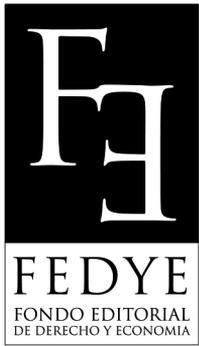


ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - 2015 - I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Aeronáutico

Griselda D. Capaldo

Coordinadora

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto

Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez / Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno / Enrique Zuleta Puceiro / Lily Flah

Consejeros Suplentes: Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda / Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes: Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna / Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes: Carlos Plaza / Catalina Cancela Echegaray / Tomás González Vera / Patricio Méndez Montenegro

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Omar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato

Subsecretario de Planificación Educativa: Enrique Rodríguez Chiantore

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

Director: Guillermo M. Moncayo

Subdirectores: Pedro Aberastury y Carlos M. Cárcova

Secretaria de Redacción: Marta Vigevano

Consejo de redacción: Horacio Corti, Jorge Rodríguez Mancini, Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2015 - I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Aeronáutico

Griselda D. Capaldo

Coordinadora



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2015
© AbeledoPerrot S.A., 2015
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

GRISELDA D. CAPALDO: Introducción	IX
---	----

DOCTRINA

MICHAEL MILDE: 70º Aniversario del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944) ¿Tiempo de modernización?	3
EDUARDO T. COSENTINO: Algunas precisiones sobre el régimen jurídico del contrato de transporte aéreo de mercaderías	17
JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA y JOÃO MARCELO SANT'ANNA: El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores	37
ÁNGELA M. DONATO: La OACI y el terrorismo aeronáutico	71
HERNÁN A. GÓMEZ: El Convenio de Cape Town y el Derecho Aeronáutico Registral.....	95
GRISELDA D. CAPALDO: Privilegios aeronáuticos en el orden interno e internacional.....	125

BIBLIOGRAFÍA

<i>Journal of Air Law and Commerce</i> , vol. 70, primavera de 2014, nro. 2 (a publication of Southern Methodist University - School of Law, Dallas - Texas, USA)	151
CAPALDO, Griselda D. - GÓMEZ, Hernán A. (dirs.), <i>Aspectos de Derecho Aeronáutico. Compendio de doctrina interdisciplinaria</i> , EDIUNC-EUDEBA, Mendoza-Buenos Aires, 2013	155

PRESENTACIÓN

Por GRISELDA D. CAPALDO

INTRODUCCIÓN

“La ignorancia afirma o niega rotundamente; la ciencia duda”.

Voltaire (1694-1778);
filósofo y escritor francés

El Derecho Aeronáutico es uno de los muchos capítulos en el que se divide la enciclopedia jurídica. Su autonomía científica, aún hoy discutida por una minoría¹ inspirada por la Escuela scialojiana de Derecho de la Navegación, que tiene algún predicamento en la Argentina a partir de la visión que el ilustre Ortiz de Guinea trajo desde Italia a la Universidad de Litoral, comienza a perfilarse con el inicio mismo de la aviación a inicios del siglo XX.

Nuestro país fue un gran impulsor de esa autonomía, que avanzó, allende las fronteras, en la consolidación de sus bases teóricas de la mano de insignes profesores como Federico Videla Escala, Agustín Rodríguez Jurado, Héctor A. Perucchi, Gonzalo García y Enrique Ferreira, quienes, junto al célebre italiano Antonio Ambrosini, forjaron la “Escuela argentina de Derecho Aeronáutico”, cuya labor doctrinaria, legislativa y jurisprudencial señaló el rumbo a seguir en el resto de la América luso-hispana.

En tributo a los precursores, y para no declinar en el esfuerzo que ellos iniciaron en la construcción de un conocimiento tan singular, este número de la

¹ La Escuela Napolitana de Derecho de la Navegación tuvo en Antonio Scialoja a su principal mentor. Padre de una postura dogmática que comenzó a desarrollar en la década de 1920, sus deducciones lo llevaron a afirmar la existencia de una rama del derecho originada en las particulares circunstancias del “hecho técnico de la navegación”, que abrazaría por igual y bajo una misma bóveda a la navegación por agua y por aire, pero con la singularidad de que el Derecho Aeronáutico sería apenas un apéndice (o pequeño patio trasero, como gustaba ironizar Romero Basaldúa) del Derecho Marítimo.

Inspirados por Albert Einstein, diremos: “¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”.

Revista Jurídica de Buenos Aires está dedicado a exponer algunos de los temas más actuales del Derecho Aeronáutico.

Fieles al compromiso de ofrecer una pluralidad de opiniones, y como decía Ray Bradbury, abiertos a la mejor experiencia científica que comienza siempre con la romántica idea de que todo es posible, en este volumen encontraremos propuestas inquietantes, como la del prestigioso Prof. Michael Milde, quien por casi una década y media fuera director del *Annals of Air & Space Law*, que interpela a los académicos a iniciar el proceso de análisis de una futura reforma al Convenio de Chicago de 1944 y de la OACI, su principal órgano ejecutor. Conocido también como la “Carta Magna de la Aviación Civil Internacional”, este tratado ha acompañado el devenir del quehacer aeronáutico de todos los países desde antes de la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. Pergeñado bajo el imperio de otro panorama geopolítico, Milde considera que llegó la hora de su modernización, re-modelando muy especialmente el diseño, las funciones y los objetivos de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), como agencia especializada de Naciones Unidas, antes de que el desinterés de los Estados por conservar su membresía los conduzca a buscar respuestas alternativas por fuera del “sistema de Chicago”.

Eduardo Cosentino, profesor titular de nuestra Casa de Estudios, retoma un tópico muy caro a los intereses del comercio internacional, como es el relativo al régimen jurídico del transporte aéreo de mercancías y su lenta pero inevitable incorporación al escenario del *e-commerce*. Amparado en relevantes casos jurisprudenciales, tanto vernáculos como europeos, en un necesario ejercicio de regresar a las fuentes de expresión más ilustres del pensamiento jurídico francés en materia de contratos, este destacado autor, en quien Videla Escalada delegara, junto a Oscar Fernández Brital, la tarea de concluir su monumental *Tratado* en caso de no poder hacerlo él personalmente, revisa conceptos clave como el relativo a la determinación de los daños indemnizables, la moneda de pago prevista en los convenios internacionales, las causales de exoneración de responsabilidad y las nociones de transporte sucesivo y de caducidad del límite cuantitativo.

Las oscilantes interpretaciones acerca del régimen jurídico aplicable al transporte aéreo internacional son abordadas por el reconocido jurista brasileño José Gabriel Assis de Almeida, profesor de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, junto a João Marcelo Sant’Anna. Ambos se sumergen en los laberintos argumentales esgrimidos por los dos tribunales de más alto rango en Brasil, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Justicia, para encuadrar —o no— al transporte aéreo internacional dentro de las relaciones de consumo, o dentro del plexo normativo típicamente aeronáutico. En un circunstanciado detalle que cubre 25 años de jurisprudencia, Assis de Almeida, junto a Sant’Anna, nos ilustran sobre los vaivenes hermenéuticos que han justificado —por igual— tratar al transporte aéreo según las normas del Código de Defensa del Consumidor, o conforme a las del Código Brasileño de Aeronáutica. Cul-

minan su extenso capítulo con una profunda reflexión sobre las consecuencias jurídicas que inevitablemente se derivan de ello y con una mirada serena sobre los últimos vuelcos jurisprudenciales que, parece, vuelven a posar los ojos sobre la autonomía científica de la materia.

Los trágicos puntos de contacto entre la aviación y el terrorismo internacional son objeto de análisis por parte de la Prof. Marina Donato, quien por largos años representó la mejor tradición jurídica del país al desempeñarse como directora de Transporte Aéreo de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). Toma como punto de partida el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, en los EE.UU., que fue un punto de inflexión para que la OACI retomara, con énfasis, la profundización de las medidas de prevención existentes, y la elaboración de nuevos instrumentos técnicos y jurídicos que permitan controlar y minimizar la comisión de actos ilícitos contra la aviación civil, que ponen en peligro la seguridad y protección de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos, a los aeropuertos y la navegación aérea y socavan la confianza de los pueblos en el desenvolvimiento seguro y ordenado de la aviación civil para todos los Estados. Son instrumentos que, como lúcidamente remarca la autora, intentan dar respuesta a tales amenazas mediante tratados y protocolos que fortalecen la cooperación internacional en la prevención y represión de los actos ilícitos contra la aviación civil.

