definitiva, que tal como están los turnos en el Consejo de Estado, no será antes de tres (3) años.

Como conclusión final hay que decir, que estos conflictos de leyes en Colombia, respecto a la protección de los derechos de los pasajeros, que se han analizado en esta ponencia, no solo se presentan en nuestro país, sino que ocurren en la mayor parte de los países Latinoamericanos, como es el caso de Brasil, Argentina, Perú y muchos otros, donde la jurisprudencia ha privilegiado la aplicación de las leyes de protección al consumidor frente a las normas aeronáuticas, por lo tanto se requiere que la comunidad aeronáutica de América Latina liderada por la CLAC, promueva con la OACI un convenio internacional que adopte una reglamentación clara regulando los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, que consulte la realidad de lo que está sucediendo en los países de nuestra región en esta materia.

MIL GRACIAS.

Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia

Carlos A. Neves Almeida

Doutor em Direito. Professor Auxiliar do
ISCTE-IUL – Instituto Universitário de Lisboa.

Sumário

1. Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto;
2. Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem;
3. Da aplicação do direito interno (lei geral) versus regimes internacionais especiais de jus tractuum (Sistema de Varsóvia/ Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa;
4. Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da doctrine of complete preemption.
5. Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro;
 - 5.1. Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02;
 - 5.1.1. Dos aspectos gerais;
 - 5.1.2. Da recusa de embarque: pressupostos;
 - 5.1.3. Do cancelamento de voo: pressupostos;
 - 5.1.4. Do atraso na partida: pressupostos;
 - 5.1.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos;
 - 5.1.6. Do atraso na partida: efeitos;
 - 5.1.7. Do downgrading na admissão a bordo: efeitos;
6. Das conclusões;
7. Anexos.

1. Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto

O presente texto traduz, no essencial, a visão crítica do autor sobre a interpretação e a aplicação por parte de alguma jurisprudência portuguesa, mas também comparada, do teor normativo dos principais textos de direito internacional público convencional originário e de direito europeu derivado, cujo objecto visa regular certos aspectos relativos aos direitos dos passageiros seja emergentes do contrato de transporte aéreo, seja decorrentes da responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo.

Ao projectar-se a abordagem de um tema como o presente, referente ao regime jurídico dos direitos do passageiro aéreo, são três as notas que, a título de intróito, se impõem.

A primeira nota prende-se com o facto de que, quando se fala nos direitos do passageiro aéreo, nem sempre as questões controvertidas suscitadas emergem necessariamente do *contrato* de transporte aéreo de pessoas e, ou, de bagagem. Tal é assim quando, em particular, estejamos perante o transporte aéreo internacional sujeito ou ao regime da Convenção de Varsóvia de 1929 – modificada, ou não –, ou ao regime da Convenção de Montreal de 1999 e se, em qualquer dos casos, se suscitarem questões de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Na verdade, a responsabilidade civil do transportador aéreo estabelecida ao abrigo destas convenções internacionais não emerge exclusivamente do *contrato* de transporte aéreo, antes devendo ser concebida, quanto à sua fonte, origem ou natureza, como uma *responsabilidade conexa com a prestação de serviço de transporte aéreo*. Em lugar da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, o legislador internacional pretendeu instituir, relativamente à generalidade das questões de responsabilidade civil emergentes do transporte aéreo, um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo* – isto é, sujeito ao *princípio da exclusividade* do qual decorre o *efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno –, cuja aplicabilidade terá, necessariamente, lugar de forma exclusiva, independentemente da origem ou natureza da responsabilidade ser *ex contractu* ou *ex delicti*¹¹.

Em segundo lugar, porque as fontes normativas que regulam a relação de transporte aéreo, se não exclusivamente, são, pelo menos, maioritariamente, de origem internacional, a análise da temática no âmbito da actividade jurisprudencial dos tribunais portugueses não pode ter-se por estanque ou situar-se à margem da análise, que urge igualmente fazer, da jurisprudência comparada desenvolvida seja noutras jurisdições de cariz nacional, seja no quadro da União Europeia pela Justiça Europeia.

Por último, e em terceiro lugar, considerando que a temática em apreço pode envolver uma panóplia indiferenciada de questões, iremos restringir o nosso objecto de estudo, por um lado, aos aspectos conexos com a prestação de serviço de transporte aéreo de pessoas e bagagens decorrentes das causas e pressupostos de responsabilidade civil do transportador aéreo, tal como tais aspectos se encontram

1. ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo”, Coimbra, 2010, pp. 440-463 e 667-668. Tal não impede o entendimento pacífico de que as convenções internacionais aplicáveis, por norma, pressupõem e têm por base a existência duma relação contratual de transporte – *id.*, p. 49, nota 8.

regulados pela Convenção de Montreal de 1999, e, por outro lado, aos direitos dos passageiros previstos no direito europeu e sua compatibilização com o *princípio da exclusividade* da Convenção de Montreal de 1999. Não serão objecto de tratamento as questões relacionadas com cláusulas contratuais abusivas, designadamente, envolvendo a fixação de tarifas aéreas ou suplementos tarifários.

2. Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem

A regulamentação normativa da relação jurídico-contratual em que se consubstancia a prestação de serviço de transporte aéreo tem sede em diversas fontes de direito, cuja identificação, segundo a aceção técnico-jurídica do conceito de fonte de direito, aponta quer para normas emergentes da actividade de produção legislativa interna e própria de cada Estado integrante da comunidade internacional, quer para normas emergentes do exercício, no plano internacional, do *jus tractuum*, quer ainda para normas emergentes da actividade de criação normativa subjacente e própria de certas organizações internacionais, em especial de natureza supra-estadual e regional (*v.g.* União Europeia). Noutros casos, aparecem-nos também normas de adesão contratual privada, estejam estas ligadas, ou não, a organizações internacionais de natureza *jusprivatística*, onde, habitualmente, convergem os diferentes sujeitos que operam no sector de actividade do transporte aéreo (*v.g. IATA-International Air Transport Association*)^[2].

2. *Idem*, pp. 43 e ss.

No âmbito de semelhante quadro normativo, o objecto da nossa análise restringir-se-á quer à interpretação e aplicação por alguma jurisprudência superior, nacional e comparada (em particular EUA e Reino Unido), dos regimes internacionais emergentes da Convenção de Montreal de 1999, sem, para o efeito, descurar o peso e a importância do legado histórico com origem e desenvolvimento no *Sistema de Varsóvia* ^[3], quer à interpretação e aplicação do direito europeu pela jurisprudência europeia de recurso, em particular, no que concerne ao quadro normativo introduzido pelo Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos.

3. Da aplicação do direito interno (lei geral) versus regimes internacionais especiais de *jus tractuum* (Sistema de Varsóvia/Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa

É pacífico o entendimento de que a Convenção de Montreal de 1999, assim como também sucede à luz da Convenção de Varsóvia de 1999, institui um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo que não só é *especial*, como também é *exclusivo*, ou seja, é informado pelo *princípio da exclusividade*, o que, a verificarem-se certos pressupostos, implica o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) de recurso subsidiário à norma geral de direito interno.

3. Integram o *Sistema de Varsóvia* quer a Convenção de Varsóvia de 1929 na sua versão originária, quer os demais instrumentos de direito internacional público que ao longo dos anos vieram introduzir modificações à Convenção de Varsóvia ou que apenas a vieram complementar, a saber, o Protocolo da Haia de 1955, a Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, o Protocolo da Guatemala de 1971 e os Protocolos Adicionais n.ºs 1, 2, 3 e 4 de Montreal de 1975. Destes instrumentos, apenas o Protocolo da Guatemala de 1971 e o Protocolo Adicional n.º 3 de Montreal de 1975 nunca chegaram a gozar de vigência internacional. Relativamente à Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, embora gozando de vigência internacional, Portugal não é parte contratante da referida convenção – neste sentido *vide* ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Do Contrato de Transporte Aéreo...*” *cit.*, pp. 47-78.

Na verdade, quer a Convenção de Varsóvia de 1929, quer a Convenção de Montreal de 1999, vieram estabelecer um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo não apenas *especial*, mas, também, como forma de garantir a sua *uniformidade universal*, *exclusivo*, o que implica o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) da aplicação do direito interno, enquanto norma geral subsidiária. Todavia, a *exclusividade* do regime convencional de responsabilidade civil do transportador aéreo não é absoluta, no sentido da sua abrangência material, porquanto apenas abrange os conteúdos por si regulados (*substantive scope*)^[4], sendo que, no demais, dentre os conteúdos reservados à Convenção mas não directamente regulados por esta, é a própria Convenção que, directa ou indirectamente, remete para o direito interno competente^[5]. Não obstante tal

4. Para maiores desenvolvimentos nesse sentido, vide ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 447, incluindo nota 438, 459-463 e 465, nota 462. H. Drion, “Limitation of Liabilities in International Air Law”, The Hague, 1954, pp. 72-73. Vide, em sentido contrário, posição citada e atribuída a outras fontes pelo primeiro autor em “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 456-458 e nota 454.

5. Neste sentido, vide ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 52, nota 13, 62, nota 24, 74-75, nota 35, 85, nota 50, 87, nota 57, 372-386, e, em particular, 447, nota 438, e 465, nota 462. “Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação face ao Novo Regulamento (CE) nº 2027/97 do Conselho de 17.10”, R.O.A., Ano 58, III, Lisboa, Dezembro de 1998, pp. 1136-1142, 1151, nota 26, e “Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros”, em *Estudos de Direito do Consumo*, Lisboa, 2017, vol. V, pp. 287-373, nota 12. São as seguintes as situações em que tal sucede (desvios ao princípio da exclusividade): (i) determinação da *legitimidade* para o exercício do direito de acção (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 24º da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999; (ii) determinação dos *direitos* que assistem ao reclamante (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 24º da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999; (iii) afastamento ou atenuação da responsabilidade do transportador aéreo havendo *concurso de culpa* (competência da *lex fori*) – artº. 21º da Convenção de Varsóvia; (iv) admissibilidade legal para fixação da indemnização sob a forma de *renda* ou de *pagamentos periódicos* (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 1, da Convenção de Varsóvia; (v) caracterização da *culpa* do transportador aéreo ou dos seus propositos (competência da *lex fori*) – artº. 25º da Convenção de Varsóvia na versão originária. À partir do Protocolo da Haia de 1955, com a modificação introduzida à redacção do artº. 25º, a Convenção veio regular directamente a questão da caracterização da culpa do transportador aéreo ou dos seus propositos; (vi) determinação da *forma e tramitação* da acção de responsabilidade civil intentada contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 28º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artºs. 33º, nº 4, e 45º da Convenção de Montreal de 1999; (vii) determinação da forma de *contagem do prazo de caducidade* para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 29º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artº. 35º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999. Sobre a caracterização do prazo para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo como um *prazo de caducidade*, vide, nos tribunais portugueses, Ac. do STJ, de 28 de Abril de 1988 (*Tranquilidade Seguros, EP v. Trans World Airlines - Proc. nº 75 689*), BMJ, nº 376, Maio 1988, pp. 606-612, [1990] II Uniform LR 414, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/4a600e2054d7f5ed802568fc00392d04?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), Ac. do TRL de 12.03.1987 (Proc. 23985), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/04cb115d2dc963b98025680300038fc7?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), e Ac. do TRL de 07.02.2002 (Proc. 123112), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/692aa864509d24a780256bc20037965c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, na doutrina nacional, Luiz Pedreira, “O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia”, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 13º, nºs 3 e 4, Lisboa, 1953, pp. 94-123, 122, defendendo tratar-se de prazo de caducidade e não de prescrição; (viii) regulação da responsabilidade civil do transportador aéreo por *acordos especiais* mais favoráveis ao utilizador do transporte aéreo – artºs. 22º, nº 1, 23º e 32º da Convenção de Varsóvia, artº. IX, nºs 1 e 3, da Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, e artºs. 25º, 26º, 27º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999; (ix) imputação das custas judiciais e outras despesas do processo (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia alterada pelo Protocolo da Haia de 1955, e artº. 22º, nº 6, da Convenção de Montreal de 1999; (x) conversão das unidades monetárias correspondentes a 65,5 mg ou a 75,5 mg de ouro fino de 900 milésimos em moeda nacional (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo Adicional nº 1 de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 2, de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 6, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 4, de Montreal de 1975, e artº. 23º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999; (xi) *obrigação* de pagar adiantamentos em caso de acidente do

entendimento, o Acórdão do STJ de 30.09.1997^[6] contrariando o *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, julgou, de forma inadequada, ser aplicável ao caso em julgamento o disposto nos artºs 798º e 799º, nº 1, do Código Civil, bem como o regime do ónus da prova previsto no artº. 342º, nºs 1 e 2, do Código Civil, regras estas que lhe permitiram concluir no sentido de que tendo o passageiro feito prova dos factos constitutivos do seu direito a uma indemnização, a prova dos factos limitativos desse direito competia ao transportador aéreo, prova essa que, por não ter sido feita, conduziria à condenação do transportador aéreo sem sujeição aos limites da responsabilidade civil previstos na Convenção. Ao julgar nestes termos, o STJ aplicou incorrectamente o direito interno a uma relação de transporte aéreo sujeita ao *regime exclusivo* da Convenção de Varsóvia constante dos artºs. 18º, 20º, 22º e 25º da referida Convenção, que, por princípio regra, estabelece a *responsabilidade limitada* do transportador aéreo com fundamento em *presunção de culpa* – artºs. 18º, nº 1, 20º e 22º da Convenção –, e que apenas prevê a quebra dos limites de responsabilidade civil do transportador aéreo quando se prove que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com a consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano, cabendo, para o efeito, o respectivo

qual resulte morte ou lesão à integridade física do passageiro (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 28º da Convenção de Montreal de 1999; (xii) por último, entende-se também que, por natureza, o *princípio da exclusividade* da convenção (de Varsóvia ou de Montreal) não deve conduzir à sobreposição do regime convencional sobre o direito interno aplicável sempre que se verifique concorrência da relação contratual de transporte aéreo com *relações jurídicas contratuais primárias* constituídas anteriormente entre o transportador aéreo e o lesado (v.g. concurso com relação de trabalho subordinado), sendo que a cedência do *princípio da exclusividade* da convenção aplicável haverá que ser enquadrada no âmbito da *ratio legis* subjacente ao normativo dos artºs. 23º e 32º da Convenção de Varsóvia e dos artºs. 26º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999, isto é, desde que não implique violação de normas imperativas do regime convencional e o *regime primário* se mostre mais favorável à tutela dos interesses do passageiro. Em sentido diferente, vide Tapia Salinas, “Curso de Derecho Aeronáutico”, Barcelona, 1980, p. 316, que considera que o viajante vinculado ao transportador por contrato individual de trabalho não pode simultaneamente ser parte de relação contratual de transporte com o seu empregador quando se desloque em missão de serviço, por se considerar, nesses casos, existir incompatibilidade entre a relação laboral e a relação de transporte (*relações contratuais incompatíveis*), acabando por concluir ser aplicável, nesses casos, o regime laboral visto que, tal como fundamenta, o transporte se efectuar em execução da relação laboral. Em sentido contrário, porém, vide H. Drion, *op. cit.*, pp. 58-62, que defende que, independentemente da acção de responsabilidade se fundar no contrato de trabalho ou no contrato de transporte, o transportador poderá sempre invocar as condições e limites estabelecidos na Convenção de Varsóvia. Também D. Goedhuis, “National Airlegislations and the Warsaw Convention”, The Hague, 1937, p. 130, e “La Convention de Varsovie”, La Haye, 1933, pp. 89-90, considerando de *jure constituto* que, em tais situações, o transportador deverá responder nos termos da Convenção de Varsóvia, embora de *jure condendo* defenda que a responsabilidade deveria ser tratada no âmbito da relação de emprego.

6. CJ, Ano V, Tomo III, 1997, pp. 37-41.

ónus probandi ao lesado – artº. 25º da Convenção. Com efeito, sendo o artº. 25º da Convenção de Varsóvia apenas aplicável para efeitos de quebra do limite de responsabilidade civil do transportador aéreo quando sobre ele já incide uma *presunção de culpa* que o próprio não logrou ilidir – arts. 18º, nº 1, e 20º da Convenção –, do seu regime só pode resultar a inversão do ónus da prova: não é ao transportador que compete provar os factos limitativos da indemnização, mas ao lesado que compete provar os factos que evidenciam o dolo do transportador ou seus agentes ou propostos e que lhe permitirão quebrar o limite de responsabilidade do transportador aéreo.^[7] O sentido da jurisprudência plasmada no Acórdão do STJ de 30.09.1997, laborando, diga-se, em erro de hermenêutica jurídica, teve seguimento nos Acórdãos do TRL, de 05.04.2001^[8], e de 12.02.2004 (Proc. 237/2004-6)^[9]. No primeiro, o Tribunal da Relação de Lisboa, aplicando, à revelia do *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia, o direito interno, mais exactamente o artº. 342º, nº 2, do Código Civil, relativo, para efeitos do caso apreciado, ao ónus da prova dos factos limitativos do direito do lesado à indemnização, julgou que “[é] a ré transportadora que tem o ónus de provar os pressupostos desse limite de responsabilidade [,] ou seja, que não se verifica qualquer das circunstâncias previstas no artº. 25º da [...] convenção [de Varsóvia]”^[10]. O Acórdão sustenta, desta forma, existir um desvio à disciplina geral da responsabilidade contratual traduzida na fixação de um limite indemnizatório, socorrendo-se, ainda e para o efeito, da fundamentação subjacente ao Acórdão do STJ, de 20 de Maio de 1997^[11], que, envolvendo um

7. Tecendo, igualmente, reparo sobre o julgamento plasmado no Acórdão do STJ de 30.09.1997, vide Maria da Graça Trigo, “Responsabilidade civil do transportador aéreo”, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XII, 1998, Tomo 2, pp. 71-94, 74, nota 8.

8. CJ Ano XXVI, Tomo II, pp. 101-103, embora versando sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

9. http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc7323160398_02565fa00497ee_c/94ff7fc70476a95680_256eb70056663f3?OpenDocument (data de acesso 01.10.2023), pese embora versar também sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

10. CJ Ano XXVI, Tomo II, p. 101.

11. CJ, 1997, Tomo II, pp. 84-86.

caso de perda de mercadoria no âmbito da execução de um contrato de transporte internacional por estrada, e, por isso, não sujeito ao regime convencional aplicável ao transporte aéreo internacional, à data, a Convenção de Varsóvia, mas aplicando o direito interno, concluíra que “[n]a medida em que o “direito” da Ré à limitação de indemnização surge (...) como “meio de defesa”, sobre ela recaía o ónus da alegação e prova – que não cumpriu – dos factos (...), donde pudesse emergir o limite indemnizatório da sua responsabilidade”^[12]. No segundo julgamento, do ano de 2004, relativamente a factos ocorridos, igualmente, ao abrigo da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, o mesmo tribunal de recurso julgou no sentido de que “[c]ompete ao transportador aéreo a alegação e prova dos factos limitativos da respectiva responsabilidade civil” e que “[a] falta de cumprimento desse ónus obriga o transportador a indemnizar o lesado sem a limitação prevista na Convenção de Varsóvia”. Para tal, também aqui o tribunal de recurso se socorreu da aplicação do direito interno, considerando que, para efeitos do art.º 25.º da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, onde ali se preceitua que “[o]s limites de responsabilidade previstos no art.º. 22 não se aplicam se se provar que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano”^[13], o cumprimento do ónus da prova deveria, nos termos do art.º. 342.º, n.º 2, do Código Civil, recair sobre o transportador. Com efeito, o tribunal julgou que a aplicação da norma do art.º. 342.º, n.º 2, do Código Civil, que preceitua que “[a] prova dos factos impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”, se impunha, a título de norma geral e complementar do regime estabelecido no

12. *Id.*, p. 86.

13. Decreto-Lei n.º 45069 de 12.06.1963, rectificado pela Declaração de Rectificação publicada no Diário do Governo, n.º 169, I.ª série, de 19.07.1963, e Aviso de ratificação publicado no Diário do Governo, n.º 259, I.ª série, de 05.11.1963.

artº. 25º da Convenção. Assim, tendo considerado esse incumprimento imputável à entidade transportadora, o tribunal concluiu não ter sido ilidida a presunção de culpa decorrente do artº. 799º, nº 1, do Código Civil, o que, nos termos e para os efeitos do artº. 798º do Código Civil, permitiria concluir pela falta culposa do transportador no cumprimento da obrigação, tornando-se este responsável pelo prejuízo causado ao credor sem sujeição a qualquer limite de responsabilidade. Esta interpretação, mais uma vez, em clara violação do *princípio da exclusividade* da Convenção, desvirtua o modelo normativo da responsabilidade civil ali previsto ao abrigo do qual a responsabilidade civil do transportador aéreo com fundamento na mera *presunção de culpa* é sempre *limitada*. O Supremo Tribunal de Justiça acabaria por inverter o sentido desta jurisprudência que se seguira ao Acórdão do STJ de 30.09.1997, adoptando, em 2006, aquela que deve ser a interpretação correcta das convenções aplicáveis ao transporte aéreo internacional de pessoas e bens, o que fez através do seu Acórdão de 7 de Novembro de 2006, no Processo nº 06A2847 (SALRETA PEREIRA) ^[14], votado por unanimidade, e a que se seguiriam outras decisões em sentido semelhante, designadamente, o Acórdão de 20 de Maio de 2014, proferido no Processo nº 5808/09.9TVLSB.L1.S1 (GREGÓRIO SILVA JESUS) ^[15]. No entanto, já anteriormente, em 2003, o Acórdão do TRP, de 3 de Julho de 2003, proferido no Processo nº 0320620 (ALZIRO CARDOSO) ^[16], viria julgar no sentido de que “[n]o transporte aéreo cabe ao transportado, para ter direito a indemnização não sujeita aos limites a que se refere o artigo 22 da Convenção de Varsóvia de 1929, o ónus de alegação e prova de factos que integrem actuação dolosa ou negligência grosseira da

14. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814?2c82ebcc6e102b4802572910053db05> ?OpenDocument (data de acesso 01.10.2023): “[o] transportador só responderá acima dos limites previstos no artº. 22º, nº 2, quando o dano resultar do seu dolo ou da sua culpa, que, segundo a lei portuguesa, for equivalente ao dolo. Esta é a excepção à regra do limite da responsabilidade da Ré, cabendo ao Autor o ónus de provar a ocorrência das circunstâncias aí previstas”.

15. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814?15fec722c45c6ef080257cdf0035c47d?> OpenDocument (data de acesso 01.10.2023).

16. <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257eda00381fdff88a29f7fb86e097380256de4003f06b2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

transportadora”, sendo que a única crítica que se pode suscitar relativamente a esta interpretação resulta do facto de que a motivação subjacente à eventual conduta do transportador ou dos seus agentes a provar pelo lesado, para efeitos de quebra dos limites de responsabilidade, terá sempre, nos termos do artº. 25º da Convenção de Varsóvia, de corresponder a uma conduta *intencional*, ainda que subsumível ao mero *dolo eventual*, pois a negligência, mesmo quando qualificada de grosseira, não releva para o efeito. Também em 2006, o Tribunal da Relação de Lisboa julgaria em sentido idêntico no seu acórdão de 21.09.2006 (Proc. 6293/2006-6 – CARLOS VALVERDE) ^[17] : “[a]responsabilidade que para o transportador resulta do facto de não ter ilidido a presunção estabelecida no art. 20º não implica, sem mais, a prova exigida pelo art. 25º, desde logo, porque a simples não ilisão dessa presunção não significa que se tenha feito a prova do seu contrário, isto é, nem sequer significa a prova da culpa efectiva do transportador, antes se fica sem saber o que realmente se passou - se, efectivamente, o transportador actuou ou não com negligência -, impondo-se, por isso, a culpa presumida que a lei faz, quanto aos respectivos efeitos, equivaler à culpa efectiva, pelo que só a admissibilidade de que a não ilisão daquela presunção de culpa possa conduzir, não só à prova da existência desta, mas ainda à prova de uma conduta intencional do transportador com o objectivo de causar o dano ao lesado - condição necessária ao afastamento dos limites legais da sua responsabilidade - revela-se como algo que choca a razão e o senso comum”.

17. <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/d5e72a301e47f2e9802572a000478bf3?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Aliás, cumpre mencionar que, em Portugal, a primeira jurisprudência superior, de que há registo, cujo sentido se mostra conforme com o disposto na Convenção de Varsóvia no que concerne à interpretação correcta do seu artº. 25º, foi produzida ao nível dos Tribunais da Relação de Lisboa e do Porto, respectivamente, em 1991 e em 1996. Neste sentido, vide Acórdão do TRL, de 09.07.1991 (Proc. 37261), publicado no website <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/3b11391b-057203598025680300005f9c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que, relativamente a uma situação de perda total de carga aérea, o tribunal julgou que, por não se ter provado o dolo, deveria ser aplicado, na fixação do montante indemnizatório, o limite de responsabilidade, e Acórdão do TRP, de 22.04.1996 (Proc. 9550985), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd-f/816e01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que relativamente a uma situação de extravio e consequente perda de bagagem registada, o tribunal julgou que a responsabilidade da transportadora aérea para com o passageiro só não teria o limite fixado no artº. 22º da Convenção de Varsóvia, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, se a transportadora agisse com intenção de provocar o dano ou temerariamente e com a consciência de que da sua actuação resultaria provavelmente o dano.

Outro aspecto que merece especial atenção e tratamento, já por se situar no âmbito dos *desvios* admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional público em análise, e pela relevância que o assunto assume, respeita aos direitos (*danos ressarcíveis*) que assistem ao demandante/lesado em acção de responsabilidade civil contra o transportador aéreo, em particular, no que se refere à ressarcibilidade do dano não patrimonial, por um lado, e à questão da sua sujeição aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções, por outro lado. Assim, torna-se pertinente mencionar o tratamento que quer a jurisprudência nacional portuguesa, quer a jurisprudência comparada, quer a jurisprudência europeia, têm dispensado à questão.

Com efeito, e a título de enquadramento da questão, nos termos, respectivamente, do art.º 24.º da Convenção de Varsóvia, e do art.º 29.º da Convenção de Montreal de 1999, à luz dos quais se consagra o *princípio da exclusividade* de cada uma das Convenções, a que for aplicável, a determinação do *dano ressarcível* é matéria deixada, pela via da *regulação positiva*, ao direito interno que, de acordo com as normas de conflitos de direito internacional privado da *lex fori*, for considerado competente, tratando-se, por conseguinte, de realidade que integra os desvios admitidos ao referido *princípio da exclusividade*.

A aparente demissão que o legislador internacional impôs a si próprio na regulação desta matéria, não impediu, no entanto, que não deixasse de reservar para o regime convencional internacional a regulação de certos aspectos mínimos no que à determinação do dano ressarcível diz respeito.

Deste modo, tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 privilegiam a natureza compensatória do direito à indemnização, facto que conduz à

inadmissibilidade de indemnizações com carácter sancionatório (*punitive damages*)^[18].

Um outro aspecto, que merece ser tratado como ponto assente, liga-se à não admissibilidade do *dano moral autónomo* em resultado de acidente no transporte aéreo de pessoas^[19].

Igualmente, em sede de responsabilidade civil por atraso no transporte aéreo, prevalece na jurisprudência comparada o entendimento de não admitir a ressarcibilidade do dano moral quando a origem da responsabilidade se situe no plano contratual, embora essa admissibilidade se conceba a título de excepção nas situações em que o objecto do contrato vise permitir à parte lesada uma satisfação do foro espiritual, ou seja, paz de espírito, condições pessoais de bem-estar, lazer, descanso, entretenimento, e prazer, gozo ou realização intelectual^[20].

18. Este entendimento encontra suporte nos trabalhos preparatórios que conduziram à assinatura da Convenção de Varsóvia. Assim, pareceu indicar as palavras do relator Henry de Vos, no relatório apresentado ao CITEJA em 15 de Maio de 1928: “*la question a été posée de savoir si l’on ne pourrait, à cet égard, déterminer la catégorie de dommages sujets à réparation*” – *cf.* “Comité International Technique d’Experts Juridiques Aériens – Compte Rendu de la 3ème Session”, 1928, SL, p. 106. A mesma terminologia encontra-se expressa no relatório final do CITEJA, apresentado, mais uma vez por Henry de Vos, em 25 de Setembro de 1928, acompanhando o projecto preliminar de Convenção a submeter à discussão e votação pela conferência diplomática: “*the question was asked of knowing if one could determine who the persons upon whom the action devolves in the case of death are, and what are the damages subject to reparation. It was not possible to find a satisfactory solution to this double problem, and the CITEJA esteemed that this question of private international law should be regulated independently from the present Convention*” – Robert C. Horner e Didier Legrez, “*Second International Conference on Private Aeronautical Law*”, 1975, New Jersey, p. 255. Deste modo, ao usar-se o termo *reparação*, entende-se que, no espírito do legislador, esteve presente a intenção de não estabelecer o dever de indemnizar com foros que não fossem meramente reparatórios ou compensatórios, com exclusão de toda e qualquer indemnização inspirada exclusivamente em propósitos sancionatórios ou punitivos. Este é, aliás, o sentido dominante da jurisprudência comparada – ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Do Contrato de Transporte Aéreo...*” *cit.*, p. 435, nota 433. Relativamente à Convenção de Montreal de 1999, *vide*, a este propósito, o Considerando terceiro do Preâmbulo da Convenção, assim como o seu art.º 29º *in fine*.

19. *Vide* ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Do Contrato de Transporte Aéreo...*” *cit.*, pp. 508 e ss. e 572-573.

20. VAZ SERRA, “*Reparação do dano não patrimonial*”, BMJ, n.º 83, Fev. 1959, pp.102 e ss.. Para mais desenvolvimentos *vide* também ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Do Contrato de Transporte Aéreo...*” *cit.*, pp. 362-368, nota 388. *Vide*, também, na jurisprudência, nos EUA, *Tarar v. Pakistan International Airlines*, 17 Avi 18,618 (United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, 1982), que, pese embora envolver o transporte aéreo internacional de carga, não deixa, na parte relevante, de estar sujeito às mesmas regras aplicáveis ao transporte aéreo de bagagem registada à luz da Convenção de Varsóvia na sua versão original, tratando-se de julgamento relativo ao transporte aéreo de restos mortais entre os EUA e o Paquistão, que, pelo facto de se ter verificado um atraso de quatro dias na chegada ao destino, originou o adiamento das cerimónias fúnebres o que motivou que parte dos amigos e da família já não pudessem estar presentes. Foram arbitrados danos do foro não patrimonial. No entanto, em sentido contrário, negando, à luz da Convenção de Varsóvia, o direito à ressarcibilidade de danos não patrimoniais por atraso no transporte aéreo, *vide Cho v. Korean Air Lines Co.*, 28 Avi 15,502 (United States District Court for the Central District of California, 2001). Neste caso judicial, devido ao atraso, os demandantes ficaram privados de usufruir de uma parte do passeio turístico que haviam previamente adquirido e que implicava a visita a vários países asiáticos. Igualmente em *Morgan v. United Air Lines, Inc.*, 750 F.Supp. 1046; 23 Avi 17,438 (United States District Court for the District of Colorado, 1990): “*(...) mental distress due to lost vacation time [vacation delay] could not be recovered under Warsaw Convention*” (Babcock, *District Judge*, 750 F.Supp., pp. 1046, 1047 e 1056); e em *Siben v. American Airlines, Inc.*, 25 Avi 17,355 (United States District Court for the Southern District of New York, 1996), julgamento relativo a atraso e avaria de bagagem registada de passageiros em lua-de-mel. Já em *Daniel v. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 59 F.Supp.2d

Concebe-se, também, a ressarcibilidade do dano não patrimonial em caso de dano material proveniente da destruição, perda ou avaria de bagagens, quando tal implique, igualmente, a violação de um interesse do foro psicológico, afectivo ou intelectual, ao qual a lei competente dispense tutela efectiva^[21].

986 (United States District Court for the Northern District of California, 1998), o tribunal considerou que, embora a Convenção de Varsóvia não permitisse o ressarcimento do dano moral autónomo (do foro psicológico) resultante de atraso no transporte aéreo, sempre ao lesado assistia o direito a ser ressarcido pelo dano decorrente da inconveniência ou incómodo emergente do tempo de atraso. Em França, no julgamento *International Contenair et Transport SA (ICT) v. Comité Français des Expositions (CFE)*, [1990] I Uniform LR 415 (Cour de Cassation – France, 1989), o tribunal julgou devida compensação por danos não patrimoniais em resultado de atraso no transporte aéreo de material publicitário (carga aérea). No caso em apreço, eram alegados prejuízos decorrentes da perda de oportunidade no uso do referido material em campanha publicitária. Anteriormente, igualmente em França, arbitrando danos morais pelos inconvenientes resultantes de atraso no transporte aéreo de pessoas, vide *Souillac v. Air France*, [1965] 28 RGA 15 (Tribunal de Grande Instance de la Seine, 1re Ch., 2e Section, 1964). Em Portugal, negando a ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, vide Acórdão do STJ de 30.09.1997, CJ, Ano V, Tomo III, 1997, pp. 37-41 (41). Todavia, em sentido contrário na jurisprudência portuguesa, julgando em sentido favorável à ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, vide Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – PAIVA GONÇALVES), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd1f/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); e ainda o julgamento da Relação de Lisboa através do Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.OYXLSB.L1-6 – ANTÓNIO MARTINS), <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/2a00db43ca4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). No mesmo sentido na Justiça da UE vide Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v. Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023).

21. Será, por exemplo, o caso da profanação de cadáver ocorrida durante o período de transporte aéreo de restos mortais – vide *Johnson v. American Airlines*, 20 Avi 18,248; 834 F.2d 721 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1987), embora, neste caso judicial, pese embora também o facto de se tratar de carga aérea, o tribunal não tenha chegado a apreciar a questão de mérito por ter julgado procedente a excepção de ilegitimidade dos demandantes. Outros exemplos são também habitualmente referidos na doutrina como seja o caso da morte, ocorrida durante o período de transporte aéreo, de animal doméstico de elevado valor afectivo, ou, ainda, a perda, destruição ou avaria de peça de arte original e única ou de qualquer outro objecto de grande valor estimativo. Vide Castro Mendes, “*Direito Civil – Teoria Geral*”, vol. I, Lisboa, 1995, p. 132. Admitindo, no âmbito da previsão normativa da Convenção de Montreal de 1999, a ressarcibilidade quer do dano material, quer do dano moral, por perda de bagagem, vide Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v. Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023). No mesmo sentido, nos tribunais portugueses, vide Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – PAIVA GONÇALVES), reconhecendo a ressarcibilidade do dano não patrimonial ao abrigo da Convenção de Varsóvia e a sujeição da reparação por danos não patrimoniais ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção em resultado de perda de bagagem registada: “*tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem*”, acessível no website do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd1f/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.OYXLSB.L1-6 – ANTÓNIO MARTINS): “*O termo “dano” utilizado na Convenção inclui tanto os danos materiais como os danos morais*”, aplicando a Convenção de Montreal de 1999 a um caso de extravio e perda de bagagem registada ocorrido ao abrigo de contrato de transporte aéreo internacional entre Lisboa (Portugal) e Fortaleza (Brasil) com escala na Cidade da Praia (Cabo Verde), disponível no website <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/2a00db43ca4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL, de 29.04.2010 (Proc. 4324/06.5TVLSB – SILVA SANTOS), publicado no website do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/2d8cbda92ee8b6378025774a0039f106?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), reconhecendo *obiter dictum* a ressarcibilidade do dano não patrimonial num caso de perda por extravio de bagagem registada de passageiros em viagem de lazer. Ainda em Portugal, decidindo pela não ressarcibilidade do dano não patrimonial a favor de sociedade comercial, não porque a Convenção de Montreal de 1999 não o permitisse, mas pelo tipo de pessoa colectiva em causa ser de natureza jurídica orientada para a obtenção do lucro, pelo que “*o bom nome e a reputação apenas interessa na medida em que contribuem para a obtenção de vantagens económicas. Assim, a sua ofensa apenas pode produzir um dano patrimonial indirecto, ou seja, um reflexo negativo na potencialidade de lucro a auferir, não sendo, pois, susceptível de indemnização por danos estritamente morais, que apenas afectam os indivíduos com personalidade moral*” vide Ac. do TRL de 08.11.2011 (Processo nº 4694/04.OTCLRS.L1-7 – ROSA RIBEIRO COELHO) publicado no website do ITIJ, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/6c2b5b017f48e16a8025796b00566081?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

Deste modo, em jeito de síntese preliminar, cumpre destacar três vectores essenciais em que assenta a finalidade garantística quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, mormente quanto à problemática da ressarcibilidade do dano:

a) consagração, seja na forma implícita ou expressa, do *princípio da restituição* ou *função reparatória* o que impede que sejam arbitradas indemnizações com carácter sancionatório (*regulação negativa*);

b) não ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo*, o que constitui consequência da definição dos pressupostos mínimos da responsabilidade no transporte aéreo de pessoas com fundamento em acidente e no transporte aéreo de bagagem registada com fundamento em dano resultante de perda, destruição ou avaria (*regulação negativa*);

c) consagração do *princípio da intervenção mínima* no que ao restante se refere em matéria de determinação do dano ressarcível (*auto-exclusão da função de regulação positiva*).

Outra questão, que se tem colocado com alguma frequência nesta sede, é, em especial no caso de atraso no transporte aéreo, a da responsabilização do transportador não só por *danos emergentes* (facto este que é ponto assente sempre que o lesado faça prova dos danos sofridos)^[22], mas também por *lucros cessantes* (“*lost profits*”)^[23]. Este último tipo de danos é susceptível de enquadramento normativo como dano consequencial, sendo que, normalmente, as condições gerais do transportador aéreo tendem a afastar essa responsabilidade. Todavia, para além do tratamento jurídico que as respectivas condições gerais contratuais

22. Será o caso, por exemplo, no contrato de transporte sucessivo, do reembolso das despesas de alojamento directamente resultantes da perda dum voo de ligação por atraso verificado no voo anterior. Para estes efeitos, a jurisprudência, normalmente, apenas considera existir transporte sucessivo quando ambas as partes – isto é, passageiro e transportador – tenham assumido esse transporte como uma única operação. Por conseguinte, tal não se verificará quando sejam adquiridas passagens aéreas separadas de cujo encadeamento o transportador não tenha conhecimento. Neste sentido, nos EUA, vide *Karfunkel v. Compagnie Nationale Air France*, 14 Avi 17,674, 427 F.Supp. 971 (United States District Court for the Southern District of New York, 1977); *Hernandez v. Aeronaves de Mexico*, 18 Avi 18,227 (United States District Court for the Northern District of California, 1984); e *Nabm v. SCAC Transport*, 21 Avi 17,478 (Illinois Appellate Court, Fourth Division, 1988).

