

REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA CONVENCIÓN DE MONTREAL DE 1999 SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO*

Michele M. Comenale Pinto

I. LA DISCIPLINA VIGENTE EN MATERIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

EN EL CURSO DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS, a partir de la denuncia estadounidense de la Convención de Varsovia de 1929¹, vino a faltar el elevado grado de uniformidad que existía en sus orígenes en el cuadro normativo del transporte aéreo internacional², también como consecuencia del éxito tan solo parcial de los protocolos de reforma³, así como de la Convención adicional de Guadalajara del 18 de septiembre de 1961.

* Traducción de Santiago Perea Latorre.

¹ La denuncia en cuestión fue retirada tan solo luego del Acuerdo de Montreal de 1966 entre las compañías aéreas que operaban en Estados Unidos y el Civil Aeronautical Board. Cfr. CAPPLAN. "Insurance, Warsaw Convention, Changes Made Necessary by the 1966 Agreement and the Possibility of Denunciation of the Convention", en *JALC*, 33, 1977, p. 663; COHEN. "Happy Birthdays: Agreement CAB 189000: A Critical Review of the Montreal Interim Agreement and the Authority for its Implementation", en *Air Law*, 1982, p. 74; GAJA. "Recenti vicende della Convenzione di Varsavia del 1929 sul trasporto aereo internazionale", en *Rivista dir. nav.*, 1968, I, p. 14; MANKIEWICZ. "Le statut de l'arrangement de Montreal (mai 1966) et la décision du Civil Aeronautics Board du 13 mai 1966", en *Rev. fr. dr. aér.*, 1967, p. 394; VARLARO-SINISI. "Considerazioni sulla legittimità dell'Accordo di Montreal del 4 maggio 1966", en *Annali Ist. dir. aeron.*, I, 1969, p. 35.

² Sobre la "crisis" del sistema de Varsovia cfr. las lúcidas consideraciones de BENTIVOGLIO. "La crisi del sistema di Varsavia ed il problema della responsabilità del vettore aereo", en *Annali Ist. dir. aeron.*, I, 1969, p.

11; del mismo, "International Air Carriage of Passengers and Cargo: from Waesaw (1929) to Montreal (1975) and Beyond", en *Thesaurus Acroasium*, X, 1981, pp. 289 y 302 ss. Cfr. también GRIGOLI. *L'assicurazione obbligatoria passeggeri*, Milano, 1971, p. 4; KOTAITE. "La Convention de Varsavie, une sexagénaire qui se porte bien", en *Liber amicorum honouring/en hommage à Nicolas Mateesco Matte*, G. RINALDI BACCELLI (ed.), Montreal, 1989, p. 161; LAROSE. "Modernisation of the Warsaw-Hague System", en *ibid.*, p. 173; recientemente, ZAMPONE. "Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri", en *Dir. trasp.*, 2000, pp. 7 y 9.

³ Respectivamente: Protocolo de La Haya del 28 de septiembre de 1955, que no ha sido ratificado por Estados Unidos, a no ser por efecto de la posterior ratificación del 4º Protocolo de Montreal de 1975; Protocolo de Ciudad de Guatemala del 8 de mayo de 1971, que nunca ha alcanzado el número de ratificaciones suficientes para su entrada en vigor (para las razones de la falta de ratificación por Estados Unidos cfr. MATEESCO MATTE. "The Warsaw System and the Hesitation of the U.S. Senate", en *AASL*, 1983, pp. 151 y 163; para las dudas sobre la

Por lo que se refiere al transporte de pasajeros, en muchos de los Estados parte en la Convención de Varsovia han sido adoptados, bajo diferentes formas, regímenes resarcitorios destinados a integrar o sustituir el régimen de derecho uniforme⁴, caracterizado por limitaciones monetarias ya demasiado exiguas, al menos respecto del tenor de vida de los Estados industrializados⁵. En estos últimos, por lo demás, se ha manifestado la tendencia de la jurisprudencia a decretar la exclusión del transportador del beneficio de la limitación resarcitoria con frecuencia acaso mayor que la que hubiera autorizado en su formulación literal el artículo 25 de la Convención de Varsovia, tanto en el texto original como, aún más, en el texto modificado por el artículo XIII del Protocolo de La Haya de 1955⁶. Por lo que se refiere a Italia, se debe recordar así mismo la cuestión del

compatibilidad de la disciplina de la responsabilidad de este Protocolo con los principios de nuestro ordenamiento, cfr. RINALDI BACCELLI. "Analisi critica del Protocollo di Ciudad de Guatemala 1971", en *Dir. aerea*, 1971, p. 181; cuatro Protocolos de Montreal del 25 de septiembre de 1975, de los que el 3° no ha entrado en vigor.

⁴ En el ámbito de estas soluciones hay que señalar, en orden cronológico, el ya mencionado Acuerdo de Montreal de 1966; puede citarse también la aplicación en Italia de la Ley 274 del 7 de julio de 1988 (para un comentario cfr. SILINGARDI, en *NLCC*, 1989, p. 772). Así mismo cabe mencionar las iniciativas entre transportadores de Kuala Lumpur de 1995 y de Miami de 1996. Estas últimas responden a una recomendación de la CEAC de 1994 (inspirada en exigencias de tutela del pasajero análogas a las que se consideran en la Convención de Montreal), que auspiciaba una elevación del límite a 250.000 DSP, con una rápida liquidación de las sumas no objetadas y con el depósito de una suma *à forfait* para hacerle frente a las primeras necesidades posteriores al siniestro (al respecto, cfr. Mastrandea-Quaranta. "Il problema dell'adeguatezza del limite risarcitorio nel trasporto aereo di persone ed i recenti tentativi concreti di soluzione", en *Dir. traspr.*, 1966, pp. 709 ss.; PICKELMAN. "Draft Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air: The Warsaw Convention Revisited for the Last Time?", en *JALC*, 64, 1998, pp. 273 y 287 ss.; WEBER-JAKOB. "Reforming the Warsaw Sistem", en *Air Law*, 1996, p. 176). El Acuerdo de Miami comportó la renuncia a recurrir a los límites de resarcimiento por parte de los transportadores que adhirieron a este, siguiendo el surco de lo ya decidido con anterioridad de manera unilateral por las compañías aéreas japonesas (cfr. para esto último SEKIGUCHI. "Why Japan was Compelled to opt for Unlimited Liability", en *AASL*, 1995, II, 20, p. 337).

La reforma del régimen de Varsovia, una

vez abandonada la línea de la defensa de los límites de resarcimiento, pareció conveniente también para las mismas compañías aéreas, cuando menos por los problemas que pueden derivarse del ejercicio de las eventuales acciones de reparación respecto del resarcimiento acordado sobre la base de instrumentos negociales, como lo son los acuerdos entre transportadores. El tercero, respecto del cual se proponga la acción de reparación (por ejemplo, el productor del aeromóvil implicado en el accidente que ha determinado la responsabilidad del transportador), podría objetar que el pago se ha realizado de manera voluntaria y no por ser legalmente debido a título de resarcimiento como consecuencia del siniestro: en estos términos PICKELMAN. "Draft Convention", *cit.*, p. 292. Se trata de una cuestión que no es fácil resolver, puesto que el mismo artículo 22 de la Convención de Varsovia prevé de manera expresa la posibilidad de elevar el límite sobre la base de un *special contract*, que luego ha sido el instrumento al que se ha recurrido formalmente también allí donde la elevación del límite ha sido impuesta por la autoridad administrativa (como en el caso del Montreal Agreement de 1966) o sobre la base de una norma legal (como en el caso, en Italia, de la Ley 274 del 7 de julio de 1988).

⁵ A esto se agregan las dudas acerca de las justificaciones tradicionalmente aducidas en defensa de los regímenes de limitación resarcitoria (para un análisis de estas, en relación con el transporte aéreo, cfr. DRION. "Limitation of Liability", en *International Air Law*, La Haya, 1954, pp. 21 ss.; Tobolewski. *Monetary Limitation of Liability in Air Law. Legal, Economic and Socio-Political Aspects*, Montreal, 1986). Si bien se refiere a la responsabilidad del armador, cfr. el fundamental ensayo de SPASIANO. "Il fondamento logico del principio limitativo della responsabilità armatoriale", en *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, I, p. 125.

⁶ Se ha hablado, al respecto, de "erosión

pronunciamiento de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución, de las normas que han introducido en nuestro ordenamiento la Convención de Varsovia y el Protocolo de La Haya, en cuanto comportaban la sujeción de la responsabilidad del transportador aéreo por daños a la persona del pasajero a un límite resarcitorio considerado inadecuado, y en todo caso sin garantías acerca de la certidumbre del resarcimiento⁷.

También en el transporte de mercancías desapareció la homogeneidad del cuadro normativo: pese a que el Protocolo de Montreal del 25 de septiembre de 1975 fue ratificado por un número de países pocos años antes impensable, suficiente para permitirle entrar en vigor⁸, en varios Estados se encuentra todavía vigente para este sector la disciplina de Varsovia-La Haya. De esta manera, al régimen originario de imputación de la obligación resarcitoria basado en la culpa presunta, en donde al transportador se le deja la posibilidad de aportar la prueba liberatoria en términos de comportamiento diligente, se ha acompañado un régimen de responsabilidad objetiva, en donde el límite resarcitorio permanece insuperable⁹, aun en caso de dolo o de culpa temeraria o consciente¹⁰.

jurisprudencial" de la Convención de Varsovia: cfr. SCAPEL. "Vers la fin de la limitation de responsabilité du transporteur aérien de passagers", en *Riv. fr. dr. aér.*, 1996, p. 16. En general, sobre la crisis del sistema de Varsovia, cfr. GARDINER. "The Warsaw Convention at Three Score Years and Ten", en *Air Sp. L.*, 1999, pp. 114 y 119; Mastrandea. "Iniziativa europea per l'adeguamento dei limiti risarcitori nel trasporto aereo di persone", en *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, Milán, 1994, p. 283. En relación con Italia, cfr. ROMANELLI. "Il regime di responsabilità del vettore aereo per infortunio al passeggero in base al regolamento CE del Consiglio n. 2027/97", en *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milán, 1999, pp. 749 y 750, 768 ss.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 132, 6 de mayo de 1985, Coccia vs. Società Turkish Airlines, en *Dir. mar.*, 1985, p. 751, con nota de FOGLIANI. "La limitazione della responsabilità del vettore aereo internazionale di persone nel giudizio della Corte Costituzionale", así como en *Foro it.*, I, p. 1586, con nota de PARDOLESI. Cfr. también RINALDI BACCELLI. "La Convention de Varsovie devant la Constitution italienne", en *AALS*, 1985, p. 217; Camarda. "Profili di illegittimità costituzionale dell'art. 943 cod. nav., dell'art. 22 della Convenzione di Varsavia e dell'art. 11 del Protocollo dell'Aja", en *Dir. aereo*, 1979, p. 9; sobre las consecuencias relativas a la participación de Italia en la Convención de Varsovia cfr. GIULIANO. "Una recente sentenza della Corte Costituzionale e l'ordine di esecuzione di trattati internazionali", en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 225; GUERRIERI. "The Warsaw System Italian Style: Convention without

Limits", en *Air Law*, 1985, p. 295; ROMANELLI. "La limitazione nella giurisprudenza costituzionale", en *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, cit., pp. 27 y 28 ss. Sobre la ordenanza de remisión cfr. CANNIZZARO. "Disciplina internazionale della responsabilità del vettore aereo e Costituzione", en *Riv. dir. int.*, 1984, p. 279. A la necesidad de reconducir a Italia al ámbito del sistema de derecho uniforme, en el respeto de parámetros de adecuación y certeza del resarcimiento indicados por la Corte Constitucional, el legislador italiano respondió con la mencionada Ley 274 de 1988. Para una síntesis de la cuestión, cfr. BALARINO. "La limitazione del debito del vettore marittimo ed aereo", en *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1993, pp. 254 y 270 ss.; RINALDI BACCELLI. "Il limite risarcitorio nel trasporto aereo", en *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, cit., pp. 69 ss.; SILINGARDI. "L'istituto del limite risarcitorio: controllo di costituzionalità ed autonomia delle parti", en *Dir. trasp.*, 1992, p. 345.

⁸ Sobre esta eventualidad, cfr. CERVELLI-GIUSTIZIERI. "C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria, anzi d'antico: l'entrata in vigore del Protocollo n. 4 di Montreal 1975", en *Dir. trasp.*, 1999, p. 35. Por lo demás, hasta el 15 de marzo de 2000, entre los Estados parte del sistema de Varsovia, el Protocolo no había sido ratificado por Bélgica, Chile, Congo, Francia, Marruecos, Qatar y Venezuela.

⁹ El Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971 sustituyó, para el transporte de personas (con la excepción de la responsabilidad por retardo), un régimen de responsabilidad por culpa presunta con un

II. LAS RAZONES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE VARSOVIA

LA NECESIDAD DE ALCANZAR UNA SOLUCIÓN que esté en condiciones de mantener la uniformidad en las soluciones de los diferentes ordenamientos¹¹ se contraponía a una considerable divergencia de opiniones acerca del contenido efectivo de la disciplina por adoptar. Entre otras, por parte de Estados Unidos se sostenía, con la resistencia de muchos Estados europeos y africanos¹², que se debía introducir la posibilidad, para el sujeto dañado, de recurrir a su propio juez nacional, si bien con ciertas condiciones, y solo para los daños de muerte o lesiones personales del pasajero, más allá de las hipótesis contempladas por la Convención de Varsovia, cuyo artículo 28, párrafo 1, prevé cuatro criterios alternativos para identificar la jurisdicción¹³ (la llamada cuestión de la *fifth jurisdiction*)¹⁴.

régimen de imputación objetiva, e incrementaba (pero hacía insuperable) el límite resarcitorio hasta un millón y medio de francos-oro Poincaré. El artículo 35A de la Convención de Varsovia, modificada por el artículo XIV del Protocolo de Ciudad de Guatemala, preveía sin embargo la posibilidad de introducir un plan resarcitorio complementario, que, no obstante, no fue continuado: al respecto cfr. LA TORRE. "Il risarcimento 'complementare' nel trasporto aereo internazionale di persone: il piano statunitense del 1990", en *Dir. trasp.*, 1992, p. 71; GIRARDI. "Sviluppi del piano supplementare di indennizzo negli USA", en *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, *Atti del Convegno di Modena*, 2-3 de abril de 1993, Silingardi y Antonini eds., Milán, 1994, p. 237.