Con el interés que el tema de las garantías reviste para el mercado financiero internacional, la siguiente contribución es autoría de Hernán Gómez, un joven y destacado especialista en Derecho Aeronáutico que actualmente es representante alterno por la Argentina ante Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), y ante la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC). Quien por años se desempeñara como titular del Registro Nacional de Aeronaves en nuestro país, luce como la voz más destacada para explayarse sobre el derecho aeronáutico registral y sus principios rectores desde la perspectiva del derecho anglosajón, y a la luz de las normas del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo Específico de los Elementos de Equipo Aeronáutico. El autor nos ubica en un escenario poco frecuentado por los especialistas, tal es el Derecho Registral, y a partir de allí nos introduce en otro terreno no menos arduo que el anterior: el de las garantías de tercera generación que tienen por objeto a ciertas aeronaves, los mecanismos ideados por el Convenio para su protección en caso de incumplimiento y las formas de extinción. El trabajo de sistematización y análisis culmina con una síntesis sobre la sonada implementación del Registro Internacional de Equipos Móviles Aeronáuticos creado por el tratado, con sede en Irlanda.

El último capítulo de este libro está dedicado a los privilegios aeronáuticos, uno de los caminos más oscuros por los que transita el derecho. El trabajo está a cargo de Griselda Capaldo, profesora de nuestra Casa de Estudios e investigadora del CONICET. Su análisis está hecho a la luz de las normas

vigentes según el Digesto Jurídico argentino y conforme a las estipulaciones de la ley 26.994, de 2014, que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación, con entrada en vigor a partir del 1 de agosto de 2015. El trabajo examina las normas de derecho interno, según el Código Aeronáutico de 1967, y las de derecho internacional, con especial énfasis en el Convenio de Ginebra de 1948, y en menor medida, las del Convenio de Cape Town de 2001 y su Protocolo. Se describen fortalezas y debilidades de los tres plexos normativos y se realizan algunos aportes *de lege ferenda*.

DOCTRINA

70º ANIVERSARIO DEL CONVENIO SOBRE AVIACIÓN
CIVIL INTERNACIONAL (CHICAGO, 1944)
¿TIEMPO DE MODERNIZACIÓN?

Por MICHAEL MILDE*

Resumen:

El 7 de diciembre de 2014, la Convención de Chicago celebró su 70 aniversario. El propósito de esta presentación es recomendar a la comunidad académica que analice si la Convención, después de 70 años y bajo condiciones técnicas, económicas y geopolíticas muy diferentes de cuando fue adoptada, responde plenamente a las necesidades de la comunidad internacional. Del mismo modo, ha llegado el momento de volver a examinar la estructura constitucional y los métodos de trabajo de la OACI. Tales estudios deben comenzar en el nivel académico en estrecha cooperación con los órganos políticos, e involucrar un amplio intercambio internacional de ideas; en pocos años este tipo de estudios podría alcanzar un nivel de madurez tal como para ser presentado a los Estados para su examen y posible acción. Si no se toman medidas para modernizar el venerado sistema de “Chicago”, la Convención puede muy bien pasar a ser irrelevante y los Estados interesados podrían tratar de encontrar soluciones alternativas fuera del sistema de “Chicago”.

Palabras clave:

Convenio de Chicago de 1944, OACI, aviación civil, modernización.

* El Prof. Dr. Milde fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill. Se desempeñó por 25 años (1966-1991) en altos cargos directivos en asuntos legales en la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), incluyendo los cargos de Oficial Jurídico Principal (Principal Legal Officer) y Director de la Asesoría Jurídica de la OACI. Desde 1989 a 1998 fue Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad McGill, Canadá, y por cerca de una década y media (1989-2002) él fue Editor Jefe del Annals of Air & Space Law.

70TH ANNIVERSARY OF THE CONVENTION
ON INTERNATIONAL CIVIL AVIATION (CHICAGO, 1944)
TIME FOR MODERNIZATION?*

Summary:

On 7 December 2014 the Chicago Convention marked its 70th anniversary. The purpose of this presentation is to recommend to the academic community to initiate studies whether the Convention after 70 years and in vastly changed technical, economic and geopolitical conditions is fully responsive to the needs of the international community. Similarly, the time has come to re-examine the constitutional structure and the working methods of ICAO. Such studies should start at the academic level in close cooperation with the policy-making bodies and involve wide international exchange of ideas; in a few years such studies may reach a level of maturity and could be presented to States for their consideration and possible action. If no action is taken to modernize the venerated “Chicago” system, the Convention may well pass into irrelevance and interested States would try to find alternative solutions outside the “Chicago” system.

Keywords:

1944 Chicago Convention, ICAO, civil aviation, modernization.

El Convenio sobre Aviación Civil Internacional es una codificación de las principales normas del derecho internacional público aeronáutico y al mismo tiempo un instrumento constitucional básico, en virtud del cual se creó y funciona la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). En la actualidad es vinculante para 191 Estados y la OACI es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas. Fue adoptado por la Conferencia de Aviación Civil Internacional celebrada en Chicago del 1 noviembre al 7 diciembre de 1944¹. La Conferencia fue convocada por el Gobierno de los EE.UU. después de “conversaciones exploratorias bilaterales con otros gobiernos que han mostrado un interés especial en el tema de la aviación civil de la posguerra, con especial énfasis en el desarrollo del transporte aéreo internacional”². Mientras que la guerra todavía estaba en su apogeo en Europa y en el Pacífico, la Conferencia fue en búsqueda de soluciones para el transporte de la posguerra. En su mensaje a la sesión inaugural de la Conferencia de Chicago el presidente estadounidense F. D. Roosevelt declaró: “El transporte aéreo será el primer medio disponible por el cual podremos empezar a sanar las heridas

* Traducción del inglés al español a cargo de la Dra. Griselda Capaldo.

¹ “Proceedings of the International Civil Aviation Conference”, Chicago, Illinois, November 1- December 7, vols. I and II, Washington, Department of State, United States Government Printing Office, 1948.

² *Ibid.*, p. 11.

de la guerra, y poner al mundo una vez más sobre una base de tiempo de paz”³.

El gobierno de Estados Unidos invitó a la Conferencia a 54 Estados miembros de la coalición antifascista que se hacían llamar “las Naciones Unidas”⁴, Estados asociados a las “Naciones Unidas” en la guerra y otros países de Europa y Asia⁵. De acuerdo con estos criterios políticos, la Argentina fue el único entre los Estados de América Latina que no estaba entre los países invitados debido a sus supuestas relaciones benévolas en tiempo de guerra con Alemania⁶. La Conferencia estuvo dedicada a preparar normas y el marco institucional para la aviación civil internacional en el período posterior a la guerra, cuando la aviación asumió el rol de ayudar a acelerar el proceso de reconstrucción.

La Convención fue firmada antes de la finalización de la guerra y antes de que los Estados alcanzaran un consenso final en la Carta de las Naciones Unidas y antes de la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Esto explica por qué la Convención de Chicago pierde dos importantes elementos innovadores del derecho internacional aceptados en la Carta de la ONU: enmiendas vinculantes para todas las partes si es adoptada y ratificada por una mayoría de dos tercios de los miembros (incluidos todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad)⁷, y la previsión de celebrar una Conferencia General con el propósito de revisar la Carta⁸. Este hecho complica el proceso de cualquier modificación del Convenio de Chicago y se diferencia de los instrumentos constitucionales de otras agencias especializadas de la ONU.

La Conferencia de Chicago 1944, celebrada en la sombra de una guerra devastadora, reafirma en su primer artículo el principio de la soberanía completa y exclusiva de cada Estado sobre el espacio aéreo situado sobre su territorio —un principio “reconocido”⁹ por vez primera en el Convenio de París de 1919,

³ *Ibid.*, p. 42.

⁴ Esta designación no debe confundirse con la “Organización de las Naciones Unidas”, establecida por la Carta de las Naciones Unidas recién el 26 de junio de 1945, en San Francisco.

⁵ Arabia Saudita y la URSS no aceptaron la invitación; Dinamarca y Tailandia (todavía ocupada en ese momento) estaban representados sólo por sus diplomáticos de Washington; por lo tanto fueron efectivamente 52 Estados los que participan en las decisiones.

⁶ La Argentina, debido a problemas políticos internos complejos, rompió formalmente las relaciones con las potencias del Eje sólo el 26 de enero de 1944 y declaró la guerra a Alemania el 27 de marzo de 1945; por lo tanto, no tuvo influencia en las decisiones de la Conferencia; Argentina adhirió al Convenio de Chicago el 4 de junio de 1946 y a lo largo de los años jugó un papel importante dentro de la OACI como miembro del Consejo, Presidente del Comité Jurídico de la OACI, etc.; en 1968, la Argentina fue sede de la Asamblea de la OACI y una Conferencia Diplomática que adoptó el texto auténtico en español y francés del Convenio de Chicago.

⁷ Artículo 108 de la Carta de la ONU.

⁸ Artículo 109 de la Carta de la ONU.

⁹ N. del A.: el Convenio no “crea” el principio, sino que “reconoce” su existencia en el derecho internacional consuetudinario.

relativo al Reglamento de la Navegación Aérea, también negociado a raíz de una guerra mundial—.

