

# La responsabilidad del transportador aéreo

Derivada de la denegación del embarque, la cancelación del vuelo y el retardo, en el ámbito jurídico latinoamericano\*

MANUEL GUILLERMO SARMIENTO

SUMARIO: *Premisa- I. Denegación o rechazo de embarque- II. Cancelaciones, interrupciones y demoras de vuelos- III. Responsabilidad por retardo.*

## PREMISA

Se pretende presentar aquí el régimen jurídico que gobierna las circunstancias especiales de responsabilidad del transportador aéreo, derivadas de la denegación o rechazo de embarque, la cancelación del vuelo y el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, a la luz de la normativa expedida por los países latinoamericanos que, a diferencia de lo que sucede en Europa, no constituye un régimen jurídico unificado, ya que ni la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ni el Mercado Común del Sur (Mercosur), que son los sistemas comunitarios más representativos de América Latina, han expedido normas que regulen estas situaciones de incumplimiento contractual por parte del transportador aéreo; por lo tanto limitaremos nuestra intervención a la regulación que sobre el particular se ha expedido en Colombia, haciendo referencia a las legislaciones de algunos países de América Latina, especialmente Brasil y Venezuela, donde se han expedido normas que tipifican la materia.

Para la exposición, procederemos a analizar en forma separada cada una de las situaciones que comprometen la responsabilidad del transportador y las consecuencias que se derivan de las mismas.

\* Ponencia presentada en el Instituto de Derecho de la Navegación de la *Università di Roma "La Sapienza"*, dentro del seminario *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, en mayo de 2004.

## I. DENEGACIÓN O RECHAZO DE EMBARQUE

La negativa por parte del transportador de embarcar al pasajero que ha confirmado su respectiva reserva puede tener varias causas, unas imputables al pasajero, como serían la no presentación de la respectiva documentación para viajes de carácter internacional, como el pasaporte y la visa, si esta es exigida en el país de destino, el no pago de los respectivos impuestos de salida del país, y el no cumplimiento de requisitos de orden sanitario, como el caso de aplicación de vacunas especiales contra la malaria o la fiebre amarilla exigidas por las autoridades del país de destino; sin embargo, son las causas imputables al transportador aéreo las que con mayor frecuencia se presentan, y obedecen fundamentalmente a la sobreventa de sillas por parte de las aerolíneas, situación que se conoce internacionalmente con el nombre de *overbooking*, que ha dado lugar a una profunda controversia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica<sup>1</sup>, ya que se considera una práctica legal, que compensa la no presentación de un porcentaje de pasajeros con reserva al embarque y se soluciona simplemente con la resolución del contrato y la consiguiente devolución del precio del billete, según la tesis más ampliamente aceptada; tesis a la cual se oponen las teorías modernas sobre protección de los derechos de los pasajeros, que ven en dicho incumplimiento un hecho que compromete la responsabilidad del transportador aéreo y da lugar al pago de una indemnización al pasajero que resulta perjudicado con la negativa de su embarque: esta es la filosofía que orienta el nuevo Reglamento Comunitario 261 del 11 de febrero de 2004.

En el derecho colombiano, la sobreventa de sillas como causa de la denegación del embarque no fue regulado en el Código de Comercio, que en su libro 5.º, parte segunda, reglamenta todo lo relacionado con la navegación aérea; pero sí fue previsto por los reglamentos aeronáuticos expedidos por la autoridad aeronáutica, que en Colombia es la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien mediante la Resolución 4498 de 2001, que adicionó la parte tercera de los reglamentos, estableció en el numeral 3.10.2.13.2:

d. *Sobreventa*. Si el embarque es denegado por sobreventa, teniendo el pasajero reserva confirmada y habiéndose presentado oportunamente en el aeropuerto, el transportador deberá proporcionar el viaje del pasajero a su destino final en el siguiente vuelo disponible de la propia aerolínea, en la misma fecha y en la misma ruta. En caso de no disponer de vuelo, el transportador deberá hacer las gestiones necesarias por su cuenta, para el embarque del pasajero en otra aerolínea con la mayor brevedad posible.

1 Cfr. las diversas posiciones doctrinales en E. T. COSENTINO. *Régimen jurídico del transportador aéreo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, 143 y ss.