¹⁰ Sobre la previsión del artículo 25 de la Convención de Varsovia acerca de la superación del límite de resarcimiento, en la formulación original de 1929, ligado a la concurrencia del dolo o de la culpa equivalente al dolo según la *lex fori*, y en la del Protocolo de La Haya, con referencia a la culpa temeraria y consciente, cfr. ZAMPONE. *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti*, Padua, 1999, pp. 13 ss.

¹¹ Se ha subrayado la incoherencia de una situación en donde, ante una homogeneidad sustancial de los aspectos económicos y comerciales del transporte aéreo, se registraba una acentuada diversificación de los regímenes de responsabilidad: FOLLIOU. "La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur", en *Rev. fr. dr. aé.*, 1999, pp. 409 y 418.

¹² Estas resistencias parecen estar condicionadas negativamente por el resultado de la negociación: cfr. BABY. "Le projet de modernisation de la Convention de Varsovie: l'évolution souhaitée des limites de réparation du transporteur aérien résistera-t-elle à la cinquième jurisdiction?", en *Rev. fr. dr.*

aér., 1999, p. 5. El punto de vista de los aseguradores aeronáuticos (expresado en una comisión especial de trabajo en el ámbito de la International Union of Aviation Insurers, denominada New International Convention Advisory Group) es recordado por BERUTCCI. "La Convenzione di Montreal del 29 maggio 1999 e il sistema di responsabilità illimitata del vettore", en *La nuova disciplina del trasporto aereo*, *Atti del Convegno di Ispica-Ragusa*, 29 de agosto a 4 de septiembre de 1999, Fanara ed., Messina, 2000, pp. 217 y 310 ss.).

¹³ La acción (sobre la base del texto original de la Convención, no modificado en este punto por el Protocolo de La Haya de 1955) puede ser, a elección del actor, ejercida ante la autoridad judicial del Estado de la sede del transportador, de la sede principal de su actividad, o del lugar en donde el transportador mismo posee una sede a través de la cual el contrato de transporte ha sido concluido o, por último, ante la autoridad judicial del lugar de destino.

¹⁴ Cabe recordar, por lo demás, que una extensión de los criterios para la identificación de la jurisdicción, respecto de los previstos por el artículo 28 de la Convención de Varsovia, por el artículo XII del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971, que reenumeraba como inciso tercero el anteriormente segundo, cuya posición era tomada de una disposición formulada *ex novo*: "En ce qui concerne le dommage résultant de la mort, d'une lésion corporelle ou du retard subi par un passager ainsi que de la destruction, perte, avarie ou retard des bagages, l'action en responsabilité peut être intentée devant l'un des tribunaux mentionnés à l'alinéa 1er du présent article ou, sur le territoire d'une Haute Partie Contractante, devant le tribunal dans le ressort duquel le transporteur possède un établissement, si le passager a son domicile ou sa résidence permanente sur le territoire de la même Haute Partie Contractante".

En efecto, el lugar de residencia del pasajero dañado, sin la necesidad de que concurran otros presupuestos, como criterio para determinar la jurisdicción parecía no estar acorde ni con los intereses de los transportadores ni con los intereses de los pasajeros de los Estados caracterizados por un nivel no elevado por lo que se refiere al monto del resarcimiento (los llamados *low compensation countries*). Con base en un régimen semejante, en efecto, los unos se habrían visto “expuestos al riesgo de ser llevados ante el juez en Estados lejanos de sus sedes de operación y carentes de conexión con los servicios por ellos prestados, con la consecuencia de poderse ver obligados a resarcir daños mucho más elevados que los previstos en los ordenamientos de los Estados en donde operan”; y sobre los otros habrían recaído, a través del aumento de las tarifas de los servicios de transporte, los consiguientes mayores costos de los seguros¹⁵.

Cuando menos en la fase inicial no se registraba ni siquiera unanimidad de propósitos acerca de la posibilidad de un abandono del régimen de limitación resarcitoria¹⁶ o, al menos, de una elevación de los límites en vigor.

La incertidumbre, hasta tiempos relativamente recientes, acerca de la posibilidad de un efectivo desarrollo de los trabajos para la revisión del sistema de Varsovia indujo, en sede europea, a adoptar el Reglamento CE 2027/97 del Consejo, del 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad del transportador aéreo en caso de accidentes que conlleven daños a la persona del pasajero¹⁷. Este reglamento, para obviar a los regímenes de limitación considerados insatisfactorios, dicta una serie de disposiciones que adicionan la Convención de Varsovia o la diferente disciplina aplicable a los contratos de transporte aéreo de pasajeros que no correspondan a la noción de “transporte aéreo internacional” a que se refiere el artículo 1° de la misma Convención de Varsovia¹⁸.

Por lo demás, el Reglamento 2027/97 se inspira en el sistema del doble nivel de responsabilidad (*two-tier system*), adecuándose a las indicaciones provenientes de los trabajos para la revisión del sistema de la Convención de Varsovia. De

¹⁵ CARBONE. “Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: le soluzioni della Convenzione di Montreal del 1999”, ponencia presentada en el Convegno di studi di Roma, 27 de octubre de 1999, “La nuova disciplina del trasporto aereo internazionale: l'impronta multidisciplinare e la dimensione pubblicistica del diritto della navigazione - In onore di F. M. Dominèdo”, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 5 y 7. Para una síntesis de los trabajos del Convegno cfr. el informe de TURCO BULGHERINI en *Dir. mar.*, 2000, p. 1080.

¹⁶ Régimen que, en cualquier caso, para los transportes no sujetos a la Convención de Varsovia, ya había sido abandonado en varios ordenamientos, entre ellos el estadounidense y el japonés. En otros ordenamientos, como el francés, se había procedido en todo caso, cuando menos, para estos transportes aéreos, a elevar el límite aplicable respecto del previsto por la Convención: así, por ejemplo, el artículo 322-3 del Code de l'Aviation Civil, en Francia, había dis-

puesto, en el texto modificado por una ley del 10 de julio de 1989, un límite de 750.000 francos (sobre la evolución que condujo a esta solución normativa cfr. DE JUGLART. *Traité de droit aérien*, Du Pontavice ed., Dutheil de la Rochère, Miller, T. 2, París, 1992, p. 38).

¹⁷ Cfr. ROMANELLI. “Il regime di responsabilità del vettore aereo per infortunio al passeggero”, *cit.*; SILINGARDI. “Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone”, en *Dir. trasp.*, 1998, p. 621; CAPOTOSTI. “Criteri di ‘ragionevolezza’ e obbligo di assicurazione della responsabilità civile del vettore aereo comunitario per i danni ai passeggeri”, en *Assic.*, 1997, II, p. 244; FRANCHI. “Il nuovo regime di responsabilità dei vettori aerei comunitari”, en *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 124.

¹⁸ Sobre los problemas que puede plantear este ámbito de aplicación, en especial respecto de los llamados “bloques de espacio”, cfr. SILINGARDI. “Reg. CE 2027/97”, *cit.*, p. 632.

esta manera, el transportador ve excluida la posibilidad de valerse de prueba liberatoria respecto de las demandas de resarcimiento hasta cierto monto (en el caso del reglamento, el equivalente en ECU a 100.000 DSP, según lo previsto en el artículo 3°, parágrafo 2), con la posibilidad de ser exonerado de responsabilidad solo en caso de demostrar que el daño se debió a negligencia del pasajero herido o muerto. Por el contrario, para las demandas de resarcimiento que excedan este límite puede invocar la concurrencia de las causas de exoneración contempladas por la Convención de Varsovia o por la ley nacional eventualmente aplicable, como la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño, o bien la imposibilidad de adoptar tales medidas¹⁹.

De otra parte, el Reglamento 2027/97 introduce la obligación, para el transportador, de proveer “sin demora” en favor de los derechohabientes al pago de anticipos, en proporción al daño, con el fin de enfrentar las exigencias más inmediatas que se deriven del siniestro, dando así solución positiva, si bien esta comporta problemas de aplicación de no poco relieve, a una cuestión que ha estado en el centro de importantes controversias en el curso de las negociaciones para la revisión del sistema de la Convención de Varsovia.

III. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA CONVENCIÓN

LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE MONTREAL, concluida el 28 de mayo de 1999²⁰, adopta una nueva convención, destinada a integrar tanto la reglamentación de los aspectos del transporte internacional que recaen en el ámbito de la Convención de Varsovia de 1929 y de sus enmiendas, como la del transportador de hecho²¹, actualmente disciplinada por la Convención de Guadalajara de 1961²².

El ámbito de aplicación del nuevo régimen convencional, como está definido por el artículo 1° de esta última, coincide con el de la Convención de Varsovia, al referirse en todo caso a un transporte aéreo²³ internacional²⁴; no puede

¹⁹ El régimen de responsabilidad introducido por el Reglamento 2027/97 rompió así por primera vez con la tendencia “a conectar responsabilidad objetiva y límites del resarcimiento”, sobre el presupuesto de que las compañías aéreas no estaban “dispuestas a aceptar un sistema de responsabilidad objetiva que al mismo tiempo no le conceda al responsable el beneficio de un techo máximo de resarcimiento, es decir, que no le permita contabilizar en términos de costos las obligaciones de resarcimiento con que puede ser gravado en el ejercicio de su actividad” (cfr. en este sentido C. M. BIANCA, “La responsabilità aeronautica: convergenze e divergenze rispetto ai principi civilistici”, en *Dir. trasp.*, 1992, pp. 1 a 3).

²⁰ Para una síntesis de los trabajos de la Conferencia, cfr. J. MAURITZ, “Reports of Conferences - Current Legal Developments: The ICAO International Conference on Air Law, Montreal, May 1999”, en *Air Law*, 1999, p. 153.

²¹ Noción para la cual, en la literatura italiana, cfr. ZUNARELLI, *La nozione di vettore (contracting carrier ed actual carrier)*, Milán, 1987; Girardi, “Vettore contrattuale e vettore di fatto: chi risponde dei danni nel trasporto aereo?”, en *Dir. trasp.*, 1999, p. 537.

²² Para la aplicación jurisprudencial de la noción cfr. (para el transporte de personas) Tribunal de Padua. Sentencia del 14 de julio de 1982, Scaroni Indri y otros vs. Società Icomsa Engineering y otros, en *Trasporti*, 28, 1982, p. 171, con comentarios de adhesión de FOGLIANI, y en *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 249 (luego reformada en este punto por Corte de Apelaciones de Venecia. Sentencia del 19 de abril de 1986, Società Icomsa Engineering vs. Scaroni Indri y otros, en *Dir. mar.*, 1988, p. 160).

²³ La nueva Convención, en el artículo 18, parágrafo 4, con una disposición que no tiene correspondencia ni en el texto original de la Convención de Varsovia ni en el modificado por sus Protocolos, precisa, por lo

considerarse *internacional* el transporte aéreo en el que, si bien existe sobrevuelo del territorio de un Estado diferente de aquel en el que se ha iniciado el transporte y en donde está destinado a terminar, no hay escala en el exterior²⁵, o bien en donde la escala en el exterior no ha sido prevista ni querida por las partes²⁶, sino que se ha realizado por razones circunstanciales²⁷.

Este transporte puede ser tanto oneroso como gratuito, siempre que en este último caso sea realizado en todo caso por una empresa de transporte aéreo²⁸; de manera que no están destinados a corresponder al ámbito de aplicación de la Convención de Montreal los transportes nacionales²⁹, a los que se aplica, por el contrario (con la disciplina nacional) el Reglamento 2027 de 1997, en caso de

que se refiere al transporte de mercancías, que queda sujeta a su disciplina la responsabilidad por los daños que se hayan verificado en un trayecto que, si bien estaba previsto contractualmente como aéreo, se ha realizado, sin el consentimiento del remitente, con otra modalidad de transporte.

²⁴ Queda fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Montreal (de manera análoga a lo que prevé la Convención de Varsovia) el caso del transporte entre dos Estados de los cuales solo uno es parte de la Convención: sobre la noción de transporte aéreo "internacional" en el ámbito de la Convención de Varsovia cfr. IVALDI. *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milán, 1990, pp. 110 ss.; en los trabajos para la Convención de Montreal no se retomó la propuesta (formulada, sin éxito, ya en los trabajos que condujeron a la adopción del Protocolo de La Haya de 1955, y recordada por ROMANELLI. *Il trasporto aereo di persone*, Padua, 1959, pp. 169 ss., nota 36) de extender el ámbito de aplicación de la Convención a todos los transportes aéreos que tengan tan solo el punto de partida o el punto de llegada en el territorio de uno de los Estados contratantes.

²⁵ Cfr., en relación con la Convención de Varsovia, GIANNINI. "Il contratto di trasporto internazionale secondo la Convenzione di Varsavia", en *Nuovi saggi di diritto aeronautico*, I, Milán, 1940, pp. 94 y 95.

²⁶ También sería suficiente, en cualquier caso, la previsión de una escala puramente eventual: cfr. ROMANELLI. *Il trasporto aereo di persone*, cit., p. 175; ROVELLI. *Il trasporto aereo di persone*, Turín, 1970, p. 201.

²⁷ Cfr., en relación con la Convención de Varsovia, ROMANELLI. *Il trasporto aereo di persone*, cit., p. 175; BALLARINO-BUSTI. *Diritto aeronautico e spaziale*, Milán, 1988, p. 618. Por el contrario, se considera internacional, para fines de la Convención, el transporte en donde el transportador ha eliminado la escala en el exterior originalmente prevista: cfr. MATEESCO MATTE. *Treatise on Air-*

Aeronautical Law, Montreal y Toronto, 1981, p. 387.