23. Por exemplo, a perda duma oportunidade de negócio.

de transporte estabelecidas pelo transportador possam, em especial nesta matéria, vir a merecer ao abrigo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ^[24], é, igualmente, nosso entendimento que, quer a Convenção de Varsóvia, quer a Convenção de Montreal de 1999, não excluindo a responsabilidade do transportador por danos consequenciais, não deve este poder fazê-lo, por meio de regulamento ou norma de adesão contratual, tanto mais que, se assim fosse, ficaria prejudicado o disposto no art.º 23º, nº 1, da Convenção de Varsóvia, e no art.º 26º da Convenção de Montreal de 1999, onde, em ambos os casos, se estatui que as disposições destinadas, ou toda a cláusula tendente, a exonerar o transportador da sua responsabilidade ou a estabelecer ou a fixar um limite inferior ao que está previsto ou fixado na Convenção são nulas, ou é aquela nula, e de nenhum efeito ^[25].

Com efeito, constituem danos ressarcíveis todos os danos cronologicamente sobrevindos ao facto causal e que tenham sido por este causados segundo uma relação de *nexo de causalidade adequada*. Considera-se existir *causalidade adequada* quando o dano constitua consequência normal, ordinária, típica ou provável de certo facto abstractamente considerado (*efeito adequado*). Na formulação do juízo abstracto de adequação devem ser tomadas em consideração: (a) as circunstâncias reconhecíveis à data do facto por observador experiente; e (b) as circunstâncias efectivamente conhecidas do lesante. No que concerne aos lucros cessantes ou danos subsequentes não se exige que haja previsibilidade destes danos como efeito adequado de certo facto por parte do autor desse facto. A previsibilidade do dano é imprescindível quando a responsabilidade dependa de culpa e se refira ao dano emergente. No caso dos danos consequenciais ou lucros cessantes

24. Vide ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 144-145, nota 134, ep. 579, nota 569.

25. Embora, nos termos dos referidos preceitos seja da Convenção de Varsóvia, seja da Convenção de Montreal de 1999, a nulidade duma tal cláusula constitua apenas uma invalidade parcial do contrato de transporte, pelo que, no restante, não envolve a nulidade do contrato que continuará sujeito às disposições daquela Convenção (*favor negotii* ou *princípio da redução e aproveitamento do negócio jurídico*).

é apenas essencial que, quanto a estes, o facto constitua causa *objectivamente* adequada^[26]. Todavia, para efeitos da determinação do dano indemnizável é também necessário ter em consideração o fim tutelado seja pelo contrato, seja pela norma legal de protecção, consoante se trate de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual, respectivamente. Tal implica, em primeiro lugar, a necessidade de identificar os interesses tutelados quer pelo fim do contrato, quer pelo fim da norma. Em segundo lugar, tal significa que apenas os danos causados a esses interesses, porque situados dentro da órbita do fim do contrato ou da norma de protecção, são passíveis de reparação.

Conjugados os critérios do *nexo de causalidade adequada* e do *fim tutelado* chega-se à conclusão daquilo que deverá ser o dano consequencial indemnizável em sede de contrato de transporte aéreo. Embora tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 contenham normas de protecção visando tutelar interesses imediatos como seja a reparação do dano resultante de atraso, ou a reparação do dano resultante da morte ou de ofensa à integridade física do passageiro, ou ainda a reparação do dano resultante de avaria, perda ou destruição da bagagem registada, o exercício de exegese jurídica com vista à determinação do dano consequencial deverá ser feito de *jure constituto* à luz do direito interno nacional competente segundo determinação da *lex fori*^[27].

Em função do exposto, cumpre, no entanto, sublinhar que a jurisprudência comparada, produzida nos diferentes Estados partes contratantes das convenções de *jus tractuum* vigentes na matéria, tem tratado a questão da ressarcibilidade do dano consequencial de forma não uniforme, como, aliás, seria previsível face à remissão do problema para os direitos nacionais^[28]. Da análise das decisões que,

26. Antunes Varela, “*Das Obrigações em geral*”, vol. I, 2000, pág. 895.

27. *Cfr.* artº. 24º da Convenção de Varsóvia e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999.

28. Nos EUA, arbitrando indemnização por danos consequenciais e decretando inválida a norma do contrato de transporte que estabelecia a irresponsabilidade do transportador por danos indirectos, *vide Saiyed v. Transmediterranean Airways*, 16 Avi 17,835 (United States District Court for the Western District of Michigan, Southern Division, 1981), julgamento relativo a atraso no

transporte aéreo de mercadorias que haviam sido importadas do Paquistão para serem vendidas durante a época natalícia. O demandante viera alegar lucros cessantes (*lost profits*). Ainda nos EUA, embora respeitante a julgamento não sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia, vide *Dawn v. Sun Aire Airlines*, 17 Avi 17,536 (San Francisco Municipal Court, California, 1982). Neste caso judicial, relativo a transporte aéreo doméstico de passageiros, o demandante, médico de profissão, viajara de Los Angeles para Palm Springs, California, onde iria participar num congresso médico a realizar no dia seguinte. À chegada, a sua bagagem não lhe foi entregue. No dia seguinte e continuando sem a possibilidade de dispor da bagagem, o demandante viu-se forçado a adquirir vestuário novo, vindo em juízo reclamar o reembolso das despesas assim efectuadas, bem como compensação por danos consequenciais resultantes do incómodo, inconveniência e desconforto da situação gerada pela falta da sua bagagem. O tribunal julgou precedente o pedido. Igualmente, no Canadá, em *Vassallo and Clare v. Trans Canada Air Lines*, [1963] 38 DLR (2d) 383; [1964] 27 RGA 172 (Ontario High Court, Canada, Toronto, 1963), julgamento relativo ao atraso no transporte aéreo de peças de vestuário importadas de Itália para revenda antes do início da estação da Primavera, visto que o tipo de cliente alvo tinha por hábito, durante o mês de Março, ausentar-se para o Sul em cruzeiro. O tribunal julgou devida indemnização por danos directos e indirectos, reconhecendo o direito dos demandantes a serem reembolsados da diferença entre o preço de mercado à data em que os bens deveriam ter sido entregues e o preço de venda efectiva fora da estação para a qual aqueles eram esperados. Também, no Reino Unido, em *Panalpina v. Denzil Underwear*, [1981] 1 Lloyd's Rep 187 (Queen's Bench Division, 1980). Neste caso judicial, a demandada, sendo uma empresa exportadora, havia contratado à demandante, empresa transitária, o transporte com destino a Lagos, na Nigéria, de vários volumes contendo vestuário destinado a revenda durante a época natalícia. Para o efeito a demandante, na qualidade de expedidor, contratou o transporte à companhia aérea Cargolux. Devido a atraso no transporte, os bens apenas chegaram ao destino a 18 e 21 de Dezembro, tendo o destinatário recusado a sua aceitação por considerar a entrega tardia para permitir que a mercadoria fosse escoada durante a época natalícia. Como o frete não havia sido pago, a demandante interpsó acção judicial com vista a obter o reembolso daquele. Em reconvenção, a demandada veio reclamar lucros cessantes que se traduziram na perda de oportunidade de negócio devido ao atraso verificado no transporte. O tribunal considerou devida a reparação de tais danos por compensação com o valor do frete. Na fundamentação, o tribunal considerou que os danos indirectos apenas são indemnizáveis desde que pelo agente sejam conhecidas ou reconhecíveis as circunstâncias envolventes que permitam a sua previsibilidade ou contemplação: "(...) as to remoteness of damage (...) [t]he claim here is for a large sum of money reflecting a fall in the value of the goods because they missed the Christmas market. (...) this is clearly an item of damage which is too remote in the ordinary course of events and can only be claimed if it was reasonably within the contemplation of the parties because the party to be charged had been given information which enabled him to appreciate that this kind of damage would flow. (...) There was information given to the plaintiffs from which they could reasonably contemplate that the damages, if there were damages for delay, would be swelled by the loss of the Christmas market" (*His Honour Judge Fay, id.*, p. 191). Anteriormente, e ainda no seio da justiça inglesa se bem que não respeitando a julgamento ao qual fosse aplicável a Convenção de Varsóvia, vide *Hobbs v. London & South Western Railway Co.*, (1875) L.R. 10 Q.B.; "The Digest - Annotated British, Commonwealth and European Cases", London, 1989, Vol. 8(1), p. 254, § 1688; "The Digest..." *cit.*, London, 1994, vol. 17(2), p. 99, § 660 (Court of Queen's Bench, 1875), em que o tribunal julgou não devida indemnização pelo dano indirecto provocado no estado de saúde da demandante que, por incumprimento de contrato de transporte ferroviário, fora obrigada a caminhar, entre 4 a 5 milhas, durante cerca de três horas até ao destino que havia contratado, à noite e sob chuva intensa miúdiinha, facto que lhe causaria gripe, obrigando-a a ficar acamada e a suportar despesas médicas. Na fundamentação, o tribunal considerou não haver nexo de causalidade adequada (*proximate cause*) entre o incumprimento contratual e o dano alegado (*remote cause*); *Hamlin v. Great Northern Railway Co.*, [1856] 1 H & N 408 (Courts of Exchequer & Exchequer Chamber, 1856), em que o tribunal apenas considerou indemnizável o dano patrimonial emergente. O demandante que se havia deslocado em viagem de negócios vinha também alegar lucros cessantes (*lost profits*) por incumprimento do contrato de transporte: "(...) he had no right to cast upon the Company the remote consequences of remaining the night at Grimsby; that, not having communicated to the Company his intention of proceeding from Hull to Driffield, he could not recover damages for having been prevented from doing so; that he was entitled to the fare paid from Great Grimsby, and perhaps (...) for his bed and refreshment" (*id.*, p. 409). Em Espanha, em *Perez and Torralba v. Pan Am* (Rec.74/89), [1990] II Uniform LR 377 (Tribunal Supremo de España, 1990), reconhecendo o direito ao ressarcimento de lucros cessantes desde que se trate da frustração de proventos certos – e, por isso, não meramente contingentes –, e se situem os mesmos numa relação de causalidade adequada face ao facto danoso: "(...) la alegación del lucro cesante exige no solo la posibilidad de haber podido obtener ganancias en caso de no haberse producido el evento causante de los daños, sino (...) los perjuicios o lucro cesante han de apreciarse restrictivamente y ha probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosos o contingentes y solo fundadas en esperanzas; además, según la misma doctrina, ha de guardarse la debida relación de causa a efecto; requisitos que no se han probado en la litis, por lo que este motivo (...) ha de ser desestimado" (*id.*, p. 389). Em França, negando o direito à reparação do dano consequencial, vide *Messrs. P. et G. Perregre v. Swissair and Caisse Assurance Maladie Région Parisienne*, [1986] 21 Eur Tr L 435 (Cour de Cassation de France, 1986) julgando indevida a indemnização pelas despesas inerentes ao processo de sucessão hereditária de vítima mortal de acidente aéreo. Igualmente, na Suíça, em *Engeli, Pabud et Bitgar v. Compagnie Swissair*, [1955] 9 RFDA 335 (Tribunal de Ire Instance de Genève, 1955), julgamento referente a atraso no transporte aéreo de mercadorias. No caso em apreço, um gabinete de arquitectos havia despachado uma caixa contendo uma proposta para participação em concurso internacional de arquitectura visando o estabelecimento de plano de reconstrução da cidade de Izmir na Turquia. O prazo limite para entrega das propostas terminava a 15 de Dezembro de 1951. Os demandantes procederam ao despacho junto do transportador a 28 de Novembro de 1951. A 9 de Abril de 1952 a caixa foi entregue ao destinatário, não tendo a proposta sido admitida a concurso por se mostrar extemporânea. Embora à data da ocorrência dos factos a Turquia não fosse parte contratante da Convenção de Varsóvia, o tribunal considerou competente a lei suíça, à luz da qual julgou devida indemnização por danos emergentes, calculados, em parte, com base no tempo de preparação da proposta, mas negou que fosse devida indemnização por danos consequenciais (lucros cessantes). Com efeito, o tribunal considerou que nada podia assegurar a certeza de que, se os demandantes tivessem participado no concurso, lhes seria garantido o primeiro lugar. Deste modo, supondo que os demandantes houvessem sido admitidos a participar no referido concurso mas que, em todo o caso, a sua proposta acabasse por não ser seleccionada como proposta vencedora, o dano alegado existiria sempre, pelo que o atraso no transporte

em geral e nesse âmbito, têm sido proferidas, é possível concluir em síntese pela identificação de três vectores informadores em que, naquelas, tem assentado a respectiva fundamentação para efeitos de relevância do dano consequencial, a saber, (1^o) *previsibilidade* ou *contemplação* pelas partes do efeito provável; (2^o) *nexo de causalidade adequada* entre o facto e o dano; e (3^o) *fim tutelado* pelo contrato. Em Espanha, a jurisprudência superior valoraria ainda a característica da *certeza* ou *verificação necessária* ou *obrigatória* do lucro ou benefício indirecto, cuja frustração o facto danoso haja provocado.

O aspecto fundamental a reter prende-se, no entanto, com o princípio de que o regime de responsabilidade decorrente quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, não permite afastar a ressarcibilidade do dano consequencial quando este seja indemnizável à luz do direito declarado competente por efeito de aplicação da Convenção.

Por último, a questão, que importa suscitar a final, respeita à sujeição do *dano não patrimonial* aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções. Esta questão tem sido tratada por alguma jurisprudência comparada com resultados não coincidentes. Em Portugal, a jurisprudência dos tribunais portugueses tem-se orientado para a aplicação dos limites de responsabilidade sem distinção do tipo de danos a ressarcir. É disso exemplo o Ac. TRP de 22.04.1996

não constituía causa adequada do insucesso no resultado do concurso: “[a]insi on ne peut considérer qu’il y a un rapport de causalité adéquate entre la mauvaise exécution du contrat de transport (...) et le dommage allégué” (id., p. 344). Em Portugal, numa situação semelhante de atraso culposo na entrega de correspondência, implicando cumprimento defeituoso do contrato, o tribunal julgou devido o direito à indemnização, considerando que o dano reparável não se encontra restrito ao preço do transporte nem corresponde aos lucros que resultariam do negócio não realizado, por entrega extemporânea da proposta concursal, mas configura-se como a perda de uma oportunidade, pelo que se deveria atender à possibilidade de êxito da autora no concurso, em função, nomeadamente, do número de concorrentes e à inerente probabilidade de obtenção dos lucros que resultariam do negócio não realizado. Assim, tendo ficado provado que a proposta elaborada pela autora era, na maioria dos casos, aquela que oferecia melhores preços, menores prazos de entrega e maiores garantias, seria suficientemente seguro afirmar que as propostas elaboradas pela autora e por uma outra concorrente eram indiscutivelmente melhores que as restantes apresentadas pelos demais concorrentes, pelo que considerou legítimo concluir, segundo critérios da experiência comum que, caso tivesse sido admitida a concurso, a autora teria, na realidade, uma probabilidade de adjudicação não inferior a 50% pelo que o dano indemnizável haveria de consistir em 50% dos lucros que resultariam do negócio não realizado – *cf.* Ac. do TRL de 10.11.2005 (Proc. 9805/2005), publicado no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/193d04733825e1f2802570ce003b92e2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

(Processo nº 9550985 – PAIVA GONÇALVES), que, numa situação controvertida de perda de bagagem registada, para além de reconhecer a ressarcibilidade do *dano não patrimonial* ao abrigo da Convenção de Varsóvia, julgaria no sentido de que a reparação por danos não patrimoniais não deveria escapar à sujeição ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção: “*tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem*”.^[29] No mesmo sentido na Justiça da UE julgaria o Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*)^[30]: “[o] conceito de “dano”, subentendido no artigo 22.º, n.º 2, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de Maio de 1999, que fixa o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo prejuízo resultante, designadamente, da perda de bagagens, deve ser interpretado no sentido de que abrange tanto o dano material como o dano moral”, concluindo que “os diferentes limites de indemnização mencionados no capítulo III da Convenção de Montreal, incluindo o fixado no artigo 22.º, n.º 2, desta Convenção, devem ser aplicados à totalidade do prejuízo causado, independentemente da sua natureza material ou moral” pelo que “o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo prejuízo resultante da perda de bagagens, previsto no referido artigo, é (...) um limite absoluto que cobre tanto o dano moral como o dano material” (Sumário do acórdão e §§ 37, 38 e 39). Entendemos que esta é a interpretação correcta a fazer quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929. Na verdade, e conforme se defendeu *supra* seja a propósito da amplitude e desvios admitidos ao *princípio da exclusividade*, seja, nessa esteira, a propósito do *princípio da*

29. <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/f/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

30. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023).

intervenção mínima do regime convencional internacional no que se refere à determinação do dano ressarcível, o objecto principal em matéria de responsabilidade civil quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929, é definir um regime de responsabilidade civil que, constituindo a superação da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, seja um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo*, e no qual se prevê a limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo. A determinação qualitativa do dano ressarcível não foi preocupação principal do alcance regulatório do legislador internacional através da sua regulação pela *via positiva*, domínio em que aquele se limitou a estabelecer um regime informado pelo *princípio da intervenção mínima*, e apenas estabelecendo pela via da *regulação negativa* a observância de certos ditames fundamentais, mediante a consagração no texto normativo de dois princípios, ou seja, o *princípio da restituição* ou *função reparatória* que exclui a obrigação de pagamento de indemnizações com fins punitivos ou sancionatórios (*punitive damages awards*) e o *princípio do dano material mínimo* que exclui a ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo/perigo de dano*, ou seja, do *dano não patrimonial* desassociado de dano material ou físico^[31].

31. Em sentido diferente na jurisprudência superior do Brasil, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 25.05.2017, Processo nº RE 636.331/RJ (GILMAR MENDES), acessível em stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13394583, decidindo que a limitação imposta pelos acordos internacionais (Convenção de Varsóvia de 1929 e Convenção de Montreal de 1999) alcança tão somente a indemnização por dano material, e não a reparação por dano moral. Nos termos da fundamentação do Acórdão, essa exclusão justifica-se porque a disposição do art.º 22º de qualquer das Convenções não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos pré- estabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Ainda de acordo com a fundamentação do Acórdão, corrobora essa interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indemnizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art.º 22º que permite ao passageiro emitir “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal de responsabilidade, concluindo que se pode o passageiro afastar o valor limite da responsabilidade do transportador aéreo mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então, não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível. Em função de semelhante interpretação, o Tribunal Superior julgou aplicável o limite de responsabilidade apenas aos danos materiais, mas não aos danos não patrimoniais. Comentando a jurisprudência do STF a este propósito *vide* Francisco Rezek, “O Transporte Aéreo Internacional ante a Justiça do Brasil”, Revista do Advogado, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, pp. 32- 40 (37); Oracio Marquez, “La importancia del Convenio de Montreal de 1999 para un desarrollo consistente del transporte aéreo internacional y la necesidad de un sistema armonizado de reglas en materia de responsabilidad civil”, Revista do Advogado, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, pp. 108-114 (113); Ricardo Bernardi, “A Convenção de Montreal, o Tema nº 210 e sua ‘ratio decidendi’”, Revista do Advogado, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, pp. 115-128 (116, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 126, 127).

4. Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da *doctrine of complete preemption*

No sentido oposto à situação crítica, enunciada no ponto anterior, de não observância do *princípio da exclusividade* das Convenções de direito internacional público em análise, e a padecer igualmente de análise crítica, poderá estar, numa perspectiva de uniformização da jurisprudência comparada, a aplicação do referido *princípio da exclusividade* interpretado de acordo com a *doctrine of complete preemption*.

Na jurisprudência portuguesa, essa orientação não tem registo, situando-se o histórico dos aspectos críticos da actividade jurisprudencial no sentido precisamente oposto, conforme se viu.

Assim, tal como se referiu *supra*, o quadro jurídico introduzido pela Convenção de Montreal no que diz respeito à responsabilidade civil do transportador aéreo – dando nesse âmbito continuidade à Convenção de Varsóvia – está sujeito ao *princípio da exclusividade*, o que significa que a Convenção prevê a solução exclusiva em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo. Isto significa também que o regime de responsabilidade previsto na Convenção, embora tratando-se de regra especial (*special rule*), não permite aos tribunais aplicar o direito interno como regra geral subsidiária. Pelo contrário, ao estabelecer um regime exclusivo, a Convenção produz o *efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno e, assim, faz do regime de responsabilidade civil do transportador aéreo ao abrigo da Convenção regra *especial, uniforme, universal e exclusiva*.

No entanto, o entendimento desta questão haverá de fazer-se no sentido de que a solução exclusiva (*exclusive remedy*) só se aplica à responsabilidade civil do transportador aéreo quando o

dano ocorra no âmbito do quadro jurídico material da Convenção, independentemente, do fundamento da responsabilidade civil poder ser de natureza obrigacional, ou não, ou seja, ser aquela fundada no contrato de transporte aéreo ou em acto ilícito ou em qualquer outra causa – artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999. Com efeito, o objectivo do legislador internacional, subjacente à Convenção, não foi o de qualificar se a responsabilidade civil do transportador aéreo deveria ser contratual ou extracontratual (não obrigacional), mas, substituindo-se essa *summa divisio*, prever um regime de responsabilidade *especial e exclusivo*, capaz de garantir *uniformidade universal (universal certainty)* no âmbito do seu obecto relevante (*substantive scope*). Esta é a razão pela qual a Convenção é, formalmente, denominada *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convention for the **Unification of Certain Rules for International Carriage by Air**)*, não se pretendendo que o seu escopo seja a unificação de todas as regras em matéria de responsabilidade civil, ou seja, que deva ser um regime *total*.^[32]

Tal significa que o regime de responsabilidade civil regulado pela Convenção que ao caso seja aplicável (Sistema de Varsóvia ou Convenção de Montreal de 1999) não deverá impedir a aplicação de eventuais regras de protecção do direito interno que, de acordo com as normas de conflito da *lex fori* for considerado competente, sempre que as *causas e os pressupostos típicos da responsabilidade (typical causes and preconditions or circumstances of liability)* previstos e regulados pela Convenção não estejam na base (*causa efectiva*) da responsabilidade civil do transportador aéreo (*effective cause of damage*). Assim, se, por exemplo, a causa do dano (*causa-de-pedir*) for totalmente alheia às *causas e aos pressupostos típicos da responsabilidade*^[33] previstos e regulados na Convenção, situando-

32. Vide ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 447-449, nota 438; pp. 456-463; p. 465, nota 462; e pp. 667-676.

33. Constituem *causas típicas* da responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de pessoas, ao abrigo seja da Convenção de Varsóvia de 1929, seja da Convenção de Montreal de 1999, a ocorrência, na execução do contrato, de *acidente* ou de *atraso* à chegada. Por sua vez, no transporte aéreo internacional de bagagem registada, ao abrigo das mesmas Convenções, constituem

se fora do seu *'substantive scope'* (*amplitude material*), não existe, ao abrigo da Convenção considerada aplicável à relação jurídica de transporte, fundamento, com base no *princípio da exclusividade* da Convenção, para que o tribunal possa recusar a aplicação, à relação jurídica controvertida trazida a juízo, do regime geral de responsabilidade civil de direito interno que for aplicável.^[34]

Deste modo, se é necessário que os factos que estão na origem da responsabilidade se situem no âmbito do *substantive scope* da Convenção, a fim de que o regime de responsabilidade previsto na Convenção seja considerado *exclusive remedy*, a chave para a resolução da questão residirá na determinação da sua amplitude.

A fim de concretizar tal objectivo, dois desafios cumulativos se colocam ao intérprete: (1) o primeiro é, de acordo com o art.º 1.º da Convenção a aplicar, verificar se se preenchem os *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção à relação jurídica de transporte; e (2) o segundo é verificar se, cumulativamente, também se preenchem os *pressupostos do efeito preclusivo* da Convenção que antes, fruto do primeiro exercício, se concluiu ser aplicável. O primeiro exercício visa determinar a aplicabilidade da Convenção à relação jurídica de transporte, mas não permite concluir pela

causas típicas da responsabilidade civil do transportador aéreo, a ocorrência, na execução do contrato, de *facto ou evento danoso* ou de *atraso* na entrega da bagagem. Por outro lado, constituem *pressupostos típicos do efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno no transporte aéreo internacional de pessoas, de acordo com as referidas Convenções, o *acidente* ter ocorrido a bordo ou durante as operações de embarque ou de desembarque, e, no caso do transporte aéreo internacional de bagagem registada sujeito a qualquer das Convenções, que a bagagem se encontre à guarda do transportador aéreo, sendo que, se for aplicável a Convenção de Varsóvia de 1929 (com excepção da versão alterada pelo Protocolo Adicional nº 4 de Montreal de 1975), tal custódia terá que ocorrer num aeródromo, porém, sem desconsiderar, para o efeito, as aterragens fora de um aeródromo – ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” *cit.*, pp. 463-556, 579-584 e 667-669; “Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros”, *cit.*, pp. 299-319.

34. Nesse sentido, nos EUA, *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi. 15,812 (United States Court for the Northern District of Texas, Dallas Division, 2001): o tribunal julgou que a Convenção de Varsóvia não preclude a aplicação de norma interna reguladora do incumprimento contratual em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo que, alegadamente, teria incumprido com o dever de informação dos passageiros sobre a exigência de passaporte para o filho de ambos, em idade infantil, que os acompanhava na viagem, omissão essa que esteve na origem da recusa de embarque em voo de ligação internacional e consequente regresso forçado aos EUA. O tribunal, citando e distinguindo a jurisprudência proferida em *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), sustentou que só quando as acções judiciais, interpostas ao abrigo da lei estadual, caem no âmbito do “*substantive scope*” da Convenção de Varsóvia, deve o tribunal recusar, com fundamento no *princípio da exclusividade* da Convenção, o seu julgamento ao abrigo da lei estadual interna. Também na doutrina, *vide* René H. MANKIEWICZ, “*The Liability Regime of the International Air Carrier*”, London, 1981, pp. 2 e 13; e Elmar GIEMULLA “*Montreal Convention*” annotated by Elmar GIEMULLA, Ronald SCHMID, Wolf MÜLLER-ROSTIN, Regula DETTLING-OTT and Rod MARGO, The Netherlands, 2017, *Introduction*, p. 18, § 37.

subsunção dos factos que fundamentam a responsabilidade à *amplitude material (substantive scope)* da Convenção considerada competente. Com efeito, este primeiro exercício interpretativo serve apenas para determinar se a relação jurídica de transporte aéreo consubstancia uma operação de transporte aéreo internacional à qual a Convenção deva ser aplicável, não sendo, só por si, suficiente para concluir que os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção para efeitos aplicação do regime de responsabilidade civil por esta regulado. Desta forma, o segundo exercício é fundamental para determinar se os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção, e, conseqüentemente, para concluir se se verificam os *pressupostos do efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno e que está subjacente ao *princípio da exclusividade* de qualquer das Convenções.

Assim, enquanto o primeiro exercício é fundamental para identificar se existe um regime regulatório internacional que deva ser aplicável a certa relação jurídica de transporte aéreo internacional (verificação dos *requisitos ou pressupostos de aplicabilidade* da Convenção), o segundo exercício é crucial para identificar qual a norma de responsabilidade civil aplicável, ou seja, qual o regime de responsabilidade civil a aplicar, a saber, se o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção enquanto *exclusive remedy* se for de operar o *efeito preclusivo (preemptive effect)*, ou se, não sendo esse o caso, o regime de responsabilidade civil do direito interno considerado competente (não verificação dos *pressupostos do efeito preclusivo* previstos na Convenção que for aplicável e conseqüente *efeito de auto-exclusão* desta). Ambos os exercícios e tipologia de pressupostos ora referidos servem para, de forma sucessiva, determinar a *amplitude material (substantive scope)* da Convenção e a aplicabilidade do *princípio da exclusividade* da Convenção aplicável. A verificação dos

pressupostos de aplicabilidade da Convenção apenas determina a *amplitude formal (scope of application)* da Convenção e não a sua *amplitude material (substantive scope)*.

Para além do exercício de verificação quer dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, quer dos *pressupostos do efeito preclusivo*, e sempre que este último efeito operar, impõe-se, igualmente, que se proceda à verificação do preenchimento dos *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, dentro do quadro jurídico da Convenção, com vista a determinar, em concreto, a responsabilidade efectiva, ou não responsabilidade, do transportador aéreo.

Conforme se concluiu anteriormente, a determinação da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção é informada pela verificação cumulativa dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção – previstos no artº. 1º (Âmbito de aplicação) tanto da Convenção de Varsóvia de 1929, como da Convenção de Montreal de 1999, e que visam determinar qual a norma aplicável à relação jurídica de transporte aéreo – e dos *pressupostos do efeito preclusivo* – cujo preenchimento visa determinar e confirmar o regime de responsabilidade civil da Convenção, em cujo âmbito de aplicação a relação jurídica de transporte aéreo se insere, e que se consubstanciam nas *causas e pressupostos de responsabilidade* tipificados na respectiva Convenção, ou seja, ‘*acidente*’ a ‘*bordo*’, ou durante o ‘*embarque*’ ou ‘*desembarque*’, objecto à ‘*guarda do transportador*’, ‘*num aeródromo*’ (somente na Convenção de Varsóvia), ‘*atraso*’ à chegada do transporte, permitindo aferir se o *efeito preclusivo (preemptive effect)* e, conseqüentemente, o *princípio da exclusividade* da Convenção como *exclusive remedy* têm, ou não, aplicação.

Deste modo, quando o *efeito preclusivo (preemptive effect)* se aplica, determinando, por força do *princípio da exclusividade* da

Convenção que esta opere como *exclusive remedy*, o exercício que a seguir se impõe ao intérprete e julgador é verificar, dentro do quadro jurídico da Convenção, se se preenchem os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a fim de conhecer se há, ou não, responsabilidade civil efectiva do transportador aéreo. Para tal, e de acordo com a previsão legal das Convenções, integram os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a aferir pelo julgador, o *dano mínimo* – dano material ou físico, ou seja, ‘morte’, ‘lesão corporal’, ‘destruição’, ‘perda’, ‘avaria’ –, salvo em caso de atraso à chegada, a *culpa* (presumida ou efectiva), salvo nos casos em que se prevê a responsabilidade civil objectiva, o *nexo de causalidade adequada* (*proximate cause*) e o *protesto oportuno* sempre que aplicável, previsto no art.º 26.º da Convenção de Varsóvia de 1929 e no art.º 31.º da Convenção de Montreal de 1999. [35] [36]

Doutro modo, situação que se verifica à luz da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA, se o *efeito*

35. A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o *efeito preclusivo* (*preemptive effect and exclusive remedy*) da Convenção se concretiza, o que sucede na sequência do preenchimento dos *pressupostos do efeito preclusivo* (segundo exercício/*second test*), que, por sua vez, se segue ao preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*), sendo desta forma sucessiva que se determina a subsumção dos factos à *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção relativamente ao regime de responsabilidade por esta regido. Os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* correspondem ao terceiro exercício (*third test*) após se ter concluído pela verificação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect/preclusive effect*) do direito interno, e cujo propósito é determinar a *responsabilidade efectiva e actual* do transportador aéreo de acordo com o regime de responsabilidade da Convenção aplicável. (Conforme imagem Anexo 1)

36. Este entendimento na forma como o *princípio da exclusividade* da Convenção deve operar não corresponde ao sentido da jurisprudência superior, adoptada, primeiramente, no Reino Unido no julgamento *Sidbu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://uniset.ca/terr/css/1997ACA30.html> (data de acesso 01.10.2023), e, posteriormente, nos EUA, no julgamento *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999). De acordo com esta orientação jurisprudencial, construída com base na interpretação da Convenção de Varsóvia, o *princípio da exclusividade* da Convenção conduz a que esta se afirme como *‘absolute exclusive cause of action and sole remedy’* (*doctrine of complete preemption*). Tal significa que, assim que se conclua que a Convenção é aplicável à relação de transporte, o que sucede por força da verificação dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*) previstos no seu art.º 1.º, ficará precluída qualquer acção judicial de responsabilidade civil a instaurar contra o transportador aéreo ao abrigo do direito interno, mesmo que os factos não sejam subsumíveis às *causas e pressupostos típicos da responsabilidade* previstos na Convenção: assim, nos domínios em que a Convenção estabelece um regime específico – e o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo é um desses domínios –, se a Convenção não estabelecer a solução normativa a aplicar (*remedy*), significa que essa solução normativa (*remedy*) simplesmente não está disponível nem na Convenção, nem no direito interno, visto que à Convenção é atribuída a função de *‘exclusive and exhaustive code governing actions arising out of international carriage by air’*. Semelhante interpretação da Convenção significa, também, que o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) da Convenção se considera, imediatamente, verificado logo que preenchidos os *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* à relação de transporte aéreo. Os fundamentos subjacentes a esta interpretação são: (i) a Convenção é *‘wholly exclusive’*, o que significa que a intenção do legislador internacional foi vir estabelecer, de forma exaustiva, as únicas circunstâncias em que o transportador aéreo deverá responder civilmente sempre que se trate de danos causados em conexão com o transporte aéreo internacional; (ii) permitir que o transportador aéreo respondesse civilmente noutras circunstâncias ao abrigo do direito interno contrariaria o objectivo da uniformidade subjacente à Convenção.

preclusivo (preemptive effect) do regime de responsabilidade civil do direito interno depender apenas do âmbito de aplicação formal (*scope of application*) das Convenções, e não da respectiva *amplitude material (substantive scope)*^[37], ou seja, ficando, apenas, dependente do preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, situação em que as Convenções assumem, em termos de função normativa, o alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy (doctrine of complete preemption)*, o risco de impunidade do transportador aéreo em termos de responsabilidade civil acabará, seguramente, por ocorrer em certas situações não obstante se reconhecer a evidência da imputabilidade à conduta do transportador aéreo do dano infligido ao passageiro.

Negar toda e qualquer a garantia de protecção ao passageiro, designadamente ao abrigo do direito interno, com fundamento no argumento de que a *causa-de-pedir (cause of action)* não se enquadra no âmbito da previsão normativa, em matéria de causas e pressupostos de responsabilidade civil, da Convenção, sendo esta aplicável à relação jurídica de transporte aéreo, e, por conseguinte, privar o passageiro do ressarcimento dos danos que lhe foram infligidos, não obstante a ocorrência de conduta culposa do transportador aéreo e a violação dos direitos do passageiro ao abrigo do direito interno, resultará, seguramente, numa afronta aos princípios e regras do Estado de Direito, ao mesmo tempo que permite que o transportador aéreo possa escapar à assunção da responsabilidade civil decorrente de conduta que lhe é imputável a título de culpa (*v.g.* designadamente, por inobservância do *dever geral de cuidado* em diligenciar pela manutenção das instalações que lhe estão atribuídas no edifício da aerogare e usadas pelo passageiro

37. No entanto, deve notar-se que, mesmo quando os factos sejam subsumíveis à *amplitude material (substantive scope)* da Convenção, o *princípio da exclusividade* não é absoluto, já que a Convenção remete expressamente certas questões para o direito interno – *vide supra* nota 5.

enquanto aguarda pelo seu voo^[38]).

Acresce que, de acordo com semelhante entendimento, e, nomeadamente, numa situação de responsabilidade civil do transportador aéreo por morte ou lesão corporal do passageiro emergente de acidente ocorrido a bordo da aeronave ou durante uma operação de embarque ou desembarque, a fim de evitar que o transportador aéreo possa beneficiar de total e absoluta impunidade, tem-se assistido, na jurisprudência comparada que pugna pela *doctrine of complete preemption*, ao proliferar de uma tendência para a ampliação do conceito de *acidente*, que, para além de permitirem subsumir ao referido conceito eventos que nada têm a ver com os riscos próprios do transporte aéreo, contribuindo, assim, para a *descaracterização material* do conceito de *acidente* tal como concebido à luz quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, têm, também, o efeito de contrariar, subverter e prejudicar materialmente a realização do princípio do “*justo equilibrio de interesses*” previsto no último parágrafo do Preâmbulo à Convenção de Montreal de 1999.

De facto, a Convenção de Montreal de 1999 é responsável por introduzir um novo enquadramento jurídico no regime da responsabilidade civil do transportador aéreo conexo com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional, privilegiando o modelo da *socialização* ou da *objectivação* da responsabilidade civil em que a responsabilidade por *risco* deve ser assumida por quem cria o risco e dele retira o principal proveito no exercício da sua actividade (*‘risque-crée’* e *‘risque profit’*), o que teve repercussões relevantes na alteração do *equilibrio de interesses* entre as partes da relação jurídica de transporte aéreo,

38. Além da iniquidade em forçar o passageiro a suportar o custo de acto negligente do transportador aéreo, isentando-o dessa responsabilidade, é também um incentivo à omissão no sentido de prevenir ocorrência danosa – *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997), p. 18234 (Cardamone, *Circuit Judge*) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal Norte-americano. *Vide* também ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação...*”, *cit.*, pp. 456-463.

assentando, maioritariamente, no conceito da *responsabilidade objectiva (strict liability)*.^[39] O conceito de *responsabilidade objectiva*, previsto na Convenção de Montreal de 1999, sucede ao modelo de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) previsto na Convenção de Varsóvia de 1929^[40] e representa um novo paradigma da responsabilidade civil do transportador aéreo que incrementa o seu grau de exposição em termos de assunção da responsabilidade civil conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional. Contrariamente, o regime de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa, estabelecido na Convenção de Varsóvia, fora desenhado com a finalidade de garantir protecção e condições adequadas ao desenvolvimento económico da actividade de transporte aéreo internacional, então no seu início e carente de consolidação enquanto oportunidade de negócio e de desenvolvimento estratégico, pelo que o modelo encontrado, baseado na culpa, ainda que presumida, mas sujeito a limites máximos de responsabilidade, se mostrava ser o modelo ajustado à necessidade de protecção de uma actividade economicamente estratégica e a necessitar de condições de desenvolvimento e de consolidação (*protective liability system*)^[41]. Tal significa que entre a Convenção de Varsóvia, assinada no final da década dos anos 20 do século passado, e a Convenção de Montreal de 1999, assinada no final da última década do século passado, e em que decorreram cerca de 70 anos, o *equilíbrio de interesses* entre as partes tradicionais da relação de transporte aéreo, bem como o *principal objectivo* subjacente a cada uma das Convenções se

39. Com excepção das situações em que a causa da responsabilidade civil do transportador aéreo se funda em atraso, ou morte ou lesão corporal, aqui exclusivamente no *second tier* em que a responsabilidade é ilimitada fundada em presunção de culpa, a norma consagrada na Convenção de Montreal de 1999 é fundada na responsabilidade objectiva (*strict liability*): (Conforme imagem Anexo 2)

40. A responsabilidade civil do transportador aéreo limitada com fundamento em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) é a regra aplicável à luz da versão original da Convenção de Varsóvia de 1929. (Conforme imagem Anexo 3)

41. Vide ROOSEVELT, Franklin D., Cordell HULL, “Warsaw Convention, 1929 – Message of President Roosevelt and Report of Secretary of State Hull”, U.S. Aviation Reports, 1934, p. 239; também ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação...”, cit., pp. 442-443 e 659-663; e, ainda, em “International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999”, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 59.

alteraram, tendo o regime acordado em 1929 e que era, então, em grande parte, informado pela necessidade de assegurar *protecção* adequada ao desenvolvimento da indústria de transporte aéreo, e, por conseguinte, resultando num regime informado pelo objectivo de *protecção do transportador aéreo*, evoluído, em 1999, para um *regime de protecção do passageiro*, na qualidade de consumidor, e cujos principais aspectos e contornos, adoptando a concepção do “seguro social”, expõe o transportador aéreo (*regime de exposição*). Registou-se, assim, no que concerne aos principais aspectos do *equilíbrio de interesses* e dos *bens jurídicos* a proteger, em matéria de responsabilidade civil, a evolução de um *regime (eminentemente) de protecção do transportador aéreo (air carrier protective oriented liability system)* para um *regime de exposição do transportador aéreo (consumer protective oriented liability system)*.