En este caso el derecho aeronáutico colombiano solo contempla, como consecuencia del incumplimiento contractual derivado de la denegación de embarque, una prórroga del contrato de transporte, obligando al transportador a conducir al pasajero a su destino en el siguiente vuelo, y si esto no es posible, en otra aerolínea a la mayor brevedad posible. La pregunta fundamental que surge aquí es si esta solución de prorrogar los términos del contrato es suficiente para satisfacer el interés y la necesidad del pasajero de ser transportado en las condiciones previstas en su reserva, y si el incumplimiento de estas condiciones le causan un perjuicio, que debe ser resarcido por el transportador. Consideramos que si el pasajero opta por tomar el siguiente vuelo, ya sea de la misma aerolínea o de otra, estaría aceptando la prórroga de los términos del contrato y renunciando a reclamarle perjuicios al transportador; en cambio, si no acepta esta prórroga, estaría legitimado para solicitar una indemnización al transportador con fundamento en el régimen de responsabilidad por retardo previsto en el artículo 1883 C. Co. o bastaría simplemente que el transportador reembolsara el precio del boleto en virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º numeral 3.10.2.13.3 que dispone:

Del mismo modo, cuando el pasajero no acepte ninguna de las anteriores opciones de compensación, podrá exigir el reembolso total de la suma pagada o la proporcional al trayecto no cumplido, sin penalización alguna para él ni para el transportador.

En nuestra opinión, esta es una opción que tiene el pasajero de resolver el contrato de transporte solicitando la devolución del precio del boleto, pero que no le impide, si no hace uso de ella, reclamarle a la aerolínea la indemnización de daños, con fundamento en el régimen general de responsabilidad por retardo consagrado en el artículo 1883 C. Co. colombiano. Sobre este aspecto la jurisprudencia de los tribunales argentinos, en la ausencia de normas específicas, ha considerado que la práctica del *overbooking*, constituye un incumplimiento contractual deliberado por parte del transportador y ha aplicado el artículo 521 C. C., que se refiere a la inejecución dolosa de las obligaciones por parte del transportador<sup>2</sup>.

Se ha previsto igualmente en los reglamentos aeronáuticos colombiano la hipótesis de que pasajeros con reserva confirmada que se han presentado para el embarque respectivo, renuncien voluntariamente a viajar, contra el pago de una compensación por parte de la aerolínea, dejando su espacio disponible para otros pasajeros, que se encuentran en circunstancias similares, situación que corresponde a la figura del desistimiento voluntario, tipificada en el literal k, artículo 2.º del Reglamento Comunitario Europeo 261, y que en Colombia está prevista en el literal f numeral 3.10.2.13.2 de los reglamentos aeronáuticos que establece:

2 La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires, en diversas sentencias, califica al *overbooking* como incumplimiento contractual deliberado (temeridad en el obrar). Cfr. M. A. CEJAS. "El 'overbooking' en la jurisprudencia Argentina", en *Temas de Aviación Comercial y Derecho Aeronáutico y Espacial*, Buenos Aires, Alada, 2001, 209 y ss.

f. *Compensación adicional*. La aerolínea deberá compensar al pasajero con una suma equivalente mínimo al 25% del valor del trayecto, pagadera en dinero o cualquier otra forma aceptada por el pasajero, como tiquetes en las rutas de la aerolínea, bonos para adquisición de tiquetes, reconocimiento de millas, etc., en los siguientes casos:

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

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

## II. CANCELACIONES, INTERRUPCIONES Y DEMORAS DE VUELOS

Respecto a las operaciones aéreas y a los vuelos propiamente dichos, el Código de Comercio de Colombia y los reglamentos aeronáuticos contemplan tres hipótesis distintas: en primer lugar tenemos la cancelación de vuelos, que se presenta cuando el vuelo debidamente programado no se puede iniciar; la segunda hipótesis se presenta cuando, iniciado el vuelo, este se interrumpe, impidiendo que el pasajero llegue a su destino, y la tercera y última hipótesis contemplada se refiere a las demoras que se presentan para iniciar el vuelo.

En lo que se refiere a la cancelación, interrupción y demora de vuelos, el artículo 1882 C. Co. tipifica estas tres hipótesis, liberando al transportador de su responsabilidad con la devolución al pasajero del precio del billete cuando las causas que dan lugar a estas tres situaciones obedezcan a fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten la seguridad del vuelo.

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

Resulta importante precisar desde el punto de vista conceptual que la hipótesis contemplada en el artículo 1882 C. Co., no da lugar a un hecho que comprometa la responsabilidad del transportador, es decir, que obligue a este a reponer

el daño o perjuicio causado al pasajero; simplemente lo que aquí se establece es una resolución del contrato de transporte aéreo, que como toda resolución trae como efecto la extinción de las obligaciones a cargo de las partes, y para el caso se concreta en la devolución del precio del billete al pasajero, quedando liberado el transportador de su obligación de conducirlo al destino convenido.