El concepto rígido de soberanía del Estado, esencial para la seguridad y protección de un país contra la intervención extranjera, ha evolucionado en los últimos 70 años y ha adquirido una cierta flexibilidad para dar cabida a la interdependencia mutua de los Estados, la globalización de la economía mundial y las tendencias hacia la integración de las naciones. Sin embargo, en la práctica, el principio de la soberanía del Estado se utiliza con frecuencia para los intereses proteccionistas que inhiben la libertad del transporte aéreo internacional. El propio concepto de soberanía está cambiando gradualmente su sustancia, para dar cabida a la realidad económica de la interdependencia de los Estados dentro de la economía global.

La Conferencia de Chicago aprobó un Convenio, que codificó las normas fundamentales del derecho aéreo internacional público, y creó una organización facultada para adoptar las normas internacionales y las prácticas recomendadas relativas a cuestiones técnicas de la navegación aérea. Sin embargo, la Conferencia no logró alcanzar un acuerdo sobre los aspectos económicos del transporte aéreo, en particular el intercambio mutuo de los derechos de tráfico (o “libertades del aire”) y no dotó a la OACI con autoridad para tomar cualquier decisión con respecto a los derechos y deberes económicos en materia de transporte aéreo internacional.

Se ha logrado un éxito parcial con el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales¹⁰ —generalmente conocido como el “acuerdo de las dos libertades”— que concede a las partes el derecho a realizar vuelos regulares sobre el territorio de otras partes, y a aterrizar en ellas con fines no comerciales, es decir, derechos estrictamente “no económicos”; pero incluso esos derechos básicos de vuelo no son aceptados universalmente. Sólo 130 Estados están obligados por el presente Acuerdo en la actualidad; por lo tanto 61 miembros de la OACI —casi el 32% del total de su membresía— todavía requieren un acuerdo especial, incluso para operaciones no comerciales en su espacio aéreo¹¹.

Durante los últimos 70 años la aviación ha cambiado profundamente, y el DC-3 —un típico caballo de batalla del transporte aéreo en los años 40 y más allá— ahora luce arcaico en comparación con los aviones a reacción de gran capacidad que cruzan los cielos del mundo en distancias globales; el avión supersónico de pasajeros fue introducido con éxito, pero aún no probó ser económicamente rentable para el transporte de masas. Incluso el vuelo hipersónico suborbital es técnicamente factible. Otros cambios comparables

¹⁰ ICAO Doc 7500.

¹¹ Entre quienes no son parte hay Estados con el espacio aéreo más grande del mundo, que incluso son miembros del Consejo de la OACI, tales como Brasil, Canadá, China, Indonesia, y la Federación de Rusia.

pueden apreciarse en los medios de comunicación y navegación, que utilizan tecnología basada en el desarrollo de la industria espacial y el procesamiento electrónico de datos. El transporte aéreo es ahora una parte esencial de la economía mundial. En 2013 más de tres mil millones de pasajeros —casi la mitad de la humanidad de la Tierra— fueron transportados por vía aérea y la previsión de la OACI para 2030, con base en las proyecciones actuales, es de 6.4 mil millones de pasajeros.

Los 70 años transcurridos desde la Conferencia de Chicago, vieron el final de la guerra seguido por grandes cambios geopolíticos, incluyendo el proceso de descolonización que creó decenas de nuevos Estados. Esos países entraron en la comunidad internacional con sus necesidades y aspiraciones, desafiando con frecuencia el “viejo orden” y afirmando enfoques más favorables a los países en desarrollo. La Guerra Fría duró más de 40 años y, aún en su apogeo, trajo a la OACI y al Convenio de Chicago a la entonces URSS como Estado miembro¹² y la República Popular China fue reconocida como representante legítimo de China en vez del régimen de Taiwán¹³. La participación de estos poderosos Estados politizó, en una medida sin precedentes, la labor de la OACI, pero al mismo tiempo contribuyó a la expansión del transporte aéreo internacional y la “globalización” de la aviación en general. Sin embargo, la Guerra Fría fue también la causa de varias intercepciones aéreas y destrucción de aeronaves civiles por los militares. El peor ejemplo de ello fue el derribo en vuelo del avión B-747 de Korean Air, que volaba con el código KAL-007, interceptado por aeronaves militares soviéticas frente a la costa de Sakhalin. El incidente dejó un saldo de 269 víctimas mortales. En los últimos 70 años también se produjeron conflictos armados en varias partes del mundo, la integración de algunos Estados y la desintegración de otros, la carrera armamentista, el inicio de la era espacial y el rápido inicio de la era del ordenador. El mundo es un lugar diferente de lo que era en 1944. La aviación se enfrenta a retos que no eran siquiera previsibles hace 70 años, entre ellos la ola de actos terroristas contra aeronaves civiles y contra las instalaciones de navegación aérea, y la necesidad de proteger el medio ambiente.

No es realista esperar que un Convenio, elaborado bajo condiciones profundamente diferentes, pudiera sobrevivir sin un ajuste importante; cualquier interpretación “ingeniosa” en cuanto a la aplicación práctica de la Convención

¹² La URSS se adhirió a la Convención el 15 de octubre 1970 —más de 17 años después de la muerte de J. Stalin—, lo que marcó un cierto ablandamiento de la política del régimen comunista.

¹³ China depositó su instrumento de ratificación del Convenio de Chicago el 20 de febrero de 1946 y fue formalmente representada en la OACI por la “República de China” en Taiwán. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución A 2758 del 25 de octubre 1971, reconoció en la República Popular de China como el único representante legítimo de China en la ONU. El 15 de febrero de 1974, el Gobierno de la República Popular de China informó a la OACI que se sentía obligado por la ratificación de la Convención en 1946; desde esa fecha la República Popular China tiene una participación activa en la labor de la OACI.

existente, sería apartarse de las intenciones originales de los redactores y sería contrario a los principios comunes del derecho de los tratados. Una vez más, la OACI fue creada por este Convenio, y con una membresía enormemente mejorada y diversificada necesita ajustar su fundamento constitucional y los métodos de trabajo a las necesidades del siglo XXI.

El Convenio fue redactado por los 52 Estados¹⁴ que participaron en la Conferencia de 1944, poco más del 27% de los actuales 191 miembros de la OACI. Así, 139 Estados —o casi el 73%— no han tenido ninguna influencia en la redacción de las disposiciones de la Convención y no tuvieron más remedio que aceptar el texto acordado sin ellos.

La enmienda de la Convención es aparentemente un proceso sencillo: en virtud del artículo 94 toda enmienda que se proponga debe ser aprobada por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de la OACI y luego entra en vigor para los Estados que la hayan ratificado, cuando sea ratificado por el número de Estados contratantes especificado por la Asamblea; ese número no debe ser inferior a dos tercios del número total de Estados contratantes. Esto es, de hecho, un principio de “unanidad oculta” (“*concealed unanimity*”) que en la actualidad debe ser considerado arcaico y superado por la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos constitucionales de todas las agencias especializadas de la ONU. Si bien el principio de la “unanidad” respeta la soberanía de cada Estado, ya resultó impracticable en la Liga de las Naciones y fue abandonado después de la Segunda Guerra Mundial en los instrumentos constitucionales de las Naciones Unidas y todos los organismos especializados, excepto la OACI, a favor de un principio “legislativo” conforme al cual una modificación se aplica *erga omnes* cuando sea ratificada por una mayoría determinada.

Lo absurdo del principio de unanimidad podría ilustrarse en muchos ejemplos. En 1977, la Asamblea aprobó una enmienda de la cláusula final del Convenio, creando una base legal para la existencia de un texto auténtico en ruso de la Convención; la enmienda entró en vigor 22 años más tarde, en 1999, y actualmente está en vigor para 88 Estados miembros de la OACI; así, para 103 Estados todavía no hay base legal para el texto auténtico en ruso. La composición del Consejo de la OACI se incrementó en varias ocasiones; en la última ocasión, el aumento de la membresía a 36 Estados fue ratificado sólo por 138 países; así, para 53 Estados todavía se considera que el Consejo estará integrado por 33, 30, 27 o incluso 21 miembros, los que no deberían tener derecho a voto para la elección de 36 miembros en las sesiones de la Asamblea. Del mismo modo, también es absurdo el hecho de que sólo 144 Estados han ratificado la enmienda de la Convención sobre las sesiones trienales de

¹⁴ A veces se afirma erróneamente que 54 países participaron en la Conferencia de Chicago. Sin embargo, dada la ocupación de Dinamarca y Tailandia, estuvieron representados sólo por sus respectivos diplomáticos acreditados ante los Estados Unidos y sólo 52 representantes de los Estados presentaron credenciales adecuadas para la Conferencia.

la Asamblea en lugar de períodos de sesiones anuales; así, para 47 Estados la Asamblea debería reunirse legalmente sólo una vez al año. Ninguna enmienda de la Convención entró en vigor para todos los Estados miembros y al día de hoy podríamos sostener que el texto de la Convención es un documento “inconexo”.