Deste modo, sempre que, no passado, a jurisprudência comparada, aplicando a Convenção de Varsóvia, tenha ‘ampliado’ o conceito de “acidente” [42], visando evitar decisões que, doutro

42. Vide nos EUA, *Waxman v. C.I.S. Mexicana de Aviación, SA*, 13 F.Supp.2d 508 (United States District Court for the Southern District of New York, 1998): da matéria de facto provada ficou demonstrado que, no dia 25 de Janeiro de 1997, o casal de apelido Waxman viajou de Newark, New Jersey, para Cancun, no México, no voo 877 da companhia aérea Mexicana. Durante o voo, o Sr. Philip Waxman picou-se numa agulha saliente do tecido das costas da cadeira à sua frente e que lhe perfurou a perna direita. O Sr. Waxman recebeu tratamento médico à chegada a Cancun e posteriormente no seu regresso aos EUA. Fez ainda testes ao HIV e foi-lhe ministrada vacina contra a hepatite. O passageiro alegou que a companhia aérea havia sido negligente ao não remover a agulha durante a limpeza da aeronave que antecederia o voo e que isso teria sido a causa do ferimento que lhe fora infligido. Como resultado de ter sido picado na perna pela agulha, e para além da lesão corporal, o passageiro alegou ter sofrido danos do foro psicológico (“an exacerbation of pre-existing psychiatric conditions”) causados pela incerteza dos efeitos do ferimento infligido pela agulha (“uncertainty surrounding the needle”) que, de forma ostensiva, se traduziram no receio de contrair AIDS/SIDA. O passageiro alegou ainda que o ferimento causado pela agulha o impediu a si e ao seu cônjuge de darem seguimento ao plano de constituírem família, visto que, enquanto casal, foram aconselhados a não estabelecer relações sexuais sem protecção por um período de seis meses após o incidente. Em consequência dos factos ocorridos, o passageiro interpôs acção judicial por danos patrimoniais e não patrimoniais contra a companhia aérea e a empresa responsável pelos serviços de limpeza. O tribunal considerou que a ofensa à integridade física do passageiro resultante do incidente constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia (“*incident in which passenger on international flight was stuck in leg by hypodermic needle that was protruding from fabric of seat immediately in front of him was caused by unexpected or unusual event or happening that was external to passenger, and thus was “accident” for purposes of Warsaw Convention; failure of airline and cleaning subcontractor to remove needle was properly viewed as unusual, unexpected departure from ordinary procedures*”); *Croucher v. Worldwide Flight Serus, Inc.*, 27 Avi 18,062 (United States District Court for the District of New Jersey, 2000): o tribunal considerou que a omissão de remover um saco de enjoio usado (“*a contaminated airsickness bag*”) da bolsa do assento foi a causa do dano infligido ao passageiro e que isso constituía “acidente” à luz da Convenção de Varsóvia, precludindo, assim, a aplicação do direito interno; *Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 132 F.3d 138 (US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1998): o tribunal qualificou de “acidente” o facto de, durante o serviço de bordo, ter sido entornada água quente sobre o pescoço e o ombro de criança de dois anos de idade, causando-lhe queimaduras, distinguindo, para o efeito, a situação ocorrida de eventuais incidentes com origem em causas naturais, como, por exemplo, hérnia pré-existente, ataque cardíaco, ou ataque de asma, por não serem factos externos ao passageiro. O tribunal expendeu ainda a opinião de que “(...) *an injury resulting from routine procedures in the operation of an aircraft or airline can be an “accident” if those procedures are carried out in an unreasonable manner*” (Jacobs, *Circuit Judge, id.*, p. 143); *Diaz Lugo v. American Airlines*, 686 F.Supp. 373; 21 Avi 18,020 (United States District Court for the District of Puerto Rico, 1988): o tribunal considerou que entornar café, servido a bordo, sobre um passageiro, causando-lhe queimaduras, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Gonzalez v. Taca International Airlines*, 23 Avi 18,431 (United States District Court for the Eastern District of Louisiana,

modo, seguramente conduziriam à impunidade do transportador

1992): o tribunal considerou que o acto involuntário de entornar desperdícios de comida sobre passageiro, durante o serviço a bordo, no momento em que se procedia à remoção do tabuleiro do *catering* de outro passageiro e o facto de ao passageiro ter sido servida bebida contendo objecto estranho, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Watson v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi 16,536 (United States District Court for the District of Maryland, 2002); o tribunal considerou aplicável a Convenção de Varsóvia às acções fundadas em “food poisoning” resultante do *catering* servido a bordo; *Scala v. American Airlines*, 249 F.Supp.2d 176; 29 Avi 17,573 (United States District Court for the District of Connecticut, 2003); o tribunal considerou que o facto de, por lapso, durante o serviço de bordo, ter sido servida bebida alcoólica ao passageiro, não obstante ter sido pedida bebida sem álcool, na sequência do que o passageiro viria a desenvolver patologia cardíaca, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Langdon v. American Airlines, Inc.*, 27 Avi 17,409; 199 F.3d 68 (United States Court of Appeals for the First Circuit, 2000); em que o passageiro interpsôs acção judicial contra o transportador aéreo alegando que este havia violado a Convenção de Varsóvia ao continuar a servir álcool a passageiro embriagado que depois o molestou. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, à luz da Convenção de Varsóvia, o comportamento errático e agressivo, sobre outro passageiro, por parte de passageiro embriagado a quem o transportador continuara a servir álcool apesar de ciente do seu aparente estado de embriaguez e do seu comportamento disruptivo; *Oliver v. SAS*, 17 Avi 18,283 (United States District Court for the District of Maryland, 1983); em que a demandante, na qualidade de passageira, alegou ter sofrido lesão corporal quando um passageiro embriagado, a quem o transportador continuara a servir bebidas alcoólicas, caiu sobre ela. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, não o facto do transportador ter servido álcool ao passageiro, mas o facto do passageiro embriagado ter caído sobre a demandante causando-lhe ferimentos: “(...) an accident occurred when the fellow passenger fell unexpectedly upon the plaintiff” (Miller, D.J., *id.*, p. 18284); *Lahey v. Singapore Airlines, Ltd.*, 27 Avi 18,124 (United States District Court for the Southern District of New York, 2000); o tribunal julgou tratar-se de “acidente” nos termos e para efeitos da Convenção de Varsóvia a agressão de passageiro por outro passageiro a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou a agressão um risco característico do transporte aéreo porque a vítima viajava sentada em espaço confinado da classe económica, à frente do agressor, que se manifestaria de forma inesperada, violenta e hostil à conduta da passageira em reclinar o encosto do seu assento. O agressor bateu na cabeça da passageira e atirou sobre ela a bandeja do *catering*. O tribunal considerou tratar-se incidente “unexpected, unusual, and external to the victim”; *Wallace v. Korean Air*, 27 Avi 17,864 (United States Court of Appeals for the Second Circuit, 2000); o tribunal de recurso qualificou como “acidente”, nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, o facto da passageira ter sido molestada sexualmente por outro passageiro sentado ao seu lado a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou que as características do transporte aéreo haviam contribuído para agravar a vulnerabilidade da passageira à agressão, uma vez que aquela estava confinada a um espaço apertado ao lado do abusador, a iluminação da cabine havia sido reduzida, e nenhum membro da tripulação se encontrava próximo ou sequer se apercebeu do sucedido. O tribunal concluiu que a agressão constituía um facto “unexpected or unusual” e externo à passageira. *Vide*, também, no Reino Unido, *Morris v. KLM*, [2001] 3 All ER 126; [2002] 1 Lloyd’s Rep. 745; [2002] 2 All ER 565; [2002] 1 All ER (Comm) 385 (Court of Appeal, Civil Division, 2001; House of Lords, 2002), envolvendo o caso de menor não acompanhada, em idade adolescente, que viajava entre Kuala Lumpur e Amsterdão, e que foi, igualmente, molestada sexualmente por passageiro que se encontrava sentado ao seu lado. O tribunal não pôs em causa que se tratava de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, pese embora ter considerado que o dano não patrimonial autónomo não era passível de indemnização à luz da Convenção de Varsóvia. *Vide*, também, no Canadá, *Naval-Torres v. Northwest Airlines Inc.*, [1998] 159 D.L.R. (4th) 67 (Ontario Court, General Division, Canada, 1998); o tribunal julgou que a exposição do passageiro ao fumo proveniente da zona de fumadores, apesar de lhe ter sido atribuído assento na zona de não fumadores, constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia. Os exemplos de decisões judiciais por força das quais se tem julgado subsunível ao termo “acidente” factos que pouco ou nada têm a ver com os riscos próprios da aviação são inúmeros e continuam a ser actuais ao abrigo da Convenção de Montreal de 1999. O que torna crítica esta orientação jurisprudencial que pugna pela aplicação da *doctrine of complete preemption* é que, para evitar a impunidade do transportador aéreo – devido ao princípio da exclusividade da Convenção, ao abrigo do qual e de acordo com a referida doutrina a Convenção é interpretada como *exclusive cause of action* –, o intérprete sofre da pressão de ter que subsumir os factos às causas e pressupostos típicos da responsabilidade previstos na Convenção, de modo a evitar a jusante o resultado absurdo de impunidade do transportador aéreo, sempre que esteja em causa facto danoso que, à luz do direito interno, seria, seguramente, causa de responsabilidade civil. Desta forma, para que se mantenha aplicável o regime de responsabilidade previsto na Convenção, os tribunais tendem a interpretar o termo “acidente” em sentido lato, ampliando o conceito ao ponto de abranger situações que, como se viu nos exemplos dados, não constituem eventos que tenham qualquer relação com os riscos próprios e específicos de ocorrerem na aviação, e, por conseguinte, alimentando o risco da descaracterização do termo “acidente”, cujo valor semântico está longe de ser neutro. Semelhante orientação jurisprudencial não parece, no entanto, ter qualquer sustentação naquela que terá sido a intenção do legislador internacional nesta matéria, balizando a necessidade da Convenção em garantir o objectivo da uniformidade universal com circunscrição à sua amplitude material (*substantive scope*). De facto, “being stuck in his leg by a hypodermic needle that was protruding from the fabric in the back of the seat that was directly in front of passenger”, corresponde tal situação a evento, cuja probabilidade de risco em ocorrer seja exclusiva da actividade de transporte aéreo? Ou ser-se vítima de agressão por outro passageiro? Não podem tais situações ocorrer noutros modos de transporte de pessoas, nomeadamente, por via rodoviária ou ferroviária? E a conduta involuntária de “spilling hot coffee, scalding water, food waste” sobre o passageiro constitui um risco inerente exclusivamente ao transporte aéreo? E o risco de intoxicação alimentar (“food poisoning”) resultante da ingestão de alimentos do *catering* servido a bordo? Ou o risco de trocar a bebida que se serve e que deveria ser sem álcool? Ou o risco de exposição ao fumo do tabaco proveniente de zona reservada a fumadores? Não podem estes eventos ocorrer num restaurante, bar ou cafetaria? Se sim, por que razão este tipo de eventos (*no typical aviation risks related events*) devem responsabilizar o transportador aéreo ao abrigo de norma especial concebida à parte do regime geral da responsabilidade civil aplicável à generalidade dos demais agentes económicos? A justificação, que poderá estar subjacente à resposta, parece indicar no sentido de que, doutro modo, a não ser essa a interpretação a adoptar, por força do denominado e já referido *absolute exclusive cause of action principle*, a conduta do transportador aéreo acabaria por ficar impune, apesar da verificação dos pressupostos do regime geral da responsabilidade civil e da violação dos direitos do lesado a ser indemnizado.

aéreo – e assim decidindo apenas como forma de reacção à adopção do entendimento que resulta da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpretando a Convenção como *absolute exclusive cause of action* –, o resultado foi o de ‘importar’ para o âmbito regulatório da Convenção situações que, em rigor, não deveriam ser tratadas nesse âmbito, mas que, pelo contrário, teriam o seu cabimento normal no âmbito da previsão normativa do direito interno considerado competente, permitindo-se, assim, que o transportador aéreo beneficiasse de um regime de responsabilidade civil mais protector por estabelecer limites à responsabilidade do transportador aéreo e, conseqüentemente, pudesse, assim, beneficiar de uma *vantagem económica não justificada* – porque não relacionada com a especificidade dos riscos da sua actividade de transporte aéreo –, quando feita a comparação com o regime geral da responsabilidade civil que lhe seria, provavelmente, aplicado ao abrigo do direito interno considerado competente e que, por norma, não estaria sujeito aos mesmos limites de responsabilidade previstos na Convenção (*unlimited liability*)^[43]. Recorrendo à exemplificação, pode-se pensar numa situação em que o passageiro é sujeito a tratamento discriminatório proibido por lei de acordo com os respectivos *factores de diferenciação discriminatória* e que esses actos são praticados pelo transportador aéreo ou pelos seus trabalhadores ou agentes, ocorrendo a bordo ou durante o embarque. Os actos de discriminação não apresentam qualquer relação *exclusiva* ou *específica* com os riscos próprios do transporte aéreo, pelo que uma análise atenta sobre se um acto de discriminação constitui, ou não, “acidente” para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade previsto na Convenção aplicável deveria conduzir à conclusão negativa e, conseqüentemente, o transportador aéreo

43. *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA (reversed judgment): “(...) the Convention limits airline liability for accidents. But the Convention does not purport to insulate carriers from the ordinary risks of doing business, such as keeping their facilities in good repair. An injury to a passenger caused, for example, by a failure of a carrier to keep its walkways in a safe condition is hardly the type of catastrophic incident that would likely force even a fledgling airline out of business, and cannot be assumed to have been within the contemplation of the drafters of the Convention” (Cardamone, *Circuit Judge, id.*, p. 18234).

nunca assumiria qualquer responsabilidade por tais condutas, pois o regime da Convenção (se interpretado à luz do princípio da regra do precedente – *case law precedent rule* – da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA) obrigaria à sua aplicação e qualificação como *absolute exclusive cause of action*, o que preclui a aplicação do direito interno sempre que a Convenção seja aplicável à *relação de transporte aéreo*, impedindo que outra norma possa ser aplicável à *relação de responsabilidade civil*.

Assim, e como já foi mencionado antes, para evitar a impunidade do transportador aéreo, alguns tribunais têm vindo a interpretar o conceito normativo de “acidente” em termos amplos para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com o transporte aéreo de passageiros. Todavia, a expansão do conceito de “acidente” – o que conduz à sua *descaracterização* semântica quando a ele sejam subsumidos eventos não relacionados com os riscos específicos do transporte aéreo –, em vez de conduzir àquilo que seria expectável e correcto, e que seria a aplicação do direito interno considerado competente, leva a que os tribunais acabem por contribuir para que seja conferida *vantagem económica não justificada* (*unjustified advantage*) ao transportador aéreo, enquanto agente económico, permitindo-lhe beneficiar do privilégio da responsabilidade limitada em vantagem sobre outros agentes económicos. Semelhante consequência tem, ainda, o efeito de se traduzir em iniquidade e prejuízo para o cidadão que seja alvo de tratamento discriminatório no âmbito duma relação de transporte aéreo, quando feita a comparação com situação paralela ocorrida na relação com outro prestador de serviço integrado noutra actividade económica com oferta de prestação de serviços ao público em geral, designadamente, no domínio da prestação de serviços de transporte de diferente modalidade que não o transporte aéreo.

Por outro lado, aplicando, agora, *mutatis mutandis*, o mesmo tipo de raciocínio à Convenção de Montreal de 1999,

chega-se à conclusão de que, em vez de ser conferida uma *vantagem não justificada (unjustified advantage)* ao transportador aéreo, os tribunais que, na jurisprudência comparada, assim interpretam e aplicam a Convenção, acabarão por contribuir para agravar o grau de exposição do transportador aéreo em termos de assunção de responsabilidade, sujeitando-o a responsabilidade objectiva, em vez de responsabilidade baseada na culpa o que, com grande probabilidade, seria o regime inerente ao modelo geral da responsabilidade civil emergente da aplicação do direito interno e, dessa forma, infligindo ao transportador aéreo uma *desvantagem injustificada (unjustified disadvantage)* [44].

44. Em teoria, o conceito de responsabilidade objectiva (*strict liability*), que significa responsabilidade civil independentemente de culpa, é fundado no risco que é gerado. Consequentemente, à luz de semelhante conceito, a responsabilidade por risco impende sobre a pessoa que dá origem ao risco ou ao seu agravamento. No transporte aéreo, em que há riscos específicos associados quer à actividade em si por ter lugar em ambiente sujeito a contingências imprevisíveis, quer ao equipamento empregue nessa actividade e sobre o qual apenas o transportador aéreo detém o controlo efectivo, e considerando, ainda, que o principal interessado pelo exercício dessa actividade é o transportador aéreo visando com esse exercício obter o lucro, os princípios *risque-crée* e *risque profit* são o fundamento que justifica que o transportador aéreo deva assumir responsabilidade objectiva, mas apenas por danos especificamente relacionados com os riscos próprios e inerentes à especificidade dessa actividade, e não por todo e qualquer dano causado por eventos de natureza comum que possam ser transversais ao exercício ordinário de qualquer actividade em geral, eventos esses que não apresentem qualquer relação de conexão com os riscos próprios da operação normal duma aeronave. Foi, precisamente, ao abrigo de tais premissas que a discussão do primeiro *draft* da convenção relativa a danos causados a terceiros à superfície orientou, em 1929, o sentido dos trabalhos preparatórios, e em que a responsabilidade objectiva do transportador aéreo foi sempre regra constante desde o seu início – *vide*, segundo os trabalhos preparatórios levados a cabo no seio do CITEJA, “Rapport présenté au nom de la Troisième Commission par M. Ambrosini sur l’Avant-Projet de Convention relative à la Responsabilité pour les dommages causés aux tiers à la surface” em “Comité International Technique d’Experts Juridiques Aériens – Compte Rendu de la 4ème Session”, Document n° 22, Paris, 1929, pp. 104- 108: “Avant de commencer à illustrer les différents articles du Projet, il est bon de dire un mot des principes essentiels qui lui servent de base, afin d’en marquer les traits caractéristiques. (...) Un point sur lequel il y a eu, au sein de la Commission, une singulière unanimité d’approbation, c’est celui du principe de la responsabilité objective ou du risque, qui forme la base de toute l’économie et l’organe du Projet. Tous les membres de la Commission, même à travers des longs travaux et les nombreuses discussions auxquels le Projet a donné lieu, se sont toujours trouvés d’accord pour affirmer que les dommages causés aux tiers à la surface, c’est-à-dire à ceux qui sont étrangers à l’exercice de la navigation aérienne par le fait qu’ils n’y prennent aucune part, doivent être dédommés dans tous les cas, c’est-à-dire, ainsi que l’on est désormais d’accord de dire, avec une expression qui, peut-être, n’est pas tout à fait bien appropriée mais qui est très claire, de plein droit. (...) Les raisons qui justifient l’adoption de ce principe sont (...) en cette matière (...) l’existence d’une conscience juridique générale internationale, conformément à laquelle le fondement de la responsabilité des dommages causés par les aéronefs aux personnes ou aux biens se trouvant à la surface, ne doit pas être recherché dans le dol ou dans la faute de celui qui a causé le dommage, mais dans le fait même du dommage, quelle qu’en soit la cause. C’est la théorie de la responsabilité objective ou du risque qui s’est imposée solidement dans cette matière et a trouvé une application dans presque toutes les législations aéronautiques actuellement en vigueur: française, suisse, allemande, anglaise, etc. (...) Cette uniformité des dispositions de presque toutes les lois nationales, dans cette matière, est certainement l’expression la plus typique de la conscience générale internationale susindiquée, laquelle, du reste, avait déjà trouvé plusieurs manifestations dans la doctrine, et, particulièrement, dans la jurisprudence antérieure auxdites lois. (...) sur les raisons juridiques, théoriques et pratiques, qui concilient et justifient l’adoption du principe de la responsabilité objective des dommages causés par les aéronefs aux personnes et aux biens à la surface (...) elles sont: 1. La position éminente de l’aéronef, qui, tandis qu’elle le met à l’abri de toute lésion qui puisse venir du sol, expose ceux qui se trouvent à la surface à tous dommages que la nature même de l’appareil et les risques propres qu’elle comporte, peuvent causer par le jet, par sa chute, au départ et à l’atterrissage. L’égalité de la situation entre l’auteur et la victime du dommage, qui crée théoriquement entre eux une réciprocité éventuelle dans les dommages, est, comme il est connu, un présupposé de la théorie de la faute. Etant donné que cette égalité de situation et d’une possible réciprocité dans les dommages entre les aéronefs et les habitants de la surface n’existe pas, il est juste que la théorie classique de la faute soit rejetée et que la théorie objective soit adoptée. (...) 2. L’impossibilité presque absolue où se trouve la victime du dommage de fournir, dans la majorité des cas, la preuve de la faute de l’aéronaute. La cause du fait préjudiciable doit être attribuée, généralement, à une manœuvre mal faite du pilote, au mauvais fonctionnement du moteur ou des commandes de l’appareil, aux événements atmosphériques, c’est-à-dire dans tous les cas aux événements qui arrivent dans l’air, en dehors, donc, de toute possibilité de contrôle de la part des habitants à la surface. En outre, l’appareil qui est tombé se réduit presque toujours à un amas de débris duquel il est impossible de trouver un élément pour établir la responsabilité subjective de l’aéronaute. (...) Il est donc préférable de rendre l’exploitant de

A razão pela qual o conceito de “acidente” não deve ser expandido – no sentido que tem sido até aqui por alguma jurisprudência que, seguindo a linha da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpreta a Convenção como *absolute exclusive cause of action* – é porque semelhante conceito tem a função de ‘filtro’ na determinação da aplicação do *efeito preclusivo (preemptive effect)* sobre o direito interno pela Convenção. Assim, para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade civil da Convenção, o termo “acidente” não possui valor semântico neutro, antes e apenas abrangendo eventos que possam estar associados aos riscos típicos da aviação (*true typical aviation risks related event*)^[45].

*L'aéronef responsable du dommage, dans tous les cas, pour éviter ainsi dans le public cette hostilité préconçue contre l'aéronautique, qui serait sans doute suscitée du fait que les dommages causés par ces aéronautes ne seraient, généralement, pas dédommagés à cause, précisément, de l'impossibilité de la preuve de la faute du pilote. (...) 3. L'usage d'une machine qui crée pour le public de nouveaux risques et des périls spéciaux, oblige l'exploitant à un devoir de garantie envers le public étranger à cet exercice, pour les dommages qui peuvent en résulter pour lui. On ne saurait parler ici de faute (...). L'aéronaute ne peut être considéré coupable pour le seul fait d'avoir choisi une telle profession, d'avoir équipé et mis en mouvement un aéronef. La faute, dans le sens classique, présuppose en effet une imputabilité morale qui résulte d'un acte illicite. Or, l'aéronautique n'est guère un fait illicite, étant donné, au contraire, que c'est dans l'intérêt même de la collectivité que les meilleurs et les plus audacieux en tentent, à leur risque, le développement et le progrès. Aucune imputabilité morale ne peut donc exister pour celui qui fait usage d'un aéronef. Il est plus rationnel de parler, dans ce cas, de responsabilité fondée sur la conception susindiquée de garantie, et non sur celle de la faute. 4. Quelques Juristes (...) considèrent encore l'adoption de la responsabilité objective comme le corollaire de la liberté de survol de la propriété privée, accordée aux aéronautes” (pp. 105-106). Cumpre, no entanto, sublinhar que, aplicando-se a Convenção de Montreal de 1999, o problema suscitado *supra* de ocorrer uma *desvantagem injustificada* para o transportador aéreo por efeito da sua sujeição a responsabilidade objetiva ou por risco, apenas se coloca para as situações em que o dano não resulte de atraso à chegada, o que também reforça a ideia de que, no caso de dano material causado a bens transportados ou de dano físico causado ao passageiro transportado, haverá, necessariamente, uma relação na *causa* do dano associada aos riscos do transporte.*

45. Neste sentido nos EUA, *vide Price v. British Airways*, 23 Avi 18,465 (United States District Court for the Southern District of New York, 1992): o tribunal considerou que o transportador aéreo não era responsável por ofensas à integridade física de passageiro que se envolvera em rixa com outro passageiro após consumo de bebidas alcoólicas. Apesar da Convenção de Varsóvia estabelecer a responsabilidade do transportador aéreo perante o passageiro por lesão corporal causada por *accidente* a bordo da aeronave ou durante qualquer das operações de embarque ou desembarque, as ofensas à integridade física do passageiro, na situação aqui em apreço, não haviam resultado de acidente no sentido que desse termo decorre no quadro da Convenção. O envolvimento do passageiro numa rixa não constitui risco característico do transporte aéreo, e, contrariamente a uma ação terrorista ou de pirataria aérea, o transportador aéreo dificilmente consegue prevenir o risco de ocorrência de rixas; também em *Stone v. Continental Airlines, Inc.*, 905 F.Supp. 823 (United States District Court for the District of Hawaii, 1995), num caso de agressão de um passageiro por outro passageiro: o tribunal julgou não se tratar de acidente nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia; *O'Grady v. British Airways*, 134 F.Supp.2d 407; 27 Avi 18,540 (United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2001), envolvendo confrontação verbal e física entre um passageiro e uma passageira: o tribunal considerou que a ocorrência não constituía “acidente”. *Vide* também, em França, *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d'Appel de Paris, 1996), num caso de sequestro de passageiros, em trânsito no edifício da aerogare, após terem desembarcado (tomada de reféns, pelo exercício iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque): “(...) *il résulte du déroulement des faits que les dommages allégués ne sont à l'évidence pas liés aux opérations de débarquement proprement dites et ne peuvent se rattacher aux risques inhérents à la navigation aérienne prévus par la Convention de Varsovie (...) qu'il convient en conséquence de rechercher la loi applicable à la action en responsabilité intentée par les passagers et leurs proches; (...) que cette recherche ne fait pas obstacle à la primauté de la Convention internationale sur la loi interne (...) dès lors que le dommage ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention de Varsovie (...) qu'il résulte de ces circonstances que c'est (...) la loi française seule applicable en l'espèce*” (Tribunal de Grande Instance de Paris, *id.*, p. 150, julgamento confirmado pelo tribunal de recurso). Ainda no âmbito das decisões judiciais dos EUA, aplicando a *two prong accident analysis*, de acordo com a qual, no sentido de verificar se o *facto-causal* do dano é subsumível ao conceito de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção, se impõe a realização do procedimento de análise *two prong test*, de modo a apurar, cumulativamente, (1) se ocorreu um evento *non usual (unusual)* e *imprevisível (unexpected)* externo (*external*) ao passageiro; e (2) se o evento ocorrido envolveu alguma forma de ‘*malfunction or abnormality in the aircraft's operation*’ – *vide Gotz v. Delta Air Lines, Inc.*, 12 F.Supp.2d 199 (United States

A confirmação e conclusão de que o termo “acidente”, previsto na Convenção, não é uma expressão neutra destituída de valor semântico, pode ser extraída da análise dos trabalhos preparatórios do Protocolo da Guatemala de 1971, que, apesar de nunca ter chegado a entrar em vigor, viu substituída a expressão “acidente” pela expressão comum “evento” – essa sim de valor semântico neutro –, substituição essa que não teve continuidade na Convenção de Montreal de 1999 onde foi mantida a expressão inicial “acidente”, apesar de terem sido, nesta última, acolhidos outros aspectos de regime que haviam sido inseridos pelo Protocolo da Guatemala de 1971, como foi o regime da responsabilidade objectiva do transportador aéreo^[46]. Tal só tem explicação plausível

District Court for the District of Massachusetts, 1998). Neste caso, o tribunal acabaria por basear a sua decisão apenas no primeiro exercício da análise (*first prong test*) ao concluir que a ocorrência não constituía um evento *unusual*, nem *external* ao passageiro, pois o dano/lesão corporal (distensão muscular com ruptura de ligamentos nos ombros esquerdo e direito) resultara duma reacção interna do passageiro ao movimento físico do próprio relacionado com a colocação de bagagem nos *overhead bins* por cima do seu assento. Apesar disso, na fundamentação, e tendo presente o *second prong test*, o tribunal concluiria também que acções independentes de terceiros não têm enquadramento no âmbito do “*aircraft’s operation*”; *Garcia Ramos v. Transmeridian Airlines, Inc.* (United States District Court for the District of Puerto Rico, 2005), em http://www.leagle.com/decision/2005522385FSupp2d137_1512 (data de acesso 01.10.2023); o tribunal considerou que o facto de um passageiro ter pisado outro passageiro não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo; *Goodwin v. British Airways* (United States District Court for the District of Massachusetts, 2011) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCCO%2020110809694> (data de acesso 01.10.2023) em que a passageira alegara que o transportador aéreo havia faltado ao dever geral de cuidado não prevenindo que, no desembarque, outro passageiro fosse contra ela, empurrando-a e fazendo com que caísse e fracturasse a anca. O tribunal considerou que o evento subjacente à causa da lesão corporal não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave e, por isso, não satisfazia o *second prong test* inerente à subsunção dos factos ao termo “acidente” para efeitos do artº. 17º da Convenção de Montreal de 1999. Todavia, rejeitando o *two prong test*, vide *Arellano v. American Airlines, Inc.* (United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division, 2014) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCCO%2020141126D79> (data de acesso 01.10.2023), em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo peticionando indemnização por danos causados no desembarque de voo com atraso à chegada e em que o passageiro fora atropelado por outro passageiro com pressa para recolher a sua bagagem a tempo de embarcar em voo de ligação. O tribunal julgou que, para efeitos da definição de acidente à luz da Convenção de Montreal de 1999, o *second prong* referente à *malfunction or abnormality of the aircraft’s operation* carecia de fundamento quer à luz do texto da Convenção, quer à luz da jurisprudência fosse esta vinculativa ou persuasiva. Nesse sentido, o tribunal julgou que, embora fosse expectável haver contacto físico entre passageiros no decurso do transporte aéreo e da operação de desembarque, ser atropelado por outros passageiros não configurava um evento expectável e como tal, tratando-se de um evento não expectável isso era suficiente para que os factos fossem subsumíveis ao termo “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Montreal.

46. ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” cit., pp. 60-61, 466-492 e 674-675. Durante os trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação e assinatura do Protocolo da Guatemala de 1971, o representante da Suécia alertou para as implicações decorrentes do uso da expressão “*event*” – de acordo com a proposta – em vez de “*accident*” – originalmente prevista à luz da Convenção de Varsóvia, sublinhando que o uso da expressão “*event*” conduziria a fundamentar a responsabilidade do transportador aéreo em factos claramente além do conceito de “*accident*” – cfr. “*International Conference on Air Law – Guatemala City, February-March 1971*”, ICAO, vol. I (Minutes), 1972, Montreal, Canada, p. 34. Também o representante da Áustria, pronunciando-se sobre a proposta do artigo 17º da Convenção: “*To date, the term “accident” has been used, from which it may be deduced that the only type of damage that should be included would be damage having a direct connection with the accident resulting from the operation of the aircraft. It is now suggested that the term “event” be substituted for the term “accident”. This would mean that the air carrier would also be considered liable in the event, say, of a passenger killing another passenger on board the aircraft without that event having any relation to the service itself*” (*id.*, p. 144). Vide, também, nas discussões havidas durante os trabalhos preparatórios da Convenção de Montreal de 1999, os termos em que a delegação britânica procurava justificar uma proposta de alteração ao artº. 16º da proposta de Convenção (actual artº. 17º da Convenção): “*The reason for the first proposal is (...) a necessary counter balance for the introduction of the replacement of the basis for recovery from it being the result of an “accident” to it being the result of an “event”; a much wider expression*” – cfr. “*International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal,*

porque o termo “acidente” que se quis manter, e conforme já se sublinhou, tem a função de servir como *filtro* para distinguir se certa ocorrência constitui facto inerente aos riscos típicos e próprios da aviação e do transporte aéreo (*a true typical aviation risks related event*), ou não, para efeitos de aplicação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) previsto na Convenção. Funcionando neste sentido e como consequência do propósito que assim lhe está atribuído, o termo “acidente” produz, também, o efeito automático de: (1) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Varsóvia (*air carrier protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão* (*self-excluding effect*) da Convenção, limitar a *vantagem não justificada* (*unjustified advantage*) a favor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, beneficiar do privilégio da *responsabilidade limitada* em posição de vantagem sobre outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial; (2) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Montreal de 1999 (*consumer protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão*

10-28 May 1999”, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 348. Também, assumindo existir uma diferença de semântica relevante entre “*accident*” e “*event*” para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas, vide “*International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*”, ICAO, vol. I (Minutes), 1999, Montreal, Canada, p. 77: o delegado da Noruega: “*In the present draft the carrier’s liability covered accidents taking place on board the aircraft, whereas the Guatemala City Protocol extended the basis of liability to cover events that took place on board the aircraft. The basis of liability was now narrower than the Warsaw Convention as amended by the Guatemala City Protocol*”; o delegado da Finlândia: “*(...) the text of Article 16, paragraph 1 was detrimental to passengers as it now referred to accidents and not events*”; e p. 119: o delegado dos EUA: “*The equitable balance which had been struck between the interests of passengers and carriers was that the word “accident” be used rather than the word “event” which strongly favoured the carrier’s interests*”; e vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, pp. 65, 169, 170 e 172. Vide também na doutrina D. GOEDHUIS, “*National Airlegislations and the Warsaw Convention*”, The Hague, 1937, pp. 200-201, e “*La Convention de Varsovié*”, La Haye, 1933, pp. 160-163, fazendo a distinção entre as causas da responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas e no transporte aéreo de bagagem e carga. Para este autor, o termo *accidente* pressupõe a existência de conexão com os riscos do transporte aéreo: “*(...) one could think of many accidents which occur on board aircraft or in the course of operations of embarking or disembarking which have no connection with the carriage. The carrier should not be declared liable for such accidents*”; vide igual entendimento em Luiz PEDREIRA, “*O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia*”, ROA, Ano 13, nrs. 3 e 4, Lisboa, 1953, pp. 94-123 (113). Também no sentido de que o ICAO Study Group on the Modernization of the Warsaw Convention System havia formulado recomendação para incluir no novo instrumento internacional consolidado elementos, nomeadamente, do Protocolo da Guatemala de 1971, na medida em que se mostrassem apropriados, tornassem efectivas certas orientações envolvendo o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo e fossem com elas consistentes, tais como, no transporte aéreo de pessoas, a responsabilidade objectiva limitada a 100,000.00 SDR e a responsabilidade ilimitada acima desse limite fundada em presunção de culpa, vide “*International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*”, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, pp. 4-5, 17-18, 24 e 37.

(*self-excluding effect*) da Convenção, limitar a *desvantagem não justificada (unjustified disadvantage)* em desfavor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, ficar sujeito ao ónus da *responsabilidade objectiva* em posição de desvantagem relativamente a outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial^[47].