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

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

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

Al respecto los reglamentos aeronáuticos colombianos en el numeral 3.10.2.13.2 establecen que en los casos de cancelaciones, interrupciones o demoras en que no haya tenido lugar la resolución del contrato y el correspondiente reembolso al pasajero, operan una serie de compensaciones en especie que se refieren fundamentalmente al suministro, por parte de la aerolínea, de alimentación, transporte terrestre y alojamiento al pasajero; así tenemos que el literal c del mencionado numeral dispone que en los casos que la aerolínea decide cancelar el vuelo, teniendo el pasajero reserva confirmada, sin que se hubiese reembolsado el precio del pasaje, se le pagarán los gastos de hospedaje, si el pasajero no se encuentra en su domicilio, y el transporte correspondiente; en los casos de demoras, los reglamentos aeronáuticos establecen una tarifa de compensaciones en especie dependiendo del número de horas que dure la demora del respectivo vuelo, entendiéndose por tal la iniciación del rodaje para decolar: así tenemos que si la demora es mayor de dos horas y menor de cuatro, la aerolínea suministrará al pasajero un refrigerio y una llamada telefónica al lugar de destino de no más de tres minutos; si la demora es superior a cuatro horas e inferior a seis, además de lo anterior, el transportador suministrará al pasajero la alimentación respectiva, dependiendo de la hora; si la demora es superior a seis horas, además de todo lo anterior, el transportador deberá compensar al pasajero con una suma mínima equivalente al 25% del valor del trayecto, que debe pagarse en dinero, o cual-

quier otra forma aceptada por el pasajero, como tiquetes en las rutas de la aerolínea, bonos para la adquisición de tiquetes o reconocimiento de millas; igualmente en este tipo de demora mayor de seis horas, si sobrepasa las 10 p. m. hora local, el transportador deberá suministrarle al pasajero hospedaje, si este no se encuentra en su domicilio, y los gastos del traslado respectivo.

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

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

### III. RESPONSABILIDAD POR RETARDO

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

Los delegados a la conferencia diplomática donde se suscribió el Convenio de Varsovia consideraron en un principio que no era necesario incluir en la regulación del transporte aéreo internacional un régimen de responsabilidad por retardo, ya que la naturaleza de este tipo de transporte no lo ameritaba; fue necesaria la enérgica intervención del delegado francés, M. RIPERT, quien argumentó que era la celeridad del medio aéreo la que motivada al pasajero a elegir este tipo de transporte frente a los demás modos, razón por la cual un sistema de responsabilidad por retardo tenía toda la coherencia y legitimidad para ser incluido en el Convenio, como finalmente se hizo, quedando consagrado en el artículo 19, como un régimen subjetivo, bajo la modalidad de la presunción de culpa.

Un sector de la doctrina ha considerado que la fórmula adoptada en Varsovia, que le permitía al transportador aéreo exonerarse de responsabilidad con la prueba de la debida diligencia, es decir, a aquel que había tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o a quien le había sido imposible tomarlas (art. 20), constituía en el caso del retardo una prueba de muy difícil demostración, que en la mayoría de los casos resultaba imposible acreditar<sup>3</sup>, ya que, salvo el caso de fuerza mayor o de condiciones meteorológicas desfavorables, en los demás casos el transportador aéreo no estaba en condiciones de demostrar su debida diligencia, pues generalmente el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones tenía como causa hechos inherentes a su actividad; así, se considera que la tipificación que se hizo de este régimen de responsabilidad por retardo en el artículo 19 del nuevo Convenio de Montreal de 1999 resulta más favorable a los intereses del transportador aéreo al haber incluido en dicho artículo el texto: "adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño", lo cual le permite al transportador una mayor flexibilidad en la acreditación de su debida diligencia, pudiendo incluir aquellos hechos que "razonablemente" dan lugar a un retardo, diferentes a la fuerza mayor y a las condiciones meteorológicas.

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

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

El artículo 1883, al tipificar la responsabilidad por retardo, establece:

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

No obstante que la redacción difiere de las fórmulas adoptadas en Varsovia en 1929 y en Montreal en 1999, resulta claro que se consagró allí la prueba de la "debida diligencia", para efectos de desvirtuar la presunción de culpa que afecta al transportador por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones contrac-

3 Cfr. E. VÁSQUEZ ROCHA. *El retraso en el transporte aéreo. De Varsovia a Montreal*, Buenos Aires, Alada, 2002, 281 y ss.

tuales, prueba que consiste en demostrar que le fue imposible evitar el daño, lo cual implica lógicamente que adoptó las medidas necesarias y conducentes para impedir que como consecuencia del retardo en el cumplimiento de sus obligaciones se generaran perjuicios para los pasajeros o para los remitentes o destinatarios de la carga.

Encontramos entonces que dentro de la estructura de la responsabilidad por retardo en el transporte aéreo resulta fundamental establecer cuáles son los daños que deben ser indemnizados, y aquí surge entonces la antigua discusión, que aún tiene vigencia, de si sólo son indemnizables los daños directos, y si los daños indirectos resultantes del retardo no son materia de reparación, controversia esta que no sólo es aplicable para el transporte aéreo, sino que es igualmente importante en el transporte marítimo y en el transporte multimodal<sup>4</sup>.