²⁸ Respecto de la norma correspondiente de la Convención de Varsovia, se ha planteado la cuestión de si por "transport gratuits effectués [...] par une entreprise de transports aériens" se debe entender los transportes en donde la asunción de la transferencia sin compensación de personas o cosas pesa sobre una empresa de transporte aéreo o bien (como parece preferible), prescindiendo del sujeto que haya asumido la transferencia, es suficiente que la transferencia misma sea realizada materialmente por una empresa de transporte aéreo (COMENALE PINTO. "Brevi cenni intorno al vettore aereo di fatto ed alla colpa grave di pilotaggio. In margine ad un caso di disapplicazione del sistema di Varsavia", nota a Corte de Apelaciones de Venecia. Sentencia del 19 de abril de 1986, cit., pp. 162 y 163). La cuestión parece poderse plantear (con la misma solución) también respecto de los transportes sin compensación previstos por el artículo 1° de la Convención de Montreal. Teniendo en cuenta, entre otras, que en el texto oficial francés de la Convención de Montreal permanece la referencia a la "entreprise de transports aériens", parecen poco convincentes las consecuencias que otro comentarista (WHALEN. "The New Warsaw Convention: The Montreal Convention", en *Air Law*, 2000, p. 12) querría extraer de la utilización, en el texto oficial en inglés, de la expresión "air transport undertaking" en lugar de la de "air transportation entreprise" de la traducción en inglés de la Convención de Varsovia realizada para su recepción por parte del Gobierno de Estados Unidos. Según el autor en mención, la solución lingüística adoptada permitiría considerar como incluido en el ámbito de aplicación de la Convención de Montreal también el transporte aéreo a título gratuito realizado por una empresa que no sea una compañía aérea (en estos términos WHALEN. "The New Warsaw Convention", cit., p. 15) y podría

que se trate de transportes realizados por transportadores comunitarios. La exclusión de su ámbito de aplicación de los transportes postales, ya contemplada en el artículo 2° de la Convención de Varsovia, está integrada por la afirmación de la responsabilidad del transportador aéreo, si bien exclusivamente respecto de la administración postal competente, sobre la base de las reglas propias de las relaciones entre estas y los transportadores (art. 2.2).

IV. CARACTERÍSTICAS SOBRESALIENTES DE LA NUEVA DISCIPLINA

LA NUEVA CONVENCIÓN, SI BIEN MANTIENE una estructura moldeada sobre la de la Convención de Varsovia, revisa profundamente el régimen de la responsabilidad y de la documentación en el transporte aéreo de personas (respecto del cual modifica en forma significativa también los criterios de la competencia jurisdiccional). Se debe señalar que no se aprovechó la ocasión para llegar a una disciplina uniforme también por lo que hace a la responsabilidad del transportador por la falta de embarque como consecuencia del exceso en las reservaciones³⁰, que, por lo que nos concierne, está disciplinada por el Reglamento CEE 295/91 del Consejo, del 4 de febrero de 1991³¹.

Para el transporte aéreo de mercancías, la nueva Convención de Montreal retoma la disciplina establecida por el IV Protocolo de Montreal de 1975, confirmando para los daños por pérdida³² o avería un régimen de responsabilidad

incluso permitir llegar a una lectura que incluya en el ámbito de aplicación también los transportes a título de cortesía (*ibid.*, p. 16).

²⁹ La Convención en examen no se sitúa en esta tendencia, manifestada por algunos textos de derecho uniforme, a afirmar un ámbito de aplicación que prescinda de la presencia de elementos ajenos (cfr. MALINTOPPI. *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in materia di trasporto*, Milán, 1955, pp. 39 ss.).

³⁰ Se plantea la cuestión, por lo que hace a la Convención de Varsovia, de si el *overbooking* corresponde a la disciplina de derecho uniforme o si, por el contrario, debe ser reconducido a los principios en materia de incumplimiento contractual (en sentido contrario a la segunda solución planteada y también para otras referencias, cfr. COMENALE PINTO. "Considerazioni in tema di sovrapprenotazione nei servizi di trasporto aereo", en *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, cit., pp. 159 y 161).

³¹ Cfr. CAVALLI-DONDI. "Il regolamento CEE sull'overbooking nei trasporti aerei", en *Dir. com. e scambi internaz.*, 1991, p. 429; COMENALE PINTO. "Considerazioni in tema di sovrapprenotazione", cit.; GIRARDI. "Riflessi giuridici dell'ovebooking nel trasporto aereo di linea", en *Dir. trasp.*, II, 1988, p. 169; del mismo, "Recenti sviluppi della regola-

mentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco", en *Dir. trasp.*, 1992, p. 413; VERDE. "La prenotazione nel traffico passeggeri marittimo ed aereo", en *Dir. trasp.*, 1991, p. 13. Sobre las hipótesis de justificación del exceso de reservaciones cfr. SILINGARDI. *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padua, 1984, p. 218 ss.

³² A la noción de "pérdida" se deben reconducir también las anomalías en la entrega, según lo que (de manera que es posible compartir) se considera en relación con el artículo 18 de la Convención de Varsovia (cfr. Casación 7977 del 18 de julio de 1991, Deutsche Lufthansa A. G. vs. Maresca, en *Dir. trasp.*, 1992, p. 165, con nota de COMENALE PINTO. "Trasporto aereo e consegna della merce a persona diversa dal destinatario, con más referencias").

Se pueden presentar problemas respecto a la disciplina del artículo 31 de la Convención de Montreal, y en particular por lo que hace a su párrafo 2, que corresponde al artículo 26, párrafo 2, de la Convención de Varsovia, planteando así los mismos problemas de interpretación. Se trata de la previsión de una exclusión de las acciones por avería o retardo en caso de recepción sin reserva. Mientras que no parece haber duda acerca de la inaplicabilidad de esta disciplina a la pérdida total (cfr. Casación 11202

objetiva, pero sujeta a una limitación del resarcimiento³³, manteniendo en cambio, para el equipaje *enregistré*, un régimen de responsabilidad fundado en la culpa, como resulta de la interpretación sistemática de los artículos 18, párrafo 1, y 20 de la Convención de Varsovia, modificados, respectivamente, por los artículos IV y V del IV Protocolo de 1975³⁴. La Convención de Montreal de 1999 prevé también para este equipaje, en el artículo 17, párrafo 2, primera parte, un régimen de responsabilidad objetiva; para el equipaje no entregado, en cambio, en la última parte del mismo artículo 17, párrafo 2, la Convención de Montreal de 1999 se mantiene en firme el criterio de la imputación por culpa. Para los fines de la limitación resarcitoria, el equipaje se considera globalmente en el artículo 22, párrafo 1, por un importe equivalente a 1.000 DSP por cada pasajero, abandonando así la solución de su determinación sobre la base del peso, seguida por el artículo 22 de la Convención de Varsovia, tanto en el texto original como en el modificado por el Protocolo de La Haya o en el IV Protocolo de Montreal, solo para el equipaje entregado³⁵.

del 20 de noviembre de 1990, British Airways Board vs. Riunione Adriatica di Sicurtà, en *Dir. mar.*, 1991, p. 985; LEFEBVRE D'OVIDIO, PESCATORE y TULLIO. *Manuale di diritto della navigazione*, Milán, 2000, p. 592, nota 338; FOGLIANI. "L'art. 954 cod. nav. e le riserve alla riconsegna nel trasporto aereo nazionale di merci", en *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milán, pp. 515 y 518), parece menos fácil la solución por lo que se refiere a la pérdida parcial. Para este caso, la jurisprudencia ha afirmado que el destinatario pierde la acción, al igual que en caso de avería, si no ha procedido a formular reserva en los términos del artículo 26 de la Convención de Varsovia: Casación 5768 del 21 de junio de 1996, Società Gastaldi International vs. Società Alitalia, en *Dir. mar.*, 1998, p. 685, con nota de adhesión de Pollastrelli. "Riflessioni sull'art. 26 della Convenzione di Varsavia nei casi di perdita parziale delle merci", así como en *Dir. trasp.*, 1997, p. 513, con nota en contrario de Improda. "I termini di decadenza previsti dall'art. 26 della Convenzione di Varsavia e la perdita parziale di merci". No parece posible compartir la asimilación de la pérdida (parcial) a la avería. Respecto a la disciplina civil del contrato de transporte, pero con consideraciones que se pueden extender también al transporte aéreo, mantiene de manera convincente la distinción entre las dos hipótesis, haciendo corresponder la pérdida parcial al ámbito de la pérdida, RIGUZZI. *Il contratto di trasporto stradale*, Turín, 2000, p. 155 (cfr., sin embargo, si bien de modo circunstancial, FANARA. *Le assicurazioni aeronautiche*, Reggio Calabria, 1976, p. 320, en el sentido de la sujeción de la pérdida parcial a la disciplina del artículo 26 de la Convención de Varsovia).

³³ Por consiguiente, para el transporte de mercancías en sus diferentes modalidades es válido el señalamiento de la sujeción tendencial al instituto de la limitación del resarcimiento (RIGUZZI. *La responsabilità limitata del vettore marittimo di merci*, Milán, 1993, pp. 49 ss.), señalamiento que no se puede extender al transporte de personas, a la luz de los más recientes desarrollos de la disciplina del transporte aéreo, y en todo caso de la poca fortuna de este instituto en relación con la disciplina del contrato de pasaje marítimo (Italia no ha ratificado la Convención de Atenas del 13 de diciembre de 1974, como tampoco ratificó la anterior Convención de Bruselas del 29 de abril de 1961, ni introdujo una disciplina de signo semejante en el Código de Navegación).

³⁴ Cfr. ANTONINI. "La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia, Regolamento comunitario", en *La nuova disciplina del trasporto aereo, Atti del Convegno di Ispica-Ragusa, cit.*, p. 131 y 150; FOLLIOT. *La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur*, cit., p. 424; GARDINER. *The Warsaw Convention, cit.*, p. 157; LEFERS. "Conséquences jurisprudentielles probables de l'évolution du régime de responsabilité du transporteur aérien en Allemagne", en *Rev. fr. dr. aér.*, 1999, pp. 457 y 462; SCHILLER. "De la Convention de Varsovie à la Convention de Montréal", en *Rev. fr. dr. aér.*, 1999, pp. 467 y 472.

³⁵ El equipaje no entregado, en cambio, en el artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Varsovia, está sujeto a una limitación global por pasajero. El límite global único (para equipajes entregados y no entregados) estaba en cambio previsto en el

Si bien en el artículo 22 de la Convención de Montreal no se retoma la afirmación expresa del carácter insuperable del límite resarcitorio en favor del transportador aéreo de mercancías (con independencia del origen del daño), contenida en el artículo 24, parágrafo 2, de la Convención de Varsovia, en el texto introducido por el artículo VIII del IV Protocolo de Montreal, parece que se debe considerar, en cualquier caso, que también el más reciente texto de derecho uniforme escogió no prever hipótesis de exclusión del transportador de este beneficio³⁶, no obstante haya que propender por la opinión según la cual el transportador no puede en todo caso valerse de la limitación allí donde el daño se puede reconducir a su propia conducta dolosa³⁷. Más allá de estas conductas que se pueden conectar directamente al transportador, no subsiste margen para ex-

artículo 22, parágrafo 1, literal c de la Convención de Varsovia, modificada por el artículo VIII del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971.

³⁶ En este sentido cfr. ANTONINI. *La responsabilità del vettore aereo*, cit., p. 167.

³⁷ Al respecto se puede hacer referencia a la evolución en doctrina y jurisprudencia sobre los límites de resarcimiento contenidos en otros instrumentos de derecho uniforme en materia de transporte, teniendo en cuenta la "influencia recíproca" entre los textos de derecho uniforme en materia de transporte (cfr., por todos, ROMANELLI. "Principi comuni nelle convenzioni internazionali in materia di trasporto", en *Dir. mar.*, 1999, pp. 197 y 204 ss. respecto, específicamente, de los límites de resarcimiento). Cabe recordar, en especial, el debate sobre la interpretación del artículo 4°, parágrafo 5, de la Convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924 sobre la unificación de algunas reglas en materia de póliza de carga que, en el texto original, no contenía una previsión expresa de exclusión del límite (al contrario del texto modificado por el Protocolo de Visby de 1968) y, es más, excluía que, con la excepción de la declaración de valor, transportador y embarcación pudieran "en alcun cas" ser llamados a responder más allá de los límites de resarcimiento que la norma misma establecía. Sin embargo, se ha considerado que, también estando vigente esta disciplina, el beneficio de la limitación no opera respecto del dolo del transportador, que se manifieste "con la intención de no cumplir o de no cumplir correctamente" la obligación asumida (RIGUZZI. "La responsabilità limitata del vettore marittimo di merci", cit., p. 110; al que se remite para más referencias. Cfr. también CARBONE. *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, 1988, pp. 328 ss.; ZUNARELLI. "La decadenza del vettore dal beneficio della limitazione della responsabilità", en *Il limite risarcitorio*

nell'ordinamento dei trasporti, cit., pp. 133 y 136), superando el enfoque, acogido por una parte de la jurisprudencia, que pretendía circunscribir la inoperancia de los límites solo a las hipótesis de hechos del transportador dirigidos intencionalmente a causar daño (tesis acogida en Casación 2643, del 27 de abril de 1984, Società Comesar vs. Società Carniti y otro, en *Dir. mar.*, 1984, p. 864, y en *Assic.*, 1985, II, p. 10, con nota en contrario de FERRARINI. "Alcune considerazioni sulla limitazione del debito marittimo"). Y (en los límites en que pueda ser útil, respecto de la exégesis de un texto de derecho uniforme, hacer referencia a una norma de derecho interno) se puede mencionar así mismo la jurisprudencia sobre el artículo 423 del Código de Navegación (que, por lo demás, se inspira en el artículo 4°, parágrafo 5, de la Convención de Bruselas sobre la póliza de carga, si bien no contiene una expresión equivalente a "en alcun cas" correspondiente a la exclusión del resarcimiento más allá de la suma límite). En la línea orientada a admitir que el límite sea superable en caso de culpa grave (cfr., por ejemplo, Tribunal de Nápoles. Sentencia del 18 de noviembre de 1983, Michael Wolf y Antonio Farci vs. Società Tirrenia Navigazione, en *Dir. mar.*, 1985, p. 358; Corte de Apelaciones de Cagliari. Sentencia del 6 de septiembre de 1985, Società Tirrenia Navigazione vs. Deiosso, en *Riv. giur. sarda*, 1986, p. 743, con nota de TULLIO. "Sull'applicabilità della limitazione del debito del vettore marittimo in caso di colpa grave"), predominó la solución opuesta (Corte de Apelaciones de Messina. Sentencia del 25 de enero de 1980, Società Caronte vs. Ingrao, en *Dir. mar.*, 1981, p. 632; Corte de Apelaciones de Palermo. Sentencia del 14 de abril de 1984, Società Traghetti vs. Società Com. Fer., en *Riv. giur. circol. trasp.*, 1985, p. 389. Cfr. LEFEBVRE D'OVIDIO, PESCATORE y TULLIO. *Manuale*, cit., p. 590).

cluir la operatividad del límite de resarcimiento, excepto en caso de declaración de interés especial en la re-entrega y del pago del suplemento de tarifa respectivo, posibilidad prevista en todo caso por el artículo 22, parágrafo 3, en examen³⁸.