Tendo concluído nos termos expressos *supra*, justificam-se, a título complementar e de síntese final, duas breves notas com respeito às implicações de índole substantiva resultantes do sentido da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA nesta matéria:

1. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa conduzir à impunidade do transportador aéreo, pese embora os comportamentos que lhe possam ser imputáveis a título de culpa, se o evento causador do dano não estiver abrangido pela *amplitude material* do regime de responsabilidade da Convenção (*substantive scope*)^[48];

47. A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o termo ‘*accident*’ funciona como ‘*filtro*’, seja à luz da Convenção de Varsóvia, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999 (também em ALMEIDA, Carlos A. Neves, “*Do Contrato de Transporte Aéreo...*” cit., pp. 674-675): (Conforme imagem Anexo 4)

48. Ainda assim, a assunção de tal iniquidade parece ter ficado patente na fundamentação da decisão *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://unisys.ca/terr/css/1997AC430.html> (data de acesso 01.10.2023), valorizando em patamar superior o bem jurídico da *certeza e uniformidade* da regulamentação internacional: “*An answer to the question which leaves claimants without a remedy is not at first sight attractive. It is tempting to give way to the argument that where there is a wrong there must be a remedy. That indeed is the foundation upon which much of our common law has been built up. The broad principles which provide the foundation for the law of delict in Scotland and of torts in the English common law have been developed upon these lines. No system of law can attempt to compensate persons for all losses in whatever circumstances. But the assumption is that, where a breach of duty has caused loss, a remedy in damages ought to be available. (...) A balance was struck, in the interests of certainty and uniformity*” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, p. 212); e “[*t*]o permit exceptions, whereby a passenger could sue outwith the convention for losses sustained in the course of international carriage by air, would distort the whole system, even in cases for which the convention did not create any liability on the part of the carrier. Thus, the purpose is to ensure that, in all questions relating to the carrier’s liability, it is the provisions of the convention which apply and that the passenger does not have access to any other remedies, whether under the common law or otherwise, which may be available within the particular country where he chooses to raise his action. (...) The conclusion must be therefore that any remedy is excluded by the convention, as the set of uniform rules does not provide for it. The domestic courts are not free to provide a remedy according to their own law, because to do this would be to undermine the convention. It would lead to the setting alongside the convention of an entirely different set of rules which would distort the operation of the whole scheme. (...) Were remedies outside the convention to become available, it would encourage litigation in other cases to restrict its application still further in the hope of obtaining a better remedy, against which the carrier would have no protection under the contract. I am in no doubt that the convention was designed to eliminate these difficulties. I see no escape from the conclusion that, where

the convention has not provided a remedy, no remedy is available” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, pp. 207 e 213). Nesta decisão, o tribunal de recurso julgou no sentido dos factos (tomada de reféns, pelo exército iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou para reabastecimento a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque) não constituírem “acidente” nos termos e para os efeitos do art.º 17.º da Convenção de Varsóvia, pelo que, ao abrigo da jurisprudência que pugna pela *doctrine of complete preemption* da Convenção, e, consequentemente, interpretando a Convenção como *exclusive cause of action and exclusive remedy*, não sendo possível obter o ressarcimento do dano no quadro da Convenção, também não seria possível fundamentar qualquer pedido de indemnização ao abrigo do direito local (“*where the Convention had not provided a remedy, no remedy was available either under the common law or otherwise*”). Neste caso, sucedeu ainda que, apesar de se ter concluído que os factos não eram subsumíveis ao termo “acidente”, a acção judicial havia sido iniciada a 30 de julho de 1993, ou seja, quando já havia expirado o prazo de caducidade do direito de acção de 2 anos previsto no art.º 29.º da Convenção de Varsóvia, pese embora se estivesse dentro do prazo de 3 anos aplicável à luz do direito interno. Assim, o tribunal decidiu também que, sendo a Convenção aplicável ao transporte aéreo internacional, e, por conseguinte, à relação de transporte aéreo em apreço, o art.º 29.º da Convenção deveria aplicar-se, barrando, dessa forma o direito de acção e o eventual recurso a prazo mais alargado previsto no direito interno. Mais uma vez, também esta parte da decisão se nos afigura passível de crítica, pois não foi acutelada a distinção entre aquilo que é a aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo e aquilo que deve ser a aplicabilidade do regime de responsabilidade civil previsto na Convenção. Com efeito, mesmo que se verifique a aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo internacional que estiver em causa, isso não significa que se aplique *ipso jure* o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção e, só se este se aplicar, é que poderá ser invocada a excepção de caducidade (prazo de 2 anos) do direito de acção, prevista na Convenção (art.º 29.º da Convenção de Varsóvia, correspondente ao art.º 35.º na Convenção de Montreal de 1999) e que também integra as condições e os limites do regime de responsabilidade previsto na Convenção – vide ALMEIDA, Carlos A. Neves, “Do Contrato de Transporte Aéreo...”, cit., pp. 260-263, nota 268. Doutro modo, se se concluir que o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção não se aplica, a regra da caducidade a aplicar será a que consta da norma interna cujo regime de responsabilidade se aplica. Julgando em sentido oposto à decisão de última instância proferida no Reino Unido em *Sidbu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, e fundada nos mesmos factos (os demandantes eram também passageiros no voo BA149 de 1 de Agosto de 1990 com partida de Londres e destino em Kuala Lumpur com escala prevista no Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990), em acção instaurada em França, vide *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d’Appel de Paris, 1996):

“*Considérant que la Convention de Varsovie n’exclut pas toute responsabilité du transporteur aérien de passagers, en dehors des hypothèses entrant dans son champ d’application; qu’admettre la thèse de la société appelante selon laquelle sa responsabilité ne pourrait être appréciée qu’au regard des seules dispositions de la Convention de Varsovie, équivaudrait à consacrer le principe de l’irresponsabilité du transporteur aérien, dans les situations non prévues par cette Convention; (...)*” (Cour d’Appel de Paris, *id.*, p. 160). A aeronave aterrou no aeroporto da Cidade do Kuwait, aproximadamente, 5 horas após o início da invasão do Kuwait pelas forças militares do Iraque, facto este que viria a dar início à Guerra do Golfo. O aeroporto foi encerrado e o voo impedido de descolar devido aos danos causados na pista fruto dos bombardeamentos pela aviação militar iraquiana. Os demandantes foram feitos prisioneiros pelo exército ocupante quando ainda se encontravam no terminal do aeroporto e usados como reféns para servirem de escudos humanos, tendo, posteriormente, sido transferidos para Bagdad. Durante o seu sequestro, que, no pior dos casos, se estendeu por um período de cerca de três meses, os demandantes foram sujeitos a condições muito precárias e severas, incluindo tortura, o que lhes causou danos do foro físico e psíquico. Nassequência disso, interpuseram acção judicial contra a British Airways peticionando a sua condenação no pagamento de indemnização pelos danos infligidos, alegando que a companhia aérea havia agido de forma temerária, sabendo, ou devendo saber, do risco envolvido ao não ter previamente cancelado a escala no Kuwait, visto que, por essa altura, a invasão do Kuwait era já um facto com forte probabilidade de vir a acontecer, considerando o cenário vivido e as circunstâncias resultantes do inesperado rompimento das negociações diplomáticas. A acção foi instaurada ao abrigo do direito interno e não da Convenção de Varsóvia. A companhia aérea contestou a acção contra-alegando que toda e qualquer responsabilidade que lhe pudesse ser assacada teria de ser fundamentada à luz da Convenção de Varsóvia com sujeição às condições e limites de responsabilidade nela previstos (*princípio da exclusividade* da Convenção), recusando ainda qualquer responsabilidade, porquanto os factos não haviam ocorrido nem a bordo, nem no decurso de qualquer operação de embarque ou de desembarque. O tribunal deu como provado que os danos infligidos não apresentavam qualquer ligação ou conexão com as operações de embarque ou de desembarque, nem sequer com qualquer tipo de evento relacionado com a operação da aeronave, concluindo, consequentemente, que os danos causados não eram nem inerentes a, nem o resultado de riscos típicos da operação da aeronave ou da navegação aérea previstos na Convenção de Varsóvia. Deste modo, o tribunal julgou não aplicável o regime de responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia. Na fundamentação da decisão, e conforme se deixou transcrito *supra*, o tribunal considerou ainda que a Convenção de Varsóvia não exclui a responsabilidade civil do transportador aéreo para além das situações típicas previstas no âmbito da sua *amplitude material (substantive scope)*, e, consequentemente, o argumento da demandada, segundo o qual a responsabilidade civil do transportador aéreo não poderia ser fundamentada fora do regime de responsabilidade da Convenção, não deve prevalecer na sua aplicação, pois, doutro modo, tal significaria permitir que o transportador aéreo pudesse escapar à responsabilidade em todas as situações inerentes a uma relação de transporte aéreo internacional em que os factos não tivessem cabimento na *amplitude material (substantive scope)* da Convenção. Assim, o recurso ao direito interno sempre que os factos não se enquadrem dentro da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Varsóvia é admissível e tal não preclude a primacia do regime da responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia apenas e sempre que este seja aplicável. Desta forma, o tribunal decidiu que os acontecimentos que conduziram à invasão do Kuwait e que estiveram na causa do dano infligido aos demandantes não haviam sido *imprevisíveis*, nem *inevitáveis*, e devido à decisão do transportador aéreo de escalar o Kuwait em vez de instruir o piloto para aterrar em qualquer outro lugar, não obstante se ter também provado que a aeronave havia sido abastecida de combustível suficiente para permitir que o voo divergisse em segurança para aeroporto alternativo, constituíam acção deliberada levada a cabo de forma temerária sem qualquer justificação material válida, que expôs os passageiros a riscos de guerra, e, ao fazê-lo da forma como o fez, o transportador aéreo agiu com culpa incorrendo no incumprimento do dever geral de cuidado que sobre ele impendia. Em função do exposto, o transportador aéreo

2. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa originar uma jurisprudência reactiva descaracterizadora do conceito normativo do termo “acidente” como forma de evitar a impunidade do transportador aéreo, o que terá o efeito colateral de minar os objectivos subjacentes a cada uma das Convenções (*limitar a vantagem injustificada/limitar a desvantagem injustificada*) com respeito à salvaguarda do referido *equilíbrio de interesses* das partes.

De acordo com a regra geral de interpretação dos tratados, prevista no art.º 31.º da Convenção de Viena de 23 de Maio de 1969 sobre o direito dos tratados, um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu *contexto* e à luz dos respectivos *objecto e fim*. Acresce que, por força do art.º 32.º da referida Convenção, pode-se recorrer a meios complementares de interpretação, incluindo aos *trabalhos preparatórios* do tratado e às *circunstâncias* em que foi concluído o tratado, com vista a confirmar o sentido resultante da aplicação do art.º 31.º, ou a determinar o sentido quando a interpretação dada segundo o art.º 31.º: (a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro;

foi condenado a indemnizar integralmente os demandantes pelos danos infligidos de acordo com o direito interno aplicável. Os dois exemplos de jurisprudência comparada, aqui citados, são a manifestação evidente do resultado paradigmático na forma divergente como os tribunais de diferentes jurisdições têm vindo a interpretar e a aplicar o *princípio da exclusividade* comum quer à Convenção de Varsóvia de 1929, quer à Convenção de Montreal de 1999. Todavia, se o sentido interpretativo do julgamento proferido pela jurisprudência superior do Reino Unido em *Sidbu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, interpretando e aplicando o *princípio da exclusividade* na Convenção de Varsóvia de 1929, foi inspirado na necessidade formal de servir, essencialmente, o propósito da uniformidade da Convenção, esta orientação, dificilmente, se concebe que possa ser transposta para a aplicação da Convenção de Montreal de 1999, pois os efeitos de uma interpretação de Convenção ‘*wholly exclusive*’ não se adequam a uma Convenção cujo principal objectivo, nela expressamente declarado, visa a concretização da transição entre duas eras da história da aviação comercial, ou seja, a evolução de um *regime protector do transportador aéreo* para um *regime protector do passageiro aéreo*, através da definição de um novo “*justo equilíbrio de interesses*” (“*equitable balance of interests*”) e “*reconhecendo a importância de assegurar a protecção dos interesses dos utilizadores do transporte aéreo internacional*” (“*recognizing the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air*”) – *cf.* Considerandos terceiro e quinto do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, assim como nos trabalhos preparatórios em “*International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*”, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, pp. 59 e 67. Semelhante crítica é, igualmente, devida à jurisprudência superior dos EUA plasmada em *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), em que o tribunal de última instância decidiu que a sujeição, por motivos de segurança, a revista intrusiva às partes íntimas de passageira antes da partida de um voo internacional sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia não constituía “acidente” no sentido e para os efeitos da referida Convenção, porque, *inter alia*, as revistas a passageiros fazem parte do normal procedimento de segurança diário das companhias aéreas, e, conseqüentemente, sempre que a indemnização por danos pessoais não é possível ao abrigo da Convenção de Varsóvia, também não o é ao abrigo de qualquer outro regime de responsabilidade. Também na doutrina, em sentido contrário, defendendo que o objectivo de qualquer sistema jurídico relativamente à responsabilidade civil é prevenir, por efeito do *dever geral de cuidado*, que, ao abrigo de qualquer relação contratual, as partes possam infligir danos uma à outra, mediante conduta ilícita e culposa, seja violando direitos que assistem à contraparte, seja impedindo o exercício desses direitos ou a aplicação das regras de protecção que os salvagam, *vide* MENEZES CORDEIRO, “*Da boa fé no Direito Civil*”, Coimbra, 1985, vol. I, p. 639.

ou (b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desrazoável. Assim, atendendo ao *fim* quer da Convenção de Varsóvia de 1929, quer da Convenção de Montreal de 1999, afigura-se indubitável e consensual, seja à luz do elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), seja à luz dos *fins* estabelecidos no preâmbulo introdutório e título de cada uma das referidas Convenções, que o propósito comum a ambas as Convenções foi o de assegurar a *uniformidade* e a *certeza e segurança jurídica* universais, não obstante a *uniformidade* ser objectivo comum subjacente a qualquer tratado. Todavia, ao garantir a *uniformidade formal* não se pode prejudicar a realização do *objectivo material* (*substantive purpose*) dum tratado, o que, no caso da Convenção de Varsóvia de 1929, de acordo com o respectivo elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), foi também o de garantir o *equilíbrio de interesses* (*balance of interests*) em que a protecção do transportador aéreo constituía um importante factor e bem jurídico a preservar, enquanto que, no caso da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz dos *trabalhos preparatórios*, seja à luz do respectivo preâmbulo, está em causa garantir um “*justo equilíbrio de interesses*” (“*equitable balance of interests*”) em que a importância da *protecção do consumidor* (*consumer protection*) constitui um valor e um bem jurídico a promover e realizar.

Deste modo, de acordo com a interpretação que se defendeu *supra*, a *uniformidade* deve ser garantida apenas no quadro da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, a fim de que *objectivo material* (*substantive purpose*) da Convenção não seja prejudicado por interpretações conducentes a um resultado que possa ser “*manifestamente absurdo ou desrazoável*” – artº. 32º(b) da Convenção de Viena. Tal aplica-se à Convenção de Varsóvia de 1929, assim como à Convenção de Montreal de 1999.

5. Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro

5.1. Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02 ^[49]

5.1.1. Dos aspectos gerais

Complementarmente ao estatuído nas convenções de *jus tractuum* aplicáveis à relação de transporte aéreo internacional de pessoas, cumpre também trazer à colação o regime decorrente do Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos ^[50].

Em termos de abrangência, o regime assim estabelecido visa aplicar-se, em síntese:

- a) aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia ^[51];
- b) aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia;

49. Para o essencial dos aspectos regulatórios, vide a seguinte tabela: (Conforme imagem Anexo 5)

50. Sobre a compatibilidade regulatória entre, por um lado, as Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, quando aplicáveis, e, por outro lado, as fontes comunitárias europeias complementares, vide Carlos Alberto Neves Almeida, “Do Contrato de Transporte Aéreo...” *cit.*, pp. 447, nota 438, 465, nota 462, e 521-527, incluindo notas 519 e 520, “Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros”, *cit.*, pp. 297-298, nota 15, e em “Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação...”, *cit.*, pp. 1149-1152 no que decorre da aplicação do princípio da exclusividade das Convenções. Vide também Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *LATA & ELFAA v EC*), *pub. in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Luftbansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado *in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), *in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “*a montante*” / “*earlier stage*”

51. Artº. 3º, nº 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

- c) aos passageiros tanto dos voos regulares, como dos voos não regulares;
- d) aos passageiros que sejam apenas transportados em aeronaves *motorizadas de asa fixa*^[52];
- e) aos passageiros titulares de bilhete com tarifa, directa ou indirectamente, acessível ao público, e, ainda, aos passageiros que sejam portadores de bilhetes prémio (*award tickets*) emitidos no âmbito de programas de fidelização de clientes.

A sua aplicação não apenas aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia, mas também aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia – a menos que os passageiros hajam recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro ao abrigo da ordem jurídica local –, implica que o mesmo goze de eficácia extraterritorial^[53].

Conforme ficou sumariamente enunciado, o presente regime não se aplica aos passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, directa ou indirectamente, ao público,

52. Artº. 3º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

53. O regime é aplicável aos passageiros dos voos operados a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado em Estado-Membro em que o operador técnico ou de facto seja uma companhia aérea comunitária ainda que esta não seja, relativamente a tais passageiros, o transportador comercial. Tal acontecerá, por exemplo, ao abrigo de acordos comerciais seja de *code share* quando o transportador comunitário seja também o operador técnico, ou ao abrigo de acordos de *wet lease* em que o transportador comunitário não seja sequer transportador comercial com relação a essa operação de transporte – *cf.* artºs. 2º, alínea b), e 3º, nº 1, alínea b), do Regulamento CE 261/2004. No sentido de que o Regulamento CE 261/2004 não é aplicável aos voos a partir de países terceiros operados por transportador aéreo não comunitário ainda que se trate de voo de regresso relativo a uma reserva única de ida e volta (Düsseldorf, na Alemanha, com destino a Manila, nas Filipinas, via Dubai, e volta, serviço aéreo este operado pela companhia aérea Emirates, também transportador aéreo comercial) e em que os pontos de partida e de destino final se situam em aeroporto de Estado-Membro (Düsseldorf na Alemanha), *vide* Ac. do TJUE de 10.07.2008 (Case C-173/07 – *Emirates Airlines – Direktion für Deutschland v Diether-Schenkel*), *pub. in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476570399284&uri=CELEX:62007CJ0173> (data de acesso 01.10.2023). O voo de regresso, operado pela companhia aérea Emirates, fora cancelado devido a problemas técnicos. O tribunal decidiu que “[o] artigo 3º, nº. 1, alínea a), do Regulamento (CE) nº. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº. 295/91, deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável às situações em que está em causa uma viagem de ida e volta no âmbito da qual os passageiros que partiram inicialmente de um aeroporto situado no território de um Estado-Membro ao qual o Tratado CE se aplica regressam a esse aeroporto num voo com partida de um aeroporto situado num país terceiro. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objecto de uma reserva única não é relevante para a interpretação dessa disposição”.

embora se excluam, expressamente, dessa exceção, os bilhetes emitidos a título de prémios (*award tickets*) no âmbito de programas de fidelização de clientes (*v.g. frequent flyer programs*)^[54].

O referido regime consagra, ainda, com particular atenção, o direito a tratamento e assistência *especial e prioritária* a favor quer das pessoas com mobilidade reduzida (*PRMs-Passengers with Reduced Mobility*) ou com necessidades especiais (*PSNs- Passengers with Special Needs*), incluindo respectivos acompanhantes, quer de crianças não acompanhadas (*UMs-Unaccompanied Minors*)^[55].

Por último, o Regulamento CE 261/2004 consagra os seguintes aspectos gerais que urge realçar:

- a) direito à informação do passageiro, devendo o transportador prestar essa informação com antecedência e de forma escrita ou, no caso de passageiros invisuais, utilizando os meios alternativos adequados^[56];
- b) direito do passageiro vir reclamar o ressarcimento de danos suplementares^[57];
- c) reconhecimento do direito de regresso do transportador contra terceiros^[58];
- d) competência cometida aos Estados-Membros para virem estabelecer regime sancionatório interno aplicável às infracções ao regime estatuído no Regulamento CE 261/2004, designando ainda organismo interno a quem seja cometida a fiscalização na sua aplicação^[59].

54. Artº. 3º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004.

55. Artºs. 2º, alínea i), 9º, nº 3, e 11º do Regulamento CE 261/2004.

56. Artº. 14º do Regulamento CE 261/2004.

57. À imagem, aliás, do que já se verificava no regime anterior constante do Regulamento (CEE) nº 295/91, do Conselho, de 04.02. Acresce que, também agora, se excluem desta faculdade os “*voluntários*”, embora, à luz do novo regime, a negação do direito destes a reclamar danos suplementares seja estatuída “*sem prejuízo dos princípios e normas relevantes do direito, incluindo a jurisprudência*” – *cf.* artº. 12º do Regulamento CE 261/2004.

58. Artº. 13º do Regulamento CE 261/2004.

59. Artº. 16º do Regulamento CE 261/2004. Em Portugal, semelhante regime viria a ser instituído pelo DL nº 209/2005, de 29.11,

As obrigações para com os passageiros decorrentes do regime estatuído no Regulamento CE 261/2004 são de natureza jurídica imperativa pelo que não podem ser limitadas, excluídas ou derrogadas, sob pena de responsabilidade do transportador ao pagamento de indemnização adicional a favor do passageiro^[60].

5.2. Da recusa de embarque: pressupostos

Constituem ainda pressupostos base de aplicabilidade deste regime, em sede de recusa de embarque, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se o passageiro apresentado a registo (*check-in*) nos prazos, local e condições requeridas para o efeito^[61].

Em alternativa a tais pressupostos, contempla-se ainda situação em que o passageiro venha transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva^[62].

A recusa de embarque, quando se verificarem os pressupostos acima enunciados, implica que o transportador deva primeiramente recorrer ao apelo de voluntários que aceitem ceder as suas reservas a troco de contrapartidas. Todavia, semelhante procedimento de apelo a voluntários apenas obriga o transportador quando este tiver motivos razoáveis para prever que vai recusar o embarque para um voo. Assim, verificadas que sejam as condições previstas na lei, apenas é admissível a

tendo o regulador, à época INAC-Instituto Nacional de Aviação Civil, IP, actual ANAC-Autoridade Nacional de Aviação Civil, sido designado como organismo fiscalizador para o efeito, sem prejuízo das competências atribuídas por lei a outras entidades.

60. Artº. 15º do Regulamento CE 261/2004.

61. Quando não seja indicada qualquer hora para o efeito deve o passageiro apresentar-se até 45 minutos antes da hora de partida publicada – *cf.*: artº. 3º, nº 2, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

62. Artº. 3º, nº 2, alínea b), do Regulamento CE 261/2004.

recusa de embarque contra a vontade do passageiro se o número de voluntários for insuficiente para permitir que os restantes passageiros com reservas possam embarcar ^[63].

Para além do exposto, ao transportador é, igualmente, permitido recusar, legitimamente e sem que fique sujeito às sanções previstas no Regulamento CE 261/2004, o embarque de passageiro com reserva confirmada e que, com a oportunidade devida, se apresente a registo, sempre que tal possa ser justificado com fundamento em motivos razoáveis, conexos, nomeadamente, com razões de saúde, de segurança ou de falta da necessária documentação de viagem ^[64].

5.3. Do cancelamento de voo: pressupostos

Em sede de cancelamento de voos, constitui igualmente pressuposto de aplicabilidade deste regime o facto de o passageiro dispor de reserva confirmada para o voo em questão, ou ter aquele sido transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva ^[65].

Nos termos do Regulamento CE 261/2004, entende-se por *cancelamento* a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado ^[66]. De acordo com a interpretação do TJUE, verifica-se *cancelamento*, por não realização de um voo que anteriormente estava programado, mesmo quando a aeronave tenha descolado, regressando posteriormente ao aeroporto de

63. Artº. 4º do Regulamento CE 261/2004.

64. Artº. 2º, alínea j), do Regulamento CE 261/2004.

65. Artº. 3º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

66. Artº. 2º, alínea l), do Regulamento CE 261/2004.

partida, sem que de seguida tenha sido dada continuidade à realização da operação conforme programado inicialmente e no sentido de ser concluído o respectivo serviço aéreo ^[67]. O cancelamento é, assim, a consequência do facto de um voo inicialmente previsto não ter sido realizado ^[68].

O transportador aéreo não incorre em responsabilidade com respeito ao pagamento de compensação financeira por cancelamento de voo se provar que o cancelamento se ficou a dever a *circunstâncias extraordinárias* que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas

67. Ac. do TJUE de 13.10.2011 (Case C-83/10 – *Rodriguez e.a. v Air France*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476605842095&uri=CELEX:62010CJ0083> (data de acesso 01.10.2023): “(...) o conceito de “cancelamento”, conforme definido no artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, não visa exclusivamente a hipótese de não descolagem do avião em causa, abrangendo igualmente o caso de esse avião ter descolado, mas de, por qualquer razão, ter sido depois forçado a regressar ao aeroporto de partida no qual os passageiros do referido avião foram transferidos para outros voos”.

68. Neste sentido, *vide* também o Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH e C-432/07 – Stefan Böh and Cornelia Lepusnitz v Air France SA*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Neste acórdão, o TJUE veio estabelecer os critérios que devem informar a linha divisória na distinção entre *atraso e cancelamento* de um voo, estatuindo que não é possível inferir do Regulamento CE 261/2004 que um voo atrasado possa ser qualificado de “voo cancelado” pelo simples facto de o atraso se ter prolongado, mesmo de maneira considerável: “(...) não se pode considerar que um voo atrasado, independentemente da duração do atraso, e mesmo que esta seja considerável, foi cancelado, quando se realiza em conformidade com a programação inicialmente prevista pela transportadora aérea. (...) Assim, é, em princípio, possível concluir pela existência de um cancelamento, quando o voo inicialmente previsto e atrasado for transferido para outro voo, isto é, quando a programação do voo inicial é abandonada e os passageiros deste se juntam aos passageiros de um voo igualmente programado, independentemente do voo para o qual os passageiros assim transferidos efectuaram as suas reservas”. Para o efeito, o tribunal desconsiderou e não relevou como critérios decisivos ou determinantes nessa qualificação a informação constante do painel de partidas do aeroporto (indicações de voo “atrasado” ou “cancelado”), nem o facto de os passageiros levantarem as suas bagagens ou receberem novos cartões de embarque, nem mesmo o facto de a composição do grupo de passageiros inicialmente titulares de uma reserva ser essencialmente idêntica à do grupo transportado ulteriormente.

as medidas razoáveis^[69] [70]. De acordo com a interpretação

69. Artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004. Nos tribunais portugueses, de referir o Ac. do TRP de 09.02.2009 (Proc. 0854270) pub. no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd1f4270d8e5d64b8a8025755a003b660a?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023) que julgou verificadas *circunstâncias extraordinárias* justificativas do cancelamento do voo com fundamento na ocorrência de greve do pessoal dos socorros, exonerando assim o transportador do dever de indemnizar à luz dos artºs. 5º, nº 3, e 7º do Regulamento CE 261/2004. Todavia, cumpre sublinhar que a verificação de *circunstâncias extraordinárias*, eximindo, embora, o transportador do dever de indemnizar nos termos do referido Regulamento CE, não prejudica, *a contrario sensu*, o direito do passageiro a reclamar do transportador quer o reembolso ou o reencaminhamento, quer assistência durante a espera. No Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), consultável no *website Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), o tribunal não só julgou que o encerramento de uma parte do espaço aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull, na Islândia, em Abril de 2010, preenchia o conceito de “*circunstâncias extraordinárias*”, na aceção do artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004, para efeitos de exoneração das companhias aéreas do seu dever de indemnizar nos termos do artº. 7º do dito Regulamento, como também julgou que tais circunstâncias não eximem as transportadoras aéreas do seu dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do referido Regulamento, considerando, ainda, que não decorre do referido normativo qualquer limitação, seja de ordem temporal ou pecuniária, ao dever de assistência dos passageiros em circunstâncias extraordinárias, resultando, claramente, nos termos da fundamentação do acórdão, do nº 1, alínea b), do artº. 9º daquele Regulamento comunitário, que o alojamento em hotel é disponibilizado gratuitamente pela transportadora aérea durante o tempo “*necessário*”. No processo, a Ryanair havia alegado, em sua defesa, a violação de vários princípios fundamentais, concretamente, o *princípio da proporcionalidade*, o *princípio do justo equilíbrio de interesses*, o *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento* e o *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*. Na sua decisão, o tribunal considerou, relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, que o dever de assistência, conforme previsto no Regulamento comunitário, não se mostrava desmesurado face ao objectivo de elevada protecção dos passageiros, previsto nos §§ 1 a 4 dos Considerandos constantes do Preâmbulo ao referido Regulamento CE, sustentando, ainda, que a importância de que se reveste o objectivo de protecção dos consumidores, no que se refere aos passageiros, é susceptível de justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores económicos. Relativamente ao *princípio do justo equilíbrio de interesses*, consagrado no último parágrafo do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, o tribunal sustentou que as medidas consagradas no Regulamento CE 261/2004 se situam a montante das condições previstas na Convenção de Montreal de 1999, pelo que às disposições do referido Regulamento não é aplicável o *princípio do justo equilíbrio de interesses* a que alude aquela Convenção. Quanto ao *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento*, ao abrigo do qual a Ryanair alegava que o dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em apreciação nos autos, faria com que as transportadoras aéreas suportassem obrigações que, em circunstâncias semelhantes àquelas, não pesam sobre os outros meios de transporte (ferroviário, marítimo, fluvial e rodoviário) relativamente aos direitos e obrigações dos passageiros, o tribunal julgou no sentido de que as empresas que intervêm no sector de actividade dos diferentes meios de transporte não é comparável na medida em que, tendo em conta as respectivas modalidades de funcionamento, as condições da sua acessibilidade e a repartição das suas redes, estes diferentes meios de transporte não são, quanto às respectivas condições de utilização, intermutáveis. Por último, quanto ao *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*, em que a Ryanair alegou que o dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em causa nos autos, tinha por efeito privar as companhias aéreas de uma parte dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que haviam efectuado, o tribunal respondeu sustentando que a *liberdade de empresa* e o *direito de propriedade* não surgem como prerrogativas absolutas, mas devem ser tomados em consideração relativamente à sua função na sociedade, admitindo a introdução de restrições que respeitem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e que, de acordo com o *princípio da proporcionalidade*, sejam necessárias e correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

70. A obrigação do transportador aéreo em adoptar *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* constitui um requisito que deve ser subsumido, na apreciação dos factos, de forma dinâmica e não meramente estática, relevando apenas a *causa real vigente e actual* no momento da decisão do cancelamento do voo. A questão coloca-se nas situações de concorrência sucessiva de causas impeditivas (*circunstâncias extraordinárias*) que, numa primeira fase, revelando-se imprevistas no momento em que ocorrem mas passíveis de previsibilidade quanto à sua curta duração, podendo justificar um mero atraso à partida, acabam por ser sucedidas pelo concurso de novas causas impeditivas da realização do voo, podendo conduzir ao seu cancelamento numa altura em que já não se verificam as causas iniciais, ou seja, quando as *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente deixaram de existir. Nestes casos, para avaliar se o transportador adoptou *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao cancelamento do voo, haverá que atender não apenas às *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente, mas também à acção do transportador no sentido de adoptar todas as medidas razoáveis para evitar a ocorrência das novas *circunstâncias extraordinárias* que se revelam como *causa real (causa efectiva)* do cancelamento. Neste sentido, no Ac. do TJUE de 12.05.2011 (Case C-294/10 – *Andrejs Eglītis e.a. v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija & Air Baltic Corporation AS*), consultável no *website Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476654680700&uri=CELEX:62010CJ0294> (data de acesso 01.10.2023), em que o tribunal considerou verificadas as *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao atraso de pouco mais de 2 horas na partida do voo com fundamento no encerramento do espaço aéreo sueco da região de Malmö devido a falhas nos sistemas de alimentação de energia eléctrica que acarretaram avarias nos radares e nos sistemas de navegação aérea, mas em que, após essas circunstâncias se terem deixado de verificar, o voo acabaria por ser cancelado com fundamento no esgotamento do tempo de trabalho da tripulação necessário à realização da totalidade do voo. Em função da factualidade descrita, o tribunal julgou no sentido de que “(...) a transportadora aérea, uma vez que está obrigada a adoptar todas as medidas razoáveis a fim de obviar a circunstâncias extraordinárias, deve, razoavelmente,

restritiva desenvolvida pelo TJUE, a verificação de *circunstâncias extraordinárias* não abrange avarias técnicas que, pela sua natureza ou origem, sejam inerentes ao exercício normal da actividade do transportador aéreo, mesmo tendo este cumprido com o programa de manutenção do equipamento. Deste modo, para que as avarias técnicas possam ser subsumidas ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* terá, não só, que se tratar de vício de *origem externa*, ou seja, não inerente ao normal exercício da actividade de transporte aéreo – *v.g. Foreign Object Damage (FOD)*, actos de sabotagem ou de terrorismo, defeito de fabrico oculto (*hidden manufacturing defect*), que, em qualquer das situações, impliquem, de forma impeditiva, com o normal funcionamento em segurança (intrínseca ou *safety*) da aeronave –, mas também, que a respectiva causa se situe fora do controlo do operador aéreo, manifestando-se de natureza *imprevisível (unexpected flight safety shortcomings* ou falhas inesperadas para a segurança do voo – *cfr.* Considerando constante do § 14 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004), em que o dano não poderia ter sido evitado mesmo tomando o transportador aéreo todas as medidas razoáveis^[71].

na fase da planificação do voo, ter em conta o risco de atraso ligado à eventual ocorrência de tais circunstâncias. Por conseguinte, deve prever uma determinada reserva de tempo que lhe permita, se possível, efectuar o voo na sua integralidade, quando as circunstâncias extraordinárias tiverem cessado”. Tal significa que o cancelamento de um voo apenas será justificado, para efeitos do disposto no art.º 5º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004, quando, estando findo o impedimento inicial ou se preveja o momento certo ou expectável do seu fim, o transportador tenha reorganizado os recursos ao seu alcance de modo a permitir a realização posterior do transporte aéreo, exceptuadas as situações em que, por razões que transcendem a vontade e a acção do transportador aéreo, não lhe seja possível adoptar todas as medidas razoáveis necessárias a evitar a ocorrência de *circunstâncias extraordinárias* ou quando estas não possam ser evitadas mesmo tomando todas as medidas razoáveis (*v.g.* encerramento nocturno do aeroporto de destino, falta de *slot* ou dificuldade na realocação de corredor aéreo).

71. Ac. do TJUE de 22.12.2008 (Case C-549/07 – *Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476609448883&uri=CELEX:62007CJ0549> (data de acesso 01.10.2023). No julgamento citado estava em causa a apreciação de avaria técnica da turbina de um dos reactores da aeronave e que motivaria o cancelamento do voo. O tribunal não considerou que tivessem ocorrido *circunstâncias extraordinárias*: “[e]mbora o legislador tenha feito constar da referida lista as “falhas inesperadas para a segurança do voo” e se possa considerar que um problema técnico detectado na aeronave constitui uma dessas falhas, a verdade é que as circunstâncias que rodeiam esse evento só podem ser qualificadas de “extraordinárias”, na acepção do artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos enumerados no décimo quarto considerando desse regulamento, não seja inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efectivo desta última” (parágrafo 23). Não obstante, o tribunal considerou também que “[f]odavia, não se pode excluir que problemas técnicos constituam essas circunstâncias extraordinárias, desde que decorram de eventos não inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que escapem ao controlo efectivo desta última. É o que sucede, por exemplo, na situação em que o construtor dos aparelhos da frota da transportadora aérea em causa ou uma autoridade competente revela, quando esses aparelhos já estão ao serviço, que os mesmos têm um defeito de fabrico oculto que afecta a segurança dos voos. O mesmo vale para os danos causados às aeronaves por actos de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafo 26). No mesmo sentido, *vide* Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH e C-432/07 – Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Da mesma forma, em caso de cancelamento de voo, o transportador também não incorre em responsabilidade se:

- a) tiver informado o passageiro do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida; ou,
- b) tiver informado o passageiro do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada; ou,
- c) tiver informado o passageiro do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até uma hora antes

content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402 (data de acesso 01.10.2023): “[o] artigo 5º, nº. 3, do Regulamento nº. 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico numa aeronave, que implica o cancelamento ou o atraso de um voo, não se enquadra no conceito de “circunstâncias extraordinárias”, na aceção desta disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo”; Ac. do TJUE de 17.09.2015 (Case C-257/14 – Corina van der Lans v KLM – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611745055&uri=CELEX:62014CJ0257> (data de acesso 01.10.2023), caso em que se verificou uma avaria na bomba de combustível e na unidade hidromecânica de um dos motores da aeronave, facto julgado não abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, nº. 3, do Regulamento (CE) nº. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº. 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico, como o que está em causa no processo principal, que ocorre inesperadamente, que não é imputável a uma manutenção defeituosa e que não foi detetado durante um controlo regular, não está abrangido pelo conceito de “circunstâncias extraordinárias”, na aceção desta disposição”; e Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – Sandy Sievert e.a. v Condor Flugdienst GmbH), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023). Neste último caso, a aeronave havia sofrido na véspera um dano estrutural numa asa na sequência da colisão de escada móvel de embarque durante a assistência em escala no aeroporto de Estugarda, o que obrigaria à substituição daquela. O tribunal decidiu no sentido de não se tratar de acto estranho (“exterior”) aos serviços do aeroporto e, por conseguinte, não considerou o facto abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, nº. 3, do Regulamento (CE) nº. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº. 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um acontecimento como, no caso do processo principal, o choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião não deve ser qualificado de “circunstância extraordinária” que dispensa a transportadora aérea da obrigação de indemnização dos passageiros em caso de atraso considerável de um voo operado por esse avião”. Na sua fundamentação, o tribunal considerou que “[n]o que respeita mais concretamente aos problemas técnicos que afetam um avião (...), embora esses problemas técnicos possam ser considerados entre as referidas circunstâncias, não deixa de ser verdade que as circunstâncias que rodeiam esse acontecimento só podem ser qualificadas de “extraordinárias”, na aceção do artigo 5º, nº. 3, do Regulamento nº. 261/2004, se estiverem relacionadas com um acontecimento que, à semelhança dos enumerados no considerando 14 desse regulamento, não é inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escapa ao controlo efetivo desta última. (...) tratando-se de um problema técnico que tem origem no choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião, há que salientar que essas escadas ou passadeiras móveis são necessariamente utilizadas no contexto de um transporte aéreo de passageiros, permitindo a estes subir para o avião e descer deste, pelo que as transportadoras aéreas se veem regularmente confrontadas com situações resultantes da utilização dessas escadas móveis. Nestas condições, o choque de um avião com uma dessas escadas móveis deve ser considerado um acontecimento inerente ao exercício normal da atividade de transportadora aérea. Além disso, nada indica que o dano do avião que devia efetuar o voo controvertido tenha sido causado por um ato exterior aos serviços normais de um aeroporto, como um ato de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafos 18 e 19). Não obstante, o tribunal julgou *obiter dictum* não prejudicado o direito do transportador aéreo a exercer o direito de regresso sobre terceiros previsto no artº. 13º do Regulamento CE 261/2004 (parágrafo 21).

da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada ^[72].

5.4. Do atraso na partida: pressupostos

O Regulamento CE 261/2004 estabelece como pressupostos cumulativos de aplicabilidade, em caso de atraso na partida, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se aquele apresentado a registo (*check-in*) com a oportunidade devida ^[73]; e,
- c) ser previsível que a partida do voo vá atrasar:
 - i. duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1.500 Kms; ou,
 - ii. três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 Kms, e no de quaisquer outros voos entre 1.500 Kms e 3.500 kms; ou,
 - iii. quatro horas ou mais, no caso de quaisquer outros voos não abrangidos nos grupos anteriores ^[74].

5.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos

Em caso de recusa de embarque ou de cancelamento do voo, é devida ao passageiro a satisfação dos seguintes direitos:

72. Artº. 5º, nº 1, alínea c), do Regulamento CE 261/2004.

73. Ou vir o passageiro transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva – *cf.* Artº. 3º, nº 2, alíneas a) e b), do Regulamento CE 261/2004.

74. Artº. 6º, nº 1, do Regulamento CE 261/2004. Tal como no regime anterior, as distâncias referidas são medidas pelo método da rota ortodrómica – *cf.* artº. 7º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

a) pagamento imediato de indemnização, sob a forma de compensação financeira e devida em numerário, a que correspondem os seguintes valores mínimos por passageiro ^[75]:

- i. 250€ para todos os voos até 1.500 kms;
- ii. 400€ para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 Kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 Kms;
- iii. 600€ para todos os outros voos com mais de 3.500 Kms.

b) reembolso ou reencaminhamento, à escolha do passageiro, nos seguintes termos ^[76]:

- i. reembolso, no prazo de sete dias, do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efectuadas, e parte ou partes da viagem já efectuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique, com um voo de regresso para o primeiro ponto de partida; ou,
- ii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade; ou,
- iii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro e sujeito à disponibilidade de lugares.

c) assistência gratuita, durante o tempo de espera, compreendendo a satisfação dos seguintes serviços ^[77]:

- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
- ii. alojamento em hotel:

75. Artºs. 4º, nº 3, 5º e 7º do Regulamento CE 261/2004.

76. Artºs. 4º, nº 3, 5º e 8º do Regulamento CE 261/2004.

77. Artºs. 4º, nº 3, 5º e 9º do Regulamento CE 261/2004.

1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
- iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
- iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

Quando ao passageiro seja oferecido reencaminhamento para o seu destino final num voo alternativo cuja hora de chegada não exceda a hora programada de chegada do voo originalmente reservado: (a) em duas horas, no caso de quaisquer voos até 1.500 Kms; ou (b) em três horas, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 Kms e no de quaisquer outros voos entre 1.500 e 3.500 Kms; ou (c) em quatro horas, no caso de quaisquer voos não abrangidos nas categorias referidas anteriormente, o transportador aéreo poderá reduzir em 50% o valor mínimo das indemnizações devidas por recusa de embarque ou por cancelamento de voo ^[78].

Nas situações de cancelamento de voo, o alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo, em caso de reencaminhamento, quando a hora de partida razoavelmente prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado ^[79].