La mayor parte de la doctrina tanto nacional como internacional se ha inclinado por la tesis de que sólo son indemnizables los daños de carácter directo que sufre el pasajero como consecuencia del retardo por parte del transportador en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>5</sup>; sin embargo resulta muy difícil precisar en qué consisten estos daños directos y cuál es la diferencia con los daños indirectos, ya que esta distinción depende mucho de la calidad y condición del pasajero que lo sufre, no es lo mismo la situación que experimenta un turista, que tiene que esperar en un aeropuerto seis horas con su familia la incomodidad por el retraso de un vuelo, que la situación que vive un hombre de negocios en las mismas circunstancias; quizás el primero acepte las compensaciones económicas en dinero o en especie que establecen los reglamentos aeronáuticos y se sienta suficientemente indemnizado, pero el segundo, que perdió una cita importante de negocios que tenía prevista en la ciudad de destino, dejó de firmar un documento esencial para su actividad, o canceló una conferencia que debía dictar, como consecuencia del retraso en el vuelo, no se sentirá adecuadamente indemnizado con las compensaciones económicas previstas en los reglamentos que le ofrece la aerolínea, ya que estas no solucionan su problema, y por lo tanto estará legitimado para reclamar la indemnización por los daños causados, que no pueden considerarse daños indirectos, ya que la cancelación de la reunión o la no firma del documento provienen en forma directa de la fuente del daño que es el retraso por parte del transportador en el cumplimiento de sus obligaciones.

Debemos entonces establecer, para efectos de señalar el ámbito de aplicación de la responsabilidad por retardo en el transporte aéreo, una distinción conceptual muy clara entre las diferentes consecuencias que genera tanto la denegación

4 Cfr. M. G. SARMIENTO GARCÍA. *Estudios de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 89 y 90.

5 Ver VÁSQUEZ ROCHA. *Ob. cit.*, p. 220: "Por último, es precisamente sobre esta base que se sostiene que no deben pagarse los daños indirectos o consecuenciales, por aplicación general del principio de responsabilidad contractual, en el sentido de que sólo se pagan los daños directos o que se hubieran previsto en el mismo contrato".

de embarque por sobreventa como la cancelación e interrupción de vuelos, como hechos imputables al transportador que comprometen su responsabilidad frente al pasajero.

Decíamos anteriormente que frente a la cancelación, interrupción o demora en los vuelos, que tengan como causa la fuerza mayor o razones meteorológicas, el Código de Comercio y los reglamentos aeronáuticos colombianos tienen previsto como efecto o consecuencia del retardo la resolución del contrato mediante el correspondiente reembolso al pasajero del precio del tiquete, y en estos casos no habrá responsabilidad alguna por parte del transportador. Si las causas de la cancelación, interrupción o demora en el vuelo son distintas a los hechos de fuerza mayor o a las condiciones meteorológicas, operan una serie de compensaciones económicas en especie o en dinero, previstas en los reglamentos aeronáuticos y que tuvimos la oportunidad de analizar en forma detallada anteriormente.

Respecto a la denegación de embarque por sobreventa, el reglamento aeronáutico contempla una prórroga del contrato de transporte aéreo, adicionado con las compensaciones económicas mencionadas.

Pero, ¿qué sucede cuando el pasajero, como consecuencia de la denegación de embarque por sobreventa o de la cancelación, interrupción o demora de su vuelo, que se ocasionan por razones distintas a la fuerza mayor o a las condiciones meteorológica, no acepta la prórroga del contrato ni las compensaciones ofrecidas por el transportador aéreo, contempladas en los reglamentos aeronáuticos, por considerar insuficiente esta indemnización frente a los daños ocasionados? Es en esta hipótesis cuando adquiere verdadero valor y dimensión el régimen de responsabilidad por retardo, ya que tanto la denegación de embarque por sobreventa, como la cancelación, interrupción o demora del vuelo constituyen hechos claros de retardo por parte del transportador en el cumplimiento de sus obligaciones y por lo tanto comprometen su responsabilidad, debiendo indemnizar al pasajero los daños que resulten probados en el proceso, salvo que demuestre que le fue imposible evitar el daño.

Este derecho que tiene el pasajero de reclamar la indemnización de los daños causados, acudiendo a la vía judicial, no puede ser desconocido con la interpretación equivocada del numeral 3.10.2.13.3, en virtud del cual si el pasajero no acepta las diversas opciones de compensación podrá exigir el reembolso total de la suma pagada o la proporcional al trayecto no cumplido, sin penalización alguna para él ni para el transportador, ya que esta es una alternativa que tiene el pasajero, que la puede utilizar o no, y en el caso que no la utilice puede acudir a la vía judicial para reclamar la indemnización correspondiente, como se desprende claramente de lo previsto en el numeral 13.10.2.18 de los reglamentos aeronáuticos.