Hasta ahora, la mayoría de las enmiendas conciernen a cuestiones “administrativas” de la OACI como organización internacional, pero no se han tocado las normas sustantivas de derecho internacional codificado. Sólo dos modificaciones sustantivas a la Convención se han adoptado hasta el momento:

— El artículo 83 bis, relativo a la transferencia de ciertas funciones y obligaciones en caso de arrendamiento, fletamento o intercambio de aeronaves. Se adoptó en 1980 y entró en vigor recién 17 años después, en 1997, y sólo es vinculante para 164 Estados;

— Artículo 3 bis, reconociendo que los Estados deben abstenerse del uso de las armas contra el vuelo de aeronaves civiles. Fue adoptado en 1984 a raíz del derribo de KAL007 por los soviéticos, y entró en vigor sólo 14 años más tarde, en 1998, y es vinculante en la actualidad sólo para 143 Estados.

Es bastante evidente que una modernización sustancial del Convenio de Chicago no se puede lograr mediante una enmienda utilizando el procedimiento previsto en el artículo 94 de la Convención, ni siquiera para enmendar el mismo artículo 94. Si juzgásemos por la experiencia del pasado, introducir legislativamente el principio *erga omnes* podría tomar décadas para entrar en vigor a la espera de que sea ratificado por dos tercios de las partes, y cualquier unanimidad sería tan difícil de alcanzar como lo es ahora. Un escenario más realista sería el de convocar a una conferencia internacional que, sobre la base de estudios preparatorios, adopte un nuevo convenio modernizado. Se podría argumentar que el artículo 82 del Convenio de Chicago impide a los Estados el contraer compromisos y entendimientos inconsistentes. Sin embargo, todos los tratados internacionales son adoptados bajo el entendimiento *rebus sic stantibus* y un cambio sustancial de las circunstancias después de 70 años desde la aprobación de la Convención justificaría tal enfoque¹⁵.

Deben realizarse estudios preparatorios, sin demora, para la “modernización” de la OACI y para pergeñar un nuevo convenio sobre aviación civil internacional. Tales estudios debieran ser hechos en un nivel multidisciplinar y no limitarse a los profesionales del derecho. La lista de los temas a tratar sería determinada, únicamente, durante el progreso de los estudios preliminares, para

¹⁵ Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155UNTS, p. 331.

identificar deficiencias o lagunas de la Convención. Tal lista puede, inicialmente, incluir los siguientes tópicos¹⁶:

- A)** La Asamblea debe ser restaurada a la posición de un órgano supremo de la organización y debe reunirse por lo menos una vez cada dos años. Dicha frecuencia permitiría a todos los Estados contratantes a estar en contacto más regular, permitiría una mayor supervisión de los trabajos del Consejo y permitiría un presupuesto más realista para plazos previsibles más cortos. El papel de la Asamblea de la OACI se ha visto seriamente erosionado por el cambio de los períodos de sesiones anuales originales a una frecuencia trienal. La OACI es el único organismo de la ONU con sesiones trienales. La duración de las sesiones es cada vez más breve, y el papel de la Asamblea se ha reducido a declaraciones ceremoniales, a la elección de los miembros del Consejo (después de lo cual, muchos jefes de delegación de alto rango abandonan la Asamblea) y al refrendo de las decisiones del Consejo. Se convocan reuniones no previstas en la Convención —como las reuniones mundiales, o las de alto nivel, etc.— cuando una sesión extraordinaria de la Asamblea sería lo más apropiado. El papel de la Asamblea debe ser redefinido, sus sesiones deben ser más frecuentes y se le deben asignar a la Asamblea algunas de las potestades ahora ejercidas por el Consejo, como la elección del presidente del Consejo (si tal función se mantiene), el nombramiento del secretario general, e incluso, posiblemente, la adopción de algunos de los Anexos de la Convención en la medida que contengan normas y métodos recomendados de especial importancia.
- B)** El Consejo de la OACI se compone actualmente de 36 Estados elegidos por la Asamblea. Es quizás demasiado numeroso, lo que va en detrimento de su eficacia. Es probable que los Estados estén dispuestos a reducir el tamaño del Consejo. Sin embargo, actualmente el Consejo no tiene necesidad (como puede haber sido en los primeros años de la OACI) de celebrar tres sesiones por año, además de las sesiones de sus órganos subordinados durante todo el año, o para mantener los representantes residentes en la Sede de la OACI por tiempo completo. Las reuniones del Consejo están agobiadas, con frecuencia, con cuestiones administrativas que debieran dejarse bajo la competencia del secretario general. El Consejo genera gran cantidad de documentación a menudo efímera, cargando los recursos de la Secretaría, incluidos los servicios de traducción/interpretación que consumen casi el 25%

¹⁶ Algunas de estas ideas se presentaron con mayor detalle en MILDE, Michael, *Derecho Aeronáutico Internacional y la OACI*, 2ª ed., Eleven International Publishing, La Haya, 2012, pp. 205-217.

del presupuesto de la OACI. Dos sesiones por año que duren unas 2-3 semanas, con reuniones diarias (en la actualidad el Consejo mantiene un horario cómodo de 3 sesiones de media jornada por semana) sería más económico y focalizada, y atraería a los representantes y expertos de más alto nivel sobre cuestiones particulares de la agenda. Estas sesiones más eficientes del Consejo ahorrarían considerables recursos presupuestarios, tanto para la Organización como para los Estados miembros del Consejo.

- C) La función “cuasi-judicial” concedida al Consejo en virtud del Capítulo XVIII del Convenio debe ser abolida por carecer de sentido —en toda la historia de la OACI, el Consejo no estuvo en condiciones de emitir ninguna decisión de fondo en una disputa, lo que demuestra que el Consejo no es un cuerpo adecuado para juzgar las controversias jurídicas entre los Estados—. Los representantes en el Consejo no son jueces independientes, que asumen su cargo después de hacer un juramento; tampoco deciden sobre la base de la ley, pero los funcionarios siguen las instrucciones de su gobierno. Así, el procedimiento es de hecho un “arbitraje” llevado a cabo por Estados motivados por sus intereses políticos y lealtades más que comprometidos con la estricta interpretación y aplicación del derecho. Hay otra razón por la que los Estados parecen reticentes a recurrir al procedimiento de solución de diferendos en virtud del Capítulo XVIII del Convenio: el artículo 85 prevé el recurso de apelación contra una decisión del Consejo ante la Corte Internacional de Justicia¹⁷. Así, el Convenio establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia —un principio aceptado por los Estados durante la euforia de la posguerra y el espíritu de cooperación internacional—, pero en la actualidad la mayoría de los Estados insisten en que la Corte tendrá competencia únicamente en los casos que se refieren específicamente a ella¹⁸.
- D) El papel del presidente del Consejo debe ser redefinido. En la actualidad el presidente es elegido por el Consejo y es el más alto funcionario pagado dentro de la OACI. Ésta es una anomalía específica a la OACI y ningún otro organismo especializado de las Naciones Unidas

¹⁷ El Convenio se refiere a la “Corte Permanente de Justicia Internacional” establecida de conformidad con la Liga de las Naciones; en virtud del artículo 36.5 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (que es parte integral de la Carta de la ONU), las referencias a la Corte Permanente de Justicia Internacional se aceptan como referencias a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁸ Se entiende, por ejemplo, que los Estados Unidos no han ratificado la enmienda que introduce el artículo 3 bis relativo a la interceptación y el uso de armas contra aeronaves civiles —una iniciativa que ellos apoyaron firmemente después de que los soviéticos derribaron el KAL007—, porque un posible conflicto en la interpretación o aplicación de esta disposición podría dar lugar a un recurso ante y la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

sigue este ejemplo. La relación de las funciones del presidente y las del secretario general no está bien definida, causando solapamientos y conflictos en función de las personalidades involucradas. La mejor solución sería seguir el ejemplo de otras agencias de la ONU y crear un solo puesto de director general elegido por la Asamblea; las reuniones del Consejo puedan ser presididas en forma rotativa por los representantes de los Estados, no por funcionarios asalariados.