78. Artº. 7º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

79. Artº. 5º, nº 1, alínea b), *in fine*, do Regulamento CE 261/2004.

5.6. Do atraso na partida: efeitos

Em caso de atraso na partida é devida ao passageiro a satisfação de assistência gratuita durante a espera, nos seguintes termos^[80]:

- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
- ii. alojamento em hotel:
 1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
 2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
- iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
- iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

O alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada.

Quando o atraso for de, pelo menos, cinco horas, o passageiro pode, igualmente, optar pelo reembolso do bilhete e, cumulativamente, nos casos em que se justifique, o direito a beneficiar de voo de regresso para o primeiro ponto de partida^[81].

A jurisprudência do TJUE, usando a analogia em sede de hermenêutica jurídica e dessa forma suprindo a omissão do

80. Artºs. 6º e 9º do Regulamento CE 261/2004.

81. Artºs. 6º, nº 1, alínea iii), e 8º, nº 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004 (conforme rectificação ao artº. 6º, nº 1, alínea iii), publicada no JOUE L 37 de 9 de Fevereiro de 2007).

elemento literal da norma, veio reestruturar, em caso de atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas, as obrigações das transportadoras aéreas previstas nos artigos 5º, 6º e 7º do Regulamento CE 261/2004, estatuidando que “[o]s artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regulamento n.º 261/2004 devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização, e de que esses passageiros podem, assim, invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º desse regulamento, quando o tempo que perderam por causa de um voo atrasado seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea”^[82]. Procedeu-se, por conseguinte, por via jurisprudencial, a uma equiparação, para efeitos do direito à indemnização previsto no artº. 7º do Regulamento CE 261/2004, dos passageiros dos voos com *atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas* aos passageiros com *cancelamento de voo*. Essa equiparação implica, igualmente, concluir que “*tal atraso não confere aos passageiros o direito a indemnização se a transportadora aérea estiver em condições de provar que o atraso considerável se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, mais precisamente devido a circunstâncias que escapam ao controlo efectivo da transportadora aérea*”^[83], o que significa estender a aplicação do disposto no artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004, aplicável ao *cancelamento de voo*, também ao *atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas*. Os fundamentos

82. Ac.do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – Christopher Sturgeon e. a. v Condor Flugdienst GmbH e C-432/07 – Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, no mesmo sentido, o Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – Emeka Nelson e. a. v Deutsche Lufthansa AG e C-629/10 – TUI Travel plc e. a. v Civil Aviation Authority), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), e o Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – Sandy Siewert e. a. v Condor Flugdienst GmbH), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023).

83. *Ibidem*.

expendidos pelo TJUE para tal qualificação residem nos seguintes argumentos de direito^[84]:

- a) o conceito de *atraso considerável*, embora não definido no Regulamento CE 261/2004, surge, no considerando § 15 do seu Preâmbulo, ligado ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* igualmente justificativas do *cancelamento* de voo, pelo que também esse conceito se encontra ligado ao direito a indemnização;
- b) os §§ 1 a 4 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004, em particular o seu § 2, têm como escopo implícito deixar claro que a *ratio legis* subjacente ao referido Regulamento CE visa garantir um elevado nível de protecção do passageiro, independentemente do facto de este se encontrar numa situação de recusa de embarque, de cancelamento ou de atraso do voo, uma vez que as situações enunciadas são todas elas causas de séria perturbação ou inconveniência similar infligida ao passageiro em conexão com o transporte aéreo;
- c) as disposições que concedem direitos aos passageiros do transporte aéreo, inclusive as que conferem um direito a indemnização, devem ser interpretadas em sentido amplo;
- d) sempre que uma disposição de direito comunitário europeu seja susceptível de várias interpretações, deve dar-se prioridade à que é adequada para salvaguardar o seu efeito útil;
- e) os actos comunitários devem ser interpretados em conformidade com o direito primário no seu todo, inclusivamente com o princípio da igualdade de tratamento que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual;
- f) o Regulamento CE 261/2004 visa reparar os prejuízos de maneira uniforme e imediata, através de diversas formas de intervenção que são objecto de regimes respeitantes à recusa de embarque, ao cancelamento e ao atraso considerável de um voo, e que esse

84. No Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), foi, pese embora sem sucesso, impugnada pelas companhias aéreas, partes processuais, a compatibilidade da interpretação do TJUE quer com a Convenção de Montreal de 1999, quer com o *princípio da segurança jurídica*, quer com o *princípio da proporcionalidade*.

prejuízo, que consiste no tempo perdido pelos passageiros afectados, é análogo em qualquer das situações enunciadas de recusa de embarque, cancelamento ou atraso considerável;

g) consequentemente, os passageiros cujos voos foram cancelados e os passageiros afectados por um atraso do voo sofrem dano similar consistente na perda de tempo, pelo que, dessa forma, ambas as situações são comparáveis para efeitos de aplicação do direito à compensação estabelecido no art.º 7.º do Regulamento;

h) nos termos do art.º 5.º, n.º 1, alínea c), iii), do Regulamento CE 261/2004, os passageiros de voo cancelado têm direito à indemnização prevista no art.º 7.º do Regulamento se a transportadora não os reencomendar para um voo que parta até uma hora antes da hora de partida prevista e chegue ao seu destino final até duas horas depois da hora de chegada prevista, o que significa que esses passageiros adquirem, assim, o direito a ser indemnizados quando o tempo que perderam seja igual ou superior a três horas relativamente à duração inicialmente prevista pela transportadora para o voo cancelado;

i) Ao invés, nenhuma disposição do Regulamento CE 261/2004 concede expressamente uma indemnização aos passageiros que tomam conhecimento à última hora, ou mesmo durante o voo, que vai haver um atraso relevante e que chegarão ao respectivo destino três ou mais horas após a hora de chegada inicialmente prevista, pelo que se estes passageiros de voos atrasados não adquirissem igualmente o direito à indemnização, seriam tratados de maneira menos favorável, apesar de, muito provavelmente, perderem o mesmo tempo, ou seja, três ou mais horas;

j) Sendo, assim, análogos os prejuízos sofridos pelos passageiros em caso de cancelamento ou de atraso considerável, e inexistindo razão objectiva que pareça justificar tal diferença de tratamento, os passageiros de voos atrasados e os passageiros de voos cancelados não podem ser tratados de maneira diferente, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento;

k) Nestas condições, deve concluir-se que os passageiros de voos atrasados podem invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º do Regulamento n.º 261/2004, quando o tempo que perderam por causa desses voos seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três

horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea.

O entendimento do TJUE nesta matéria suscita crítica pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material (substantive scope)* das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (ónus probandi) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

5.7. Do downgrading na admissão a bordo: efeitos

Em caso de, na aceitação a bordo, o transportador colocar o passageiro numa classe inferior àquela para a qual o bilhete fora adquirido (*downgrading*), o transportador aéreo obriga-se a reembolsar o passageiro, no prazo de sete dias, de^[85]:

- a) 30% do preço do bilhete para todos dos voos até 1.500 kms;
- b) 50% do preço do bilhete para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 Kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 Kms;
- c) 75% do preço do bilhete para todos os outros voos com mais de 3.500 Kms.

6. Das Conclusões

Em jeito de síntese conclusiva, e tendo presente a evolução do quadro normativo *supra* enunciado, há a registar, no que concerne

85. Artº. 10º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

em geral à produção normativa em sede de regulação do contrato de transporte aéreo de pessoas e bagagens e da responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo, um crescendo no sentido da protecção dos direitos do passageiro o que aparenta estar em linha com as preocupações actuais de protecção dos direitos do consumidor.

No que em particular concerne às convenções internacionais de *jus tractuum* aplicáveis na matéria, essa preocupação evolutiva manifesta-se através da tendência geral no sentido quer da consagração da socialização da responsabilidade civil do transportador aéreo, fruto da influência e preponderância neste domínio das ideias *risque-crée* e *risque profit*, quer da revisão dos limites de responsabilidade complementado por mecanismo de actualização periódica em função da verificação de certos requisitos prévia e objectivamente estabelecidos no texto da Convenção de Montreal de 1999 (*escalator clause*), desta forma se redefinindo o quadro do *justo equilibrio de interesses*.

Em sede de produção jurisprudencial, verifica-se que os desvios não admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional aplicáveis, ou a sua interpretação no sentido oposto que atribui às convenções a função normativa *total e absoluta* – alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy (doctrine of complete preemption)* –, ambas as expressões com registo nalguma jurisprudência comparada, têm como consequência o não respeito pelo *equilibrio de interesses* subjacente aos referidos regimes internacionais convencionais, com prejuízo para a coerência intrínseca do sistema normativo em que tais regimes internacionais se enquadram.

Em especial no que respeita às fontes complementares de direito derivado europeu, assiste-se ainda a um alargamento do quadro de protecção do passageiro através de uma maior abrangência

da previsão normativa e sua extensão a novas situações igualmente dignas de protecção, concretamente ao cancelamento, atraso considerável de voos à partida e *downgrading*, e não apenas à recusa de embarque por motivos de *overbooking* (voos sobrerreservados), relativamente às quais expressamente se proclama e consagra a elevação dos níveis de protecção.

No domínio da acção jurisprudencial, em particular do TJUE, no que concerne à interpretação e aplicação do direito derivado europeu vigente na matéria, há a registar, de forma notória, uma tendência fortemente marcada pela *interpretação ampla* das normas que consagram direitos do passageiro, contrapondo com uma *interpretação restritiva* das normas que consagram causas excludentes da responsabilidade civil do transportador aéreo.

Semelhante orientação jurisprudencial da justiça superior europeia encontra respaldo e fundamentação no Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro, em cujo preâmbulo, expressamente, se consagra “o *objectivo de garantir um elevado nível de protecção dos passageiros*”, devendo “*ser tidas plenamente em conta as exigências de protecção dos consumidores em geral*” (Considerando 1).

Orientando-se nesse sentido, o TJUE estabeleceu também a linha de fronteira que distingue os conceitos de *cancelamento* (*cancellation*) e de *atraso considerável* (*long delay*), tornando claro que o *atraso considerável de um voo* (*long delayed flight*) nunca é o *cancelamento de um voo* (*flight cancellation*) sempre que o voo é operado de acordo com o plano original do transportador aéreo, mesmo que o atraso seja demasiado longo, contribuindo, desta forma, para desencorajar o efeito útil de qualquer tentativa por parte do transportador aéreo para encobrir um verdadeiro *cancelamento* sob a capa de um pretense *atraso considerável* com o intento de evitar o pagamento da indemnização devida

aos passageiros. Concomitantemente, o TJUE estabeleceu a equiparação de regimes entre o *cancelamento* e o *atraso considerável* para efeitos de pagamento da compensação ao passageiro desde que o *atraso considerável*, a determinar à *chegada* do passageiro ao destino contratado, seja igual ou superior a três horas. Todavia, semelhante orientação jurisprudencial do TJUE não permite prevenir a *concorrência* desta orientação com a *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção de Montreal de 1999 (assim como da Convenção de Varsóvia de 1999), e, conseqüentemente, evitar o conflito com o *princípio da exclusividade* da Convenção. De facto, recorrendo à analogia com o propósito de integrar uma lacuna que, na sua perspectiva, o TJUE identificou no Regulamento 261/2004, acabaria aquele por alargar o âmbito de aplicação da norma europeia, estendendo a sua abrangência para além dos aspectos de *inexecução contratual* (*non-performance of the air carriage contract respects*) a montante (*v.g.* recusa de embarque, cancelamento, atraso considerável à partida), domínio esse que o próprio TJUE havia, anteriormente, qualificado de ‘*earlier stage*’ da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção de Montreal de 1999^[86], e, nesse sentido, passando a norma europeia a aplicar-se também a aspectos que integram a *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção de Montreal de 1999 em contravenção com o *princípio da exclusividade* que decorre desta última (*v.g.* responsabilidade civil do transportador aéreo por atraso à chegada emergente da execução do contrato de transporte aéreo). Acresce que o direito à compensação por atraso à chegada de acordo com a orientação do TJUE acaba por assumir a forma de *liquidated damages compensation* imposta

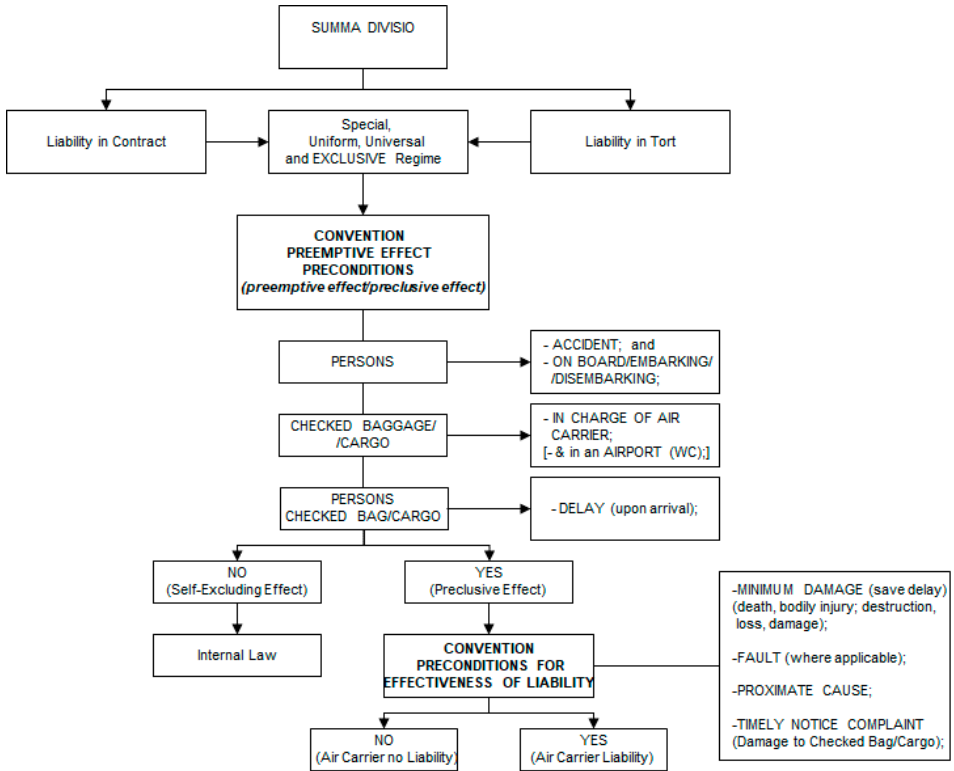
86. Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *LATA & ELFAA v EC*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “a montante”/“*earlier stage*”.

ao transportador aéreo, sendo que, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz da Convenção de Varsóvia de 1929, o montante dos danos indemnizáveis está sujeito ao ónus da prova do lesado, cabendo a este oferecer prova dos factos que evidenciem o *quantum* dos danos causados. Por isso, dispensando o lesado do ónus da prova sobre o montante do dano infligido – o que, nesse caso, lhe permitirá sempre obter indemnização mesmo que não tenha ocorrido dano –, atribui à indemnização a pagar uma finalidade *sancionatória* (*true penalty*) e não, como deveria ser, *compensatória*, facto que contraria o *princípio da restituição* ou *função reparatória* inerente a qualquer das Convenções, e, em particular, expressamente consagrado quer no considerando terceiro, quer no art.º 29.º da Convenção de Montreal de 1999, afastando a aplicabilidade das “*indemnizações punitivas*”.

Deste modo, em guisa de conclusão final sobre a compatibilidade da jurisprudência europeia e o regime das Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, reiterando conclusão já liminarmente expressa *supra*, o entendimento do TJUE nesta matéria suscita sérias críticas pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material* (*substantive scope*) das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (ónus probandi) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

7. Anexos

Anexo 1



©Copyright: C. A. Neves Almeida

Anexo 2

1999 MONTREAL CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1st Tier - <i>Strict liability</i> + Limited liability (up to 128.821.00 SDR ^{Paris}); 2nd Tier - <i>Presumptive Fault Liability</i> + Unlimited Liability;	1st Tier - Contributory negligence only (art. 20); 2nd Tier - Unavoidable event [art. 21(2)] + contributory negligence (art. 20);
	Delay (upon arrival)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 5.348.00 SDR ^{Paris}); 2. <i>Willful misconduct</i> : unlimited liability;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 1.288.00 SDR ^{Paris}); 2. <i>Willful misconduct</i> /special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 1.288.00 SDR ^{Paris}); 2. <i>Willful misconduct</i> /special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
CARGO	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR ^{Kg}); 2. <i>Unbreakable limit</i> (save special declaration of interest);	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR ^{Kg}); 2. <i>Unbreakable limit</i> (save special declaration of interest);	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);

* Revised limits to apply from December 28, 2019.

©Copyright: C. A. Neves Almeida

Anexo 3

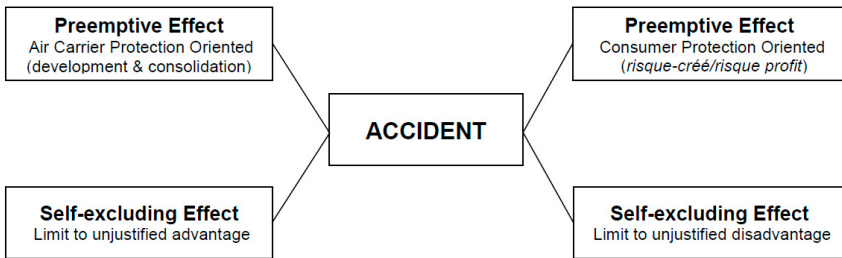
1929 WARSAW CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability; 2. Willful misconduct: unlimited liability/ /Special declaration of interest: declared value (baggage & cargo);	Unavoidable event (art. 20) + contributory negligence (art. 21)
	Delay (upon arrival)		
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		
CARGO	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		

©Copyright: C. A. Neves Almeida

Anexo 4

Warsaw Convention (1929)

Montreal Convention (1999)



©Copyright: C. A. Neves Almeida

Anexo 5

Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004			
AIR CARRIAGE OF	CAUSE OF LIABILITY	PASSENGER'S RIGHTS	LEGAL PROVISIONS
PASSENGERS	Denied boarding	1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances <i>gr</i> if passenger is informed in advance of the cancellation at least 2 weeks up to 7 days before the scheduled time of departure, or less if the delay at departure is ≤ 1 hour A ≤ 2 hours at arrival); 2. Right to reimbursement or rerouting; 3. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	Arts. 4(3), 5, 7, 8 and 9;
	Cancellation	1. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(a)(i)(ii) and 9;
	Delay	If ≥ 2 hours A < 3 hours [A flights ≤ 1500kms]: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(b)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 3 hours A < 4 hours [A Intra-EU flights > 1500kms V any other flight ≥ 1500kms A ≤ 3500kms]: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(c)(i)(ii)(iii), 8(1)(a) and 9;
		If ≥ 4 hours A < 5 hours: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(c)(i)(ii)(iii), 8(1)(a) and 9;
Downgrading	If ≥ 5 hours: 1. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications; 2. Right to reimbursement (+ return flight to the first point of departure); If ETA ≥ 3 hours: 1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances); 2. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Judicial authority (ECJ Ruling)	
		Refund of 30%, 50% or 75% of the ticket price;	Art. 10;

©Copyright: C. A. Neves Almeida

Direitos e Deveres de Transportadores e Passageiros na Atualidade: Padrões Mínimos de Regulação e Reconhecimento do Contrato de Transporte Aéreo como Instrumento de Direitos e Deveres

Marcio Souto

Bacharel em Direito e advogado. Diretor Jurídico da companhia aérea United Airlines no Brasil. Atua há cerca de 30 anos de atuação no setor de ação civil.

Renan Melo

Bacharel em Direito pela PUC/SP com período de intercâmbio junto à Universidade de Coimbra. Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Doutorando em Direito pela PUC/SP e pela Universidade de Lisboa. Atua, precipuamente, nas áreas de Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Aeronáutico, como advogado no escritório do /asbz. Lecionou no Curso de Pós Graduação na Universidade Nove de Julho. Membro da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB/SP e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP.

Sumário

1. Do Histórico de Modelos Regulatórios na Aviação Civil;
2. Padrões Mínimos de Regulação do Contrato de Transporte Aéreo;
3. Reconhecimento do Contrato de Transporte como Instrumento de Regulação de Direitos e Deveres;

1. Do Histórico de modelos que impactaram direitos e deveres na regulação da Aviação Civil

Um dos principais desafios para países com grande extensão territorial é o alinhamento de alternativas eficazes que alavancam o desenvolvimento econômico, social e ambiental através da promoção de integração de suas regiões.

Desde a década de 1920, o transporte aéreo consolidou-se como o meio de integração nacional em países como o Brasil, seja pela facilidade de ligação a locais de difícil acesso, a velocidade das operações ou, ainda, pela adaptação de demandas mensuradas por tipos de aeronaves.

Após o final da Primeira Guerra Mundial, o clientelismo surgiu nos Estados Unidos como um primeiro modelo de desenvolvimento de aviação comercial entre a iniciativa privada e Estado, embora com influência das Forças Armadas.

Grandes passos para o desenvolvimento da aviação comercial foram estabelecidos durante a década de 1920, como a remuneração de empresas aéreas vencedoras de concorrência pública para o transporte de correio e outras iniciativas que motivaram o surgimento de empresas aéreas como a United Airlines e American Airlines entre outros concorrentes.

A partir de 1934, após um conturbado período da grande depressão econômica e necessidade de aprimoramento da transparência pública nas concessões de serviços aéreos, o clientelismo passou por uma transição para um modelo de supervisão indireta do Estado, através de agências reguladoras, as quais foram criadas para intermediar conflitos entre Estado e os setores de produção denominado corporativismo.

Neste modelo, o setor público passou a buscar a proteção da indústria através da promoção da regulamentação do setor e o gerenciamento da competição. Além do controle de questões operacionais, aprovações de rotas, o excesso de regulamentação foi justificado como meio de evitar a competição destrutiva, sendo essa a razão que o Estado ainda dispunha sobre preços, porcentagem máxima de lucro, tarifas, além das informações operacionais e financeiras das empresas aéreas.

O primeiro acordo dessa natureza no pós-guerra foi concluído entre os Estados Unidos da América e o Reino Unido, em Bermudas, em 1946.

No que diz respeito à política tarifária, o Acordo de Bermudas estabeleceu que as empresas que operassem serviços aéreos entre esses Estados deveriam adotar as tarifas aéreas aprovadas por ambos os Estados e foi atribuída a Associação Internacional das Empresas de Transporte Aéreo (IATA) a definição e indicação de tarifas de referência para aprovação pelos Estados.

A maioria dos países que, desde então, firmaram acordos de serviços aéreos adotaram o modelo do Acordo de Bermudas que, devido à conjuntura da época, apresentava características restritivas e protecionistas.

Apesar do modelo regulatório Norte-Americano controlado de forma burocrática pelo Estado ter funcionado para proteção da

concorrência desleal, até o início da década de 1970 os serviços de transportes aéreos permaneciam restritos a aproximadamente 10% da população americana.

Na década de 1970, o economista Alfred Kahn, assessorado por Michael Levine, à frente do Conselho de Aviação Civil no governo do presidente Jimmy Carter (1977-1981) promoveu uma desregulamentação capaz de abrir espaço para as companhias aéreas de baixo custo nos Estados Unidos.

Durante o início do processo de desregulamentação, a burocracia dos pedidos de novos entrantes ou de ampliação de rotas aéreas foi alterado pela comprovação de capacitação de segurança e eficiência da empresa.

O modelo implementado por Kahn, durante o Governo Carter, foi o responsável pelo início da democratização do transporte aéreo americano e seus resultados impactaram a indústria Brasileira, a qual passou a adotar descontos tarifários já no início de 1982.

Inicialmente, o Brasil adotou a política de bilhetes “ponto-a-ponto” com tarifas reduzidas em 30% para diversos destinos internacionais, com objetivo de incentivar o fluxo turístico. Na época, os descontos eram negociados através de acordos entre empresas nacionais, com destaque para a Varig, e empresas estrangeiras que operam a mesma rota.

Embora o modelo pudesse parecer promissor, a primeira década da desregulamentação foi impactada por uma grande instabilidade, o que resultou em grandes endividamentos, greves e um volume recorde de fusões e falências.

Na análise de Alfred Kahn o cenário caótico foi gerado, em grande medida, pelo cenário de desregulamentação ao extremo, com aprovação de fusões e aquisições sem objeções:

Kahn afirmou na época que o governo Reagan aprovava todas as fusões sem nenhuma objeção, bastava fazer pedido junto ao DOT (*Department of Transportation*). Na prática, algumas empresas aéreas faliram, enquanto outras contraíram dívidas que duram até hoje e ainda são empecilho ao crescimento. (TILKI, 2012, s/p).

Não se pode olvidar que a gestão Reagan ficou conhecida pela inflexibilidade das negociações com sindicatos, sendo responsável inclusive pela demissão de quase 100% dos controladores de tráfego aéreo, após uma paralisação por aumentos salariais e melhores condições de trabalho. A referida decisão criou caos no sistema e diversas empresas decretaram falência, além do aumento dos custos e tarifas que dispararam.

Voltando ao cenário brasileiro, a partir da década de 1990, iniciou-se um processo de flexibilização e desregulação do setor aéreo, a qual teve início na V Conferência Nacional de Aviação Comercial, oportunidade em que novas diretrizes foram criadas, especialmente a Portaria nº 340/GM5/1991, que autorizou empresas entrantes através de eliminação de barreiras e da introdução do princípio da concorrência no mercado.

Já a Portaria nº 686/GM5/1992 fomentou o extinguiu o conceito de empresas regionais e viabilizando o transporte nacional para as empresas que antes possuíam apenas autorização para linhas regionais.

Na mesma década de 1990, o Departamento de Aviação Civil (DAC) publicou a Norma de Serviço Aéreo Internacional (NOSAI) TP-033, que flexibilizou a adoção da tarifa de referência da IATA, permitindo a concessão de descontos sobre a tarifa de referência.

O DAC passou a permitir que as empresas oferecessem descontos de até 50% e acréscimos de até 32%. Os referidos descontos foram gradualmente revisados, embora ainda pudesse

ser observadas medidas de intervenção econômica, principalmente nas limitações de participações do mercado das empresas através do máximo de limites de alocação nas linhas especiais e, principalmente, que nenhuma empresa poderia ser responsável por mais de 50% da capacidade total de assentos.

A Conferência Nacional da Aviação Comercial (CONAC) de 2001 estabeleceu pela primeira vez tarifas livres para diversos aeroportos no Brasil e, poucos meses depois, a portaria 248/GM5/2011 completou o processo, liberalizando completamente todas as tarifas para voos nacionais.

Apesar do processo de liberdade tarifária ter motivado tarifas com maiores descontos, no ano de 2003, através da Portaria que estabeleceu que empresas deveriam “desenvolver planos de racionalização de suas linhas, a serem elaborados em coordenação e com a colaboração do DAC”, além de restrições de importações de aeronaves, com a finalidade, de acordo com o DAC, para adequar a oferta de transporte aéreo das empresas.

Após 5 (cinco) anos de lobbies junto ao Legislativo Federal entre 2000 e 2005, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) teve lugar através da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

A ANAC surge com inspiração em homologas internacionais e com a clara missão de “promover a competição e a diversidade dos serviços, a adequação de sua oferta e proporcionar padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários”.

Entre os princípios que passaram a regular as relações econômicas no setor de aviação civil, se destacam **a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor**, conforme destacada no próprio texto da Lei nº 11.182/2005.

Nesse sentido, a inovação da lei vai além da desregulamentação econômica e toda a regulação passa a seguir a Ordem Econômica

Constitucional (OEC), a qual também se respalda na livre iniciativa e, portanto, na necessidade de uma proteção contra a indevida regulação econômica e, ao mesmo tempo, de se considerarem efeitos consumeristas e concorrenciais na intervenção promovida no mercado.

A criação da ANAC, ademais, cuida da preocupação de se ter um órgão técnico especializado e apolítico para tratar do complexo setor da aviação civil, possibilitando seu acompanhamento de perto e a compreensão de suas necessidades.

Em 2008, a ANAC deu mais um passo com a publicação da Resolução nº 16/2008, que regulamentou a liberdade tarifária para os voos internacionais com destino aos países da América do Sul.

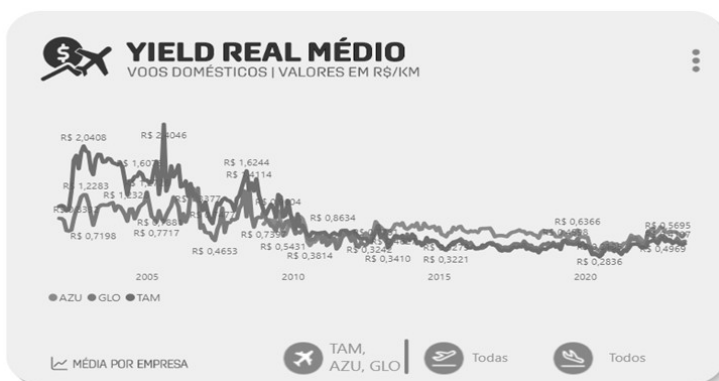
A mencionada Resolução estabeleceu, para além, um cronograma com incrementos graduais dos descontos máximos permitidos em relação a uma tabela de tarifas especificadas na própria norma.

O último estágio do cronograma da norma emanada pela ANAC foi a completa liberdade tarifária, a partir de 1º de setembro daquele mesmo ano.

Processo semelhante ocorreu quanto à política tarifária para voos internacionais com destino aos demais países, por meio da Resolução ANAC nº 83/2009. A partir de 23 de abril de 2010 passou a vigorar a completa liberdade tarifária para voos internacionais com origem no Brasil.

Um dos principais resultados da desregulamentação econômica, além da redução tarifária é a possibilidade da criação de modelos de negócios inexistentes no Brasil, como empresas *low-cost* e *ultra low-cost*.

O processo de desregulamentação redundou também na redução real dos valores médios de tarifas, o que pode ser visto nos estudos divulgados pela ANAC a respeito dos valores cobrados nos voos domésticos ao longo dos anos, sobretudo a partir de 2002, com um maior movimento no sentido da desregulamentação do setor^[1]:



QUADRO RESUMO

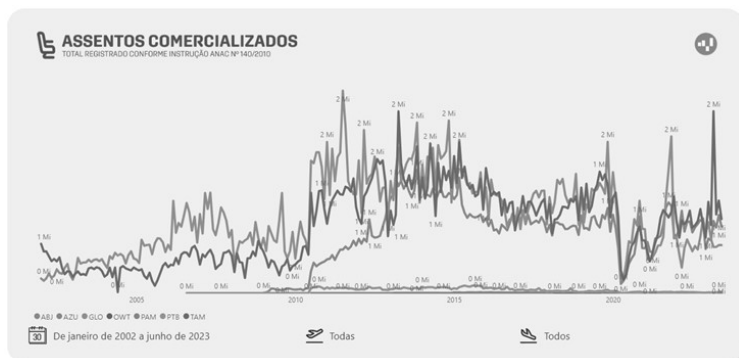
○ De Janeiro de 2002 a Junho de 2023
 Apenas Junho de 2023

Categoria	Jun/23	Jun/22	Jun/19	Variação (2023/2022)	Variação (2023/2019)
TARIFA AÉREA REAL MÉDIA VALORES EM R\$ CORREGIDOS PELO IPCA	567,16	643,84	533,21	-11,9%	6,4%
YIELD AÉREO REAL MÉDIA VALORES EM R\$/KM CORREGIDOS PELO IPCA	0,4760	0,4991	0,4476	-4,6%	6,3%
ASSENTOS COMERCIALIZADOS PORTABILIDADE 14032010	2,16 Mi	2,31 Mi	3,22 Mi	-6,5%	-32,9%
PREÇO DO QAV DADOS DA ANP PREÇOS EM R\$ /LITRO	R\$ 3,37	R\$ 5,64	R\$ 2,39	-40,3%	41,0%

TAM, AZU, GLO | Todas | Todos

É também possível verificar grande aumento na oferta de assentos, que, ao fim e ao cabo resulta na maior oferta de serviços e atendimento aos consumidores:

1. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-do-transporte-aereo>; <https://app.pow.erbi.com/w?r=eyJrIjoiMjU0ODEzZjU0ODM2NiIsImMiOiR9>



Contudo, como será abordado, além da maturidade relacionada com a liberdade tarifária, a regulação de transporte aéreo ainda precisa de amadurecimento com relação a livre iniciativa, especialmente com relação ao excessivo normativo de intervenção da ANAC e do Governo que ainda impede um ambiente propício para o livre exercício da atividade empresarial, protegendo os direitos dos empreendedores e estimulando a competitividade.

2. Estágio de Regulação do Contrato de Transporte Aéreo no Brasil

A ANAC é responsável pela regulação de todas as atividades relacionadas à aviação civil, exceto aquelas que tratam dos sistemas de controle do espaço aéreo e de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos. As principais temáticas tratadas na ANAC são segurança operacional, segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC, regulação econômica de aeroportos e acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos, regulação econômica.

O tema que se propõe neste artigo trata tão somente do enfoque da Agência com relação a regulação do acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Em síntese, um dos objetivos da ANAC é buscar o maior nível de concorrência possível. No caso do transporte aéreo, por se tratar de um mercado competitivo, vigora o regime de liberdade de rotas e tarifas, cabendo à ANAC monitorar e acompanhar o mercado, de forma a avaliar oportunidades de redução de entraves institucionais à promoção de nacional, subsidiar o processo de formulação de políticas públicas para o setor aéreo.

Importante ressaltar que as regulações técnica e econômica, embora possuam naturezas distintas, afetam-se mutuamente. Dessa forma, a ponderação entre custos e benefícios de cada regulação e a avaliação da distribuição de seus impactos sobre os diversos agentes envolvidos devem ser tarefas permanentes da Agência na busca da constante melhoria do arcabouço regulatório do setor aéreo.

Um importante passo para a modernização normativa veio através da Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, mais conhecida como a Lei do Voo Simples (oriunda da Medida Provisória nº 1.089/2021), a qual possibilita que os serviços realizados pela aviação sejam mais eficientes e menos burocráticos, propiciando, assim, a redução de custos para o setor e para a administração. Dentre os vários benefícios da mencionada lei estão os processos de certificação mais ajustados às necessidades dos regulados, além do foco na entrega de valor à sociedade com um transporte aéreo cada vez mais inclusivo, universal, eficiente e moderno.

Em que pese a modernização das normas, o tema bastante sensível que diz respeito à franquia de bagagem obrigatória foi aprovada mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão da aludida medida provisória em lei. O dispositivo foi vetado pelo Presidente por se tratar de matéria de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida inicialmente.

Entre as razões para o veto, se destaca o acórdão do plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 5.127, em 2015, de onde se extrai: “viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo a prática de inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória”.

O veto demonstra, ainda, que intervenções que afetam os princípios da liberdade tarifária, da liberdade de precificação e liberdade para estabelecer os serviços a prestar são contrárias ao interesse público, afastam investimentos estrangeiros, impedem a adoção de novos modelos de negócio e favorecem a concentração do mercado nas mãos de poucos agentes.

Não obstante, as referidas intervenções violam dispositivos previstas em acordos internacionais, merecendo especial menção o Acordo Multilateral de Céus Abertos para os Estados Membros da Comissão Latino-Americana de Aviação Civil - CLAC, Decreto 9955/2019 (artigo 17), que congrega 21 países, além do Brasil e o Acordo de Céus Abertos entre Brasil e Estados Unidos, Decreto 9423/2019 (artigo 12). Nessa esteira, não se pode negligenciar que o artigo 178 da Constituição Federal determina que, quanto à ordenação do transporte internacional, o Brasil observará os acordos firmados pela União, de forma que violar os Acordos de Céus Abertos mencionados acima implica em verdadeira violação à Constituição.

No mesmo sentido, a Resolução nº 400 da ANAC, publicada em 13 de dezembro de 2016, estabeleceu as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional e modernizou diversos dispositivos de regulações anteriores, ademais espelhar práticas e normas internacionais.

A norma consagra a liberdade tarifária ao assinalar que “na oferta dos serviços de transporte aéreo, o transportador poderá determinar o preço a ser pago por seus serviços, bem como suas regras aplicáveis, nos termos da regulamentação expedida pela ANAC”.

Entretanto, muito embora corrobore a regra de liberdade tarifária, a vigente Resolução nº 400/2016 segue regulando de forma específica diversos temas, como normas de comercialização dos bilhetes, possibilidade de alteração do nome constante da passagem aérea após sua emissão, franquia de bagagem de cabine (bagagem de mão), entre outros.

Embora aparentemente singelas, as mencionadas questões, somadas a outras, compõem um cenário de ainda forte regulação do setor com a intervenção estatal quanto ao estabelecimento dos serviços aéreos e relações dele decorrentes.

O quadro persistente de forte regulação da aviação civil, somado a outras questões como a escassez de infraestrutura, custos operacionais, insegurança jurídica, elevadas taxas de judicialização e questões socioeconômicas, cria um contexto hermético e intrincado que dificulta o acesso ao mercado brasileiro e mesmo a expansão das operações já existentes.

Pode-se compreender a dificuldade em se abandonar o modelo de estrita regulação da atividade aérea, a exemplo de outras, como uma decorrência do viés garantista constante da Constituição Federal de 1988.

A promulgação da Carta Constitucional consolidou a transição do país de um regime militar à democracia, daí se notar um texto analítico e extenso que permeia diversos temas ademais daqueles tradicionalmente constitucionais, como a composição e objetivos do Estado.

A Constituição Federal traz extenso rol de direitos fundamentais e também cláusula aberta ao acolhimento de outros que decorram de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. A ideia é a de assegurar o pleno desenvolvimento humano por meio da consecução de direitos jusfundamentais, apontados como cláusulas pétreas, evitando-se retrocessos a situações de aviltamento de direitos, como no período anterior à sua vigência.

Este pensamento de extremado garantismo se espalhou pelos diversos ramos do Direito e da atividade estatal de sorte a se considerar necessária a extrema regulação dos setores produtivo e de consumo, visando resguardar os direitos dos hipossuficientes, como trabalhadores e consumidores.

Entretanto, há que se ter em conta que, ao se apontar a diversos deveres e condicionantes aos particulares, bem como a um rol extenso e abrangente de direitos aos consumidores, pode-se chegar a um cenário de hipertrofia do setor. Esta “hipertrofia regulatória” dificulta o empreendimento de novas atividades, dada a miríade de deveres e requisitos a serem observados pelos prestadores de serviço, e também a efetivação de direitos, dada a redução da oferta e a necessidade de certas ponderações e flexibilizações quanto à interpretação de um infundável rol de garantias de difícil exequibilidade.

Outrossim, o quadro de forte regulação como um sem fim de normas a serem observadas, as quais, por vezes não se ajustam aos padrões internacionais e mesmos às convenções e tratados internalizados pelo Brasil, gera insegurança jurídica, criando uma barreira de entrada ao setor.

3. Reconhecimento do Contrato de Transporte como Instrumento de Regulação de Direitos e Deveres

Conforme visto, os contratos de transporte celebrados entre as transportadoras aéreas e os passageiros segue ainda contando com grandes notas de regulamentação por parte dos órgãos estatais.