En efecto, la voluntad de la Convención de Montreal de 1999 de uniformarse en cuanto a la disciplina del transporte de mercancías al régimen del IV Protocolo de Montreal de 1975 parece confirmada por la ausencia de disposiciones específicas acerca de las conductas que pueden conducir a una exclusión semejante del transportador³⁹; por otra parte, en el artículo 30, parágrafo 3 (que corresponde a la disposición del artículo 25A de la Convención de Varsovia, introducido por el artículo XIV del Protocolo de La Haya de 1995)⁴⁰ en relación con la posición de los empleados y agentes del transportador⁴¹ que demuestren haber actuado en el ejercicio de sus funciones en el transporte de mercancías, se excluye la relevancia de la conducta temeraria y consciente⁴². El otro aspecto que

³⁸ Así, bajo este aspecto específico, el régimen de limitación en cuestión parece no contradecir los principios enunciados por la Corte Constitucional. Sentencia 401 del 19 de noviembre de 1987, *Società Traghetto Isole Eolie vs. Cerra*, en *Dir. mar.*, 1988, p. 59, con nota de BERLINGIERI. "Legittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav.", así como en *Dir. trasp.*, II, 1988, p. 196, con nota de COMENALE PINTO. "Brevi considerazioni sul limite del debito del vettore marittimo e sulla sua legittimità costituzionale", según la cual (en una óptica seguida ya en Corte de Apelaciones de Argel. 22 de febrero de 1951, *S.té d'assurances La Protectrice vs. S.té Anglo-Maltaise, S.té anonyme Algériens y Toerming*, en *DMF*, 1951, p. 435), para el transporte marítimo de mercancías consistiría, al lado de un régimen de responsabilidad sujeto a la limitación resarcitoria, y con tarifa referida a la tasa de las mercancías corrientes, en un régimen de responsabilidad desvinculado del límite de resarcimiento y caracterizado por una tarifa *ad valorem*. Sobre esta cfr. los comentarios de PESCATORE. "Riflessi costituzionali della limitazione della responsabilità del vettore nautico", en *Dir. trasp.*, I, 1988, p. 1. El mismo planteamiento es seguido también por la Corte Constitucional. Sentencia 64, 16 de febrero de 1993, *Masi vs. Soc. Executive trasp. Genova*, en *Dir. trasp.*, 1993, p. 377, con nota de RIGUZZI. "Brevi note sulla legittimità costituzionale del limite del debito del vettore stradale", que rechaza la cuestión de constitucionalidad del límite previsto por el artículo 1°, inciso 2, de la Ley 450 del 22 de agosto de 1985, que le fue sometida en el entendido de un presunto conflicto con el artículo 3° superior, siendo en todo caso posible para el remitente acordar un régimen diferente antes de la entrega de las mercancías al transportador.

³⁹ De manera diferente que para la responsabilidad por retardo en el transporte aéreo de pasajeros y para la responsabilidad por daños al equipaje o por retardo en el transporte de equipajes, según la hipótesis contemplada expresamente por el artículo 22, parágrafo 3, de la misma Convención de Montreal de 1999.

⁴⁰ El artículo 25A, parágrafo 1, de la Convención de Varsovia, introducido por el Protocolo de La Haya de 1955, se refiere a la responsabilidad tanto en el transporte de pasajeros como en el de mercancías y equipajes; posteriormente, el Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971 reduce el campo de la excepción al transporte de mercancías, mientras el IV Protocolo de Montreal conecta la excepción con el transporte de pasajeros y equipajes.

⁴¹ Respecto del texto del artículo 25A de la Convención de Varsovia, se había excluido la extensión de los límites y las excepciones también a los contratantes independientes (cfr. COMENALE PINTO. "Il catering aeronautico", en *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo, Atti del Convegno di Modena*, 31 de marzo y 1° de abril de 1995, Silingardi, Antonini y Morandi eds., 1996, p. 283 y 290). Hay que preguntarse si la solución no debe ser diferente de conformidad con el artículo 30 de la Convención de Montreal que, si bien mantiene para el texto en inglés la referencia a "servan or agent", en el texto en francés, en lugar de hablar de "préposé" adopta la fórmula, al parecer más amplia, de "préposé ou [...] mandataire".

⁴² Sobre la importancia de esta disposición respecto de la cuestión en examen cfr. Antonini. "La responsabilità del vettore aereo", *cit.*, p. 167. Por lo demás, sobre esta cuestión se inserta la de la identificación de los sujetos que corresponden a la categoría

parece que tiene que considerarse es el de la ausencia de indicaciones en los trabajos preparatorios acerca de la voluntad del legislador de derecho uniforme de seguir en este punto específico, para las mercancías, un camino diferente respecto del modelo trazado por el IV Protocolo de Montreal de 1999⁴³. Por consiguiente, en la Convención de Montreal pierde relevancia la noción de culpa temeraria o consciente, reconocida en cambio en la Convención de Varsovia según su modificación por el Protocolo de La Haya⁴⁴, excepto en las hipótesis a que se refieren los artículos 22, parágrafo 5 (superación de los límites de resarcimiento en caso de daño a equipaje o por retardo), y 30 (exclusión de empleados y agentes de limitaciones monetarias y excepciones que puedan ser invocadas por los transportadores de mercancías).

Una interesante innovación la constituye la introducción, mediante el artículo 24, parágrafo 1, de una disposición relativa a la corrección monetaria, de

de los "servant and agents" para fines de la disposición mencionada (cfr. en general Riguzzi. *L'impresa aeroportuale*, Padua, 1984, pp. 145 ss.). En relación con el artículo 25, parágrafo 2, de la Convención de Varsovia (y de la exclusión de la posibilidad de invocar el límite para el transportador) se ha planteado la cuestión de si a la noción de "préposés agissant dans l'exercice de ses fonctions" puede reconducirse al empleado de la empresa de *handling* aeroportuario que haya robado la mercancía transportada (en sentido positivo, cfr. Casación fr. del 21 de julio de 1987, Sabena S. A. vs. Compagnie Générale d'Electrolyse du Palais y otros, en *Dir. trasp.*, 1989, p. 238, con nota de Coletta. "Sulla nozione di preposto del vettore aereo, agente nell'esercizio delle sue funzioni"). Para la calificación del depositario de la mercancía a la llegada como "encargado" del transportador cfr., en la jurisprudencia italiana: Corte de Apelaciones de Nápoles, 8 de octubre de 1990, Società Varig Airlines vs. Società Galone y otro, en *Dir. trasp.*, 1992, p. 563, con nota de Zampone. "In tema di colpa temeraria e consapevole del vettore di merci", y en *Dir. mar.*, 1991, p. 1020. En cambio, excluye que la empresa de *handling* pueda pertenecer al número de los "préposés" del transportador, allí donde la entrega de las mercancías no dependa de libre elección sino de disposición legal: Casación 8531 del 14 de julio de 1992, Società Esercizi Aeroportuali (SEA) vs. Tahisho Marine & Fire Insurance Co., en *Dir. trasp.*, 1993, p. 905, con nota de Perrone. "In tema di consegna coattiva delle merci all'impresa aeroportuale". Al lado de esta cuestión se plantea el asunto de la legitimación pasiva de la empresa aeroportuaria respecto de la acción del destinatario o del pasajero por los daños de la mercancía o del equipaje, que encuentra soluciones jurisprudenciales no homogéneas. Para la solución afirmativa cfr. Casación 9537 del

11 de septiembre de 1990, Società Esercizi Aeroportuali (SEA) vs. CISA y Società Alitalia, en *Dir. trasp.*, II, 1991, p. 256, con nota de Bonfantoni. "Ancora sulla responsabilità dell'impresa aeroportuale". Excluye una acción contractual (hipotizando la admisibilidad de una acción extracontractual, sujeta a la carga de la prueba de la propiedad de la mercancía): Tribunal de Roma. 8 de octubre de 1989, Gastaldi International S.r.l. vs. Società Aeroporti di Roma, en *Dir. prat. av. civ.*, I, 1993, p. 109; en la misma óptica, cfr. Casación 418 del 19 de enero de 1996, Società Alitalia vs. Società Gallone y otro, en *Dir. trasp.*, 1997, p. 153, con nota de d'Orazio. "In tema di responsabilità extracontrattuale dell'operatore di handling in solidum col vettore aereo", y en *Dir. mar.*, 1998, p. 80, con nota de DAGNINO. "Osservazioni in tema di responsabilità del vettore aereo e del preposto nella Convenzione di Varsovia del 1929". Por el contrario, excluye la legitimación pasiva del transportador, sobre el presupuesto de que la entrega por parte de este al gestor de la *handling* se debería reconducir al ámbito del depósito en favor de tercero, Tribunal de Roma. 29 de diciembre de 1997, Cristofari vs. Società Aeroporti di Roma, en *Riv. giur. circ.*, 1998, p. 535.

⁴³ Trabajos preparatorios a los que es preciso recurrir, para fines de interpretación, en caso de que no sean suficientes los cánones hermenéuticos indicados por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de conformidad con el artículo 32 de la misma Convención. Sobre el carácter de "tratados" de las convenciones de derecho uniforme cfr. Bariatti. *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padua, 1986, pp. 40 ss.

⁴⁴ Al respecto cfr. ZAMPONE. "La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti", *cit.*

acuerdo con el tipo de inflación, de los límites de resarcimiento mantenidos por la Convención, cada cinco años, por obra de la Organización de la Aviación Civil⁴⁵. El artículo 24, parágrafo 2, prevé la posibilidad de que la mayoría de los Estados miembros no acepten adecuarse a esta disposición, en caso de que el tipo de inflación exceda el 10%. Se trata de una disposición semejante a la introducida en otros instrumentos de derecho internacional uniforme en materia de navegación⁴⁶, que comporta la aplicabilidad directa en los diferentes ordenamientos nacionales de normas adoptadas en el ámbito de una organización internacional⁴⁷. Por lo demás, de conformidad con el artículo 25, el transportador está libre de aumentar los límites a que está sujeta su responsabilidad, o bien de renunciar a ellos por completo.

Como en el Reglamento 2027/97⁴⁸, también en la nueva Convención de Montreal, en el artículo 5°, se prevé para el transportador un cubrimiento obligatorio del seguro respectivo, siguiendo aquí la tendencia de las más recientes convenciones de derecho uniforme en materia de responsabilidad⁴⁹. Pero tampoco el legislador de derecho uniforme, siguiendo las huellas del legislador comunitario, prevé el nivel mínimo de la cobertura, introduciendo con ello un obstáculo a la eficacia de la disposición respecto de su *ratio* presumible, que es la de garantizar un resarcimiento seguro y adecuado⁵⁰. Por lo demás, en Italia el seguro obligatorio por responsabilidad del transportador aéreo de personas ya existe, por un monto máximo de 100.000 DSP, sobre la base de la Ley 274 del 7 de julio de 1988, que con ello acoge las indicaciones de la sentencia 132 de la Corte Constitucional, del 6 de mayo de 1985, y responde a la necesidad de que el régimen de limitación de resarcimiento en favor del transportador esté acompañado, además de por lo adecuado del límite, por la certeza del resarcimiento⁵¹.

⁴⁵ Un mecanismo de adecuación de los límites monetarios de alcance más limitado estaba previsto en el artículo 42 de la Convención de Varsovia, en el texto incluido por el artículo xv del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971, con referencia exclusiva a la responsabilidad del transportador aéreo de personas: cfr. MAPELLI y LÓPEZ. "El contrato de transporte aéreo internacional según el Convenio de Varsovia de 1929 y su Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971", en *Dir. aereo*, 1971, pp. 38 y 49.

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual por contaminación mediante hidrocarburos transportados de manera inadecuada, CLC Prot. 1984, artículo 15, y Fund. Prot. 1984, artículo 33. Las disposiciones en cuestión fueron luego confirmadas en CLC Prot. 1992 y Fund. Prot. 1992. Cfr. también, en el mismo sentido, el artículo 48 de la Convención HNS de 1996. En general, sobre la posibilidad de que a los órganos de una organización internacional se les pueda atribuir el "poder de emitir actos directamente vinculantes para los Estados participantes en la organización", cfr. BARIATTI. "L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme", *cit.*, pp. 9 ss.

⁴⁷ Para los problemas respectivos cfr. Comenale Pinto. "Il recepimento degli Annessi della Convenzione di Chicago del 1944: un obiettivo ancora da raggiungere", en *Il piano generale dei trasporti*, Nápoles, 1991, pp. 113 y 119 ss.

⁴⁸ El Reglamento 2027, en el artículo 3°, parágrafo 1, literal b, no cuantifica el máximo respecto del cual subsiste la obligación de seguro de responsabilidad para los transportadores aéreos comunitarios, pero precisa en todo caso que debe permitir la "cobertura del límite de responsabilidad previsto por el parágrafo 2 y, más allá de este límite, hasta un nivel razonable".

⁴⁹ Sobre la importancia del instrumento del seguro para garantizar la certeza del resarcimiento (parámetro al que la Corte Constitucional italiana ha ligado la valoración de la constitucionalidad de la disciplina de la responsabilidad del transportador aéreo de personas, con la mencionada Decisión 132 de 1985) cfr. SILINGARDI. "L'istituto del limite risarcitorio: controllo di costituzionalità ed autonomia delle parti", *cit.*, pp. 384 ss.

⁵⁰ Cfr. al respecto CAPOTOSTI. "Criteri di 'ragionevolezza' e obbligo di assicurazione della responsabilità civile", *cit.*, p. 247.

Al lado de este seguro de responsabilidad del transportador, en Italia subsiste la obligación de seguro contra accidente⁵², a que se refieren los artículos 941 y 996 y siguientes del Código de Navegación⁵³; este, si bien no es de por sí incompatible con el régimen del Reglamento 2027/97⁵⁴, como tampoco lo es con la Convención de Montreal⁵⁵, ciertamente ha perdido en la práctica su razón de ser⁵⁶.