- E)** Muchas de las actuales funciones y actividades esenciales de la OACI no se previeron en el momento de la redacción del Convenio; por lo tanto, carecen de una firme y explícita base jurídica en el Convenio. Los siguientes aspectos merecen la atención de los especialistas durante el proceso de modernización del sistema:
- i.** La necesidad de proteger la aviación civil contra los actos criminales (terroristas) no fue previsto por los redactores de la Convención. Varios instrumentos multilaterales se han adoptado sobre este tema bajo la orientación de la OACI. Ellos pertenecen a los instrumentos más ampliamente aceptados del derecho internacional unificado y sirvieron como modelo para otras iniciativas en el sistema de la ONU. Parece deseable incorporar en la Convención modernizada un compromiso legal de los Estados de cooperar en la protección de la aviación civil contra la interferencia ilícita. En 1973, en la 20ª reunión (extraordinaria) de la Asamblea de la OACI, en Roma, fracasó un intento de modificar el Convenio por las obligaciones específicas que debían asumir los Estados en la protección de la aviación civil contra los actos criminales de interferencia ilícita. Este fracaso se debió a que florecieron tensiones propias de la Guerra Fría, con motivo de los incidentes generales y específicos de Medio Oriente, en el momento en que se celebraba la Asamblea.
 - ii.** La protección del medio ambiente no estaba en la agenda hace 70 años, pero los Estados contratantes de la OACI están lidiando con este problema desde hace algún tiempo y las soluciones específicas son todavía difíciles de alcanzar. Un compromiso jurídico básico de los Estados para reducir las emisiones de carbono y controlar el ruido de aviones debe hacerse efectivo a través de un instrumento modernizado y se debe dar orientación a los Estados para poner en práctica un sistema de comercio de emisiones basado en el mercado.
 - iii.** El Programa de Asistencia Técnica (que ahora se llama de Cooperación Técnica) ya forma parte integrante del programa de tra-

bajo de la OACI, pero evolucionó durante unos 50 años de forma casi invisible, a partir de un conjunto de retazos de los programas de las Naciones Unidas patrocinados y financiados como una “prioridad permanente” de la OACI para proporcionar apoyo a los Estados en la aplicación de las normas y métodos recomendados y en la infraestructura de la aviación. Actualmente forma parte del presupuesto de la OACI, que emplea a unos 75 miembros de la Secretaría y tiene consecuencias financieras directas para los Estados. Sin embargo, no existe una base legal para este programa en la Convención, y parecería deseable formular un compromiso de los Estados para ayudar a otros menos desarrollados en la implementación de los estándares de seguridad y otros aspectos de la aviación civil.

- iv. Las Conferencias Regionales de Navegación Aérea y los Planes de Navegación Aérea (RANPs, por su sigla en inglés) se han convertido en un importante instrumento para la ordenación del territorio y las instalaciones y los servicios disponibles en la región, así como para asignar autoridad en las Regiones de Información de Vuelo designadas (FIR, por su sigla en inglés). Si bien estos planes están sujetos a la aprobación del Consejo, en el pasado fueron aprobados en su mayoría por el presidente del Consejo —una práctica indeseable, ya que la asignación de autoridad sobre las FIR puede tener implicaciones políticas y puede ser objeto de intereses incompatibles entre los Estados—. Un convenio revisado debería abordar la cuestión de la planificación regional y asignar la responsabilidad política al Consejo, o incluso a la Asamblea.
- v. Los sistemas globales de navegación por satélite (GNSS) —de radio-navegación y posicionamiento electrónico— están reemplazando gradualmente los sistemas terrestres, que han alcanzado su límite en el rango y la precisión. Sin embargo, el GNSS aún no se ha convertido en el único medio de navegación y, en la actualidad, el GPS (EE.UU.) y GLONASS (Federación de Rusia) están en funcionamiento, mientras que el sistema europeo Galileo está por entrar en el juego. La resolución A32-19 de la Asamblea, un tanto pomposamente llamada “Carta de los Derechos y Obligaciones de los Estados con relación a los Servicios GNSS”, es apenas una sólida base jurídica del GNSS y un convenio revisado debería abordar este tema y también la OACI debería ejercer jurisdicción con respecto a los temas de la aviación relacionados con la tecnología espacial.

- vi. Las organizaciones regionales de integración económica (como la UE) son un fenómeno nuevo, no previsto en la Conferencia de Chicago y ejercen funciones reguladoras amplias en materia de aviación. La relación mutua entre la OACI y esas organizaciones debe ser regulada en el convenio revisado, para definir el estatus de dichas entidades regionales con respecto a la OACI.
 - vii. La seguridad y la vigilancia de la seguridad es una nueva función asumida por la OACI para evaluar la aplicación por los Estados de sus obligaciones en virtud de las normas de seguridad y protección, y para instruir en caso de que sea necesaria una acción correctiva. Las auditorías de seguridad “obligatorias, sistemáticas y armonizadas” realizadas por la OACI, equivalen a un “empoderamiento” sustancial de la OACI sin precedentes en otras agencias de la ONU. Se basa únicamente en una resolución de la Asamblea (inicialmente A32-11), pero una función con un efecto jurídico de tan largo alcance debe regirse explícitamente por una norma sustantiva de un convenio revisado.
 - viii. Durante las últimas décadas, la labor jurídica de la OACI ha producido varios e importantes convenios y protocolos multilaterales que codificaron el derecho aéreo internacional. Tales instrumentos son preparados por el Comité Jurídico de la OACI y sus Subcomités, y tras la aprobación por el Consejo se presentan a una conferencia internacional de plenipotenciarios, generalmente llamada “Conferencia Diplomática”. En 1944, la conferencia de Chicago era consciente de la importancia de la codificación de la ley dentro de la nueva organización, pero por una razón histórica (la existencia de la CITEJA antes de la guerra) aplazó la cuestión. Así, la Constitución del Comité Jurídico de la OACI y el procedimiento para la adopción de las convenciones internacionales están contenidos sólo en resoluciones de la Asamblea y gradualmente se le concedieron al Consejo facultades que acrecentaron sus poderes sobre el Comité Jurídico¹⁹. Es deseable que la condición del Comité Jurídico y el procedimiento para la adopción de los convenios internacionales de la OACI se materialice en el convenio revisado.
- F) La reglamentación del transporte aéreo es una característica esencial respecto de la cual la Conferencia de Chicago de 1944 no llegó a ningún consenso. La OACI no posee ningún poder para tomar decisiones que regulen el intercambio de derechos de tráfico aéreo, el acceso

¹⁹ Resoluciones A7-5 y A31-15, Apéndice B.

al mercado, la competencia o cualquier otra cuestión económica del transporte aéreo internacional. Se plantea la cuestión de si la Convención revisada debe llenar el vacío dejado por la Conferencia de Chicago hace 70 años. Las Conferencias Mundiales de Transporte Aéreo de la OACI²⁰ no produjeron ninguna señal de que la OACI sería alguna vez un foro eficaz para la reglamentación del transporte aéreo internacional. Hay pocas esperanzas de que un convenio revisado pudiese regular eficazmente estas características y parece prudente dejar a la OACI con la posición fuerte para regular todas las cuestiones de la navegación aérea, la seguridad, la prevención, la facilitación y la protección del medio ambiente. Los aspectos económicos del transporte aéreo internacional deben regirse a nivel internacional en un foro diferente, la Organización Mundial del Comercio (OMC). El transporte aéreo internacional es un típico comercio de servicios y debe estar sujeto a las normas y reglamentos de la OMC convenientemente modificadas. Eso no sería menoscabar en modo alguno las funciones de la OACI en la reglamentación técnica y podría continuar su actual función como foro de debate sobre cuestiones de transporte aéreo. Sin embargo, como mínimo, la Convención revisada debe encarnar las dos “libertades del aire” básicas —derecho de los servicios regulares de sobrevolar el territorio extranjero y el derecho de aterrizar para fines no comerciales—. Finalmente, el principio del artículo 15 de la Convención debe ser preservado por que las retribuciones, derechos y otros cargos deben imponerse respecto del mero derecho de tránsito, entrada o salida del territorio extranjero.

No se percibe la urgencia en la modernización del Convenio de Chicago y de la OACI. Sin embargo, después de 70 años desde la Conferencia de Chicago ha llegado el momento para iniciar un estudio de su posible actualización. Tomará años antes de que se acuerde una solución y la mejor manera de hacerlo es comenzar un estudio ahora.

²⁰ Dichas conferencias se llevan a cabo por la OACI cada 10 años; sólo están debatiendo los foros y no tienen valor en la Convención ni tiene autoridad para aceptar normas vinculantes. La última conferencia de este tipo, la sexta, se llevó a cabo en 2013 —ver ATConf/6—.

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE MERCADERÍAS

Por EDUARDO T. COSENTINO*

Resumen:

El trabajo tiene por finalidad analizar algunos aspectos clave en el contrato de transporte aéreo de mercancías, tales como las nociones de transporte sucesivo y responsabilidad, la determinación de los daños indemnizables según los convenios internacionales aplicables al caso, la moneda de pago, las causales de exoneración de responsabilidad y las que, por el contrario, ocasionan la pérdida del derecho a limitar por parte del transportador aéreo. El análisis se realiza a la luz de la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera.

Palabras clave:

Mercaderías, transporte aéreo, daño, compensación, limitación.