Todavia, a proposta que nos parece mais ajustada à garantia dos objetivos de promoção da oferta do transporte aéreo no Brasil como maior oferta de serviços, diversificação de preços e garantia de direitos aos passageiros diz respeito ao reconhecimento do contrato de transporte aéreo como instrumento efetivo de regulação de direitos e deveres entre transportadores aéreos e consumidores.

Não se trata, por outro lado, de desregulamentar a atividade do setor, mas sim de se ter um outro norte a esta regulamentação. Atividades que envolvem questões técnicas, sanitárias ou relacionadas à segurança das operações por certo que devem seguir sendo reguladas, observando os acordos e práticas internacionais.

Já quanto à questão do mercado de consumo, busca-se que os órgãos reguladores tratem do estabelecimento de princípios basilares às relações que se estabeleçam, como a garantia de informação clara ao consumidor, vedação de cobranças abusivas, privacidade e proteção de dados, territorialidade das normas, conteúdo mínimo do contrato e dever de boa-fé entre as partes.

As demais condições a serem observadas quanto ao transporte como a franquia de bagagem (despachada ou em cabine), transporte de carga e animais, classes de assentos, possibilidades de alteração nos bilhetes, escolha de assentos, regras quanto ao reembolso e demais serviços assessoriais ficariam a cargo das disposições constantes dos contratos de transporte a serem firmados entre companhias e passageiros ou empresas.

Este modelo trata de uma autorregulação regulada, na qual cabe aos órgãos estatais o estabelecimento de diretrizes mínimas quanto às atividades do setor, acompanhado da devida fiscalização e atualização normativa quando necessária; deixando-se livre à iniciativa dos entes privados o estabelecimento das regras específicas que regeram as relações no âmbito do transporte aéreo.

A atuação dos órgãos estatais, mormente a ANAC, dar-se-ia de acordo com o estudo e acompanhamento do mercado, ouvidos também os atores particulares.

Mais especificamente quanto à questão mercadológica e ao mercado de consumo, caberia à regulamentação da ANAC trazer os parâmetros mínimos à atividade das companhias e os deveres básicos dos consumidores, sobretudo quanto a questões imigratórias, sanitárias e de segurança.

Ademais, dada a complexidade e as características globais do transporte aéreo, as normas devem contemplar os Tratados Internacionais reconhecidos pelo Estado Brasileiro, com o propósito de garantir a integração do sistema de aviação civil brasileiro ao sistema internacional, sempre considerando a adequada e plausível aplicabilidade na conjuntura nacional.

Importante instrumento que poderia ser utilizado pelos órgãos reguladores quanto ao mercado de consumo diz respeito ao acompanhamento dos dados estatísticos de desempenho e eficiência das companhias aéreas, como os índices de regularidade das operações e volume de passageiros e carga transportados.

Também se mostra importante o acompanhamento quanto à qualidade dos serviços prestados ao consumidor, a qual pode ser auferida por meio da verificação de outros instrumentos de acompanhamento de mercado como plataformas de reclamação dos consumidores.

A este respeito vale dizer que, em 2016, a ANAC aderiu ao “Consumidor.gov.br”, mecanismo de solução alternativa de conflitos, de forma extrajudicial. Por meio da plataforma se possibilita o contato direto entre consumidores e prestadores de serviços, visando o registro de reclamações e a busca por composição de conflitos.

A ANAC foi a primeira agência reguladora a aderir à plataforma e, desde 2019, também a utiliza como sistema eletrônico de atendimento para reclamações de consumidores contra empresas que operem serviços de transporte aéreo regular de passageiros no Brasil.

Assim, essas empresas sob o escopo de regulação da ANAC devem aderir e estar ativas no portal Consumidor.gov.br, além de responder no prazo as reclamações registradas na plataforma. A ANAC monitora as reclamações registradas na plataforma e as utiliza como subsídios para a fiscalização e a melhoria da regulamentação.

Inobstante, a Agência publica periodicamente Boletins de Monitoramento com os dados das reclamações registradas pelos passageiros. A análise dos dados decorrentes das reclamações registrada na plataforma já vem servindo à ANAC para atuação preventiva junto às empresas quando se verifica a recorrência de determinado tipo de apontamento por parte dos consumidores, com questionamentos direcionados da Agência às companhias e acompanhamento da resolução das demandas, seguindo, em parte os procedimentos estabelecidos na Resolução nº 472/2018 da própria ANAC.

Os dados oriundos das reclamações, ademais de servir à atuação da ANAC diretamente junto às companhias pode se prestar ao desenvolvimento de programas de informação aos consumidores quanto ao funcionamento dos serviços.

Por fim, o conteúdo extraído dos mecanismos de acompanhamento de reclamações pode fornecer rica base para que a Agência compreenda pontos a serem tratados em novas regulamentações, promovendo o aperfeiçoamento do arcabouço normativo.

De se observar que o processo de elaboração normativa deve também estar cada vez mais acompanhado dos estudos do mercado, observância de práticas internacionais e abertura à participação dos atores privados do setor com participação direta destes por mecanismos de integração (e-democracia).

Importante ressaltar que a proposta de regulação econômica mínima está alinhada com as diretrizes para qualidade regulatória da ANAC, aprovadas pela Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017. Entre os destaques das diretrizes, a ANAC se compromete a modelar seu arcabouço econômico-regulatório para promover a concorrência, a fim de ampliar a oferta de serviços do setor com os seguintes critérios:

- i) Adotar as melhores práticas de regulação por incentivos e incorporá-las gradativamente, harmonizadas às orientações da Organização de Aviação Civil Internacional e respeitando as especificidades do mercado brasileiro.
- ii) Reduzir eventuais barreiras à entrada de empresas nos mercados de serviços aéreos e de infraestrutura aeroportuária.
- iii) Realizar o devido acompanhamento do mercado para identificar possíveis distorções que indiquem necessidade de atuação ou desregulamentação por parte da Agência ou dos órgãos antitrustes.
- iv) Desenvolver mecanismos que permitam subsidiar as ações de outras naturezas de regulação da Agência.
- v) Estabelecer um arcabouço regulatório, composto de regulamentações e orientações aos entes regulados, atualizado e claro, que contemple os Tratados Internacionais reconhecidos pelo Estado Brasileiro, com o

propósito de garantir a integração do sistema de aviação civil brasileiro ao sistema internacional, sempre considerando a adequada e plausível aplicabilidade na conjuntura nacional.

Acreditamos que tipo de atuação se ajusta aos ideais da ANAC de estimular o mercado de consumo, garantir maior oferta de serviços e reduzir as barreiras à entrada de empresas nos mercados de serviços aéreos e de infraestrutura aeroportuária.

Já quanto no contrato de transporte tínhamos o instrumento primordial de direitos e deveres entre transportadores e passageiros, observadas as diretrizes mínimas tidas na Lei.

Dada a estrita regulação de determinadas situações, bem como a interpretação judicial dos contratos de consumo, estes foram relegados à condição de mera formalidade para a realização do transporte, despidos de efetiva função reguladora quanto à relação entre as partes e de força vinculativa.

A proposta que se coloca diz respeito justamente a se conceder aos contratos de transporte a possibilidade de figurar como instrumentos efetivos de regulação de direitos e deveres entre as partes, estabelecendo as especificidades quanto à oferta de serviço, forma de execução, contraprestação, termos, condições e demais especificidades que regeram a execução do transporte.

Trata-se de recuperar a importância do contrato de transporte como regulador das relações entre privados, possibilitando a concretização do primado de liberdade tarifária, que encontra, ademais, amparo nos artigos 5º e 170 da Carta Magna.

A possibilidade de os transportadores estabelecerem seus serviços e preços se mostra de fundamental para a condução de suas atividades. Aliás, se a empresa aérea assume integralmente os riscos do empreendimento, há que lhe ser assegurada a liberdade

para ofertar os serviços conforme desenho que se encaixe em sua estratégia de negócio.

Com a implementação efetiva do princípio da liberdade tarifária por meio da consideração efetiva do contrato de transporte como instrumento de direitos e deveres entre as partes, cada companhia pode melhor planejar suas atividades, examinadas diversas variáveis, que vão desde questões técnicas como o tipo de aeronave com a qual operará, treinamento de tripulação e aquisição de insumos, a aspectos mercadológicos como definição de público alvo, estabelecimento de rotas e precificação. Ademais, os consumidores podem aderir às modalidades de contrato que melhor se ajustem às suas necessidades.

Tal fato possibilitaria às companhias transportadoras melhor definição do escopo de seus serviços e precificação, ademais de adequação a padrões operacionais internacionais.

Isto traria um potencial de facilitação da execução de serviços, geração de novas ofertas, atração de novas companhias ao mercado e possível redução de valores aos consumidores finais quanto a determinadas modalidades de serviço contratado, favorecendo o incremento do mercado de consumo.

Não se esquece que os contratos de transporte podem ser entendidos como de adesão e que a posição dos consumidores é de hipossuficiência. Para tanto tem-se a regulamentação mínima a ser observada, assim como o devido acompanhamento do setor por parte dos órgãos reguladores, tal qual descrevemos alhures.

No passo seguinte temos a necessidade de atuação junto ao Judiciário para a consideração efetiva do contrato de transporte como instrumento dotado de força normativa, evitando-se um cenário de insegurança jurídica.

Ainda na esfera judicial, as decisões devem observar de forma detalhada os casos e provas carreadas, considerar o princípio da

proporcionalidade, ter em conta os precedentes judiciais, tomar em consideração a natureza e complexidade da atividade, bem como compreender seu papel social. Tal compreensão pode auxiliar na resolução da questão da hiperjudicialização que assola o setor da aviação civil gerando custos diretos às empresas, no que podemos denominar como “Custo Judicial Brasil”, e a toda a sociedade ^[2].

A proposta de consideração de garantir força jurídica aos contratos de transporte cuida de garantir a estabilidade nas relações, segurança jurídica e efetividade ao princípio da liberdade tarifária. A ideia não é canonizar o contrato de transporte ou fazer prescindir o setor da aviação de toda e qualquer regulamentação, mas sim de fazer possibilitar um diálogo entre as entidades reguladoras, os consumidores e as companhias aéreas no sentido da construção de um mercado de aviação civil mais sustentável.

4. Bibliografia

ANAC. Histórico da regulamentação de tarifas aéreas internacionais. Disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulados/empresas-aereas/Instrucoes-para-a-elaboracao-e-apresentacao-das-demonstracoes-contabeis/tarifas-aereas-internacionais/historico-da-regulamentacao-de-tarifas-aereas-internacionais>>

ANAC. Melhoria da Qualidade Regulatória <<https://www.gov.br/anac/pt-br/ acesso-a-informacao/participacao-social/governanca-regulatoria/melhoria-da-qualidade-regulatoria>>

Ribeiro, Lucas HISTÓRIA DA AVIAÇÃO CIVIL E ORIGEM DO SETOR DE TRANSPORTES AÉREOS NO BRASIL Monografia apresentada ao Curso de graduação em Ciências Aeronáuticas, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

TILKI, J. Drama Americano. 2012. Disponível em: <http://aeromagazine.uol.com.br/artigo/drama-americano_261.html>

2. Estima-se que os custos totais dos litígios da aviação civil girem em torno de R\$ 1 bilhão ao ano. <https://www.consumidormoderno.com.br/2023/04/26/judicializacao-98-acoes-companhias-aereas-estao-brasil/#:~:text=98%2C5%25%20das%20a%C3%A7%C3%B5es%20c%C3%ADveis,Por%20que%3F&text=No%20Brasil%2C%20C3%A9%20muito%20comum,foi%20de%20R%24%20100%20bil%C3%B5es.>

El Tratamiento Regulatorio de los Slots Durante y Después de la Pandemia del COVID 19

Miguel Mena Ramírez

Resumo

O presente capítulo pretende como recorte principal, dissertar sobre o reconhecimento dos danos morais nos contratos de transporte aéreo. A abordagem, não exaustiva, objetiva uma explanação teórica e de aspectos práticos baseada na experiência dos autores no setor, especialmente junto ao contencioso judicial de relações de consumo. Serão abordados o conceito de dano indenizável e os preceitos que norteiam a indenização extrapatrimonial, juntamente ao dever de indenizar os consumidores, e a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a necessidade da comprovação dos danos morais para fazer jus a indenização. Além do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal (STF), questões sobre a judicialização excessiva na aviação civil serão considerados.

Palavras Chave: Danos morais; Comprovação judicial; Dever de indenizar; Judicialização excessiva.

Abstract

The main focus of this chapter is to discuss the recognition of moral damages in air transport contracts. The approach, which is not exhaustive, aims to provide a theoretical explanation and practical aspects based on the authors' experience in the sector, especially in consumer claims. The concept of indemnity damage and the precepts that guide compensation, together with the duty to compensate consumers, the position of the Superior Court of Justice about moral damages and the need to prove them. Beside, the present position of the Federal Supreme Court, questions about excessive judicialization in civil aviation will be addressed.

Keywords: Moral damages; Judicial proof; Duty to compensate; Excessive litigation.

1. ¿Qué es un Slot?

1.1. En términos generales un slot aeroportuario es un intervalo asignado por la autoridad aeroportuaria para la operación de una aeronave, incluyendo su operación aérea, uso de la rampa y de las infraestructuras anexas.

De acuerdo a la legislación peruana un Slot es el Permiso otorgado por un Coordinador para una operación prevista, que permite utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria para realizar salidas o llegadas en una fecha y hora específicas en un aeropuerto de Nivel 3.^[1]

La misma Norma Técnica define al Aeropuerto de Nivel 3 como aquel donde:

- a) La demanda de infraestructura aeroportuaria supera considerablemente la capacidad del aeropuerto, y
- b) La ampliación de la infraestructura para satisfacer la demanda es inviable a corto plazo,
- c) Los intentos por resolver el problema mediante ajustes de la programación han fallado o no son efectivos, y
- d) En consecuencia, es necesario contar con un procedimiento de asignación de slots por medio del cual las compañías aéreas/

1. Norma Técnica Complementaria NTC 001-2022, Pág. 6, publicada el 15 de setiembre de 2022

operadores aéreos deban disponer de un slot asignado por un Coordinador como condición indispensable para poder aterrizar o despegar en el aeropuerto.^[2]

1.2. En igual sentido, la autoridad aeronáutica de Colombia define al Slot como un permiso que libera a una compañía aérea para “utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria para aterrizar o despegar en un aeropuerto de Nivel 3 en una fecha y hora específica”. Como se puede apreciar, la definición con el Nivel 3 tiene relación con la congestión de la infraestructura aeroportuaria. Por ello la franja horaria es un bien o un servicio escaso, como se podrá tratar más adelante.

1.3. La Agencia Española de Seguridad Aérea – AESA expone el origen y regulación de las franjas aéreas: El exponencial crecimiento de la demanda de transporte aéreo hizo necesaria la aplicación de medidas consensuadas internacionalmente, en el ámbito aeroportuario, para su conciliación con la capacidad de las instalaciones dando lugar a la aparición de la actividad de coordinación de franjas horarias (Slots, en su acepción internacional más conocida), como un instrumento de ayuda a la utilización eficiente de los recursos.

La Asociación Internacional de Transporte Aéreo – IATA impulsó esta actividad en un principio estableciendo oficinas locales para la coordinación de franjas horarias en aquellos aeropuertos que lo necesitaban. La publicación de procedimientos recomendados y prioridades de asignación tuvo lugar por primera vez en 1976.

En los países de la Unión Europea, no fue hasta la década de los noventa cuando, con la publicación del Reglamento (CEE) No 95/93 en el año 1993, se establecerían las bases legales de esta

2. Ob. Cit., Pág. 3.

actividad para los aeropuertos de la Unión Europea y entidades independientes comenzaron entonces a desarrollar la actividad de coordinación de franjas horarias en cada país.

1.4. En el caso español, ha sido la Entidad Pública Empresarial AENA, por designación del Ministerio de Fomento, la que desarrolló las funciones de Coordinador y Facilitador de Franjas Horarias para los aeropuertos españoles entre los años 1993 y 2014, a través de su Oficina de Coordinación de Slots Aeroportuarios. **Desde el 15 de septiembre de 2014, es la asociación AECFA (Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias) quien desarrolla estas funciones para los aeropuertos españoles, tras su designación como Coordinador y Facilitador de Franjas Horarias** por parte del Ministerio de Fomento (Orden FOM/1050/2014, de 17 de junio de 2014).

En la actualidad, AECFA es la responsable de la coordinación de franjas horarias en 13 aeropuertos españoles (Aeropuertos Coordinados) y de la facilitación de franjas horarias en otros 14 aeropuertos españoles (Aeropuertos Facilitados).^[3]

1.5. Para María J. Guerrero Lebrón los slots, término que en ocasiones se traduce como “franjas horarias”, hacen referencia a los derechos que, conforme a la coordinación y programación de las franjas horarias o períodos horarios en la utilización de las infraestructuras aeroportuarias corresponden a las compañías aéreas. Exactamente se alude con esta terminología (que resulta ser más precisa en inglés), no sólo al horario de aterrizaje o despegue, sino también a los demás servicios accesorios necesarios, como pistas y terminales.^[4] La importancia de estos derechos estriba en

3. El origen y regulación de las franjas aéreas (Slots) en AESA Agencia Española de Seguridad Aérea, en <https://www.seguridadaerea.gob.es/es/ambitos/aeropuertos/franjas-horarias/origen-y-regulacion-de-las-franjas-orarias-slots>

4. PETIT LAVALL María Victoria, Los acuerdos entre las compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector

que el espacio físico en los aeropuertos es un factor limitado, y en que, aunque en el caso de la UE pueda hablarse de una libertad de acceso al mercado, dicha libertad es meramente teórica, pues en la práctica no puede ejercitarse si no se goza de una franja horaria en los aeropuertos implicados en la ruta (que como mínimo serán dos), y ello sólo es posible con una enorme coordinación y como fruto de una complejísima tarea de reparto.

Así a nivel internacional, el sistema de asignación de franjas horarias se establece en las reuniones que con carácter semestral tienen lugar en el seno de la IATA. En Europa se seguía un sistema similar antes del Reglamento CEE 95/93 del Consejo relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, el cual contiene las principales pautas de la política comunitaria en materia de asignación de slots.

Este Reglamento se basa en el principio del precedente histórico, también llamado “derecho del abuelo” (como traducción de la expresión original inglesa “grand father rights”), conforme al cual las compañías conservan los derechos de los que han venido gozando en anteriores temporadas ((la temporada de invierno abarca de noviembre a marzo y la de verano de abril a octubre). Ahora bien, este principio se aplica sobre la base de la regla “o lo usas o lo pierdes” (“use it or lose it”), por lo que, para que aerolínea pueda mantener los mismos slots, debe haberlos utilizado al menos en un 80%.^[5]

1.6. No obstante, existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de los slots aeroportuarios. En efecto, de acuerdo al mexicano **Pablo Casas L.**, abogado e investigador especializado en derecho aeronáutico, el artículo 93 del Reglamento de la Ley de

aéreo, Valencia 2000, Pág. 123, citada por GUERRERO LEBRÓN María Jesús en Incidencia del 11 de septiembre en el Derecho Aeronáutico, CEDAM, 2003, Pág. 34.

5. GUERRERO LEBRÓN María Jesús, Incidencia del 11 de septiembre en el Derecho Aeronáutico, CEDAM, 2003, Pág. 36.

Aeropuertos de México dicta que el administrador aeroportuario asigna la organización y planeación de los vuelos al transportista.

Sin embargo, la misma Ley de Aeropuertos en su artículo 6, señala que la autoridad es quien establece las reglas de tránsito aéreo y autoriza las operaciones que comprenden rutas, frecuencias y horarios de llegada y salida en cada aeródromo.

Tal circunstancia se deriva tanto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que corresponde a la nación “el dominio directo del espacio situado sobre territorio nacional”, como del Convenio de Chicago (que fija las bases sobre la aviación civil comercial), el cual señala que cada uno de los Estados contratantes tiene soberanía plena y exclusiva del espacio aéreo situado sobre su territorio.

Dada la naturaleza jurídica de las normatividades nacional e internacional aplicables al caso, un slot es un “permiso” en donde el dueño es el Estado, pero el aeropuerto es quien lo otorga a la línea aérea para utilizar la infraestructura necesaria; y de acuerdo al abogado, todo permiso crea derechos y obligaciones.^[6] Se nota una diferencia entre los expertos respecto a la definición de las franjas horarias o slots, que evidencia un debate que supera los términos de este ensayo.

1.7. Estas franjas horarias que en la práctica son espacios de aterrizaje y despegue en aeropuertos congestionados son activos sumamente valiosos para una aerolínea, y su posesión puede marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso en un mercado altamente competitivo. El ejemplo más reciente fue la resolución por parte de la autoridad aeronáutica de Colombia que negó la integración entre Avianca y Viva porque la asignación de slots a favor de ambas

6. ARELLANO Ruth, Entrevista a Pablo Casas L., en [https://a21.com.mx/aeropuertos/2017/08/02/slots-quien-le-pertenecen?](https://a21.com.mx/aeropuertos/2017/08/02/slots-quien-le-pertenecen/), 2 de agosto de 2017

aerolíneas afectaría la competencia en los aeropuertos de Bogotá y Medellín. Los slots son como una moneda de cambio en la industria de la aviación comercial porque permiten a las aerolíneas operar vuelos en horarios y rutas claves, lo que les permite acceso a mercados más atractivos y horarios más convenientes para los pasajeros.

1.8. Los aeropuertos más congestionados, como los principales hubs internacionales, tienen una demanda mucho mayor que la capacidad disponible de slots, lo que hace que estos espacios sean un recurso escaso y altamente codiciado. Para una aerolínea, asegurar y mantener una asignación de slots adecuada es vital para su crecimiento y rentabilidad en el largo plazo.

Se trata de un bien o servicio escaso. En efecto, los slots en aeropuertos congestionados son la puerta de entrada a destinos atractivos y rentables, y también permiten una conectividad óptima para vuelos de conexión, lo que atrae a más pasajeros y fortalece la red de rutas de las aerolíneas. Además, el valor económico de los slots no se limita solo a los ingresos directos generados por los vuelos en sí.

La escasez de slots en aeropuertos con alta demanda impulsa los precios de las tarifas en horas punta, lo que significa que las aerolíneas pueden obtener mayores márgenes de ganancia en estos períodos. También pueden vender o alquilar slots a otras aerolíneas, generando así ingresos adicionales.

Por ello comprender el valor de los slots es fundamental porque una aerolínea con una cartera sólida de slots en aeropuertos clave tiene una ventaja competitiva significativa sobre sus demás competidores. Es probable que estas aerolíneas estén mejor posicionadas para atraer más pasajeros, operar de manera más eficiente y lograr un crecimiento sostenible. En resumen, los **slots** aeroportuarios son un

componente crucial del panorama actual de aviación. Al ser activos altamente valiosos y escasos, pueden tener un impacto significativo en la rentabilidad y el éxito a largo plazo de una aerolínea en el competitivo mercado de la aviación.

1.9. Como se ha mencionado, los slots son un activo escaso que puede determinar la libre competencia entre las aerolíneas.

Al respecto, el abogado Esteban Jaramillo nos dice: Según los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), los slots o franjas horarias son los permisos otorgados para una operación prevista de un explotador aéreo, que le permiten utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria para aterrizar o despegar en un determinado aeropuerto con infraestructura insuficiente para atender la demanda.

En palabras prácticas, se trata de los cupos que obtiene una aerolínea u operador aéreo para sus aeronaves, con el fin de utilizar las instalaciones de un aeropuerto en determinada franja horaria. Así, dado que la capacidad aeroportuaria es limitada, la asignación de slots se ha vuelto el mecanismo idóneo para repartir la llegada y salida de aeronaves de acuerdo con la oferta y demanda.^[7]

La asignación de slots encuentra su desarrollo normativo en el apéndice A del RAC 3, el cual establece el procedimiento de asignación, los actores involucrados y las pautas de distribución que, entre otras cosas, busca garantizar la libre competencia e igualdad entre los operadores aéreos.^[8]

1.10. Como hemos señalado, los slots son activos escasos y por ello muy valiosos para las aerolíneas.

7. JARAMILLO G. Esteban, Slots, el activo escaso que mide la competencia entre aerolíneas, en <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/esteban-jaramillo-giraldo-3005572/slots-el-activo-escaso-que-mide-la-competencia-entre-las-aerolineas-3536621>, 3 de febrero de 2023.

8. JARAMILLO E. Ob. Cit.

Como dice Jaramillo: Se trata de un activo pues la asignación de slots representa para las aerolíneas los cupos que obtienen para mover sus aeronaves y, a su vez, poder ofrecer el servicio de transporte aéreo en las franjas horarias más demandadas. Ahora, es escaso pues, como se dijo, los cupos dependen de la capacidad aeroportuaria que siendo limitada, está llamada a ser repartida entre todos los operadores aéreos que utilicen el aeropuerto, partiendo de criterios de igualdad y proporcionalidad.

No obstante, dado el crecimiento exponencial del transporte aéreo en los últimos años y los desajustes que produjo la pandemia del Covid-19, la falta o deficiencia de slots se ha vuelto una crisis que ha frenado la expansión del sector y la entrada de nuevos competidores.^[9]

Como consecuencia de dicha crisis se ha vuelto un reto para las autoridades aeronáuticas, especialmente de nuestra región y para los concesionarios quienes se encuentran en procesos de ampliar la capacidad y garantizar la distribución eficiente de la oferta de slots existente para mejorar la conectividad. Dicha problemática se evidencia con mayor notoriedad e importancia en Colombia, Ecuador y Perú, que tienen procesos de incremento de la infraestructura que se han desarrollado, pero no al nivel deseado por consideraciones que escapan a este ensayo.

1.11. Los slots o franjas horarias están relacionados con la libre competencia entre aerolíneas.

Jaramillo añade que, tratándose de un activo escaso, la asignación de slots constituye una barrera de entrada para nuevos operadores aéreos y para la expansión de operadores existentes. Por ello, es deber de las autoridades aeronáuticas garantizar su asignación en condiciones de igualdad y evitar que la capacidad

9. JARAMILLO E. Ob. Cit.

asignada se concentre en un solo operador. En todo caso, según el artículo 333 constitucional, el Estado tiene el rol de impedir que se restrinja la libertad económica por actos y/o acuerdos contrarios a la libre competencia.^[10]

En el caso de la integración Avianca - Viva, uno de los puntos cruciales de evaluación por parte de las autoridades ha sido justamente la concentración en la asignación de slots que implicaría la integración empresarial de ambas aerolíneas. Así, para garantizar criterios de igualdad y libre competencia en la asignación, resultaría necesario que Avianca y Viva liberen slots en franjas horarias en donde ambas aerolíneas cuentan con gran parte de la capacidad asignada.

Con aquella medida, más allá de la concentración del mercado aéreo, se abriría una puerta para nuevos competidores dispuestos a usar los slots liberados. Por ello, la asignación de slots puede ser una forma de conciliar los efectos de una integración empresarial de cara a garantizar la libre competencia.^[11]

Los comentarios del abogado Jaramillo están relacionados con la integración entre Avianca y Viva, previamente a la decisión final de la autoridad aeronáutica colombiana respecto a la fusión de ambas empresas.

1.12. Los argumentos para denegar la integración entre Avianca y Viva estuvieron relacionados con la posesión de los slots, En efecto, tanto LATAM, Ultra Air como Wingo mostraron su oposición en razón de que la fusión implicaba tener el 67% de las franjas horarias en las horas punta. Además, la gestión combinada para los vuelos nacionales e internacionales significaría un acaparamiento en el volumen total de las franjas horarias creando un mecanismo que afectaría la competencia. Por ello la autoridad

10. JARAMILLO E. Ob. Cit.

11. JARAMILLO E. Ob. Cit.

aeronáutica de Colombia otorgó la autorización para la integración con condiciones que al final hicieron inviable la fusión.

En efecto, Aerocivil señaló en su resolución como condición para que se otorgue la integración: i) La protección de los consumidores afectados por la suspensión de operaciones de Viva; ii) La devolución de aquellos slots que impliquen agravar la situación de concentración en las franjas más demandadas tanto para la temporada de verano e invierno y en salidas y llegadas con el propósito de no incrementar las barreras de entrada que al mercado genera el acceso a la infraestructura del Aeropuerto El Dorado; iii) Para las temporadas de invierno 2023 y verano las aerolíneas involucradas deberían devolver los slots históricos. Tanto para la legislación peruana,^[12] como para la colombiana los slots históricos son las franjas horarias asignadas en base al derecho histórico, es decir, a la posesión durante un período extenso, bajo el principio denominado la regla del abuelo porque se trata de franjas horarias que fueron utilizadas durante largo tiempo por las aerolíneas.

1.13. El acceso a las facilidades aeroportuarias es esencial para que las aerolíneas puedan desempeñar su función de transportar pasajeros y carga entre ciudades. Los insumos requeridos por las aerolíneas aéreas su operación comercial es: los espacios horarios de aterrizajes y despegues (slots), el manejo y transporte de equipaje, los mostradores de atención en los aeropuertos y las puertas de embarque para pasajeros.

El insumo usualmente considerado como más crítico son los slots. El número de vuelos que una compañía pueda realizar dependerá directamente de cuantos espacios horarios de despegue y aterrizaje tenga en los aeropuertos que las rutas conectan.

12. Norma Técnica Complementaria NTC 001-2022,

Existen dos dimensiones relevantes en el control de los slots, una es cuantitativa y la otra cualitativa. La dimensión cuantitativa se refiere al número de slots que la aerolínea controle en un determinado aeropuerto. La frecuencia de vuelos es un atributo valorado por los pasajeros, pues les amplía las alternativas horarias, lo que es especialmente relevante en casos de vuelos de conexión. El disponer de slots permite a las aerolíneas ampliar su oferta de vuelos y así tener dominio de las rutas.

A nivel cualitativo, no todos los slots son equivalentes. Las aerolíneas valoran más aquellos espacios horarios ubicados en las horas de mayor demanda u horas pico. La escasez de slots en los aeropuertos puede constituirse como una barrera de entrada para el ingreso de nuevas aerolíneas en los aeropuertos, afectando negativamente la competencia en las rutas aéreas.

2. Los Slots y La Pandemia Originada por el COVID 19

2.1. La regulación de los slots durante las crisis que han afectado al transporte aéreo han tenido un tratamiento especial, dependiendo de las regiones afectadas y de las causas de esas crisis.

Según la profesora María Jesús Guerrero Lebrón una consecuencia inesperada del 11 de setiembre directamente derivada del cierre del espacio aéreo norteamericano, lo que provocó la subsiguiente cancelación de vuelos en el resto de los aeropuertos del mundo, fue la activación de la hasta entonces poco usada regulación de los slots.^[13]

Durante la crisis derivada de la pandemia del COVID 19, la Unión Europea se vio obligada a tomar decisiones para evitar que

13. GUERRERO LEBRÓN María Jesús, Ob. Cit.

la paralización de la industria altere los principios de asignación de franjas horarias para que las empresas tengan que operar servicios en ausencia de demanda para evitar perder los slots.

2.2. Para el profesor italiano Giovanni Pruneddu, surgió el Reglamento UE 2020/459 del Parlamento Europeo de 30 de marzo de 2020, por el cual se modifica el Reglamento CEE 95/93 del Consejo relativo a normas comunes para la asignación de slots en los aeropuertos de los adoptados en la fase inicial de la pandemia de COVID 19.

Este reglamento, aunque no innovador, cumplió su cometido, logrando limitar las consecuencias más negativas que estaban repercutiendo en el sector del transporte aéreo, de una manera no muy diferente a lo que había sucedido tras los ataques terroristas del 11 de setiembre de 2001. El reglamento en cuestión introduce una excepción temporal a los principios regulación de las franjas horarias, suspendiendo la aplicación del principio de lo usas o lo pierdes.^[14]

2.3. Para el profesor Pruneddu, la asignación de franjas horarias fue una condición sine qua non para la culminación del proceso comunitario de liberalización del transporte aéreo. En 1994, el Comité de Sabios designado por la Comisión Europea para evaluar las perspectivas del sector había destacado como los dos elementos obstaculizaban una liberalización efectiva de la aviación eran, por un lado, la capacidad de los servicios de navegación y por el otro, precisamente la disponibilidad y gestión de slots en el aeropuerto. No hay duda de que la regulación de la distribución de franjas horarias fue fundamental para completar el proceso de liberalización del transporte aéreo.^[15]

Ofrece una solución racional y justa, garantizando la

14. PRUNEDDU Giovanni, Consideraciones en relación con la asignación de slots durante la Pandemia de COVID 19, en ALADA 60/62 AÑOS, publicación dirigida por FOLCHI Mario, Pág. 652, Buenos Aires, 2022.

15. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Págs. 652 – 653.

funcionalidad y rentabilidad de las conexiones y, en consecuencia, de los aeropuertos, al problema de escasez, de recursos (que puede depender de la capacidad limitada de las estructuras aeroportuarias o de su gestión no racional).

El marco comunitario se había elaborado con el Reglamento CEE 95/1993, modificado posteriormente por el Reglamento CEE 793/2004, de 21 de abril de 2004 (relativa a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios) y modificado finalmente por el Reglamento CE 545/2009 de 18 de junio de 2009. La definición de franja horaria se en el artículo 2, inciso a) del Reglamento 95/93 modificado por el Reglamento CE 793/2004, según el cual los slots deben entenderse como “el permiso otorgado por un coordinador de conformidad con el Reglamento para utilizar toda la gama de infraestructura aeroportuaria necesaria para operar un servicio aéreo en un aeropuerto coordinado en una fecha y hora específicas” Esta definición, que actualiza y mejora la ofrecida en su momento por el Reglamento CEE 95/93 en su texto original, que se refería en cambio a la “hora programada de llegada o salida disponible o asignada para un movimiento por aire en una fecha determinada en un aeropuerto coordinado.”^[16]

Está más centrado en la organización integral de los servicios colegiados que en la definición de franja horaria, excluyendo del propio concepto de aquellas fracciones de espacio/tiempo/servicios sin uso o permiso común.

Se ha establecido la figura del coordinador como único responsable de la asignación de franjas horarias, que “prevé su asignación de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y vela porque, en situaciones de emergencia, las franjas horarias también puedan asignarse fuera de hora de oficina”, adquirido

16. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Págs. 653 – 654.

una centralidad más marcada. Precisamente sobre la importancia de las funciones del coordinador parece interesante constatar una homogeneidad entre la regulación europea y lo que fue y es en su momento, la autorregulación de las compañías aéreas regulares llevada a cabo en el seno de la IATA dentro de la llamada Conferencia de Coordinación de Horarios, cuyo objetivo es encontrar una solución compartida al problema de la asignación de franjas horarias.^[17]

En la primera mitad de los años setenta del siglo pasado, como respuesta al colapso de la gestión de los servicios aeroportuarios provocado por el vertiginoso aumento del tráfico aéreo, la Asociación de Transportistas Regulares en las Guías Mundiales de Programación había esperado la presencia, en cada aeropuerto, de una figura que coordinara, todos los procedimientos para la asignación de slots. En el mismo documento también se preveía que dentro de las Conferencias de Coordinación de Horarios, en las que también se estableció la participación de las empresas gestoras aeroportuarias, debería haber un debate abierto entre coordinadores y transportistas.

Este último debería haber presentado ante la Conferencia las solicitudes de autorización para la “explotación” de una franja horaria en un aeropuerto determinado para la “temporada” siguiente. En caso de que se recibieran varias solicitudes para la misma franja horaria, el coordinador habría tenido que recurrir a la regla del abuelo, que deja de existir en caso de que el transportista no opere sus servicios propios (en esa franja horaria), salvo en el caso de hipótesis derogatorias específicas, debidas a “circunstancias imprevisibles e inevitables fuera del control de la aerolínea”.^[18]

17. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Págs. 654 – 655.

18. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Pág. 655.

En la jurisprudencia se han precisado los límites de la actuación del coordinador, indicando que este... una vez comprobado que un transportista posee la licencia de explotación, circunstancia que según las normas comunitarias, garantiza al propio transportista la posesión de una estructura organizativa empresarial y de gestión adecuada y celebrada precisamente de acuerdo al solicitante de las plazas según los criterios establecidos a nivel comunitario, sin proceder a una verificación previa de la posible existencia de situaciones de control entre múltiples transportistas, que puedan conducir a la identificación de una situación corporativa o particular, ya evaluada como un obstáculo para el ejercicio del transporte aéreo en el momento de la expedición de las licencias.”^[19]

2.4. Pruneddu considera que existe un carácter cíclico de los acontecimientos y las soluciones del 2001 al 2020.

En efecto, han pasado más de veinte años desde que la Comisión salvaguardó la estabilidad del sector, tras la crisis antes mencionada tras los atentados terroristas del 11 de setiembre, reconociendo especial importancia a la regulación de la asignación de franjas horarias y a la coordinación de horarios y capacidades, preparó medidas específicas para adaptar la legislación vigente a la situación de contingencia, incluida la suspensión temporal del principio de “usar o perder” con la Comunicación de 10 de octubre de 2001 sobre las repercusiones de los ataques en los Estados Unidos en el sector de transporte aéreo.^[20]

2.5. La Comisión consideró que existían las condiciones para permitir a las compañías aéreas conservar las franjas horarias que ya habían adquirido históricamente también para la siguiente temporada de verano de 2002 y que los coordinadores debían

19. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Pág. 656.

20. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Pág. 656.

interpretar las disposiciones del Reglamento CEE 95/93 de forma que garantizara, a pesar de la falta de uso, la aplicabilidad de la regla del abuelo. En el mismo documento, para tratar de frenar los efectos de la crisis actual y de las posteriores, se propone la creación de un “fondo de mutualización de riesgos” que, en casos de nuevos problemas comunes, sería más conveniente que la adopción de medidas individuales, a nivel nacional.^[21]

Reflexionando con la sabiduría de experiencias posteriores sobre los considerandos de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de enero de 1993, nos damos cuenta de que se perdió la oportunidad de dar seguimiento a lo expresado por la Comisión en 2001. En 2003, también en relación con la epidemia de SARS, se precisó que ésta había “provocado graves repercusiones en las operaciones de transporte aéreo de las aerolíneas y había provocado una importante caída de la demanda a principios de la temporada de verano de 2003” y que “para que la falta de franjas asignadas para la citada temporada no tenga como consecuencia que las empresas pierdan los derechos sobre las mismas, se deberá precisar de forma clara e inequívoca que los citados períodos han sufrido los efectos negativos...”