El principio de la llamada “quinta jurisdicción” ha sido acogido, en el artículo 33, parágrafo 2, pero condicionado al cumplimiento de la condición, en el momento del accidente, de la residencia principal y permanente del pasajero⁵⁷ (cuya ciudadanía, en cambio, no tiene relevancia) en el Estado del foro invocado, en donde opere el transportador aéreo, ya sea directa o indirectamente, a través de un *commercial agreement*. Puede derivarse algún problema de la valoración de la naturaleza del acuerdo que parece requerirse para fines de constatar los presupuestos de la jurisdicción⁵⁸; en todo caso, parece suficiente que exista un acuerdo de *code-sharing*⁵⁹. De pasada, cabe observar que la extensión de la escogencia de la jurisdicción más allá de las posibilidades previstas en el texto original de la Convención de Varsovia ya había sido acogida, en una medida aun más amplia que la prevista por la Convención de Montreal, por el artículo XII del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1991⁶⁰. Este último había introducido un segundo

⁵¹ Cfr. BALLARINO-BUSTI. “La responsabilità del vettore aereo internazionale dal punto di vista italiano”, en *Dir. trasp.*, 1989, p. 7; ROMANELLI. “Problèmes de légitimité constitutionnelle dans la législation italienne sur les limites des dommages-intérêts dans le système de Varsovie”, en *Liber Amicorum Honoring Nicolas Metesco Matte*, Rinaldi Baccelli ed., París, 1989, pp. 269, 275 a 277.

⁵² La obligación en cuestión deriva de la recepción a nivel normativo de la que era una praxis seguida por las principales compañías aéreas (cfr. ROMANELLI. *Il trasporto aereo di persone*, cit., pp. 190 s.).

⁵³ Cfr. ANTONINI. “La tutela assicurativa del passeggero nel trasporto di persone”, en *Resp. civ. prev.*, 1990, p. 937. La hipótesis de introducir un régimen de seguro obligatorio de accidente para los pasajeros se examinó en el curso de los trabajos preparatorios del Protocolo de Ciudad de Guatemala (cfr., ampliamente, RINALDI BACCELLI. “Note in margine alla insuperabilità del limite di responsabilità del vettore aereo o dei suoi dipendenti”, en *Studi di diritto aeronautico*, Milán, 1977, pp. 55 y 100 ss.).

⁵⁴ ROMANELLI. “Il regime di responsabilità del vettore aereo per infortunio al passeggero”, cit., pp. 786 s.

⁵⁵ Sobre la compatibilidad del régimen de seguro obligatorio del Código de Navegación con la Convención de Varsovia cfr. ROMANELLI. “Le norme regolatrici del trasporto aereo internazionale nell’ordinamento italiano”, en *Riv. dir. nav.*, 1954, I, pp. 166 y 195 a 196.

⁵⁶ SILINGARDI. “Commento alla l. 7 luglio 1988, n. 274”, cit., p. 783. Respecto de la valoración de la mejor solución posible para la tutela del pasajero, en su momento se observó que, “en caso de que el seguro de responsabilidad civil no esté dirigido a la cobertura de un comportamiento que sea elevado por la norma a presupuesto de la prestación resarcitoria sin que esté permitida la prueba liberatoria del fortuito [...] resulta preferible, para una mejor salvaguarda de los intereses de los perjudicados, la solución adoptada por el Código de Navegación” (GRIGOLI. “L’assicurazione obbligatoria passeggeri”, cit., pp. 304 a 306).

⁵⁷ Se trata, por lo demás, de una noción poco definida, susceptible de determinar a su vez el contencioso: cfr. GATES. “La Convention de Montréal”, en *Rev. fr. dr. aér.*, cit., p. 442.

⁵⁸ MAURITZ. “Reports”, cit., p. 156. Sobre estos acuerdos cfr., en italiano, FRANCHI. “Gli accordi di ‘codesharing’”, en *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, cit., p. 519; GIRARDI. “Vettore contrattuale e vettore di fatto: chi risponde dei danni nel trasporto aereo?”, cit., pp. 537 ss.

⁵⁹ Sobre los problemas para la identificación del régimen de responsabilidad en caso de transporte aéreo en *code-sharing*, respecto a la Convención de Varsovia, cfr. Franklin. “Code-sharing and Passenger Liability”, en *Air Law*, 1999, p. 128.

⁶⁰ Cfr. ANTONINI. “La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente normativa”, cit., p. 180.

inciso, en el artículo 28 de la Convención, relativo no solo a las acciones por muerte o lesiones del pasajero, sino también por retardo, o por pérdida o destrucción del equipaje, así como por el retardo en el transporte de este⁶¹. Por lo demás, parece tenerse que excluir que la disciplina en cuestión tenga reflejos también sobre la identificación de la competencia territorial interna⁶².

Debe señalarse que la Conferencia diplomática introduce en las disposiciones finales de la Convención una cláusula (art. 53) que permite la adhesión de las organizaciones internacionales regionales con competencia en las materias disciplinadas por la Convención misma⁶³, sentando así las bases para que a esta pueda adherirse la Comunidad Europea⁶⁴.

V. LA DOCUMENTACIÓN

POR LO QUE SE REFIERE A LA DOCUMENTACIÓN del transporte, respecto de la disciplina hoy en vigor, la Convención de Montreal extiende también al transporte de personas la posibilidad de valerse de soportes que no sean de papel (art. 3°), siguiendo, por lo demás, la línea ya trazada por el artículo II del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971; de esta manera se permite recurrir al tiquete electrónico, ya difundido en particular en los servicios internos de transporte aéreo en Estados Unidos, también para los transportes internacionales que corresponden al régimen de derecho uniforme⁶⁵. Sin embargo, respecto de lo pre-

⁶¹ Según esta última disposición, "In respect of damage resulting from the death, injury or delay of a passenger or the destruction, loss, damage, or delay of baggage, the action may be brought before one of the Courts mentioned in paragraph 1 of this Article, or in the territory of one of the High Contracting Parts, before the Court within the jurisdiction of which in the territory of the same High Contracting Party".

⁶² La cuestión se planteó en el caso resuelto por Casación U.S. 6630, 15 de junio de 1993, Empresa Consolidada Cubana de Aviación vs. Menichini y otro, en *Dir. trasp.*, 1994, p. 185, con nota de Montanari. "Sull'interpretazione dell'articolo 28 della convenzione di Varsavia in materia di giurisdizione e competenza territoriale del trasporto aereo internazionale" (las Secciones Unidas excluyeron que, sobre la base del artículo 28 de la Convención de Varsovia, se pudiera proponer un reglamento de jurisdicción y, por el contrario, acompañaron el rechazo de una condena, de conformidad con el artículo 96 C. P. C.).

⁶³ Si bien excluyendo de manera expresa, en el párrafo 6 del mismo artículo 53, que la ratificación de estas organizaciones internacionales regionales pueda servir para fines de llenar las condiciones para la entrada en vigor (treinta ratificaciones).

⁶⁴ Cfr. la nota verbal del Consejo de los

Ministros de Transporte de la U. E., del 29 de marzo de 1999 (sobre el presupuesto de que el nuevo régimen de derecho uniforme habría tocado también competencias comunitarias). Sobre el problema más general de la adhesión de la Unión Europea a la Organización de la Aviación Civil (teniendo en cuenta, entre otras, que la Convención de Chicago del 7 de diciembre de 1944 no había contemplado la posibilidad de adhesión de entes supranacionales) cfr. DUCREST. "L'Union Européenne, futur membre de l'Organisation de l'Aviation Civil Internationale?", en *AASL*, 1994, p. 239.

⁶⁵ Sobre los problemas ligados a la adopción de esta forma de documentación del transporte aéreo de pasajeros, cfr. LICK-DORNIC. "Electronic Ticketing under the Warsaw Convention: The Risk of "Going Tickless" on International Flights", en *Air Law*, 1997, p. 13; Dubuc. "Air Travel, Electronic Tickets and the Warsaw Convention in Cyberspac", *ibid.*, p. 291; en italiano (con referencias a la praxis de IATA) cfr. BUSTI. "Profili innovativi nella documentazione del contratto di trasporto aereo di persona", en *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, *cit.*, pp. 79 ss. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de consideración también para el transporte marítimo de mercancías: sobre los estudios relativos a la adopción del soporte informático para la póliza de carga, cfr. DE VESCOVI. *Titoli di*

visto en el Protocolo de Ciudad de Guatemala, parece poderse identificar una mayor sensibilidad en relación con el derecho a la información del usuario: en efecto, se mantiene firme el principio de la necesidad de entregar a cada pasajero un aviso escrito acerca de la aplicabilidad del régimen de derecho uniforme y de los límites que este comporta⁶⁶. No obstante, debe subrayarse la falta de previsión de cualquier indicación acerca del idioma del aviso en mención; teniendo en cuenta el objeto que se le atribuye evidentemente a este aviso, se puede considerar que este debe redactarse de manera tal que sea lo más inteligible posible, condición que se satisface, como es verosímil, mediante el recurso al idioma nacional del lugar de inicio del transporte y/o del lugar en donde se ha suscrito el contrato, además de en idioma inglés. El uso de este último, puesto que se trata de transportes internacionales, se justifica en razón de su difusión⁶⁷.

credito e informatica, Padua, 1991, pp. 18 ss.; FADDA. "Norme ed usi uniformi sui crediti documentari e documenti di trasporto", en *Dai tipi legali ai modelli sociali, cit.*, pp. 641 y 668 ss. (con referencia específica a las Reglas del CMI sobre la póliza de carga electrónica).

⁶⁶ Resulta conocida la jurisprudencia estadounidense, formada en todo caso respecto de un ordenamiento que no estaba vinculado por el Protocolo de La Haya de 1955, acerca de la relevancia de la información al pasajero sobre los límites, para fines de su oponibilidad: en el célebre caso *Lisi vs. Alitalia* decidido por U.S. C. A. 16 de diciembre, *Lisi vs. Alitalia*, en *Riv. dir. nav.*, 1966, II, p. 189, con nota de RINALDI BACCELLI. "In tema di responsabilità del vettore aereo", se ha excluido la aplicabilidad de la limitación, en cuanto el aviso respectivo estaba contenido en el ticket de viaje en "lilliputian prints", de manera que no permitían fácilmente que el pasajero tomara conocimiento de su contenido. Sin embargo, parece que esta orientación ha sido objeto de una profunda reconsideración con U.S. S. C. 18 de abril de 1989, *Chan vs. KAL*, en *Dir. trasp.*, 1991, p. 291, con nota de Coletta. "In tema di adeguatezza della clausola di richiamo alla Convenzione di Varsavia del 1929 inserita nel biglietto di passaggio".

Una obligación de información de contenido análogo al de la Convención de Montreal está contenida en el artículo 6° del Reglamento CE 2027/97 del Consejo del 9 de octubre sobre la responsabilidad del transportador aéreo en caso de accidente. En particular, sobre la base de la disciplina apenas mencionada, las previsiones relativas a la responsabilidad del transportador y a la obligación del mismo de depositar anticipos inmediatos "deben ser incluidas en las condiciones de transporte" (art. 6.1); además, "a solicitud de estos se ofrece ade-

cuada información a los pasajeros" respecto de las agencias de viaje, ventanillas y puntos de venta del transportador, incluyendo en el ticket "una síntesis de estas disposiciones en un lenguaje claro y comprensible" (al respecto, cfr. BUSTI. "Profili innovativi nella documentazione del contratto di trasporto aereo di persona", *cit.*, p. 95). Por otra parte, ya el artículo 4° del Reglamento CEE 2409/92 del Consejo, del 23 de julio, sobre tarifas aéreas para el transporte de pasajeros y de mercancías dicta la importante disposición de la obligación de los transportadores comunitarios de proporcionar "a solicitud" de los usuarios las tarifas de sus servicios. Por lo que se refiere a los transportadores no comunitarios, el Reglamento CE 2027/97 prevé, en todo caso, una obligación de informar acerca del diferente régimen de responsabilidad aplicable respecto de los transportadores comunitarios (art. 63). Está prevista de manera expresa, por lo que se refiere al contrato de viaje, la obligación de informar por escrito al usuario, y ello ya en el curso de las negociaciones, y en todo caso antes de la conclusión del contrato, si bien de manera limitada a las condiciones en materia de pasaportes y de obligaciones sanitarias, por el artículo 4° de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, del 13 de junio de 1990, relativa a los viajes, las vacaciones y los tours con todo incluido, y en el artículo 8° del decreto de recepción de esta directiva, Decreto ley 111 del 17 de marzo de 1995.

⁶⁷ El principio de la utilización de un idioma comprensible para el usuario (si bien a solicitud suya) está contemplado en la disciplina de derivación comunitaria de tutela del consumidor: cfr., por ejemplo, el artículo 3°, inciso 4°, del Decreto ley 185 del 22 de mayo de 1999, sobre "Desarrollo de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia": "En el caso de utilización de técnicas que permiten una comu-

Al contrario de lo previsto para las mercancías, en el caso de utilización de documentación sobre soporte que no sea de papel, en el transporte de personas el transportador no puede limitarse a emitir un recibo del registro (*written statement of the information so preserved*) solo a solicitud del usuario (como lo prevé el artículo 4.2), sino que debe proceder a ofrecerle al pasajero este recibo: se trata, sin embargo, de una obligación no sancionada. A diferencia de lo que sucede con el transporte de mercancías, ninguna disposición se dicta de manera específica acerca de la eficacia probatoria de este recibo.

Por lo que atañe a las mercancías, siguiendo el 4° Protocolo de Montreal de 1975, la nueva convención prevé la posibilidad para el transportador de recurrir, en lugar de a emitir un certificado de transporte aéreo, a otros medios de documentación (art. 4°), con la obligación, en este caso, de emitir al usuario un recibo contentivo de los datos relativos al transporte y a la mercancía entregada al transportador (*cargo receipt*). Las modalidades de emisión del certificado de transporte aéreo se precisan en el artículo 7°, en los mismos términos previstos en el artículo 6° de la Convención de Varsovia, en el texto modificado por el IV Protocolo de Montreal de 1975. También la documentación de los transportes de piezas múltiples está disciplinada con disposiciones coincidentes con las del IV Protocolo de Montreal (artículos séptimos de la Convención de Montreal y de la Convención de Varsovia modificada por el IV Protocolo). Al lado del certificado de transporte aéreo o de la *cargo receipt*, se prevé en el artículo 6° de la nueva Convención la posibilidad de entrega por parte del remitente de un documento para fines de aduana o de policía acerca de la naturaleza de la mercancía, con la indicación expresa de que de ello no se puede derivar para el transportador ningún *duty, obligation or liability*; queda a salvo la obligación del remitente de proporcionar las informaciones y los documentos necesarios para el cumplimiento de las formalidades del caso (artículos 16 de Varsovia y de Montreal).