SOME PRECISIONS ABOUT THE LEGAL SYSTEM APPLIED TO CONTRACTS FOR TRANSPORTATION OF GOODS BY AIR

Summary:

The work aims to analyze some key issues in the contract of carriage of goods by air, such as notions of successive transportation and liability, determining the recoverable of damages under the international conventions applicable to the case, the currency of payment, the grounds for disclaimer and that, conversely, resulting in the loss of the

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular regular de la cátedra de “Derecho de la Navegación”, de la Facultad de Derecho de la UBA. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial.

right to limit the liability. The analysis is performed in the light of author's opinion and the interpretation given by domestic and foreign jurisprudence.

Keywords:

Woods, transportation, damage, compensation, limitation.

I. INTRODUCCIÓN

La liberación de las medidas restrictivas del comercio internacional ha permitido un incremento significativo de su desarrollo y se ha mantenido a niveles constantes, estimulado por la interdependencia de los Estados dentro de las regulaciones propias de la economía moderna.

El intercambio de bienes y servicios se ha asentado sobre bases unilaterales o multilaterales, y estimulado por los marcos regionales, ha adquirido un ritmo de desenvolvimiento creciente, ajustándose a las corrientes comerciales que emanan de las economías de carácter complementario.

El transporte, a través de sus distintas modalidades, es un instrumento particularmente valioso, cuyo nacimiento arraiga en las manifestaciones más primarias del comercio entre los distintos centros de producción y consumo.

En el ámbito del transporte aéreo, la traslación de mercaderías ha adquirido una importancia creciente, que responde al incremento sustancial de su participación en las utilidades en relación con los totales de la explotación de la actividad aerocomercial.

Ciertamente, de manera inicial se le asignó un rol subsidiario al transporte de pasajeros, pero la modificación y desarrollo de la técnica traslativa del embarque/desembarque y el manipuleo de la carga le otorgaron una relevancia progresiva a la comercialización del conjunto de los servicios aéreos.

La operación de aeronaves afectadas a la traslación de mercaderías amplió considerablemente las perspectivas de captación del mercado, especialmente teniendo en cuenta su mayor eficiencia frente a los servicios mixtos; puso de manifiesto su mayor adaptabilidad en los horarios por un sistema de contenedores que incrementa de manera notoria la capacidad de carga comercial en la bodega.

Ciertamente, las mercaderías perecederas, o aquellas que corresponden a una traslación de rutas de largo recorrido, ofrecen una ventaja sensible respecto de los otros medios alternativos de transporte.

Este conjunto de elementos hace patente la conveniencia de estimular el transporte aéreo de cargas como un servicio autónomo, sujeto a condiciones propias de los cargadores, cuyo régimen de servicios se aleja de una manera manifiesta de las limitaciones propias del transporte aéreo de pasajeros.

Dentro del campo de los derechos de tráfico, históricamente se ha conferido a los servicios de carga un régimen totalmente liberal, distinto al que ha existido en materia de pasajeros.

Es así que en la Convención de Chicago de 1944 se consideró conveniente consagrar un régimen amplio, de libre competencia, que es considerado a los efectos de las concesiones y autorizaciones como un sistema liberal en una parte significativa de los Estados que integran la comunidad aeronáutica mundial. Sus primeras manifestaciones se produjeron en los territorios de altamar, como un medio de trasladar mercaderías urgentes, frágiles o preciosas¹.

En Europa, el plan de industrialización del África Negra, y la explotación de sus riquezas minerales, permitió el incremento sobre todos los servicios indispensables para tener organizaciones de transporte de aquel mercado². Su desarrollo cobró fuerza a partir del año 1955, en el que se iniciaron los servicios regulares exclusivos de carga en el Atlántico Norte entre los vuelos de la Compañía Británica Air Board, a razón de tres frecuencias semanales entre Inglaterra, Canadá y Estados Unidos de América³.

De tal modo, el movimiento efectivo de las mercaderías está encuadrado bajo nuevas condiciones técnicas sometidas a las peculiaridades de la moderna aviación comercial.

A propósito de la aparición de los aviones de jet a reacción, se diseñó un sistema de “contenedores”, con el objeto de obtener el medio más práctico para trasladar por vía aérea las mercaderías. Su maniobrabilidad facilita la carga y descarga en contados minutos, casi sin necesidad de embalar cada bulto ubicado dentro del contenedor, permitiéndole aprovechar al máximo el espacio contratado⁴.

Los contenedores, diseñados por la IATA, son de tipo modular, vale decir que lo más pequeño puede colocarse en el interior de los mayores, facilitando su traslado de un avión a otro⁵. Este procedimiento se utiliza especialmente en la traslación de carga en los propios depósitos del expedidor, obteniendo un ahorro sustancial en el gasto de embalaje y manipuleo de la carga. Al propio tiempo, se permite la afectación del depósito a unidades de almacenaje, de las que se va retirando las mercaderías a medida que se necesita, pudiendo someterse a un proceso de refrigeración, si se trata de carga perecedera⁶.

Al régimen instituido, fueron incorporados en el servicio aéreo de traslación de mercaderías como una nueva alternativa para los cargadores y todos aquellos que tienen como objetivo conseguir que la mercadería se cargue en el

¹ LE GOFF, Marcel, *Traité de Droit Aérien*, Paris, Dalloz, 1934, p. 278.

² LE GOFF, Marcel, *Traité de Droit Aérien*, op. cit., p. 278.

³ LE GOFF, Marcel, *Traité de Droit Aérien*, op. cit., p. 278.

⁴ *Aerocomercial, Revista de Transporte y Turismo*, volumen III, N° 25, p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶ *Ibid.*, p. 21.

propio depósito del expedidor y se afecte a unidades de almacenaje, retirando la mercadería a medida que se la necesita, pudiendo someterse a un proceso de refrigeración si se trata de carga perecedera⁷.

II. LA GUÍA DIGITAL

En el seno de la IATA, impulsada por la autorizada iniciativa de Carlos Tornero, se sancionó la resolución 672, en la que se propone al conjunto de líneas aéreas, la formalización del acuerdo multilateral que configura el llamado “*E-Air Way Bill Agreement*”, que se encuentra suscripto en la actualidad por sesenta transportadores, que han adherido al sistema propuesto por la IATA.

Esta asociación civil internacional de carácter no gubernamental, está constituida en la actualidad por doscientos cuarenta y dos aerolíneas internacionales, y es la que reglamenta aspectos técnicos específicos de la actividad aerocomercial que se implementan por los transportadores internacionales. La IATA elabora resoluciones y prácticas recomendadas, las que ordenan y consolidan el mercado aerocomercial.

Precisamente, en la especie, se ha reemplazado a la guía aérea que instrumenta el tráfico de transporte aéreo de mercaderías, por un sistema digital, que permite acelerar y avala el régimen contractual que rige las relaciones entre el cargador y la empresa de transporte aéreo. Esta normativa se nutre del Convenio de Montreal de 1999, cuyo criterio amplio se plasma a través de una fórmula amplia en la que se dispone que “El transporte de carga, expedirá una carta de porte aéreo, o mediante cualquier otro medio en el que quede constancia del transporte que deba efectuarse para sustituir la disposición de la carta de porte aéreo”. En este último caso, se dispone que el expedidor estará autorizado a solicitarle al transportista que expida un recibo de carga que permita la identificación del envío y que en el acceso a la información quedó constancia conservada por estos medios. Esta fórmula brinda sustento a cualquier tipo de figura que utilicen las partes para su consentimiento contractual, sin que se perjudique la validez del contrato.

De modo complementario, es del caso puntualizar que la Argentina ha legitimado la firma digital mediante la ley 25.506, la que establece claramente que “Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que se establecen en dicho ordenamiento legal”⁸.

⁷ DONATO, Ángela M., “Nueva tecnología en el transporte de carga aérea, su repercusión en el terreno jurídico”, *Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y la Aviación Comercial*, vol. I, enero-junio de 1973, p. 26.

⁸ N. de la Coordinadora: Al momento de editarse este capítulo ya estaba en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 288 dispone que: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

Tratándose de un procedimiento novedoso, se conceptualiza lo que se entiende por firma digital, definiendo que: “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma” (art. 2).

Bajo tales condiciones, se intenta incorporar todo tipo de garantías con el propósito de evitar la proliferación de firmas fraudulentas, fenómeno que podría alterar la confianza depositada en los usuarios, relevando a la tripulación de las operaciones comerciales en referencia a las mercaderías de las partes intervinientes.

Así es como se dispone explícitamente cuáles son los recaudos de su validez, que requieren un análisis del certificado digital y una constancia de los datos de referencia, constatando que el certificado ha sido emitido y reconocido como un certificado legítimo.