2.6. Una protección similar de esta estrategia se ha llevado a cabo con el Reglamento UE 2020/459 que, al suspender el principio de “usar o perder”, congela efectivamente las franjas horarias que puedan haber quedado no utilizadas durante el período de emergencia, siempre que los coordinadores deban considerar “operadas por la compañía aérea a la que se dirigen” inicialmente, las franjas horarias asignadas para el período comprendido entre el 10 de marzo de 2020 y el 24 de octubre”. El mismo principio se extiende a las franjas horarias relativas a los servicios aéreos entre aeropuertos de la Unión y aeropuertos de la República Popular

21. Ibid.

China o de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, correspondientes al período comprendido entre el 23 de enero de 2020 y febrero de 2020. ^[22]

Nos preguntamos si las medidas concretas adoptadas con la medida a la que nos referimos fueron suficientes. Lamentablemente la respuesta sólo puede ser negativa. Esto es especialmente cierto ante las estrictas medidas de contención adoptadas durante la pandemia de COVID 19 por las distintas autoridades nacionales, que han tenido importantes repercusiones en la oferta de transporte aéreo, incluida una remodelación de la planificación de las frecuencias de los vuelos decidida independientemente por cada compañía aérea, ante la obligada reducción de la demanda de transporte. Durante la fase de pandemia y también en las fases intermedias de recuperación, mantener las frecuencias previas a la crisis sería económicamente insostenible para cualquier transportista. Mientras tanto, también se remodelaron las frecuencias de los vuelos sujetos a obligaciones de servicio público, en su momento contingentes por el gobierno con disposición específica. ^[23]

2.7. La situación tan desfavorable para las aerolíneas, se vio afectada, aunque durante un período muy limitado, por el factor adicional de la ampliación de las normas de “distanciamiento social” también a bordo de las aeronaves, lo que condujo a una inevitable reducción de la capacidad de carga de la aeronave, lo que sin embargo no correspondía a una reducción proporcional de los costos de explotación, con las consiguientes deseconomías, que, en los casos derivados de acontecimientos excepcionales, habrían tener que ser abordados como los casos expresamente permitidos por el artículo 107, numeral 2, inciso b) del TFUE.

22. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Pág. 657.

23. Ibid.

Actualmente es necesario evaluar si no procede ampliar el alcance cronológico de las medidas derogatorias sobre asignación de franjas horarias en las que nos inspiramos. Por otra parte, el mismo Reglamento toma en consideración de que los efectos de estas crisis pueden persistir más allá de las fechas indicadas, siempre que se respete el ámbito cronológico de aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.1 podrá prorrogarse incluso más allá del plazo previsto, en caso de que los datos publicados por Euro Control sobre flujos de tráfico pongan de relieve la persistencia de la crisis provocada por la epidemia de COVID 19.^[24]

2.8. Para el profesor Pruneddu, la Comisión Europea deberá revisar su política de ayudas estatales, adoptando una posición menos rígida incluso en comparación con las directrices de 2014, teniendo en cuenta el estado en el que se encontrará sector del transporte aéreo.

Una hipótesis podría ser un uso intensivo de las ayudas de puesta en marcha de nuevas rutas más elásticas que las concedidas hasta ahora, y que puedan afectar a las rutas abandonadas debido a la crisis que tienen un impacto social o valor económico para los territorios afectados. Además, la Comisión había considerado la posibilidad de aliviar este tipo de acciones desde las directrices de 2005, que resultaron fundamentales para el arraigo de las aerolíneas de bajo costo. El principio podría ser el mismo. Por otro lado, sin esta forma particular de intervención pública, es poco probable que las aerolíneas hubieran podido cubrir rutas que de otro modo serían poco atractivas.^[25]

2.9. De acuerdo a Pruneddu, estas medidas también tendrían un impacto positivo para los gestores de aeropuerto y permitirían

24. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Págs. 657 – 658.

25. PRUNEDDU G. Ob. Cit. Pág. 659.

salvaguardar los niveles de empleo en ese sector. Además, sería conveniente crear un “fondo de multi nacionalización de riesgos” para que, en caso de nuevos problemas comunes, evitaría la necesidad de adoptar medidas individuales a nivel nacional, fuente de disparidad entre los transportistas.

En definitiva, es de esperar que el legislador de la UE pueda sacar lecciones de esta emergencia sanitaria para definir una nueva línea, en la que se preste mayor atención a las necesidades de movilidad de los ciudadanos, junto con la defensa de las reglas del mercado.^[26]

2.10. El sector aeronáutico fue uno de los más afectados debido a la crisis del COVID 19 en el Perú y en el mundo. El cierre de fronteras nacionales impuestas por los gobiernos - incluyendo el peruano frenó las decisiones de viaje de millones de pasajeros, cayendo el nivel de tráfico a máximos históricos y cuya recuperación tardaría en concretarse. Así, a nivel nacional, entre 17 de marzo y 14 de julio de 2020, el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) solo permitió vuelos de carga, vuelos humanitarios y de repatriación.

A partir del 15 de julio de 2020 comenzó la recuperación gradual de las operaciones regulares en el terminal aéreo relacionadas con el transporte de pasajeros, observándose que, a setiembre de 2020, el tráfico de pasajeros embarcados representó cerca del 31% del flujo observado durante similar periodo del año 2019. A nivel mundial, la reducción del tráfico de pasajeros empezó a notarse desde febrero de 2020, siendo el mes de abril de 2020, que registró la caída más significativa (94,1% respecto a abril de 2019), luego de lo cual se viene experimentando mejoras graduales. Hacia el cierre de 2020, se proyectó transportar 5,6 mil millones de pasajeros

26. Ibid.

menos respecto a un escenario sin COVID 19, lo que significó una caída superior al 50%. La caída histórica en el volumen de pasajeros transportados afectó consecuentemente los ingresos aeroportuarios y de las aerolíneas, como los principales actores del sector, motivo por el cual los diversos gobiernos aplicaron una serie de medidas económicas para evitar que la falta de liquidez derive en una crisis de solvencia. Organizaciones internacionales prevén que alcanzar el tráfico de pasajeros a niveles pre COVID 19 sucedería en el 2024, siendo que la recuperación para América Latina y el Caribe se materializará tiempo después.^[27]

2.11. El primer caso de COVID 19 dentro del territorio peruano fue detectado oficialmente el 6 de marzo de 2020; sin embargo, las operaciones aéreas en todos los terminales de la red aeroportuaria nacional se continuaron desarrollando con normalidad durante los días posteriores, ello sumado al hecho de que, en el ámbito del tráfico internacional, en los principales países con los que el Perú mantiene conexión directa aún no se implementaban medidas que restringiesen el tránsito de personas a través de sus fronteras. No obstante, debido al creciente número de casos positivos detectados dentro del país, el 15 de marzo de 2020, mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, el gobierno peruano declaró el Estado de Emergencia Nacional, estableciéndose, entre otras medidas, lo siguiente:

- Cierre total de las fronteras, quedando suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial desde las 23:59 horas del día 16 de marzo de 2020. El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre de fronteras, siendo las autoridades competentes las encargadas de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados.

27. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, Repercusión del COVID 19 en el sector aeronáutico en el Perú y el mundo, noviembre de 2020, Pág. 3.

- Suspensión del servicio de transporte interprovincial de pasajeros por medio terrestre, aéreo y fluvial desde las 23:59 horas del día 16 de marzo de 2020. El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de dicha suspensión. Al respecto, las medidas restrictivas al transporte de pasajeros continuaron durante los meses de abril a junio, como parte de las medidas para frenar el número de contagios al interior del país. Posteriormente, el gobierno peruano emitió el Decreto Supremo 116-2020-PCM, mediante el cual se manifestó que el transporte interprovincial terrestre y los vuelos nacionales se reactivarán a partir de julio de 2020, observándose que tal reactivación solo tendría lugar en aquellas regiones donde se cuente con el reporte del estado de la pandemia controlada, y respetándose estrictamente los protocolos sanitarios establecidos por las autoridades pertinentes.

- Adicionalmente, mediante Decretos Supremos 135-2020-PCM, 139-2020-PCM y 146-2020-PCM, publicados el 31 de julio, 12 de agosto y 28 de agosto de 2020, respectivamente, el gobierno peruano amplió el estado de emergencia hasta el 30 de setiembre de 2020, y estableció una cuarentena focalizada en determinadas zonas del país.^[28] A partir del mes de julio se procedió con la reactivación de los viajes interprovinciales por vía terrestres y aérea a nivel nacional, a partir del 03 de agosto se suspendieron dichos viajes en las zonas del territorio nacional que se encuentren dentro de la cuarentena focalizada.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo 162-2020-PCM, publicado el 3 de octubre de 2020, el gobierno peruano suspendió la cuarentena focalizada en las diferentes regiones del país debido a las mejoras observadas en el número de contagiados, pero manteniéndose el estado de emergencia a nivel nacional sujeto a una serie de medidas que restringen el ejercicio del derecho a la libertad

28. En el Decreto Supremo 135-2020-PCM se ratifica que la cuarentena sigue vigente hasta el 31 de agosto en los de Arequipa, Ica, Junín, Huánuco y San Martín, así como 8 provincias de los departamentos de Madre de Dios, Áncash y Cusco. Por su parte, mediante Decreto Supremo 139-2020-PCM, se amplían las restricciones de cuarentena a los departamentos de Arequipa, Ica, Junín, Huánuco, Madre de Dios y San Martín, así como en 36 provincias de los departamentos de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, La Libertad, Lima, Moquegua, Pasco, Puno y Tacna. Finalmente, en el Decreto Supremo 146-2020-PCM se estableció la cuarentena focalizada en los departamentos de Cusco, Moquegua, Puno y Tacna, así como en 47 provincias de los departamentos de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lima, Madre de Dios y Pasco.

de tránsito a nivel nacional. Asimismo, mediante Decreto Supremo 157-2020-PCM, publicado el 26 de setiembre de 2020, el gobierno aprobó la fase 4 de la reanudación de actividades económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional, entre las que se encontró el reinicio del transporte aéreo internacional a partir del 5 de octubre de 2020, contándose inicialmente con un total de 11 destinos internacionales aprobados.^[29]

Las medidas antes descritas tuvieron un impacto considerable en la reducción del tráfico de pasajeros y carga en la red aeroportuaria nacional.

2.12. Durante el primer trimestre del año 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la emergencia global por el COVID 19, decretando el estado de pandemia y recomendando a todos los países que activen y amplíen sus mecanismos de respuesta de emergencia para frenar la propagación del virus. En el Perú, como parte del paquete de medidas urgentes para frenar el avance de la pandemia, se decretó el Estado de Emergencia Nacional a partir del mes de marzo, disponiéndose el cierre de todas las fronteras internacionales durante el periodo que dure la emergencia, exceptuándose de dicha medida únicamente aquellas operaciones relacionadas con el transporte de carga, vuelos de ayuda humanitaria, entre otros.

2.13. Entre los sectores económicos afectados por dichas medidas se encuentra la industria de la aviación, y más en concreto, la red de aeropuertos a nivel nacional, debido a que la inmovilización social frenó las decisiones de viaje de miles de pasajeros tanto nacionales como extranjeros. Entre los aeropuertos afectados destaca el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), el cual, tanto por su ubicación geográfica como por su rápida conexión con

29. Los destinos autorizados son: La Paz y Santa Cruz en Bolivia; Santiago en Chile; Bogotá, Cali y Medellín en Colombia; Guayaquil y Quito en Ecuador; Ciudad de Panamá en Panamá; Asunción en Paraguay; y Montevideo en Uruguay.

la ciudad de Lima, se había venido consolidando como el principal terminal aéreo del Perú, habiendo movilizado, al cierre del año 2019, el 61.4% del tráfico total de pasajeros y el 91.2% del tráfico total de carga de la red de aeropuertos del país, caracterizándose además por concentrar principalmente vuelos comerciales, dirigidos en su mayoría al transporte de pasajeros, seguido por vuelos cargueros, los cuales apuntan al transporte de carga.

2.14. Durante la primera mitad del mes de marzo, antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, el número de pasajeros embarcados en el AIJCH fluctuaba entre los 25 mil y 30 mil pasajeros diarios, cifras que se mostraban consistentes con lo observado durante similar periodo en años anteriores. Sin embargo, con la suspensión de las operaciones regulares del AIJCH, el flujo de pasajeros que se movilizaban a través de dicho terminal se vio reducido drásticamente, alcanzando valores cercanos, en promedio, al 0,3% de los niveles de tráfico diario observados en similar periodo del año 2019.

2.15. Por su parte, con relación al movimiento de carga, dado que el transporte de carga y mercancía no se encontró comprendido dentro de las restricciones impuestas por el gobierno durante el Estado de Emergencia, las operaciones relacionadas con el tráfico de carga en el AIJCH continuaron desarrollándose con relativa normalidad; sin embargo, al no representar el movimiento de carga el principal giro de negocio del AIJCH, dichas operaciones no resultaron suficientes para mantener al terminal aéreo en los niveles de operatividad observados antes de la pandemia.

2.16. De manera similar, a nivel mundial, es desde febrero de 2020 empezó a disminuir el tráfico de pasajeros, acentuándose dicha situación en el mes de abril de 2020, al caer 94.1% respecto a abril de 2019, en línea con las restricciones impuestas en los diversos países debido a la pandemia de la COVID 19. Sin embargo,

a partir de mayo de 2020, se registraron mejoras graduales entre mayo y agosto. Así, la caída del mes de mayo fue de 91.0%, de junio de 86.3%, de julio de 79.5% y de agosto de 75.3% en comparación con sus respectivos meses del año 2019, impulsado principalmente por los vuelos domésticos en algunos mercados el levantamiento de restricciones en el espacio Schengen. No obstante, en setiembre el ritmo de recuperación se desaceleró (-72.8%), debido a nuevos brotes y nuevas restricciones.

2.17. Para setiembre de 2020, los mercados de Asia Pacífico, Norteamérica y Europa presentaron una reducción en el transporte de pasajeros de 63.5%, 74.7% y 75.8% respectivamente, lo cual muestra una recuperación más rápida en comparación con América Latina y el Caribe cuya tasa de reducción en dicho mes fue 76.2%. En el caso del tráfico internacional europeo hacia y desde Lima las fronteras se abrieron en diciembre de 2020 por tres días y se cerró las fronteras de los vuelos de más de ocho horas y recién se reinició el tráfico en los primeros días del 2021, lo que afectó notablemente las operaciones con el viejo continente.

2.18. La caída en el transporte de pasajeros impactó directamente en los ingresos de las aerolíneas y de los aeropuertos. Las aerolíneas más representativas de la región (LATAM, Avianca, Aeroméxico) se acogieron a las Leyes de Quiebras y fijaron sede en Nueva York para iniciar sus respectivos procesos de reestructuración sin afectar la continuidad de los negocios. Dichas empresas salieron exitosamente de sus procesos de reestructuración y han mantenido sus operaciones.

2.19. En el Perú la regulación de slots se da mediante la Norma Técnica Complementaria NTC 001-2022, que establece los Procedimientos de Aprobación de Programaciones de Vuelos y de Coordinación de Operaciones de Aviación Civil Hacia / Desde Aeropuertos del Perú, publicada el 15 de setiembre de 2022.

En base a la clasificación de Nivel 3 del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez la autoridad aeronáutica peruana regulaba los slots mediante oficios circulares por temporadas (invierno y verano).

Cuando ocurrió la pandemia del COVID 19 y de acuerdo a la normativa señalada en líneas precedentes, la Dirección General de Aeronáutica Civil actuó de forma pragmática y colaboradora con las aerolíneas debido al cierre de fronteras y a la cuarentena establecida por el gobierno porque existía una incertidumbre con relación al reinicio del tráfico y la utilización de los slots históricos, dando la posibilidad de que dejen de operar dichas franjas horarias sin que se aplique el principio de lo usas o lo pierdes. Ello permitió a las aerolíneas operar de acuerdo a las posibilidades que generaba el mercado nacional y el mercado internacional que se fue abriendo paulatinamente hasta enero de 2021.

En forma similar, la Dirección General de Aeronáutica Civil actuó cuando se cerraron varios aeropuertos en el sur del país por disturbios debido al escenario de incertidumbre por la coyuntura política y social en el Perú, que impactó en las operaciones aéreas, brindando flexibilidad a las aerolíneas que así lo requieran, en el uso de slots, considerando como No Utilización Justificada de slots (NJUS), según lo establecido en la NTC-001-2022 - hasta el 31 de enero 2023, fecha que podía extenderse tomando en cuenta la evolución de los acontecimientos en el país.

Como se puede apreciar, la autoridad aeronáutica peruana actuó con flexibilidad y profesionalismo atendiendo los requerimientos de la industria.

A Regulação das Faixas Horárias (SLOTS): Um Breve Estudo Comparado entre IATA, EUA, União Europeia e Brasil

Marcial Duarte de Sá Filho

Advogado, professor universitário, pós-graduado em Direito Aéreo Internacional, Mestre em Direito Econômico Internacional, e aluno de Doutorado em Direito Econômico Internacional, com especialidade em Direito Aéreo Internacional, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo

A evolução da aviação civil, assim como o crescimento do número de aeronaves e do transporte de cargas e passageiros, teve como consequência inevitável o congestionamento das infraestruturas aeroportuárias por todo o globo, e, neste sentido, o Brasil não difere em nada deste panorama, seja pela escassa infraestrutura, seja, especialmente, pelo histórico de intervenção estatal fortíssimo que se teve neste país.

Esta situação demanda substanciais complicações em termos de regulação. Entretanto, a carência relativa deste insumo essencial, situação relativamente nova no cenário tupiniquim, já é enfrentada há algum tempo, desde a década de 1960, pela Europa e Estados Unidos. Assim é que, objetivando organizar tal carência de infraestrutura e impedir o congestionamento dos aeródromos, se implantou o sistema de faixas horárias, ou slots, um modelo que define o número máximo de horários de pousos e decolagens para as aeronaves em cada aeroporto.

Neste sentido, o presente trabalho, inicialmente buscará conceituar o regime de faixas horárias (slots) e tratar sobre sua natureza jurídica, seguido duma breve análise das experiências internacionais, nomeadamente a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA), os Estados Unidos da América, e da União Europeia.

Como objeto do trabalho, a análise da regulação brasileira quanto à alocação de faixas horárias de chegadas e partidas de aeronaves em aeroportos congestionados no Brasil, será abordado na sua segunda parte, enfatizando a nova legislação brasileira para alocação de slots em aeroportos saturados, a recentíssima Resolução n.º 682, de 7 de junho de 2022 da ANAC, com breves análises pontuais, à luz da experiência internacional e da literatura especializada.

1. Alocação de Faixas Horárias

O mundo tem experimentado nas últimas décadas um crescente aumento na demanda pelo transporte aéreo, o que não foi acompanhado pela infraestrutura aeroportuária, e esta escassez de infraestrutura nos aeroportos, pode ser analisada sob três elementos aeroportuários, quais sejam: o terminal de passageiros, o pátio de aeronaves e a pista de pouso.

Dentre esses elementos de escassez, devemos considerar outro fator que, embora extrapole nosso estudo, assim como a infraestrutura aeroportuária, pode limitar a capacidade dum aeroporto, qual seja a restrição do espaço aéreo, que, como se sabe, é um bem escasso e finito. Na Europa, onde existe um movimento muito mais intenso de aeronaves no espaço aéreo, tornando este limitado, é adotado também o conceito de *slot* para o tráfego aéreo (*airway slots*). Neste trabalho, todavia, iremos adotar o termo *slot* apenas para se referir à estrutura aeroportuária (*airport slots*).

As faixas horárias, ou *slots*, estão diretamente ligadas à capacidade dos sistemas de pistas dos aeroportos, considerados o principal limitador da capacidade aeroportuária. Neste sentido, com a finalidade de evitar o congestionamento de aeronaves nos pátios, foi criado o sistema de alocação, ou distribuição, de faixas horárias, ou *slots*^[1].

1. MODENA, Carlos Cesar. *Regulação de Slots Aeroportuários e Concorrência no Transporte Aéreo no Brasil*. In *Regulação e Concorrência no Setor Aéreo no Brasil – Alternativas Possíveis*. Org. Leandro Novais e Silva. Editora Singular. São Paulo, 2014, p. 137.

Os sistemas de distribuição das faixas horárias, em geral, são de três tipos, quais sejam: 1) Sistema de Leilão, por meio do qual se permite a angariação de receitas adicionais aos aeroportos e aumentar a concorrência econômica entre os vários operadores; 2) O sistema Misto, onde se verifica a sujeição a leilão apenas a atribuição das novas faixas, sem incluir os *slots* já existentes; e, 3) O sistema de sorteio das faixas horárias, onde se deixa ao mero arbítrio da sorte, a distribuição dos *slots*.

Nos pontos a seguir trataremos dos dois principais fatores que compõem o conceito jurídico e operacional das faixas horárias, quais sejam, a delimitação de seu conceito e natureza jurídica, e a capacidade de infraestrutura aeroportuária como fundamento para a distribuição destas faixas horárias.

1.1. Noção de Faixas Horárias e Natureza Jurídica

O termo *SLOT* é o acrônimo de *Start Landing Operation Time*, ou seja, o início da operação de aterrissagem das aeronaves. O conceito de *slot* é comumente associado ao uso da pista, isto é, a um horário de pouso e decolagem. Costumam ser considerados em pares, com um horário de pouso e outro de decolagem, uma vez que a operação de uma empresa aérea ou de qualquer aeronave no aeroporto abrange, necessariamente, um pouso que traz passageiros e cargas de um aeroporto de origem, e uma decolagem, que leva passageiros e cargas a outro aeroporto^[2].

Em termos operacionais, todo e qualquer voo carece sempre de quatro *slots*: 1) Decolagem do aeroporto de partida; 2) Pouso no aeroporto de destino; 3) Decolagem do aeroporto de chegada; e, 4) Pouso no aeroporto de partida.

2. *Idem*.

No entanto, há que se entender que a operação de transporte aéreo não engloba unicamente o uso das pistas para pousos e decolagens, sendo também necessárias outras estruturas aeroportuárias. A aeronave precisará também dum espaço no pátio para estacionamento, embarque e desembarque de passageiros, carga e descarregamento de bagagens e cargas.

Os passageiros, por sua vez, precisarão dum terminal onde possam realizar embarques e desembarques, assim como recolha das bagagens. Outras facilidades podem eventualmente se mostrar necessárias, como áreas de alimentação, banheiros, comércios e estacionamentos, etc.

Destarte, o conceito de *slots* aeroportuário deve ser encarado sob um prisma mais amplo, que abarque não somente o sistema de pistas, mas toda a infraestrutura do aeroporto, que tenha relação direta com a prestação dos serviços.

Assim, o termo *slot* refere-se a uma faixa de tempo e relaciona-se a um determinado espaço que uma companhia aérea utiliza para que sua aeronave, em determinada rota, possa realizar os procedimentos de aterrissagem e decolagem em um aeroporto. Assim, também faz parte do *slot* o intervalo de tempo do procedimento que está associado às instalações: pista, estacionamento, portão de embarque e desembarque de passageiros, ou seja, toda e qualquer infraestrutura referente à aterrissagem e decolagem ^[3] ^[4].

No que se refere à sua natureza jurídica, é possível afirmar que a faixa horária não pode ser confundida unicamente com o procedimento de atribuição de horários às aeronaves ou companhias

3. CRAVO, Beatriz Malerba. *A Alocação de Slots e a Concorrência no Setor de Transporte Aéreo*. In *Journal of Transport Literature*. Vol. 8, nº 1, pp. 159-177, Jan. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312014000100008. Acesso em 22 de maio de 2019, p. 167.

4. A Resolução nº 683, de 7 de junho de 2022, da ANAC, em seu art. 3º, inciso XXII afirma que *slot aeroportuário (slot): infraestrutura aeroportuária alocada pelo coordenador à empresa de transporte aéreo ou ao operador aéreo para realizar uma operação aérea de pouso ou decolagem em um aeroporto coordenado em data e horário específicos*;

aéreas. É um bem jurídico com características particulares, cuja utilização está balizada por limites objetivos de tráfego e da disponibilidade espacial e temporal nas escalas de partida ou chegada dum aeroporto^[5].

Está, pois, a meio caminho entre o interesse geral e a concorrência, sendo que a atribuição de *slots* é efetuada tendo por base escritos técnicos de imparcialidade, reportados à instalação aeroportuária, a qual é pertença do domínio público e persegue o interesse geral^[6].

As faixas horárias não podem ser qualificadas em termos patrimoniais. Muito ao contrário, terão natureza de *direito participativo*, sendo certo que apenas pode ser exercido após a intermediação pelo coordenador aeroportuário, traduzindo-se na utilização eficiente de bens de natureza dominial^[7].

Neste compasso, importa falar sobre um importante fator de inovação jurídica do Regulamento (CE) n.º 793/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que alterou o Regulamento (CEE) n.º 95/93 do Conselho^[8], relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade, foi de tratar da natureza jurídica do *slot* como sendo um *entitlement*, ou seja, apenas um direito da empresa aérea de utilizar a infraestrutura aeroportuária necessária para operar um serviço de transporte aéreo, não tendo caráter de propriedade. Passou-se a encarar o *slot* como bem público, um recurso escasso, que, portanto, poderia ser retirado das companhias se não cumprisse sua função social e econômica.

5. SILVA, Hugo Ramos. *Op. cit.*

6. *Id.*

7. *Ibid.*

8. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/RegulacaoEconomica/regulamento_ce_793_2004.pdf. Acesso em 23 de abril de 2019.

No Brasil^[9], o *slot* não integra o patrimônio da empresa de transporte aéreo ou do operador aéreo e representa o uso temporário da infraestrutura aeroportuária, cuja manutenção dos históricos de *slots* depende do cumprimento dos critérios estabelecidos em legislação específica^[10]. Ou seja, um direito a ser utilizado de forma temporária, e não definitiva. A própria proibição de comercialização das faixas horárias concedidas, revela a inexistência de direitos de fruição, mas apenas direitos de uso temporário. É, portanto, um bem público, passível de concessão aos particulares (empresas aéreas) para uso por tempo definido, para fins de que cumpra sua função social e econômica.

Diante do exposto, é forçoso concluir que as faixas horárias têm natureza jurídica de bem público, tendo como fundamento de ser um recurso limitado, e que, portanto, deve ter sua utilização voltada a beneficiar o bem comum, a obedecer a sua função social e econômica. Este entendimento leva a percepção de que o *slot* não pode ser absorvido pelas companhias aéreas como seu direito, ou propriedade, mas tão somente uma concessão, dada pelo Estado, com a intermediação do coordenador aeroportuário, e as agências reguladoras específicas.

1.2. Capacidade Aeroportuária e Alocação de Faixas Horárias

O termo “alocação” significa destinação ou reserva de algo. Atribuição. E para a definição, e conseqüente alocação, ou distribuição, de faixas horárias, deve-se conhecer a capacidade do aeroporto, que é normalmente analisada em termos de

9. “... os slots aeroportuários têm sido tratados pelos estudiosos da matéria no Brasil como insumos essenciais. A ideia central é de que a dominância de insumos essenciais por poucas firmas limita a competitividade e promove incremento do poder de mercado, o que acaba por diminuir o bem-estar gerado para a sociedade, sobretudo em razão da extração de renda adicional dos usuários cativos do aeroporto. A promoção de contestabilidade, diminuindo as barreiras à entrada de novas operadoras aéreas, é a principal forma de combater o uso do poder de mercado pelas empresas incumbentes”. MODENA, Carlos Cesar. *Op. cit.*, p. 140.

10. Art. 12 da Res. nº 682/2022.

capacidade horária e pode ser dividida entre capacidade teórica e capacidade operacional ^[11].

A falta duma infraestrutura aeroportuária que possa fazer frente à demanda desemboca em dois problemas: a escassez e o congestionamento. Não havendo uma regra clara para a limitação da utilização da infraestrutura, estabelecendo a capacidade e quem tem direito de usá-la, a consequência é o congestionamento desta infraestrutura, com a formação de filas, especialmente quanto ao uso das pistas, mas também do pátio de aeronaves e outros componentes do aeródromo, o que leva inevitavelmente à ocorrência de atrasos, e, como os atrasos levam a custos para todos os agentes envolvidos (empresas aéreas, passageiros e operadores), a solução é restringir a utilização do aeroporto ^[12].

Quando se verifica que a infraestrutura está saturada, ou seja, os aeroportos estão saturados, estes recebem o nome de “coordenados” ^[13]. Podendo ainda ser “parcialmente saturados” ou “totalmente saturados”.

Os aeroportos parcialmente saturados, em geral, não possuem disponibilidade de horários nos momentos de pico, mas possuem *slots* disponíveis em horários de menor demanda. Os totalmente saturados têm todos os horários de voos ocupados. No Brasil, a regulamentação que trata e disciplina todas as questões referentes à alocação de faixas horárias, assim como de determinar os parâmetros e princípios a serem

11. “A capacidade teórica do sistema de pistas é definida considerando as variáveis operacionais do aeroporto, como o tamanho e configuração das pistas, existência de saídas rápidas, mix de aeronaves e separação entre aeronaves, entre outras. Se o aeroporto operasse o tempo todo em sua capacidade máxima, não teria condições de absorver os atrasos gerados por eventos imprevisíveis, como condições meteorológicas desfavoráveis, assim, a capacidade operacional é definida como um percentual, normalmente entre 80% e 90%, da capacidade teórica, para que atrasos ocasionais possam ser absorvidos ao longo do dia, em poucas horas”. MODENA, Carlos Cesar. *Op. cit.*, p. 138.

12. *Idem.*

13. Art. 3º, da Resolução nº 682/2022 da ANAC.

seguidos quando da determinação dos aeroportos coordenados, é a Resolução nº 683, de 7 de junho de 2022 da ANAC.

Neste sentido, o acesso ao uso dos *slots* aeroportuários está sujeito à regulação da ANAC, que é o coordenador, a quem compete disciplinar as autorizações de pousos e decolagens de aeronaves civis, de acordo com o disposto na Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005^[14].

A alocação *slots*, está intimamente ligada à infraestrutura aeroportuária, ou melhor, à sua escassez, e todos os sistemas de distribuição de *slots* tendem a tentar equacionar esta limitação material, de tempo e infraestrutura, no sentido de aperfeiçoar o transporte aéreo nestes aeródromos congestionados, ou coordenados.

Importa atentar que algumas estruturas de alocação de *slots* existentes nas regulações atuais de boa parte dos países desenvolvidos, tentam enfrentar esta equação e abrandar as limitações expostas. Nos pontos a seguir, analisaremos as experiências da IATA, dos Estados Unidos e, por fim, da União Europeia, que utiliza uma variante do tipo utilizado pela IATA, na regulação dos slots^[15].

1.3. A Associação Internacional de Transporte Aéreo – IATA

A IATA é uma organização privada internacional que representa quase 300 companhias aéreas, o que é quase 85% do tráfego aéreo atual em todo o mundo. Ela fornece um conjunto de diretrizes, denominado *Worldwide Slot Guidelines*

14. Lei de criação da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm

15. BOTELHO, Dulce S. da Fonseca. *A Regulação na Aviação Civil*. In Estudos de Direito Aéreo – I Pós-graduação em Direito Aéreo e Direito Espacial – Coord. Jorge Bacelar Gouveia. ALMEDINA. Coimbra, 2007, p. 237.

(WSG)^[16], para a distribuição e gestão de *slots* nos aeroportos cuja infraestrutura existente é insuficiente para acomodar a demanda das empresas aéreas.

Segundo o WSG, o objetivo primordial da coordenação de um aeroporto é assegurar a utilização mais eficiente da infraestrutura aeroportuária com vistas a beneficiar o maior número de utilizadores do aeroporto. Tal documento não tem força vinculante para os países, porém suas diretrizes servem de base para as legislações de diversos países.

No sistema proposto pela IATA é indicado um critério de classificação dos aeroportos de acordo com o nível de saturação enfrentado. Aeroportos nível 1 são aqueles em que a infraestrutura existente é adequada para suprir a demanda das companhias aéreas em todos os horários e, portanto, não necessitam de qualquer acompanhamento. Já os de nível 2 são aqueles que enfrentam potencial de congestionamento durante alguns períodos do dia, semana ou temporada, mas que a designação de um facilitador e a cooperação voluntária entre as companhias aéreas são capazes de solucionar a alocação dos horários de chegadas e partidas de aeronaves. Os de nível 3 enfrentam congestionamento mais severo durante períodos relevantes e precisam ser efetivamente coordenados para alocação dos *slots*.

O calendário para as operações é dividido em duas temporadas, verão e inverno no hemisfério norte, e os princípios centrais para alocação de *slots* são os seguintes: 1) *Slots* só podem ser alocados por um coordenador aeroportuário regularmente indicado, funcional e financeiramente independente de qualquer das partes interessadas; 2) *Slots* só podem ser alocados para empresas

16. Para este estudo, será considerado o WSG, Effective 1 January 2017, 8th Edition, disponível em: <https://www.iata.org/policy/slots/Documents/wsg-8-english.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2019. Esclarecendo, no entanto, que fora publicado recentemente novo WSG, em 1º de julho de 2022, disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/4ede2aabfcc14a55919e468054d714fe/wasg-edition-2-english-version.pdf>.

aéreas ou outros operadores de aeronaves; 3) Uma empresa aérea ou outro operador de aeronave deve ter um *slot* alocado antes de operar em um aeroporto coordenado; 4) Uma empresa aérea pode reter os *slots* com base na precedência histórica (*grandfather rights*) de utilização, desde que tenha operado voos utilizando o referido *slot* em pelo menos 80% do tempo na temporada imediatamente anterior (*use it or lose it*); 5) *Slots* históricos não podem ser retirados de uma empresa aérea para acomodação de novas companhias ou de qualquer outro tipo de operador; 6) *Slots* podem ser livremente transferidos ou trocados entre companhias aéreas, ou ainda utilizados como parte de operações conjuntas.

A regra de precedência histórica (*grandfather rights*) por vezes é considerada a base de todo o processo de alocação e representa uma fonte de estabilidade para as empresas já consolidadas no mercado. A regra de 80% de utilização, originalmente não prevista nas regras da IATA, foi incorporada como forma de desestimular as empresas aéreas incumbentes de reter os slots com o propósito de restringir a competição e auferir rendas de escassez. Ainda assim, deve-se observar que, na maioria dos países, como os *slots* não podem ser comercializados, as empresas não enfrentam custos de oportunidade relevantes para reter essas posições em rotas apenas marginalmente lucrativas^[17].

Uma vez realizada a alocação inicial para as empresas que já atuam no aeroporto coordenado, forma-se um *pool* com os *slots* disponíveis, composto por aqueles voluntariamente devolvidos pelas empresas aéreas, retomados pelo coordenador aeroportuário, ou ainda, pela incorporação dos *slots* recentemente criados por eventual expansão ou modernização da infraestrutura aeroportuária. Uma

17. FONSECA, Ricardo Sampaio da Silva, REZENDE, Caio Cordeiro de, e CALDEIRA, Thiago Costa Monteiro. *Alocação de Slots em Aeroportos Congestionados: Análise Econômica dos Mecanismos de Entrada*. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 1, maio, 2015, pp. 28-63. CADE. Brasília, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/135-547-1-PB.pdf. Acesso em 1º de agosto de 2019.

segunda etapa da alocação é, então, realizada, destinando 50% dos *slots* do pool às chamadas novas entrantes (empresas que detenham menos de 5 *slots* por dia no aeroporto coordenado) e dando prioridade às requisições de voos anuais e àquelas que preveem operações mais longas dentro de uma mesma estação.

Este sistema, de fato, possui algumas vantagens ^[18]. Inicialmente, deve-se considerar que se trata de um conjunto de regras e procedimentos já consolidados e de abrangência internacional, abarcando em torno de 250 aeroportos, que o adotaram de alguma forma, e que possui baixos custos operacionais. Essas características favorecem a adoção de padrões de alocação de *slots* harmonizados, tanto nos aeroportos de origem como nos de destino, fator crucial para que cada rota possa operar eficientemente. Também propicia regras de prioridade claras, o que é o mínimo que se pode esperar de um sistema administrativo, mas com suficiente grau de abstração das recomendações para permitir a incorporação de elementos da legislação local, como questões relacionadas a possíveis restrições ambientais, administrativas e de capacidade ^[19].

Por outro lado, as empresas entrantes usualmente alegam, com razão, que os *grandfather rights* negam-lhes a oportunidade de entrar no mercado e competir com as companhias já estabelecidas. De fato, no arcabouço atual o único canal por onde poderiam ocorrer alterações significativas na distribuição de *slots* seria a alocação daqueles provenientes do *pool* dos *slots* disponíveis, que, geralmente, possui uma quantidade insuficiente para permitir uma real contestação do mercado ^[20].

18. ULRICH, C. How the Present (IATA) Slot Allocation Works. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

19. CZERNY, A. I.; FORSYTH, P.; GILLEN, D.; NIEMEIER, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

20. FONSECA, Ricardo Sampaio da Silva. *Op. cit.*, pp. 28-63.

Além disso, uma alta proporção dos *slots* disponíveis possui pouco valor comercial, pois se referem a horários de baixa demanda de voos. Finalmente, a definição de empresa entrante limitada a 5 *slots* por dia ^[21] é mais um obstáculo ao surgimento de um novo competidor efetivo no aeroporto, uma vez que as entrantes passam, rapidamente, à condição de incumbente, perdendo a prioridade na redistribuição dos *slots* do *pool*.

1.4. Estados Unidos da América – EUA

Seja por força da grande quantidade de aeronaves disponíveis após a II Guerra Mundial, e a sua consequente utilização no transporte aéreo estadunidense, seja por deficiência da infraestrutura aeroportuária, ainda em fase de adaptação ao crescente número de voos, aeronaves e passageiros, os EUA foram o primeiro país a sentir dificuldades quanto ao congestionamento dos aeroportos, já no início da década de 1960.

Para fazer frente a tais problemas a *Federal Aviation Administration* (FAA), autoridade reguladora americana, editou em 1968 o *High Density Rule*, que instituiu o sistema de *slots*, com a consequente restrição de utilização da capacidade de pousos e decolagens nos aeroportos mais congestionados (JFK e *La Guardia*, em Nova Iorque; *O'Hare* em Chicago; e *National*, em Washington) ^[22].

Na metade da década de 1980, em meio a críticas de concentração de *slots* nas empresas incumbentes, e limitação da concorrência, a FAA aplicou as chamadas regras de uso *use it or lose it*. Estas regras estabeleceram um mínimo de utilização de 80% de utilização por cada período, sob pena de perda do *slot*.

21. No Brasil era usada esta regra, determinada pela Resolução ANAC nº 338/2014. Contudo, no processo de realocação dos *slots* deixados pela falência da empresa aérea AVIANCA, em 2019, esta foi modificada para favorecer as empresas entrantes. Notícia publicada em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/azul-passaredo-e-map-ficam-com-horarios-que-eram-da-avianca-em-congonhas.shtml>. Acesso em 1º de agosto de 2019.

22. FONSECA, Ricardo Sampaio da Silva. *Op. cit.*, p. 43.

Após modificações superficiais em 1986 e 1990, no que se refere à comercialização dos *slots*, em 2000, foi implantado o *Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* (AIR 21), que, com a tentativa de abrir os aeroportos congestionados e promover a competição entre as empresas aéreas, pôs fim às restrições dos *slots* nos citados aeroportos, admitindo sorteios das faixas horárias disponíveis.

No subsequente ano de 2001, a crise que se seguiu aos atentados de 11 de setembro, juntamente com estas medidas tendentes à abertura do mercado, acabaram por afetar de forma importante as empresas tradicionais, o que acabou por dar espaço às chamadas *low cost carriers*, e ao crescimento da competição nos aeroportos ianques.