El contenido mínimo de la *cargo receipt* y del certificado de transporte aéreo, según lo previsto por el artículo 5° de la nueva Convención, coinciden, de manera análoga con lo previsto por el artículo 8° de la Convención de Varsovia, en el

nicación individual, las informaciones a que se refiere el inciso 1° son proporcionadas, en caso de que el consumidor lo requiera, en idioma italiano. En tal caso, son proporcionadas en el mismo idioma también la confirmación y las demás informaciones a que se refiere el artículo 4° (el considerando 8 de la directiva así desarrollada precisa que "el uso de los idiomas en materia de contratos a distancia hace parte de las competencias de los Estados miembros"). Cabe recordar, así mismo, la directiva del Consejo 79/112/CEE del 18 de diciembre de 1978, concerniente al acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros por lo que se refiere al etiquetamiento y la presentación de los productos alimenticios destinados al consumidor final, cuyo artículo 14 prevé la posibilidad, para los Estados miembros, de prohibir el comercio de aquellos productos en los que las indicaciones esenciales de la etiqueta "no son proporcionadas

en un idioma fácilmente comprensible para los compradores, a menos que la información del adquirente sea garantizada de otra forma". Tribunal de Instancia de París. Sentencia del 8 de febrero de 1978, *Vandelay et association Générale des Usagers de la langue française vs. Roberts et British Airways*, en *Rev. fr. dr. aér.*, 1979, p. 97, en donde se afirma la prohibición de emitir un tiquete aéreo redactado exclusivamente en inglés (en el *sub judice*, relativo al recorrido París-Londres), aunque el transportador emisor fuera la British Airways, cuyo representante fue condenado sobre la base de la ley del 31 de diciembre de 1975, sobre el uso del idioma francés, y de la ley del 1° de agosto de 1905, sobre represión del fraude (para el lugar de esta decisión en el ámbito de la jurisprudencia sobre la tutela de los consumidores, cfr. DE JUGLART. *Traité de droit aérien*, París, 1989, p. 1047).

texto modificado por el IV Protocolo de Montreal de 1975, con una drástica reducción de las indicaciones previstas para el certificado de transporte aéreo en el texto originario de la Convención de Varsovia: están contempladas exclusivamente la indicación del lugar de partida y del de llegada y, si estos se encuentran en el territorio del mismo Estado, de la escala en el exterior prevista contractualmente, así como la indicación del peso de la mercancía. De manera conjunta, por el artículo 11 de la nueva Convención se encuentra disciplinada también la eficacia probatoria del certificado de transporte aéreo y de la *cargo receipt*, que están previstos⁶⁸ como prueba presuntiva de la conclusión del contrato de transporte, de la aceptación de la mercancía por parte del transportador y de las condiciones expresamente mencionadas, así como por lo que hace a las indicaciones relativas al peso, la dimensión, el empaque y el número de piezas; la misma eficacia presuntiva se le reconoce también a las indicaciones relativas a la cantidad, el volumen y las condiciones de la mercancía, exclusivamente si del documento resulta que han sido verificadas por el transportador en presencia del remitente, o bien si se refieren a condiciones aparentes.

El no respeto de las disposiciones en materia de documentación no excluye, ni para el transporte de pasajeros ni para el de mercancías, la aplicabilidad de la Convención o de los límites de resarcimiento previstos por ella (art. 3.5 de la nueva Convención, por lo que se refiere al transporte de pasajeros; artículo 9° respecto del transporte de mercancías): de esta manera desaparece definitivamente la causa específica de exclusión del transportador aéreo del beneficio del límite, prevista por el texto original de la Convención de Varsovia, en el artículo 3.2 para el transporte de pasajeros, 4.4 para el transporte de equipaje entregado y 9° para el transporte de mercancías. El ámbito de operatividad de esta causa de exclusión, por lo demás, había sido extendido por el Protocolo de La Haya de 1955 también a la no inserción en el documento de transporte de la aplicabilidad de la Convención de Varsovia y de su régimen de responsabilidad. La relevancia de la desaparición de estas disposiciones también para el transporte de personas, ya superadas para el transporte de mercancías con la entrada en vigor del IV Protocolo de Montreal, no parece especialmente significativa, si se tiene en cuenta el abandono del principio de la limitación resarcitoria por lo que se refiere a los daños por muerte o por *bodily injury* del pasajero, según lo previsto por el artículo 21 de la nueva Convención, sobre el cual volveremos adelante.

Ninguna disposición expresa se dicta acerca de la eficacia probatoria de la documentación sobre soporte no tradicional, de manera análoga a lo que ya se había encontrado en relación con estas formas de documentación del transporte, si bien solo para las mercancías, en el IV Protocolo de Montreal⁶⁹. Se trata de una cuestión delicada, si se tiene en cuenta que la emisión de un recibo de papel es solo eventual y que el usuario no tiene acceso directo a los datos registrados⁷⁰: en

⁶⁸ Como ya en el IV Protocolo de Montreal y, limitándose al documento de transporte aéreo, en el texto originario de la Convención de Varsovia.

⁶⁹ BUSTI. *Nuovi documenti del contratto di trasporto di cose*, Padua, 1983, p. 139.

⁷⁰ A otras conclusiones se podría llegar si el sistema interactúa con el usuario, mediante un terminal bajo su control, como podría

sucedir para las transacciones realizadas mediante sistemas telemáticos. Por lo que hace al ordenamiento italiano, cabe recordar la reciente introducción del principio general, contenido en el artículo 15, inciso 2°, de la Ley 59 del 15 de marzo de 1997, según el cual "los actos, los datos y los documentos realizados por la administración pública y por los particulares con instrumen-

una óptica al menos parcialmente diferente se podría plantear la cuestión respecto de las hipótesis de contratos realizados entre el usuario y el transportador por vía telemática⁷¹, con los problemas de derecho internacional privado que se derivan de transacciones comerciales efectuadas entre sujetos distantes. Por lo que se refiere a la hipótesis de sistemas de registro que no interactúan de ninguna manera con los usuarios, no parece poderse negar la posibilidad de oponer al transportador el registro de estos sistemas de documentación del transporte; no parece igualmente fácil la conclusión acerca de la posibilidad de oponer este registro a la contraparte contractual del transportador⁷². Por lo que atañe a la hipótesis de que el usuario (pasajero o remitente) haya obtenido un recibo de los datos contenidos en el registro, las eventuales diferencias entre esta documentación del transporte sobre soporte de papel y el registro sobre soporte no tradicional parece que se deben resolver en favor de los datos que se pueden obtener en el primer caso, en la medida que sean los únicos datos que el usuario puede efectivamente constatar⁷³.

De otra parte, para los contratos de transporte suscritos entre el usuario y el transportador por vía telemática, también se podría plantear el problema de la aplicabilidad de la disciplina de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección del consumidor en materia de contratos a distancia⁷⁴, recepcionada en Italia con el Decreto ley 185

tos informáticos y telemáticos, los contratos estipulados en las mismas formas, así como su archivación y transmisión con instrumentos informáticos, son válidos e idóneos para todo efecto legal”, remitiendo a un reglamento que establezca “los criterios y las modalidades de aplicación” del principio en cuestión; este reglamento fue luego adoptado con el Decreto presidencial 513 del 10 de noviembre de 1997, que remite a su vez a otra disposición para fijar las técnicas específicas necesarias para la aplicación de la disciplina, adoptada mediante el Decreto presidencial del 8 de febrero de 1999 sobre “Reglas técnicas para la formación, la transmisión, la conservación, la duplicación, la reproducción y la validación, aun temporal, de los documentos informáticos de conformidad con el artículo 3°, inciso 1°, del Decreto presidencial 513 del 10 de noviembre de 1997”. Sobre el tema de los contratos estipulados por vía telemática cfr. SFORZA. “Brevi riflessioni sulla problematica dei contratti a conclusione informatica”, en *Nuovo dir.*, 1997, p. 265; GAMBINO. *L'accordo telematico*, Milán, 1997; Pasquino. “L'accordo per via telematica”, en *Nuovi temi di diritto privato*, Ricciuto ed., Nápoles, 1999, p. 317. En relación, específicamente, con el transporte aéreo de personas, para una descripción de los posibles sistemas *ticketless* cfr. BUSTI. “Profili innovativi nella documentazione del contratto di trasporto aereo di persona”, *cit.*, pp. 83 ss.

⁷¹ Hipótesis examinada por BUSTI. *Op. cit.*

⁷² Respecto de nuestro Código Civil, se ha planteado la cuestión de la posibilidad de asimilar estos registros a los registros contables del empresario, para hipotizar su eficacia probatoria, si bien en los límites de los artículos 2709 y 2710 del Código Civil: cfr. BUSTI. “Nuovi documenti”, *cit.*, pp. 102 ss.

⁷³ COMENALE PINTO. “La prenotazione elettronica di spazio aereo”, en *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1988, pp. 137 y 151; CERVELLI y GIUSTIZIERI. “C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria”, *cit.*, p. 49.

⁷⁴ De conformidad con el artículo 2.1 de esta directiva, por “contrato a distancia” se debe entender “cualquier contrato que tenga por objeto bienes o servicios estipulado entre un proveedor y un consumidor en el ámbito de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la culminación del contrato, incluida la suscripción misma del contrato”, mientras, con base en el numeral 4 de la misma disposición, por “técnica de comunicación a distancia” se debe entender “cualquier medio que, sin la presencia física y simultánea del proveedor y del consumidor, pueda utilizarse para la conclusión del contrato entre dichas partes”. El anexo I contiene una enumeración, a título de ejemplo, de las “técnicas de comunicación a que se refiere el artículo 2.4”; entre estas se incluye el correo electrónico.

del 22 de mayo de 1999. Las disposiciones más significativas de esta última, entre las cuales se encuentra el derecho de renuncia en favor del consumidor, no se aplican, sin embargo, “a los contratos de provisión de servicios relativos al alojamiento, a los transportes, al servicio de alimentación, al tiempo libre, cuando en el momento de la conclusión del contrato el proveedor se obligue a proporcionar estas prestaciones en una fecha determinada o en un periodo preestablecido”⁷⁵. Sin embargo, se debe señalar que, por lo que se refiere a Italia, el artículo 9°, inciso 1°, del Decreto ley 50 del 15 de enero de 1992, al recepcionar la Directiva 85/577/CEE del Consejo del 20 de diciembre de 1985, sobre tutela del consumidor en caso de contratos negociados por fuera de los establecimientos comerciales, extiende el *jus poenitendi* del consumidor, a que se refiere el artículo 5° de esta directiva, “a los contratos relativos [...] a la provisión de servicios [...] concluidos mediante el uso de instrumentos informáticos o telemáticos”⁷⁶. El problema de la coordinación entre las dos disciplinas ha sido resuelto provisionalmente por el artículo 15 del Decreto ley 185 de 1999, en espera de la expedición de un texto único de coordinación⁷⁷, en el sentido del predominio de las “normas más favorables al consumidor contenidas en el presente decreto ley”⁷⁸.

VI. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR EN EL TRASPORTE DE PERSONAS

EL ASPECTO MÁS SIGNIFICATIVO DE LA Convención de Montreal resulta ser, sin duda, el de la disciplina de la responsabilidad del transportador; el artículo 17 (que introduce el capítulo III) se distancia de la formulación tanto del artículo 17 de la Convención de Varsovia, en el texto original (sobre el cual no intervino el Protocolo de La Haya de 1955) como, si bien de manera menos incisiva, del texto modificado por el Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971.

La nueva Convención confirma el abandono del principio de la limitación del transportador por los daños a la persona del pasajero, siguiendo las líneas ya adoptadas a nivel normativo por el mencionado Reglamento 2027 de 1997, e

⁷⁵ Con base en la exclusión expresa a que se refiere el artículo 3°, inciso 2° (correspondiente al artículo 7°, literal b, del Decreto 185 de 1999). Para las dudas acerca de la justificación de esta solución cfr. DE MARZO. *I contratti a distanza*, Milán, 1990, p. 40.

⁷⁶ Sobre el presupuesto de que las ventas telemáticas “... se pueden reconducir fácilmente [...] a la lógica implícita en la identificación de los llamados contratos negociados por fuera de los locales comerciales”, MACRÌ (*Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, Turín, 1998, p. 102) duda de la oportunidad de establecer su disciplina, en el ámbito del Decreto ley 50 del 15 de enero de 1992, “en una norma aparte, y sobre todo de dictar en la misma norma una disciplina especial [...] incompleta”. En el sentido que el legislador italiano, con el ar-

tículo 9° del Decreto ley 50, quiso darle “desarrollo anticipado a una directiva aún en proyecto, aquella sobre la venta a distancia de bienes y servicios a los consumidores” (que luego se convertiría en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 1997) cfr. SCANNICCHIO. “Vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei”, en *Le vendite aggressive*, Jannarelli ed., Nápoles, 1995, pp. 193 y 194.

⁷⁷ Sobre este aspecto específico cfr. De Marzo. “I contratti a distanza”, *cit.*, p. 77 ss.

⁷⁸ Podría plantearse el caso (como parece, por lo que se refiere a la materia en examen, para el derecho de renuncia) de que la normativa más favorable no sea la contenida en el Decreto 185 de 1999; en el sentido de tener que aplicar en todo caso la disciplina más favorable cfr. DE MARZO. “I contratti a distanza”, *cit.*, p. 81.

introduce así un doble régimen de responsabilidad: hasta el valor de 100.000 DSP el transportador responde sobre base objetiva⁷⁹; más allá de esta medida el transportador responde de manera ilimitada, pero con la posibilidad, prevista de forma expresa en el artículo 21, de aportar la prueba negativa de que el hecho dañoso no depende de “negligence or other wrongful act or omission of the carrier or its servants or agents”, o bien que fue “solely due to the negligence or other wrongful act or omission of a third party”⁸⁰: al contrario de la Convención de Varsovia, o del Código de Navegación, la prueba liberatoria para el transportador se formula así de manera negativa, condicionando su liberación a la exclusión de que concurren hechos dependientes de una conducta ilícita del transportador o de los sujetos de cuya actuación el transportador está obligado a responder, salvo el caso de la dependencia integral del daño de hecho de tercero ajeno⁸¹. La prueba liberatoria de contenido positivo se mantiene en cambio, en

⁷⁹ Se puede hipotizar que el diferente régimen legal adoptado no comportará ninguna reducción de los índices de litigiosidad respecto de los transportadores (MARGO. “Insurance Aspects of the New International Passenger Liability Regime”, en *Air Law*, 1999, pp. 134 y 136) y, en relación con el régimen de responsabilidad objetiva, se ha previsto que el nivel del contencioso se pueda incluso elevar; sin embargo, al menos en el estado actual, no parece previsible una variación significativa de los costos de la cobertura en el mercado de seguros por razón de la superación del límite (MARGO. “Insurance Aspects”, *cit.*, p. 138).