En sustancia, la guía aérea tradicional se reemplaza con el “*E-Air Way Bill Agreement*” adoptado por resolución IATA 672, cuyo acuerdo actúa como un reverso en el que se consignan las condiciones a las cuales se somete la digitalización de la guía aérea. Ciertamente, con relación al régimen del Convenio de Montreal de 1999, es necesario que se indiquen los datos correspondientes de la internacionalidad del transporte aéreo, lo que se manifiesta mediante la indicación del punto de partida y de destino, y para el caso que estos puntos estuvieren en un mismo Estado contratante, se debe indicar si al menos se ha incorporado una escala en otro Estado, debiendo mencionar el peso del envío, con el propósito de definir la magnitud de la responsabilidad del transportador aéreo.

El acuerdo de base ha sido estructurado por la propia IATA mediante el Convenio Multilateral, el que recíprocamente las líneas aéreas firman con todos los “*freight forwarders*” y éstos con todas las aerolíneas, de modo que bajo esta perspectiva se ha facilitado la construcción de un sistema cuyo consentimiento ha sido preotorgado por las líneas aéreas que voluntariamente lo hayan aceptado.

Estos conceptos han sido desarrollados en la conferencia pronunciada por el Dr. Carlos Tornero, en ocasión del seminario realizado en la cátedra de Derecho de la Navegación, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 8/5/2014.

Ciertamente el “*e-freight*” estará integrado con toda la documentación aduanera que se adjunta en papel y que permita el desembarque y el despacho a plaza en destino⁹.

⁹ VASSALLO, Carlos M., “Nuevo desarrollo del contrato de carga aérea”, CEDAE, 12/11/2014, disponible en: <http://cedaeonline.com.ar/2014/11/12/nuevos-desarrollos-del-contrato-de-carga-aerea/>.

La resolución IATA 672 reúne las mismas condiciones del contrato que la guía de papel, de modo tal que se formula la regulación que contiene la parte operacional, otra relativa a la confidencialidad, así como los derechos y obligaciones de carácter convencional formulado entre las partes.

Si bien las diferentes instancias para formalizar el acuerdo varían en cada caso particular, debe considerarse que una práctica generalizada cumple con las siguientes instancias:

1. Por parte de las aerolíneas un documento básico conjuntamente con los “*freight forwarders*”.
2. El proceso para activar la ejecución del acuerdo es instrumentado mediante la transmisión de la notificación concreta.
3. La entrega material de la carga, por la que consume el objeto del acuerdo formalizado entre las partes.

En todo este esquema es habitual que el “*forwarder*” absorba el paquete de contratante principal, consignándose su nombre en la guía aérea como el “*shipper*”, siendo habitual que en tal caso se otorgue de manera típica la consolidación. De modo paralelo, es frecuente que el “*shipper*” constituya un agente del exportador, ejerciendo un mero mandato de la parte contratante, consignándose en tal caso al cliente del “*shipper*” en la guía aérea, quien asume por derecho propio los derechos y obligaciones contraídos, los que certifican la responsabilidad entre las partes y frente a terceros.

Tales son a grandes rasgos, los lineamientos esenciales del acuerdo multilateral formalizado mediante el “*E-Air Way Bill Agreement*”, lo que pone de manifiesto sensibles ventajas desde el punto de vista de la celeridad y la reducción de costos en la instrumentación, y en materia de seguridad una de las formas más fiables y exactas para la reducción de errores otorgando una mayor confiabilidad.

III. GÉNESIS DE LOS DAÑOS QUE GENERAN LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

Inicialmente, en Roma, la reparación del daño se instrumentó por medio de acciones penales, ley persecutoria mediante la que se puso de manifiesto fijando el monto del perjuicio en relación con el valor más alto alcanzado por la cosa destruida o deteriorada. Sin embargo, corresponde destacar el esfuerzo legislativo de carácter progresista que se sancionó durante las etapas iniciales de la evolución romana del responder; su sustancia se encuentra dominada por

el criterio casuístico rebelde para la utilización de un conjunto de principios con virtualidad suficiente para estructurar un sistema orgánico de responsabilidad.

La noción de “culpa”, desconocida en estas etapas primarias del pensamiento jurídico, sólo aparece a propósito de las construcciones de los juristas de la época clásica¹⁰. En sus primeras etapas, la actividad culposa se integra a las circunstancias objetivas que acompañaron al daño, sin que mediare determinación alguna sobre las faltas objetivas que caracterizaban al hecho como expresión de la voluntad del sujeto de derecho. En una etapa posterior, en el Bajo Imperio, se introducen otras precisiones, para distintos grados de culpabilidad, que se aplican sobre nociones concretas o sobre modelos abstractos de conducta humana.

Bajo esta perspectiva, el antiguo derecho francés, basándose en los elementos suministrados por el Derecho Romano, construyó la teoría general de la responsabilidad¹¹. Así fue como, en la esfera de los actos ilícitos, la culpa grave aparece como un ingrediente inexcusable para que se genere el deber de resarcir. En el campo contractual, Domat puso de relieve que lo grave culposo está implícito en el cumplimiento de la obligación cuando el deudor se comprometió a ejecutar en su prestación un determinado resultado. Dentro de las relaciones jurídicas, en cambio, es necesario examinar si su conducta se desarrolló con negligencia o imprudencia, elementos que se reputaban como esenciales en el nacimiento de la obligación de indemnizar¹².

Esta teoría del pensamiento doctrinario fue la que inspiró a los redactores del Código de Napoleón, quienes incorporaron la noción de la culpa a su propio ordenamiento, que se proyectó en las regulaciones nacionales de los países de Europa Continental, y se irradió a los demás Estados que componen la Comunidad Jurídica Occidental. Así las cosas, la revolución de la tecnología, fuente del maquinismo y el desarrollo industrial del principio de siglo, motivaron profundas transformaciones sociales que generaron nuevas respuestas jurídicas en situaciones no comprendidas en la legislación vigente¹³.

En Francia, una jurisprudencia pretoriana, respaldada por amplias concepciones doctrinarias, ha introducido por conducto del artículo 1384 del Código Civil francés, y a partir del célebre caso “Jandehur”, la distinción entre el “hecho del hombre” y el “hecho de la cosa”. Cuando el daño era ocasionado por una acción autónoma de la “cosa”, la obligación de indemnizar se generaba por una presunción de responsabilidad que se desconoce únicamente por la presen-

¹⁰ MONIER, R., *Manuel de Droit Aérien*, t. II, Paris, 1936, p. 69.

¹¹ RIPERT, George - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 18.

¹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, ps. 31-58.

¹³ SAVATIER, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, 2ª ed., Librairie Générale du Droit, Paris, 1951, p. 422.

cia del caso fortuito o fuerza mayor¹⁴. Esta formulación, ensanchó rápidamente su esfera de influencia, concediéndole particular relevancia a la participación del guardián de la cosa, quien asumía la calidad de centro de imputación de daños para hacer su uso o conservar su dirección o contralor¹⁵.

Bajo tales condiciones, se construyó la teoría del “riesgo creado”, la que si bien se presentaba en distintas versiones, su expresión más acabada sostiene que todo lo que pone en movimiento determinadas fuerzas peligrosas y aprovecha sus beneficios, deberá afrontar las consecuencias dañosas que emanen de su actividad.

Bajo estos fundamentos, en la esfera de la legislación positiva internacional, la responsabilidad objetiva es la que ha sido volcada a la totalidad de las legislaciones internas, y es fuente inmediata del Protocolo de Montreal de 1975 y reproducido en el Convenio de Montreal de 1999, bajo los mismos términos y condiciones.

IV. EL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

La compensación indemnizatoria se ha fijado entre los modos alternativos del transporte marítimo, terrestre y ferroviario, en términos limitativos, razón por la cual se ha volcado al transporte aéreo fundado en diferentes razones de orden histórico, y de equilibrio jurídico entre las partes.

Originariamente, se esgrimieron razones de estimular expansión y crecimiento del transporte aéreo, evitando afrontar la totalidad de las consecuencias dañosas de un accidente aerocomercial, las que generarían el desastre económico de la empresa. De modo paralelo, la legislación aeronáutica está impedida de afrontar ilimitadamente los daños emergentes de un siniestro, frente a la ausencia de datos definitivos en el campo de la aeronavegación para determinar el índice promedio de la siniestralidad y formular el cálculo de las primas.

Ciertamente, tratándose de una actividad esencialmente internacional, es necesario construir instituciones homogéneas para regular la actividad del sector, evitando la anarquía si la limitación estuviera confiada únicamente a los marcos nacionales.

Dentro del marco del pensamiento doctrinario, se levantaron algunas voces destinadas a analizar críticamente el tope indemnizatorio, particularmente por el Dr. Manuel Ferrer en la República Argentina y Rodrigo Hananias Castillo en la República de Chile. Ambos autores coinciden en que los fundamentos destinados a considerar la necesidad de estimular y desarrollar el transporte aéreo carecen de sustento, ya que la versión moderna ha sido sustituida por una

¹⁴ SAVATIER, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, op. cit., p. 425.

¹⁵ SAVATIER, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, op. cit., p. 427.

industria sólida que ha permitido la realización de una red de servicios y cubre la mayor parte de las rutas de orden internacional.