Importa mencionar também, que os Estados Unidos utilizam o sistema de *filas*, por meio do qual as companhias aéreas podem alocar quantos voos tencionarem, com limite preestabelecido, sendo que a permissão para pousos e decolagens é feita com base nos critérios estabelecidos pelo Anexo 9 da Convenção de Chicago^[23], quais sejam: 1) voo regular; 2) voo internacional; 3) maior número de passageiros; 4) maior porte da aeronave; e 5) voo em trânsito.

Igualmente, vem sendo aceito pelas autoridades regulatórias norte americanas, a prática do *slot swap*, pelo qual as empresas aéreas são permitidas transacionar entre si os *slots* que possuem, num claro acolhimento dum mercado secundário.

Esta verdadeira gangorra regulatória verificada no sistema americano revela a complexidade do sistema de alocação de faixas horárias, assim como a inescandível ausência de harmonia quanto

23. Ver RODRIGUES, Gualdino. *Aviação Civil Internacional – O Sistema Jurídico de Chicago*. Editora TLPE. Luanda, Angola, 2010, pp. 132-155. Igualmente, FREITAS, Tiago Fidalgo de. *Compliance Through Participation: Global Administrative Law and the Role of IATA in the making of SARPs by ICAO*. In *Liber Amicorum*, Vol. II – Fausto de Quadros. Coord. Marcelo Rebelo de Sousa e Eduardo Vera-Cruz Pinto. Almedina. Coimbra, 2016.

às alternativas para tal setor, e implementação de mudanças de políticas que possam ser unanimidade entre todos os partícipes.

1.5. União Europeia – UE

Nos anos 1960, sob os auspícios da IATA, as companhias aéreas europeias se reuniram de forma voluntária para dar início ao processo de alocação de *slots* ^[24], sendo que alguns países foram admitindo tais regras de forma gradual, até a edição em 1993, pela União Europeia do Regulamento (CEE) n.º 95/93, do Conselho de 18 de janeiro de 1993, sendo alterado posteriormente pelo Regulamento (CE) n.º 793/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004 ^[25], em plena vigência atualmente.

O Regulamento adotou o mecanismo de autorregulação, temperado com a observância de princípios *jus* concorrenciais, e, com a evolução do setor ^[26], igualmente, consagram os princípios do *grandfather rights* e do *use it or lose it*, e acabou por influenciar sobejamente a regulamentação brasileira, como será visto adiante.

No que se refere ao âmbito de aplicação do Regulamento, este é aplicável a todos os aeroportos da UE, conforme art. 1º, nº 1, sendo dirigido ao mercado comunitário do transporte aéreo, não dependendo da nacionalidade das companhias aéreas que pretendam explorar uma determinada faixa horária. Por obviedade, somente se aplica aos aeroportos coordenados e aeroportos com horários facilitados, ou seja, aeroportos congestionados, sendo que esta classificação caberá a cada Estado membro, em observância ao regime previsto no art. 3º do Regulamento.

24. Diretrizes Mundiais para *Slots*, 8ª Edição, Versão Português Brasileiro. Disponível em: https://www.academia.edu/37829382/Diretrizes_Mundiais_para_Slots.

25. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0793>.

26. ALVES, Hugo Ramos. *Op. cit.*

Por estas regras, cada país, por suas respectivas autoridades de aviação, alocam os *slots* disponíveis nos aeroportos designados, e as empresas aéreas têm que ter um mínimo de 80% de utilização, num período predefinido de 3 meses, e, quanto à distribuição para empresas entrantes e incumbentes, a divisão é feita à razão de 50% para cada categoria, do total de *slots* disponíveis.

Este mecanismo, por *cotas*, se caracteriza por cada aeroporto ou autoridade competente definir o número máximo de operações de pouso e decolagem que o aeroporto comporta nos horários determinados. Os *slots* são então alocados entre as companhias aéreas de acordo com as conferências da IATA ^[27].

A crítica que se faz a este sistema é em razão da distribuição de *slots* ser efetuada com base em critérios de antiguidade (*grandfather rule*), que não necessariamente prioriza a empresa mais eficiente. A vantagem está na previsibilidade das frequências ao longo do ano. Isto porque há pouca variação na alocação do *slot*, de modo que as companhias podem planejar a venda de bilhetes a longo prazo com baixo risco de serem impedidas de operar naquele horário.

O Regulamento 95/93 admitia a permuta de *slots*, um a um, porém, se cala quanto sua comercialização. Tal fator acaba por gerar um mercado secundário de comercialização de *slots*, que, apesar de não ser ilegal, posto que não previsto na norma vigente, contraria entendimentos sedimentados pelo Conselho da UE.

Pelo regime atual, não haverá obstáculo a este mercado, contanto que um negócio jurídico tendo por objeto faixas horárias seja apresentado como uma permuta deverá o mesmo ser confirmado pelo coordenador, na atribuição de faixas horárias e, em seguida, proceder à respectiva permuta, não deverá ser levantada objeção pelo coordenador ^[28].

27. CRAVO, Beatriz Malerba. *Op. cit.*, p. 174.

28. ALVES, Hugo Ramos. *Op. cit.*

2. A Regulação de Faixas Horárias no Brasil

Historicamente, o setor de aviação civil no Brasil foi marcado por períodos de intenso controle estatal. Por meio de políticas regulatórias, o Estado intervinha diretamente na prestação deste serviço, estabelecendo políticas tarifárias e fixando o número de competidores a atuar nos determinados mercados, definidos pelas rotas alocadas às companhias aéreas.

As tarifas eram tabeladas pelo órgão, então competente para tal, o Departamento de Aviação Civil (DAC), impedindo as empresas aéreas estabelecer seus preços. Rotas, frequências e horários eram determinados pela autoridade aeronáutica. O ambiente concorrencial era quase nulo.

Todavia, no início dos anos 1990, e a política de *flexibilização*, as empresas passaram a atuar com mais liberdade, inclusive de preços, fomentando a competição, barateando o serviço e modificando toda a estrutura do setor, com a consequente liberação de preços de passagens, e entrada de novas companhias aéreas no mercado. O marco legal do setor, considerado o advento da Lei nº 11.185/2005, com a criação da ANAC, assinalou a liberação do mercado.

A liberação do mercado, e consequente aumento da concorrência, redundou num aumento de demanda, o que não foi acompanhado na mesma proporção pela infraestrutura aeroportuária, exigida ao atendimento das companhias aéreas e seus passageiros, o que resultou no congestionamento dos aeroportos centrais da malha aérea brasileira, representando um verdadeiro gargalo para o desenvolvimento do setor, bem como à entrada de novas empresas no mercado.

Diante do ambiente aeroportuário congestionado, a solução encontrada pelo regulador, a ANAC, para tentar

organizar a oferta de serviços, incompatível com a infraestrutura existente, foi a implantação da política de alocação dos *slots*. Neste sentido, para se entender a realidade brasileira, é preciso que se faça uma relação entre a infraestrutura aeroportuária e o mercado de aviação ^[29].

É certo que a aviação civil depende da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica para se desenvolver e operar de forma regular. A liberalização e a desregulamentação do mercado, assim como a criação da ANAC trouxeram questões antes não enfrentadas pelo DAC, especialmente no que tange ao processo de regulação de atribuição de *slots*.

Um dos grandes desafios enfrentados pela ANAC, como autoridade reguladora, é a questão da limitação do acesso à infraestrutura por meio da alocação de *slots*. Isto porque se pode afirmar que a concessão do *slot* é uma maneira de conferir poder de mercado a uma companhia aérea, já que é a única forma de ela agir no mercado em que atua ^[30].

Embora os *slots* possam ser considerados como um subproduto da infraestrutura aeroportuária ^[31], o legislador brasileiro fez absoluta questão de especificar essa atribuição, por conta de sua importância e da concorrência no transporte aéreo, quando detalhou as atribuições e competências da nova agência. O art. 8º da Lei nº 11.185/2005, impõe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, observando os princípios legais da administração pública, competindo-lhe, nomeadamente, regular

29. LEURQUIN, Pablo. *A Regulação da Aviação Civil no Brasil – Desenvolvimento Econômico, Integração Regional e Inter-regional*. Editora Lumen Juris Direito. Rio de Janeiro, 2016, p. 140.

30. CRAVO, Beatriz Marbela. *Op. cit.*, p. 166.

31. MODENA, Carlos Cesar. *Op. cit.*, p. 142.

as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura aeroportuária disponível.

Tamanha fora a importância da questão das faixas horárias, que já no subsequente ano à criação da ANAC, a agência editou a Resolução nº 2, de 3 de julho de 2006, a tratar do tema, onde a regulação dos *slots*, adotou a chamada “grade de rodízio”^[32], que especifica uma espécie de fila entre as empresas prestadoras de serviços aéreos para efeito de alocação do direito de pouso e decolagem, que ocorreria de forma automática sempre que houvesse a alocação dum par de *slots*, de maneira que, quando a fila avança, a empresa subsequente é contemplada com o seguinte par de *slots* a ser concedido^[33].

Ao tratar, naquela oportunidade, apenas dos *slots* disponíveis, a regulamentação deixara evidente a adoção do princípio do precedente histórico, ou *grandfather rights*, por meio do qual as empresas incumbentes têm direito de permanecer com seus *slots* indefinidamente, desde que tenham um mínimo de aproveitamento, sendo este mínimo estabelecido por uma regra de uso, o *use it or lose it*^[34].

Em julho de 2014, a ANAC editou a Resolução nº 338, que veio regulamentar a alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados e dispor sobre os aeroportos de interesse, mantendo, igualmente, o precedente histórico, assim também como a regra do *use it or lose it*, revogando a Resolução n.º 2/2006, posteriormente também revogada pela *nouveau* Resolução nº 682, de 7 de junho de 2022.

32. *Id.*, p. 143.

33. *Ibid.*, p. 141.

34. MODENA, Carlos Cesar. *Op. cit.*, p. 143.

Há diferentes visões sobre a questão do precedente histórico. Novos entrantes alegam que esta regra lhes nega oportunidades de entrar no mercado e competir com as principais operadoras. Por outro lado, as operadoras incumbentes, que se beneficiam do *grandfather right*, argumentam que mantêm a estabilidade e continuidade no agendamento o que facilita o planejamento de longo prazo^[35]. Tal afirmação, de *per si*, retrata bem o dilema presente quanto à regulação de *slots*, e que, como se percebe da nova Resolução, apenas manteve tais princípios.

Restou, portanto, a perpetuar um direito quase que vitalício, porque o direito ao uso do *slot* por outra companhia aérea somente poderá ser exercido quando, e se, a empresa incumbente não cumprir pelo menos uma das condições especificadas no art. 41 da Resolução 682/2022, quais sejam: a) operar abaixo do mínimo da meta de regularidade (art. 40); b) caso se verifique mal uso intencional dos *slots* alocados; c) perda do certificado de operador aéreo; ou d) caso se verifique que a cia. aérea não detinha histórico de *slots* ou não era para tal elegível.

É de nosso entendimento, que a atual regulamentação de *slots* no Brasil restringe a concorrência, na medida em que mantém a regra do precedente histórico, impedindo às empresas aéreas entrantes de obterem as faixas horárias de forma equitativa às empresas atuantes. A consequência é uma concentração de mercado, com formação clara de monopólios, ainda que setoriais.

Neste sentido, é possível constatar que a regulação implantada pela ANAC acabou fomentando a concentração dos direitos de *slots* mais rentáveis em poucas empresas. Além disso, houve um acúmulo de movimentação em poucos aeroportos que levou à

35. MATTHEWS, Bryan; MENAZ, Batoool. *Airport Capacity: The Problem of Slot Allocation*. Institute for Transport Studies, University of Leeds, Nov. 2003, p. 3. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.456.5055&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 1º de janeiro de 2019.

deterioração da malha aeroviária e à diminuição da quantidade de cidades abrangidas pelo serviço aéreo nacional, gerando redução na universalidade do serviço. Esta situação, no caso brasileiro, gerou uma concentração do mercado de aviação civil em duas únicas empresas, de mais de 70%.

2.1. Processo de Atribuição de Faixas Horárias

A ANAC é a autoridade aeronáutica do Brasil, criada como uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Defesa, por força da Lei n.º 11.182/2005, cuja atribuição é de regular e fiscalizar a aviação civil, e a infraestrutura aeroportuária^[36], sendo o coordenador do sistema^[37], quando se trata de *slots*.

Pelo texto da Resolução n.º 682/2022, art. 3º, III, serão considerados coordenados os aeroportos cujo nível elevado de ocupação comprometa qualquer um dos componentes críticos (pista, pátio ou terminal), seja em determinadas horas do dia, ou dias da semana, ou períodos do ano, ou ainda por outras circunstâncias previstas na mesma resolução, e que seja declarado como tal pela própria ANAC. Nesse sentido, este mesmo artigo compartimentou os aeroportos conforme o grau de ocupação da sua capacidade, em três categorias ou níveis. Vejamos:

Nível 1, é o aeroporto cuja capacidade aeroportuária é geralmente adequada para atender às demandas de operações aéreas solicitadas por empresas de transporte aéreo e operadores aéreos; nível 2 (facilitado), aeroporto cujo nível de ocupação da capacidade aeroportuária possui potencial de congestionamento que pode ser resolvido por meio de ajustes de programação

36. SOUSA, Fábio Gomes. *ANAC – Agência Reguladora*. In Direito Aeronáutico. Orgs. Alessandro Azzi Laender, Sérgio Luís Mourão e Juliana Veloso Leite e Silva. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019, pp. 507/520.

37. In MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Agências Reguladoras – A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional Brasileira*. Fabiano André de Souza Mendonça. Natal, 2015. Igualmente: SOARES, Sabrina Pereira. *Responsabilidade Civil da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011.

mutuamente acordados entre o operador do aeroporto e empresas de transporte aéreo ou operadores aéreos, ou ainda por outras circunstâncias previstas naquela Resolução, e que tenha sido declarado como tal pela ANAC; e, por fim, os aeroportos de nível 3, ou assim chamados “coordenado”, conforme já acima conceituado ^[38].

Aeroporto coordenado, portanto, figura essencial e pressuposto para própria conceituação de *slot*, é aquele que está saturado, cuja demanda de tráfego é superior ao máximo que pode oferecer com segurança e atenção às regras operacionais, só podendo aceder a esta categoria quando comprometida sua capacidade logística crítica (pista, pátio ou terminal), e por declaração expressa da ANAC (art.3º, III, da Resolução n.º 682/2022).

O processo de alocação de *slots*, no Brasil, se sustenta primordialmente nos denominados direitos de permanência ou precedente histórico (*grandfather rights*), bem como nas regras de aproveitamento mínimo (*use it or lose it*), ambos já *sus*o mencionados.

O precedente histórico, porém, não é absoluto, isto porque comporta relativização justamente para viabilizar que novas empresas (entrantes) tenham condições de acessar a infraestrutura aeroportuária.

O art. 33 da Resolução n.º 682/2022, determina que a alocação inicial deverá observar o que segue: 1) histórico de *slots*; 2) alterações de histórico de *slots*; e 3) novas solicitações de *slots* (banco de *slots*). Contudo, o seguinte parágrafo 5º, deste artigo, revela uma flexibilização desta regra, quando infirma que caso se verifique condição que implique em barreiras à entrada, com potencial

38. Disponível em: <https://www.asasdalei.com.br/aloca%C3%A7%C3%A3o-e-monitoramento-de-slots>.

prejuízo à contestabilidade do mercado e à competição efetiva, diferentes critérios para a alocação inicial poderão ser estabelecidos por meio de regulamentação específica.

O legislador sabiamente reconhece a limitação concorrencial do *the grandfather rights* que pode, eventualmente, criar barreiras à entrada de novos atores, o que certamente causaria prejuízo à competitividade do mercado.

Se por um lado, então, o processo de alocação guarda harmonia com as diretrizes gerais da IATA relativamente ao precedente histórico, assim o faz com objetivo justamente de criar mecanismos de previsibilidade e estabilidade para aqueles operadores aéreos que já atuavam e atuaram em outras temporadas anteriormente num dado aeroporto que passou a ser declarado como coordenado ^[39].

Mas como se disse, o respeito à precedência de modo a garantir aos que primeiro chegaram a plena utilização das infraestruturas, traz inevitavelmente um sério risco à concorrência. Isto porque, se não houver adição de outras diretrizes para acompanhamento e monitoração do uso dessas infraestruturas pelas companhias com direito de precedência histórico, certamente poderão elas abusar do direito de uso, prejudicando em contrapartida a competitividade, prejudicando em última análise, os consumidores ^[40].

O artigo 41 da Resolução (já tratado aqui) prevê que uma empresa não obterá histórico de *slots* para uma próxima temporada no caso de operação abaixo do mínimo da meta de regularidade. Do mesmo modo, o mau uso intencional dos *slots* alocados também acarreta a perda do direito histórico.

39. *Idem.*

40. *Ibidem.*

Do exposto, se verifica uma substancial semelhança no processo de atribuição de *slots* brasileiro ao procedimento europeu, assim como da própria IATA, especificamente quanto à manutenção dos direitos de preferência histórica, assim como das regras de *use it or lose it*. A seguir, uma abordagem sobre a possibilidade de transferência das faixas horárias, por parte dos beneficiários, as operadoras e transportadoras aéreas.

2.2. Troca e Cessão de Faixas Horárias

Considerando a escassez de infraestrutura em alguns aeroportos e a grande disputa entre as companhias aéreas, verifica-se no Brasil assim como nos demais países, que os *slots* passaram a ser considerados *como se fossem* ativos das companhias aéreas, uma mais valia com relevante valor econômico. Entretanto, é imperativo observar que os *slots* não são, técnica e juridicamente, propriedade das companhias aéreas. Conforme o art. 12 da Resolução nº 682/2022, a utilização das faixas horárias pelas companhias aéreas não implica nem decorre de direito de propriedade, mas de mera de autorização, pela ANAC, de uso temporário.

Tal afirmação leva à consequente conclusão de que não seria possível a alienação, transferência ou doação de *slots*. Não obstante, o art. 14 admite a troca de *slots* entre empresas de transporte aéreo, desde que efetuada em número equivalente (um para um), mediante convalidação da ANAC, que avaliará as características de cada operação e a capacidade aeroportuária declarada para o aeroporto.

Aceita-se ainda, a permuta de *slots* realizada entre empresas de transporte aéreo pertencentes ao mesmo grupo econômico, ou seja, a própria empresa, suas controladoras, controladas e coligadas, bem como as controladas e coligadas das controladoras e das coligadas de

transporte aéreo. É o que se pode denominar de transmissão interna de faixas horárias, ou, transmissão *intra* grupo.

É vedada a troca de *slots* que tenham sido alocados a empresa aérea entrante, à exceção de serem as negociantes consideradas, ambas, entrantes. Se não tiverem histórico de *slots*, e, por fim, se esta alteração beneficiar a infraestrutura aeroportuária, a critério do coordenador de alocação de faixas horárias (Art. 14, §2º).

O art. 15 da Resolução determina ser permitida a cessão de *slots* entre empresas de transporte aéreo que operam ou planejam operar no aeroporto, mediante solicitação do interessado, e convalidação da ANAC que avaliará as características de cada operação e a capacidade aeroportuária declarada do aeroporto, observando o histórico de *slots*, podendo ser revogada a qualquer momento pela ANAC, caso não atendidos os requisitos da Resolução 682/2022.

Por fim, há a possibilidade de perda da série de faixas horárias adquiridas, por parte do transportador, ou do operador aéreo em qualquer dos casos descritos no art. 41 da Resolução, quais sejam: a) operação abaixo do mínimo estabelecido na meta de regularidade; b) caso se verifique o mau uso intencional dos *slots* alocados; c) perda do certificado de operador aéreo, ou; d) caso se verifique que a empresa de transporte aéreo não detinha histórico de *slots* ou não era elegível ao histórico de *slots*. Esta enumeração de causas de perda dos *slots* é *numerus clausus*.

O *slot* eventualmente retirado da base de *slots* da empresa de transporte ou do operador aéreo será transferido para o banco de *slots* da temporada, para fins de redistribuição, sem, contudo, gerar histórico para a próxima temporada equivalente, ou seja, não gerará os *grandfather rights* para a empresa que o perdera.

3. Conclusões

A alocação de faixas horárias em aeroportos congestionados é um mecanismo que se revelou fundamental para garantir o acesso de novos entrantes, a eficiência e a concorrência no mercado de transporte aéreo, redundando num bem-estar social. A regulação atual no Brasil e em diversos países, garante o princípio do precedente histórico (*grandfather rights*) na alocação de *slots*, condicionado a regras de uso (*use it or lose it*) que exigem uma utilização mínima dos horários de voo para que as empresas aéreas mantenham esse direito de uso.

A regra atual vigente no Brasil, nos parece, se alinha com os procedimentos adotados internacionalmente pela IATA, como entidade representativa das empresas aéreas, no tocante ao calendário, etapas e conceitos. Todavia, tem o condão de adotar alguns mecanismos capazes de incentivar a eficiência do uso da infraestrutura aeroportuária saturada, e promover o acesso de novas entrantes nos aeroportos mais relevantes.

Aquela resolução da ANAC se revela uma verdadeira evolução em termos de regulação, tendo em vista o histórico intervencionista estatal que tem a regulação aeronáutica no Brasil, quando confere meios de fomentar a concorrência e transparência dos processos.

Portanto, em que pese a hercúlea tarefa de adequar as normas de distribuição de *slots* à escassez do insumo, e às peculiaridades de cada realidade, o ANAC no Brasil parece, agora, seguir uma trilha que pode levá-la a bom termo, no sentido de incentivar a concorrência, e, por via de consequência, promover o bem-estar social no mercado.

4. Bibliografia

ARAÚJO, Alvaro Bauzá. *Tratado de Derecho Aeronáutico, Volume 1. A. M. Fernández*, 1976. Original de Universidade do Texas. Digitalizado em 14 de agosto de 2009. Disponível em: https://books.google.pt/books/about/Tratado_de_derecho_aeron%C3%A1utico.html?id=XilGAAAYAAJ&redir_esc=y. Acesso em 29 de maio de 2018. BAGANHA, José Tomás. *Introdução ao Direito Aéreo Internacional – Parte I e II*. Textos publicados na Revista de Administração, nos 34 e 35, 1996. Disponível em: www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM_004082 e www.safp.gov.mo/safppt/download/WCM_004092, respectivamente. Acesso em 19 de maio de 2018.

BOTELHO, Dulce S. da Fonseca. *A Regulação na Aviação Civil*. In Estudos de Direito Aéreo – I Pós-graduação em Direito Aéreo e Direito Espacial – Coord. Jorge Bacelar Gouveia. ALMEDINA. Coimbra, 2007.

CRAVO, Beatriz Malerba. *A Alocação de Slots e a Concorrência no Setor de Transporte Aéreo*. In Journal of Transport Literature. Vol. 8, nº 1, pp. 159-177, Jan. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312014000100008. Acesso em 22 de maio de 2019.

CZERNY, A. I.; FORSYTH, P.; GILLEN, D.; NIEMEIER, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Ashgate Publishing Limited. Hampshire, 2008.

DIEDERICKS-VERSCHOOR, I. H. Ph., *An Introduction to Air Law*. Kluwer Law International, The Hague, 2001.

DUARTE Jr., Ricardo. *Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa – Uma Questão de Legitimidade*. Juruá Editora. Curitiba, 2014.

DUQUE, Raquel dos Santos. *Aviação Civil e Segurança Internacional, Working Paper nº 8*, Observatório Político, publicado em 15/3/2012. Disponível em: www.observatoriopolitico.pt. Acesso em 18 de novembro de 2018.

FIXEL, Rowland W. *The Law of Aviation. Third Edition*. The Michie Company, Law Publishers. Charlottesville, Virginia, 1948.

FONSECA, Ricardo Sampaio da Silva, REZENDE, Caio Cordeiro de, e CALDEIRA, Thiago Costa Monteiro. *Alocação de Slots em Aeroportos Congestionados: Análise Econômica dos Mecanismos de Entrada*. In Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 1, Maio, 2015, pp. 28-63. CADE. Brasília, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/135-547-1-PB.pdf>. Acesso em 1º de agosto de 2019.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. *Compliance Through Participation: Global Administrative Law and the Role of IATA in the making of SARPs by ICAO*. In Liber Amicorum, Vol. II – Fausto de Quadros. Coord. Marcelo Rebelo de Sousa e Eduardo Vera-Cruz Pinto. Almedina. Coimbra, 2016.

GARDINER, Richard K., *International Law*. Person Education Limited. Harlow, 2003. GRIGORI, Michele. *Profili Normativi della Navigazione Aerea*. Cacucci Editore. Beri, 2008.

INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION – IATA. Worldwide Slot Guidelines. Effective 1 January 2017. 8th Edition. English Version. Disponível em: <https://www.iata.org/policy/slots/Documents/wsg-8-english.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2019.

LEURQUIN, Pablo. *A Regulação da Aviação Civil no Brasil – Desenvolvimento Econômico, Integração Regional e Inter-regional*. Editora Lumen Juris Direito. Rio de Janeiro, 2016.

MATOS, Dalmo B. *Autonomia do Direito Aéreo*. In Revista Brasileira de Direito Aeronáutico. Publicação da Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico. Nº 4, abril/junho. Rio de Janeiro, 1952.

MATTHEWS, Bryan; MENAZ, Batool. *Airport Capacity: The Problem of Slot Allocation*. Institute for Transport Studies, University of Leeds, Nov. 2003, p. 3. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.456.5055&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 1º de janeiro de 2019.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Agências Reguladoras – A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional Brasileira*. Fabiano André de Souza Mendonça. Natal, 2015.

MESQUITA, Ivan Muniz de. *O Direito Aeronáutico e sua Evolução*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 3961, 6 de maio de 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28113>. Acesso em 19 de março de 2018.

MILHOMENS, Jonatas. *Direito Aeronáutico*. Editora Nacional do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1956.

MODENA, Carlos Cesar. *Regulação de Slots Aeroportuários e Concorrência no Transporte Aéreo no Brasil*. In Regulação e Concorrência no Setor Aéreo no Brasil – Alternativas Possíveis. Org. Leandro Novais e Silva. Editora Singular. São Paulo, 2014.

NETTO, Itamar Claudio. *Sistemas de Aviação Civil*. Disponível em: <http://itamarclaudionetto.no.comunidades.net/sistemas-da-aviaao-civil>. Acesso em 29 de maio de 2018.

OLIVEIRA, Diogo de. *Histórico Evolutivo da Aviação Civil e a Necessidade da Regulamentação Internacional*. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/diogo-de-oliveira/artigos/historico-evolutivo-da-aviacao-civil-e-a-necessidade-da-regulamentacao-internacional>. Acesso em 29 de maio de 2018.

PORTUGAL, António Moura, TEIXEIRA, Inês. *Regulação da Aviação Civil*. In Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo? Coord.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio. Almedina. Coimbra, 2009.

RODRIGUES, Gualdino. *Aviação Civil Internacional – O Sistema Jurídico de Chicago*. Editora TLPE. Luanda, Angola, 2010.

SIVIERO, Filipe. *Direito Aéreo Internacional*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC28/06/2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/direito-internacional/272-dto-aereo-internacional. Acesso em 01 de junho de 2018.

SOARES, Sabrina Pereira. *Responsabilidade Civil da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011.

SOUSA, Fábio Gomes. *ANAC – Agência Reguladora*. In Direito Aeronáutico. Orgs. Alessandro Azzi Laender, Sérgio Luís Mourão e Juliana Veloso Leite e Silva. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019.

STEFANI, Giorgio De. *Diritto Aereo*. 4ª Ed. Istituto Bibliografico Napoleone s.a.s. Roma, 2002.

ULRICH, C. *How the Present (IATA) Slot Allocation Works*. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

**Programa da XLV Jornadas
Latino-Americanas de Direito Aeronáutico
e Espacial e XIV Congresso Internacional de
Direito Aeronáutico - Ocorrido de 4 a 6 de
Outubro de 2023 em São Paulo - Brasil**

XLV Jornadas Latino- Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial

XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico



4 a 6 de outubro de 2023
São Paulo - Brasil

even3.com.br/alada2023/

LOCAIS COMISSÕES

COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Rodrigo Lima Vaz SAMPAIO
Dr. Ricardo BERNARDI
Dr. Eduardo Teixeira FARAH
Dra. Camila Leiko NAKAMURA

COMISSÃO PEDAGÓGICA

Prof. Mario O. FOLCHI, Presidente da Alada
Prof. Emilio E. ROMUALDI
Prof. Marco Fábio MORSELLO
Prof. Rodrigo Lima Vaz SAMPAIO
Dr. Henrique Dada PAIVA
Dra. Ana Flávia Paiffer dos SANTOS
Dra. Camila Leiko NAKAMURA

4 DE OUTUBRO

Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP),
localizado na Avenida Paulista, nº 1294, 19º andar, Bela
Vista, São Paulo - SP

5 E 6 DE OUTUBRO

Instituto de Ensino Superior e Pesquisa (INSPER),
localizado na Rua Quatá, nº 300, Vila Olímpia, São Paulo –
SP, Auditório, Térreo

PROGRAMA

4 DE OUTUBRO (QUARTA-FEIRA)

7h00 - 7h30: **Credenciamento**

7h30 - 8h00: **Sessão Solene de Abertura**

8h00 - 10h00: **Tema I. Circunstâncias extraordinárias no transporte aéreo**

Presidente de Mesa: Leopoldo TULLIO [ITA]

"Gli effetti dell'evento 'guerra' sui contratti di impiego dell'aeromobile"

Alessandro ZAMPONE [ITA]

"O acesso transnacional à Justiça no Transporte Aéreo Internacional de Passageiros: a Convenção de Montreal e o Direito Brasileiro"

Valeria Curi de Aguiar e Silva STARLING [BRA]

"Surgimiento de las circunstancias extraordinarias con ocasión de los pasajeros disruptivos y transporte de mascotas"

José Elías Del Hierro HOYOS [COL]

"Cancelación y retraso de los vuelos por circunstancias extraordinarias: examen jurisprudencial"

José Manuel Martín OSANTE [ESP]

10h00 - 12h00: **Tema II. Controvérsias atinentes ao dano moral no transporte aéreo**

Presidente de Mesa: Fernando Campos SCAFF [BRA]

"Não presunção do dano moral no transporte aéreo e a indústria do dano moral"

Rogério Lemos Passos MARTES [BRA]

"Trasporto aereo, bagaglio e tipologie di danno"

Elisabetta G. ROSAFIO [ITA]

Concepto de daño moral (extrapatrimonial) en Argentina y distinción con el daño psíquico y la cuantificación del mismo. Baremos y criterios"

Emilio E. ROMUALDI [ARG]

"La jurisprudencia de los tribunales brasileños. Desafíos y perspectivas"

Marco Fábio MORSELLO [BRA]

02

PROGRAMA

4 DE OUTUBRO (QUARTA-FEIRA)

12h00 - 15h00: **Almoço de Recepção aos Presidentes de Mesa e Relatores**

Restaurante Piselli

Edifício da Associação Comercial de São Paulo

15h00 - 17h00: **Tema III. Combustíveis Sustentáveis de Aviação**

Presidentes de Mesa: Bruno MAGGI [BRA]

"Como Ampliar a Produção e Consumo do Combustível Sustentável de Aviação: Regulação e Soluções de Mercado"

Ricardo BERNARDI [BRA]

"Saf et la perspective française"

Vincent CORREIA [FRA]

"Derecho de sobrevuelo, limitaciones a la propiedad y sostenibilidad en España"

Yolanda Bustos MORENO [ESP]

"Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas 2030"

Ricardo TREVISI [ARG]

17h00 - 19h00: **Tema IV. Regulação do transporte de carga**

Presidente de Mesa: Massimiliano PIRAS [ITA]

"Regulamentação ANAC para transporte de produtos perigosos"

Ricardo MALUF [BRA]

"La limitación de la responsabilidad de la compañías aereas por daños a la carga en el CM. Un acierto?"

María Victoria Petit LAVALL [ESP]

"El concepto de daño, como hecho generador de la responsabilidad, en el transporte aéreo de mercaderías"

Maximiliano Escobar SAAVEDRA [CHI]

"Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel trasporto aereo di merci"

Valentina CORONA [ITA]

03

PROGRAMA

5 DE OUTUBRO (QUINTA-FEIRA)

8h00 - 8h30: **Assembleia da ALADA**

8h30 - 10h30: **Tema V. Veículos aéreos não tripulados e novas tecnologias**

Presidente de Mesa: Rodrigo Lima Vaz SAMPAIO [BRA]

"Los drones como herramienta de investigación policial y de prueba ante el Poder Judicial"

Carlos VASSALO [ARG]

"La strategia europea sui droni (drone strategy 2.0)"

Anna Melania SIA [ITA]

"Drones: aspectos relevantes da regulação brasileira"

Roberto HONORATO [BRA]

"Responsabilidad por los daños causados por los drones autónomos"

Anna KONERT [POL]

10h30 - 12h30: **Tema VI. Direito Aeronáutico e Turismo**

Presidente de Mesa: Eduardo Teixeira FARAH [BRA]

"Proyecto de convenio internacional sobre el contrato de viajes"

Orlando NATIELLO [ARG] e Roxana CORBRÁN [URU]

"La responsabilidad de los agentes de viajes en el transporte aéreo"

Néstor BALIAN [ARG]

"Risco de agências de turismo e de consumidores de transporte aéreo frente ao Tema 210 do Supremo Tribunal Federal"

Joandre Antonio FERRAZ [BRA] e Patrícia FERRAZ [BRA]

"Nuove rotte, aiuti di Stato compatibili con il Tfu e sviluppo turistico delle regioni insulari"

Giovanni PRUNEDDU [ITA]

PROGRAMA

5 DE OUTUBRO (QUINTA-FEIRA)

12h30 - 14h30: **Intervalo para almoço**

14h30 - 16h30: **Tema VII. Novos paradigmas da regulação do espaço aéreo e a utilização de equipamentos militares**

Presidente de Mesa: Kleber Luiz ZANCHIM [BRA]

"Estruturação de projetos em Defesa"

Sandro CABRAL [BRA]

"Desafios para a aviação militar brasileira em um cenário de tráfego aéreo automatizado"

Coronel Samuel de Souza CIQUEIRA [BRA]

"La inteligencia artificial en la regulación del espacio aéreo con los nuevos ingenios del aire (VSTOL, RPAS) y sus desafíos jurídicos/operacionales"

Tito Muñoz REYES [CHI]

"Necessidade de regulamentação nacional e internacional dos voos sub-orbitais"

Valnora LEISTER [BRA]

PROGRAMA

6 DE OUTUBRO (SEXTA-FEIRA)

8h30 - 10h30: **Tema VIII. Aspectos controvertidos de direito espacial**

Presidente de Mesa: Brigadeiro Adyr da SILVA [BRA]

"Turismo Spaziale"

Michele COMENALE PINTO [ITA]

"Verso un nuovo diritto commerciale dello spazio?"

Luca ANCIS [ITA]

"La Inteligencia Artificial y el Derecho Espacial"

Marta GAGGERO [URU]

10h30 - 12h30: **Tema IX. Direitos e deveres dos passageiros e transportadores na realidade contemporânea**

Presidente de Mesa: Antonio José e SILVA [BRA]

"A importância da regulação responsiva da agência reguladora"

Luana Corina Medea ZUCCHINI [BRA]

"Los conflictos de leyes derivados de la protección de los pasajeros del transporte aéreo"

Manuel Sarmiento GARCÍA [COL]

"Os direitos do passageiro na jurisprudência e na justiça europeia"

Carlos Alberto Neves ALMEIDA [POR]

"Padrões mínimos de regulação e reconhecimento do contrato de transporte aéreo como instrumento de direitos e deveres"

Márcio SOUTO [BRA]

PROGRAMA

6 DE OUTUBRO (SEXTA-FEIRA)

12h30 - 14h30: **Intervalo para almoço**

14h30 - 16h30: **Tema X. Reflexões acerca dos slots aeroportuários**

Presidentes de Mesa: Sérgio Luís MOURÃO [BRA] e Alessandro Azzi LAENDER [BRA]

"Derecho excepcional en materia de slots. Usos y waivers a la luz del Reglamento 2022/2038 de la Unión Europea"

Juan Ignacio PEINADO GRACIA [ESP]

"El tratamiento regulatorio de los slots distante la pandemia y luego del COVID"

Miguel MENA RAMÍREZ [PER]

"Coordenação de aeroportos e alocação de slots no Brasil. Introdução à Resolução ANAC nº 682/2022"

Ricardo FENELON [BRA]

"Regulación de los SLOTS: Entre los intereses de los incumbentes y los nuevos actores"

Alejandro PIERA [PAR]

20h00: **Jantar de gala**

Restaurante Cantaloup

APOIADORES

Universidade de São Paulo - USP (São Paulo, Brasil)
Fundação Arcadas - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (São Paulo, Brasil)
INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa (São Paulo, Brasil)
SBDA - Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (Rio de Janeiro, Brasil)
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Universidad de Concepción (Chile)
Universidad de Sassari (Sardenha, Italia)
Universidad Externado de Colombia
Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)
Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (Bilbao, San Sebastián, España)
Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga (Espanha)
Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares (Espanha)
Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Cagliari (Sardenha, Italia)
Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante (Espanha)
Instituto de Derecho de la Navegación de la Universidad de Roma La Sapienza (Italia)
Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (Argentina)
Instituto Universitario de Derecho del Transporte de la Universidad Jaume I (Castellón, España)
ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa (Portugal)



Insper
CENTRO DE GESTÃO
E POLÍTICAS PÚBLICAS



IASP
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



Organização e Realização:



Asociación Latino Americana de
Derecho Aeronáutico y Espacial
ALADA



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



EDITORA
IASP

A obra apresentada emerge como resultado de um esforço colaborativo internacional no campo do Direito Aeronáutico e Espacial. Publicado após as XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial e XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico, realizados em São Paulo de 4 a 6 de outubro de 2023, este livro reúne uma diversidade de temas jurídicos relevantes, com reflexões sobre os desafios contemporâneos e promove um fértil intercâmbio de conhecimento entre juristas de diferentes países. A obra aborda questões sobre o Direito Aeronáutico, como a responsabilidade civil do transportador aéreo, novas tecnologias de veículos não tripulados, preocupações com a sustentabilidade, a regulação do espaço aéreo quanto ao uso de equipamentos militares, regulamentação aplicável aos slots aeroportuários. No campo do Direito Espacial, destacam-se as questões que surgem com a expansão das atividades comerciais no espaço, a possibilidade do turismo espacial e as novas tecnologias em relação ao uso de inteligência artificial.

As contribuições de renomados especialistas latino-americanos e europeus enriquecem o diálogo e as reflexões sobre os temas que foram objeto de debate nos três dias das Jornadas e que restam, agora, sedimentados nesta obra, um recurso valioso para os estudos e consultas de todos os acadêmicos e profissionais que atuam nessas áreas do conhecimento tão dinâmicas e instigantes.



EDITORA
IASP

ISBN 978-65-87082-33-2



9 786587 082332