⁸⁰ A la norma aprobada correspondían, en el artículo 20 del proyecto aprobado por el Legal Committee de la ICAO en la xxx Sesión (Draft Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), anexo D del Report of the Third Meeting of the Secretariat Study Group on the Modernisation of the Warsaw System (doc. ICAO SGMW/21-WP/4), tres soluciones diferentes, no habiendo sido alcanzada una visión unívoca al respecto. En la alternativa I y en la II, para los daños que excedan los 100.000 DSP, era en todo caso el transportador quien debía proporcionar la prueba liberatoria (de haber adoptado todas las medidas necesarias y posibles para evitar el daño, o bien de que el daño no se debió “to the fault or neglect of the carrier or its servants or agents acting within their scope of employment or agency”, para la primera hipótesis; y solo de haber adoptado todas las medidas necesarias y posibles para evitar el daño, en la segunda hipótesis); en la alternativa III se preveía un régimen basado en un triple mecanismo de imputación: para los daños que excedan los 100.000 DSP el transportador debería liberarse dando la prueba de haber adoptado todas las medidas necesarias y posibles para evitar el daño; para

los daños superiores a un importe no definido en el proyecto, en cambio, habría recaído en el perjudicado la carga de probar que el daño se debió “to the fault or neglect of the carrier or its servants or agents acting within their scope of employment”. A continuación se había producido, por parte del Secretary Study Group on the Warsaw System, como resultado de una reunión el 4 y 5 de diciembre de 1997, una propuesta de modificación, con base en la cual se le habría permitido al transportador limitar su responsabilidad probando haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño, o que la adopción de estas era imposible, o bien que el daño se debió integralmente “to the negligence or other wrongful act or omission of a third party”. La formulación adoptada efectivamente se deriva de los estudios de un grupo de trabajo constituido *ad hoc*, como “Friends of the Chairman”.

⁸¹ La Convención de Montreal hizo entonces claridad sobre la cuestión de la carga de la prueba liberatoria a cargo del transportador por los daños que superan los 100.000 DSP, un paso adelante respecto de la formulación del Reglamento 2027/97, que se limita a remitir a las pruebas liberatorias previstas por la disciplina aplicable (Convención de Varsovia o disciplina para los transportes no sujetos a la Convención de Varsovia): cfr. ZAMPONE. “Le nuove norme sulla responsabilità”, *cit.*, pp. 22 ss.

Se sabe que en la doctrina italiana de los transportes se ha discutido sobre las implicaciones de la diferente formulación de la prueba liberatoria a cargo del transportador en el transporte marítimo y aéreo (negativa la primera, positiva la segunda) respecto de la extensión de la responsabilidad al daño por causa desconocida: en el sentido que el transportador aéreo no responde por los daños por causa desconocida cfr. LEFEBVRE

el artículo 19, por lo que se refiere al retardo: está libre de responsabilidad el transportador que pueba que ha adoptado todas las medidas idóneas y posibles para evitar el daño, o bien que era imposible adoptarlas⁸².

La responsabilidad por los daños inferiores a 100.000 DSP es objetiva, pero no absoluta: en efecto, a diferencia de lo que sucede en el Reglamento 2027/97, también respecto de estos, por disposición expresa, contenida en la última parte del artículo 20⁸³, puede invocarse la hipótesis de liberación o de reducción del resarcimiento a cargo del transportador, allí donde el daño dependa en todo o en parte de negligencia o de otro acto ilícito u omisión del pasajero, o de sus causahabientes. Parece interesante señalar que la solución del doble carril respecto del régimen de imputación de la responsabilidad constituye una evolución

D'OIDIO, PESCATORE y TULLIO. *Manuale*, cit., p. 519 (en sentido contrario MASTRANDEA. "L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone", cit., pp. 193 ss.). Se puede agregar que alguna semejanza en la formulación de la prueba liberatoria, respecto de la disciplina más tradicional del transporte marítimo (en este punto superada por la disciplina de la Convención de Hamburgo del 31 de marzo de 1978, aún no vigente en Italia), parece poderse ver también en relación con la responsabilidad en el transporte de mercancías, en el artículo 18, parágrafo 2, que sigue por lo demás la solución adoptada por el artículo IV del Protocolo de Montreal, que modificó el artículo 18 de la Convención de Varsovia: la responsabilidad del transportador se excluye si se prueban determinados hechos. Sin embargo, al contrario de los peligros exceptuados por la Convención de Bruselas de 1924 sobre la póliza de carga, ninguno de los riesgos excluidos por el artículo 18, parágrafo 2, de la Convención de Montreal de 1999 implica la prueba de una ausencia de culpa, de manera que la responsabilidad del transportador presenta en este caso (a diferencia de lo que sucede en el transporte marítimo) las características de una responsabilidad objetiva. Acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del transportador en el 4° Protocolo de Montreal (correspondiente, en este punto, a la Convención de Montreal de 1999) cfr. SILINGARDI. "L'istituto del limite risarcitorio", cit., p. 385; CERVELLI y GIUSTIZIERI. "C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria", cit., p. 37 (pero MATEESCO MATTE. *Treatise on Air-Aeronautical Law*, cit., p. 486, sostiene que no es pertinente incluir pruebas liberatorias en un régimen de *strict liability*, que estaría destinado "to save the long discussions before the Cours").

⁸² Por otra parte, la Convención de Montreal no introduce disposiciones que aclaren respecto de qué parámetros reconocer los presupuestos del resarcimiento por el retardo en el transporte. No parece que se

pueda compartir la tesis (formulada en relación con la Convención de Varsovia y, parecería, no justificada tampoco respecto de esta) que limitaría la pertinencia del retardo solo a los casos en que haya habido una asunción explícita de respetar los horarios en el ámbito de las obligaciones del transportador (para esta interpretación, que no se comparte, cfr. MAPELLI y LÓPEZ. "Air Carriers Liability in Cases of Delay", en *AASL*, 1976, pp. 115 ss.; en materia de retardo cfr. en general, en la literatura italiana, Busti. "Il ritardo nei trasporti aerei", en *Annali dell'Istituto di diritto aeronautico*, II, 1970-1971, p. 68. Por último, cabe señalar la reciente (y no convincente, por las razones que precisa MASALA. "Ritardo: rimborso al di là del risarcimento?", en *Dir. trasp.*, 1999, pp. 297 y 303 ss., nota a Juez de Paz de Sassari. Decisión del 4 de noviembre de 1998, Francesco Giuffrida vs. Meridiana S.p.a., p. 293) orientación que le permitiría al pasajero pretender, en consecuencia del retardo, el reembolso de una parte del monto del tiquete de viaje: las decisiones se refieren a transportes nacionales que recaen en el ámbito de aplicación del Código de Navegación; la tesis no parece poderse compartir tampoco en relación con la Convención de Varsovia o con la de Montreal.

⁸³ En el sentido que esta aplicación se tornara oportuna, teniendo en cuenta que, respecto de los regímenes de imputación de la responsabilidad que prescinden de la culpa del sujeto sobre el cual se hace recaer la obligación resarcitoria, pueden surgir dudas acerca de la relevancia del hecho culposo del sujeto dañado, respecto de formulaciones de carácter general, como por ejemplo el artículo 1227 del Código Civil italiano, que se expresa en términos de "concurso de culpa del dañado": cfr. ROMANELLI. "La responsabilità del vettore aereo nel trasporto di persone", ponencia presentada al Convegno di studi di Roma, 27 de octubre de 1999, en *La nuova disciplina*, cit.

respecto a la tendencia, sin duda observable en la todavía vigente legislación del transporte, a establecer una correlación entre límite de resarcimiento e imputación objetiva, en el sentido de que aquel sea llamado a adaptarse a esta⁸⁴.

La Convención de Montreal no ha seguido la solución de afirmar sin más una obligación del transportador al pago de anticipos en caso de fallecimiento o daños a la persona del pasajero, contemplada en cambio por el legislador comunitario, con el Reglamento 2027/97. En efecto, se limita, en el artículo 28, a confirmar las disposiciones nacionales que preveían una obligación análoga, excluyendo por lo demás que estos pagos puedan constituir de cualquier forma un reconocimiento de responsabilidad, y permitiendo de todas formas su deducción del resarcimiento que pueda llegar a reconocerse como debido por el transportador.

Cabe indicar que la superación del principio de la limitación de la responsabilidad del transportador en alguna medida conducirá a circunscribir la importancia de las iniciativas dirigidas a introducir un régimen de derecho uniforme de la responsabilidad de los prestadores de servicios de asistencia al vuelo, en vista de la extinción de muchas de las razones que indujeron a promover acciones respecto de terceros en relación con el transportador, que no sean calificables como *servant* o *agent* suyos⁸⁵, como, precisamente, las entidades de control del tráfico aéreo y los constructores de aeronaves o de partes de aeronaves⁸⁶.

⁸⁴ Al respecto cfr. RINALDI BACCELLI. "Imputazione obiettiva e limiti di risarcimento del danno nel trasporto aereo internazionale", en *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 391.

⁸⁵ El artículo 30 de la Convención de Montreal conserva las disposiciones en materia de acciones ejercidas respecto de los empleados y encargados, introducidas por el artículo 25A de la Convención de Varsovia, incluido con el artículo XIV del Protocolo de La Haya de 1955. Se ha observado con autoridad que la disposición en mención responde, para el transporte aéreo, a una necesidad que ya había sido observada en la praxis del tráfico marítimo, con las llamadas "cláusulas Himalaya", y constituyó, a su vez, el modelo para disposiciones análogas contenidas en textos de derecho uniforme relativos al transporte marítimo (ROMANELLI. "Principi comuni nelle convenzioni internazionali in materia di trasporto", en *Dir. mar.*, 1999, pp. 197 y 208). Debe recordarse, por lo demás, para fines de la aplicación del artículo 25A de la Convención de Varsovia, que se encuentra extendida la tendencia a una interpretación amplia de las nociones de *servant* y de *agent*: cfr., en relación con el prestador de los servicios de *handling*, RIGUZZI. *L'impresa aeroportuale*, Padua, 1984, pp. 148 ss.; para otras referencias, Comenale PINTO. "Il catering aeronautico", *cit.*, pp. 290 y 291.

⁸⁶ MARGO. "Insurance Aspects", *cit.*, p. 137.

Para la hipótesis de reglamentación uniforme de la responsabilidad de los servicios de asistencia al vuelo se ha tenido en cuenta la necesidad de una coordinación (en especial, por lo que hace a los límites de resarcimiento y los criterios de imputación) con las otras disciplinas en materia de responsabilidad que puedan concurrir con ella: cfr. el Informe preparado por Rinaldi Baccelli para la LXVII Conférence de l'Association de droit international (Varsovie, 1988), en *Dir. prat. av. civ.*, 1988, p. 69. Este informe planteaba la posibilidad de enmarcar las organizaciones de asistencia al vuelo como *préposés* del transportador aéreo, precisamente con el objeto de extender a estas el régimen de limitación resarcitoria propuesto por este último, según lo previsto por el artículo 25A de la Convención de Varsovia del 12 de octubre de 1929, modificada por el Protocolo de La Haya del 28 de septiembre de 1955. Sobre la situación de bloqueo de los esfuerzos por llegar a una disciplina uniforme mediante una convención internacional (y sobre la hipótesis de preparar un modelo de disciplina para la normativa de los diferentes Estados interesados) cfr. BARRA. "Profili di responsabilità dei preposti ai servizi di assistenza al volo in ambito aeroportuale", en *Atti del Convegno di Modena*, 9 de mayo de 1996, en *Gli operatori aeroportuali - Competenze e responsabilità*, SILINGARDI, ANTONINI y FRANCHI (eds.), Milán, 1996, pp. 111 y 123.

Por lo que se refiere al equipaje registrado, superada la equiparación con la mercancía transportada, la disciplina de su pérdida se incluye en el mismo artículo 17, junto con la responsabilidad por los daños a la persona del pasajero; desde un punto de vista sustancial, el principio de la hipótesis general de liberación de responsabilidad ha sido sustituido por la previsión de casos específicos, cuya carga probatoria recae sobre el transportador⁸⁷.

VII. EL HECHO CONSTITUTIVO DEL DERECHO AL RESARCIMIENTO

UNO DE LOS PROBLEMAS MÁS DELICADOS, bajo la vigencia de la Convención de Varsovia de 1929, en el texto original, o en el modificado por el Protocolo de La Haya de 1955, fue el de la identificación del hecho constitutivo del derecho al resarcimiento.

El artículo 17 de la Convención de Varsovia de 1929, en su texto original, afirmaba que "Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accident qui a causé le dommage s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement"⁸⁸. A esta disposición, en el texto modificado por el Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971, corresponde una disciplina más articulada, de la que tan solo el parágrafo 1 se refiere a la responsabilidad por daños a la persona del pasajero: "Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de toute lésion corporelle subie par un passager, par cela seul que le fait qui a causé la mort ou la lésion corporelle s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toute opérations d'embarquement ou de débarquement. Toutefois, le transporteur n'est pas responsable si la mort ou la lésion corporelle résulte uniquement de l'état de santé du passager"⁸⁹.

Sobre la base del texto originario de la Convención de Varsovia, se ha planteado la cuestión del ámbito del daño efectivamente resarcible, bajo un doble aspecto: la extensión de la noción de *lésion corporelle* y de la de *accident*. Por una parte, se ha dudado que el daño a la persona que no se concreta en una lesión física (daño meramente psíquico o psicosomático) corresponda a la primera de las dos nociones evocadas⁹⁰; por otra, se ha tenido la impresión que *accident*

⁸⁷ ROMANELLI. "La responsabilità del vettore aereo nel trasporto di persone", *cit.*

⁸⁸ En el texto (no oficial) en inglés preparado para la introducción de la Convención en Estados Unidos: "The carrier is liable for damage sustained in the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking".

⁸⁹ En el texto (auténtico) en inglés: "The carrier is liable for damage sustained in case of death or personal injury of a passenger upon condition only that the event which caused the death or injury took place on

board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking. However, the carrier is not liable if the death or injury resulted solely from the state of health of the passenger".

⁹⁰ Cabe recordar al respecto que, después de sucesos alternos, prevaleció en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos una orientación restrictiva al respecto: cfr. U.S. S. C. 17 de abril de 1991, *Eastern Airlines Inc. vs. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991); para las razones de la tesis extensiva cfr. en cambio MASTRANDEA. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, Padua, 1994, p. 176. Cfr. también las observaciones de Rosafio. "In tema di ammissibilità di azioni risarcitorie da parte

remite a un concepto más restrictivo que *fait*⁹¹; también se ha dudado del alcance de la prohibición de acciones por fuera del sistema de la Convención de Varsovia ante eventos que se considera que no coinciden con el *accident* del artículo 17 de la Convención de Varsovia⁹².

Respecto de la formulación de la norma sobre la imputación de la responsabilidad, dos han sido los puntos objeto de discusión en el ámbito de los trabajos preparatorios. Por un lado, se ha hipotizado la posibilidad de reconsiderar la cuestión de los daños de naturaleza meramente psicológica, que, por el contra-

del passeggero al di fuori della Convenzione di Varsavia", nota a U.S. S. C. 12 de enero de 1999, *El Al Israel Airlines Ltd. vs. Tsui Yuan Tseng*, en *Dir. trasp.*, 2000, p. 222.

⁹¹ Mateesco Matte. *Treatise on Air-Aeronautical Law*, cit., p. 404. La noción de *accident* es conectada tendencialmente por la jurisprudencia formada sobre el artículo 17 de la Convención de Varsovia al evento inusual o inesperado, o bien de intensidad inusual o inesperada respecto al vuelo (*Quinn vs. Canadian Airlines International Ltd.* [1984] 18 O. R. [3d] 326). Se ha planteado la cuestión de si la noción de *accident* contenida en la Convención de Varsovia se debe poner en relación con la noción de *accident* a que se refiere el anexo XIII de la Convención de Chicago (GARDINER. "The Warsaw Convention at Three Years and Ten", cit., pp. 114 y 115); en relación, entonces, con una "occurrence associated with the operation of an aircraft".

Para una reseña jurisprudencial sobre la noción de *accident* cfr. Cobbs. "The Shifting Meaning of 'Accident' under Article 17 of the Warsaw Convention: What did the Airline know and what did it do about it?", en *Air Law*, 1999, p. 121. En el caso *Air France vs. Saks*, la Corte Suprema de Estados Unidos, con la Decisión 83-1785, del 4 de marzo de 1985, si bien subrayando sus aspectos poco definidos y la necesidad de no circunscribirla de manera rígida, refirió la noción en cuestión a un "unexpected or unusual event or happening that is external to the passenger", y sustancialmente a la misma noción hace referencia también la más reciente jurisprudencia del Reino Unido, que sin embargo considera necesario evidenciar que a esta le resulta ajeno el daño causado por una reacción personal del pasajero respecto "to the normal operation of the aircraft" (cfr. COBBS. "The Shifting Meaning of 'Accident'", cit., p. 123). De ello ha derivado una tendencia de la jurisprudencia a excluir de la noción en examen (solo) las consecuencias de lo que es el desarrollo normal, usual y esperado, de las operaciones de la aeronave. Y sobre esta base se ha excluido la responsabilidad del trans-

portador ante las pretensiones de los pasajeros por las supuestas consecuencias dañosas del uso a bordo de sustancias a las que los pasajeros habrían resultado alérgicos (incluido el caso de las nueces servidas a bordo como parte del refrigerio). También se ha excluido la responsabilidad del transportador por las consecuencias dañinas para el pasajero de una presurización y despresurización de la cabina realizada dentro de lo normal, mientras que se ha afirmado la responsabilidad del transportador por las consecuencias dañosas de los remedios proporcionados por el personal de a bordo para los inconvenientes en cuestión (COBBS. "The Shifting Meaning of 'Accident'", cit., p. 123). Y también se ha excluido que correspondan a la noción de *accident* las consecuencias de la imposibilidad de socorrer a un pasajero, luego de la decisión del transportador de no embarcar en sus aviones los equipos médicos necesarios; así como se ha considerado que prescinde de los riesgos del aire y no corresponde a la noción de *accident* la no realización de un aterrizaje de emergencia para desembarcar a un pasajero con un infarto cardíaco. Acerca de la pertinencia de reconducir a la noción de *accident* la propagación de una infección tuberculosa durante un vuelo, cfr. ABEYRATNE. "The Spread of Tuberculosis in the Aircraft Cabin - Air Carrier Liability", en *Air Law*, 1999, p. 181.

⁹² Y así la Corte Suprema, en el caso *Israel Airlines vs. Tsui Yuan Tseng*, cit., sobre la base del artículo 24 de la Convención de Varsovia, consideró excluida para el pasajero toda acción dirigida a obtener el resarcimiento de aquellos daños a la persona que no sean resarcibles sobre la base del régimen de derecho uniforme (cfr. al respecto las consideraciones de Rosafio. "In tema di ammissibilità di azioni risarcitorie", cit.). Con una reciente decisión, la Corte de Casación francesa, si bien excluyó la aplicabilidad de la Convención de Varsovia a los daños a los pasajeros por hechos sucedidos tras el desembarque en una escala intermedia, consideró resarcible, sobre la base del Código Civil francés, el daño ocasionado a los pasajeros de un avión tomados como

rio, en el texto de los artículos 17, 21 y 33 de la Convención aprobado por la Conferencia diplomática no fueron objeto de consideración específica al lado de las lesiones corporales, dejando así de lado el diferente planteamiento que se había insinuado en el curso de los trabajos⁹³. La otra cuestión era la de la inserción en el artículo 16, parágrafo 1, del Proyecto de Convención de la previsión expresa de la liberación del transportador de la responsabilidad, cuando la muerte o la lesión del pasajero se hubiera producido como consecuencia del estado de salud del pasajero; tampoco respecto de esta hipótesis se ha considerado oportuno adoptar una disposición específica, que por lo demás no tiene razón de ser allí donde predomina una interpretación restrictiva de la noción de *accident*⁹⁴. Una previsión de este signo está contenida, en cambio, en la segunda parte del artículo 17, parágrafo 1, de la Convención de Varsovia, en el texto modificado por el artículo IV del Protocolo de Ciudad de Guatemala de 1971; en esta disciplina, sin embargo, la imputación de la responsabilidad, como se vio, se refiere no a la noción de “accident [...] produit à bord de l’aéronef”, sino a la noción (al parecer menos definida) de “fait [...] produit à bord de l’aéronef”⁹⁵.

La Convención de Montreal adopta una formulación análoga a la del artículo 17, parágrafo 1, de la Convención de Varsovia. En el texto en inglés⁹⁶, el artículo 17, parágrafo 1, de la Convención de Montreal se prevé que “The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking”. En el texto francés, el artículo 17, parágrafo 1, se encuentra formulado, por el contrario, como sigue: “Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, par cela que l’accident qui a causé la mort ou la lésion s’est produit à bord de l’aéronef ou au cours de toutes opérations d’embarquement ou de débarquement”.

También para la Convención de Montreal, el hecho constitutivo de la responsabilidad del transportador de personas debe consistir en un *accident* que se produzca en la aeronave, o bien en el lapso comprendido entre el embarque y el desembarque del pasajero. Como se ve, no se han adoptado fórmulas que pue-

rehenes durante la invasión iraquí a Kuwait, tras una escala no prevista en el tiquete de viaje (Casación fr. 15 de julio de 1999, *British Airways vs. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d’autres infractions*, M. MOHAMED y otros, en *Rev. fr. dr. aé.*, 1999, p. 353). Sobre la noción de *accident* como “suceso determinable en el tiempo y que actúa rápidamente” cfr. FANARA. “Le assicurazioni aeronautiche”, *cit.*, p. 299.

⁹³ Se ha sostenido que la solución adoptada por la Conferencia diplomática no impide que el resarcimiento de estas categorías de daños se pueda acordar en todo caso, de conformidad con el ordenamiento del foro invocado: cfr. GATES. “La Convention de Montréal 1999”, en *Rev. fr. dr. aé.*, 1999, pp. 439 y 444.

⁹⁴ A la norma aprobada corresponde el

artículo 16, parágrafo 1, del proyecto aprobado por el Legal Committee del ICAO (doc. ICAO SGMW/21-WP/4, *cit.*), según el cual “The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily or mental injury of passenger upon condition only that the accident which caused the death or the injury took place on board the aircraft or in the course of any of operations of embarking or disembarking. However, the carrier is not liable if the death or injury resulted solely from the state of health of the passenger”.

⁹⁵ Sobre la fórmula adoptada por el Protocolo de Ciudad de Guatemala cfr. (en el sentido de ser preferible) Mastrandea. “L’obbligo di protezione”, *cit.*, pp. 183 ss.

⁹⁶ Son textos auténticos de la Convención de Montreal, con igual eficacia, aquellos en inglés, árabe, chino, francés, ruso y español.

dan contribuir a superar las incertezas de aplicación que se han registrado en relación con la Convención de Varsovia; en particular, no se ha adoptado la fórmula, tomada no obstante en consideración durante los trabajos preparatorios, según la cual el daño habría debido incluir también daños de naturaleza psicológica⁹⁷. Se excluye la posibilidad de resarcir *punitive damages, exemplary damages* y toda otra forma de *non-compensatory damages*⁹⁸, también con el fin de no incentivar la práctica del *forum shopping*⁹⁹.

VIII. CONCLUSIONES

EN DEFINITIVA, LA CONVENCIÓN DE MONTREAL, si bien representa sin duda, con el abandono del sistema de la limitación para los daños de muerte o lesiones, un paso adelante hacia la tutela del pasajero, introduciéndose por el mismo camino para “la transformación de los riesgos de empresa en costos de seguros”¹⁰⁰, por muchos aspectos constituye una solución de compromiso¹⁰¹. Esta, desde ciertos puntos de vista, puede ser motivo de perplejidad, en especial por lo que hace al transporte de pasajeros, al omitir hacer claridad sobre la definición del daño resarcible a la persona (convalidando así las soluciones restrictivas predominantes en la jurisprudencia estadounidense) y, por lo que se refiere al transporte de mercancías, al no prever hipótesis de exclusión del transportador del beneficio del límite de resarcimiento, siguiendo el camino trazado por el IV Protocolo de Montreal de 1975, que parece haber entrado en vigor más como consecuencia de la disgregación del ex bloque soviético que por el hecho de haber sabido conquistar un verdadero consenso entre los Estados. Habrá que esperar para saber si la nueva Convención logrará obtener, a su vez, una cantidad suficiente de ratificaciones o si, por el contrario, se limitará a constituir otra pieza del ya poco uniforme cuadro de la disciplina internacional del transporte aéreo, con la

⁹⁷ En el sentido de la exclusión, en el texto de la Convención de Montreal, de la resarcibilidad del daño por “pure emotional distress” cfr. MARGO. “Insurance Aspects”, cit., p. 136; cfr. también MAURITZ. “Reports”, cit., p. 154, en el mismo sentido (pero crítico con esta solución, por considerar que en el campo de la aeronáutica se deberían resarcir los casos de “severe emotional distress”, excluyendo en cambio la resarcibilidad “for any form of minor claim based on fear of flying related phenomena such as turbulence”). En el sentido que la nueva Convención toma en cuenta la inexistencia de una posición consolidada al respecto (y por lo tanto en el sentido de que esta no es excluyente), WEBER-JAKOB. “The Modernisation of the Warsaw System: The Montreal Convention of 1999”, en *AASL*, 1999, pp. 333 y 340.

⁹⁸ MARGO. “Insurance Aspects”, cit., p. 136. Sobre el reconocimiento de *punitive damages* sobre la base de la Convención de

Varsovia cfr. BARLOW. “Punitive Damages Under the Warsaw Convention: Mixing Apples with Oranges”, en *AASL*, 1992, p. 71.

⁹⁹ Se debe subrayar que el reconocimiento de tales categorías de daños al parecer se debe excluir también sobre la base de la Convención de Varsovia: cfr. FEARON. “La nouvelle Convention de Montréal de 1999. Une vision américaine”, en *Rev. fr. dr. aér.*, 1999, pp. 401 a 406.

¹⁰⁰ Para estas observaciones (referidas a la reciente disciplina comunitaria) cfr. SILINGARDI. “Reg. CE 2027/97”, cit., pp. 636 ss.

¹⁰¹ Parece no poderse compartir la afirmación, también presente en otros comentarios (cfr., por ejemplo, WHALEN. “The New Warsaw Convention”, cit., p. 26), según la cual la Convención en mención estaría desequilibrada en favor de los usuarios y en desmedro de los transportadores.

necesidad de una coordinación (en los términos del artículo 55) con las anteriores convenciones y protocolos del sistema de la Convención de Varsovia¹⁰².

¹⁰² No faltan las señales que inducen a considerar que la Convención puede obtener un número suficiente de ratificaciones en un lapso breve. En abril de 2000 (cfr. *ICAO Journal*, abril de 2000) había sido suscrita por 64 Estados (pero ratificada por uno solo: Belice). Por lo que atañe a la posición de la Comunidad Europea, se remonta al 9 de septiembre de 1999 la propuesta de decisión del Consejo (doc. COM[1999] 435 definitivo) relativa a la firma por parte de la CE de la Convención: si bien la rati-

ficación de la Comunidad no tendrá relevancia para fines de llenar las condiciones para su entrada en vigor, es evidente, en cualquier caso, su valor político, como lo evidencia, por lo demás, el documento comunitario mencionado, que subraya que “La firma y posterior adhesión de la Comunidad tendrán un valor político, en cuanto demostrarán el apoyo de la Comunidad a la nueva Convención y al nuevo sistema de responsabilidad que esta introduce”.