Rodrigo Hananias Castillo puntualiza la falta de juridicidad, y el anacronismo de este planteamiento, frente a los altos niveles de seguridad obtenidos por la aeronavegación comercial actual. De manera complementaria, destaca la inadecuación, ya que sería el Estado quien debería subsidiar y apoyar a la industria y de ningún modo obtener una compensación a través del patrimonio de la parte culpable¹⁶.

Bajo esta perspectiva, corresponde puntualizar que la ley aerocomercial no ha pensado en el procedimiento previsto en el plano internacional, una discrepancia en los términos indemnizatorios en materia de carga transportada. Ciertamente, el proceso de fijación del límite, tendiente a otorgar una reparación integral para la defensa de la integridad humana, según sostuvo en el Coloquio de Toulouse de abril de 2004 Christophe Poulen, no es aplicable para el patrimonio privado de los cargadores, ya que su objetivo central está dirigido a recuperar integralmente el menoscabo patrimonial sufrido a propósito del daño.

Por ello, ninguna formulación se manifestó en relación con la carga, ya que se consideró que los cargadores carecían de interés jurídico sobre la limitación de responsabilidad. La cuestión no corresponde a los transportistas, sino a los aseguradores. Una práctica que es una constante operativa, consiste en contratar con anterioridad a la entrega de la mercadería para la relación del vuelo, una cobertura aseguradora destinada a reparar el daño total o parcial de acuerdo con las especificaciones del cargador, de modo tal que el conflicto subsistente es entre el asegurador y la línea aérea, con motivo de la acción de regreso, mediante la que el transportador hará valer su limitación de responsabilidad, y el asegurador pretenderá recuperar su pago indemnizatorio.

V. LA CUESTIÓN MONETARIA

Este debate en torno a la limitación de responsabilidad, ocupó un lugar de relevancia en el sistema de conversión de las monedas nacionales, el que generó una controversia sobre el patrón monetario seleccionado en el Convenio.

En el Convenio de Varsovia de 1929, George Ripert propuso la adopción del “franco francés” como unidad de conversión. El delegado suizo, M. Pittard, puntualizó inconveniencias en someter a todos los Estados signatarios a una

¹⁶ FERRER, Manuel, *Proposiciones ante la liquidación del Convenio de Varsovia-La Haya*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1973, p. 15.

HANANIAS CASTILLO, Rodrigo, *La responsabilidad civil en el transporte aéreo de mercaderías*, La Ley, Santiago de Chile, 2003, ps. 345 y ss.

moneda nacional, cuyas variaciones afectarían los montos indemnizatorios de los países que ratificaran este Convenio multilateral¹⁷.

De tal modo, se escogió con arreglo al orden monetario vigente en aquellos días, al oro como cláusula estabilizadora destinada a mantener la compensación de daños en términos de moneda constante. De acuerdo con el artículo 22, el Convenio de Varsovia de 1929 fijó el límite en “francos oro”, el que constituye una unidad de moneda consistente en sesenta y cinco miligramos y medio de oro con la ley de novecientas milésimas de fino, los que podrán ser convertidos en moneda de curso nacional en números redondos.

Este patrón monetario funcionó mediante un cronograma hasta que los Estados Unidos de América declararon, en 1971, la convertibilidad del oro respecto del dólar. Estas circunstancias precipitaron un nuevo acuerdo monetario internacional, que se suscribió en Jamaica en 1979, por el que se reemplazó el oro como unidad de cuenta por los derechos especiales de giro. Se trata de un activo de reserva internacional creado por el Fondo Monetario Internacional para complementar los activos de reservas existentes, y que los 141 miembros pueden utilizar como unidad de cuenta en sus operaciones comerciales. Merece señalarse que el Fondo actualiza diariamente su cotización, sumando los valores en dólares estadounidenses, bajo la paridad de las monedas que integran la “cesta” (FMI, 22/2/1981).

El máximo organismo monetario constituyó una unidad de cuenta para los Estados Miembros de la Comunidad Aeronáutica Mundial, que fijan sus indemnizaciones sobre la base del tipo de cambio vigente de acuerdo con los ordenamientos internos internacionales, sin que la compensación de los damnificados sea afectada por las fluctuaciones propias del ordenamiento monetario interno.

La responsabilidad en el transporte aéreo de carga ha sido sancionada dentro del campo aéreo internacional, por el Protocolo de Montreal de 1975, cuyo sistema ha sido volcado íntegramente en el Convenio de Montreal de 1999, art. 22, inc. 3, que dispone que “En el transporte de carga, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso se limita a una suma de 17 derechos especiales de giro por kilogramo, a menos que el expedidor haya hecho al transportista, al entregarle el bulto, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello. En este caso, el transportista estará obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el expedidor”. En este caso el transportista se verá obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que ese importe es superior al valor real a la entrega en el lugar de destino para el expedidor.

¹⁷ “Limitation of Liability”, *International Law*, Drion, 1954, p. 183.

Este principio del tope indemnizatorio ha sido recogido por una numerosa jurisprudencia, de modo de poder afirmarse que existe una orientación por la que se admite un criterio de cierta uniformidad, sin perjuicio de las decisiones en las cuales se refleja la resistencia al tope indemnizatorio, y que en ocasiones se aleja sensiblemente de la reparación integral (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/10/2012, A.1084.XCVI, “Ace Seguros v. Air France y otra s/ faltante y avería de carga transporte aéreo”, publicado por elDial.com, AA7AA4, el 8/11/2012).

En este fallo se puso de manifiesto que se demandó a la Compañía Air France, en su carácter de transportista aéreo efectivo, y Danzas Air, un transportista contractual, para obtener el cobro de U\$S 10.168,80, con más sus intereses y las costas del juicio. Relato que Air France había asumido el transporte de un cargamento compuesto por siete bultos de artículos eléctricos, cuyo peso bruto era de 267 kilogramos, desde Francia hacia la Argentina. La mercadería fue consignada a nombre de la empresa “Schneider Eléctrica Argentina S.A.”, al amparo de las guías aéreas N° 057-7287 6203 (madre) y N° GNBSC 001-0696 (hija) ND N1200.

Ace manifestó que el 23/12/2000 arribó la mercadería al Aeropuerto de Ezeiza y que, al ingresar a los depósitos de Ecdadassa, se verificó el faltante de dos bultos. Éste dio lugar a que los consignatarios de la mercadería efectuaran una formal protesta mediante carta documento del 19 del mismo mes y año. Ace agregó que era aseguradora de la carga en virtud de la póliza firmada entre las partes, emitida a favor de “Schneider Eléctrica S.A.”, y frente al siniestro cubierto abonó la indemnización, circunstancia que tornó operativa la subrogación de los derechos y habilitó la vía del recupero contra las accionadas como el objeto central de este pleito.

El juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda, con costas, debiendo Air France pagarle a ACE Seguros la suma de U\$S 10.168,80, siempre que esa cantidad no superarse el límite de responsabilidad contemplado en la ley aplicada al transporte, con sus intereses al día siguiente de la notificación de la demanda, de acuerdo con la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus descuentos de documentos en dólares al treinta días. Esta decisión fue apelada por todas las partes.

Así las cosas, la Sala II de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia apelada con costas a las demandadas. Contra esta decisión, la demandada Air France interpuso el recurso extraordinario en razón del artículo 14 de la ley 48. Fundó su apelación en la falta de aplicación del límite de responsabilidad establecido en la Convención de Varsovia y el Protocolo de La Haya, y las obligaciones del Protocolo 4 de Montreal de 1975. El recurso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dejó sin efecto el pronunciamiento de la Sala II, y mandó dictar uno nuevo, con arreglo a lo resuelto por ella.

Los autos se radicaron en la Sala II, habiendo sido consentida su intervención por las partes y consintiendo el diferendo en relación con lo decidido por el Alto Tribunal. En esta instancia, se ordenó evaluar la “procedencia o no de la aplicación del Protocolo N° 4 de Montreal de 1975 sobre Transporte Aéreo Internacional, estableciendo como límite de responsabilidad del transportista de mercadería la suma de 17 DEG por kilogramo” (punto 3, 3° párrafo del dictamen del procurador de la Corte Suprema). Al contestar la demanda y expresar agravios, Air France requirió que en el caso de condena se aplicare el tope indemnizatorio previsto en la aplicación del Protocolo N° 4 de Montreal de 1975, equivalente a 17 DEG por kilogramo de mercadería transportada, y que habría que calcularlo sobre el peso total del bulto afectado.

Pues bien, la guía aérea acompañada en original fue emitida el 8/12/2000, esto es, cuando el Protocolo N° 4 de Montreal se encontraba vigente. El transportador la pactó bajo el Convenio de Varsovia de 1929 y el Protocolo de La Haya, dejando expresa constancia que el límite de responsabilidad establecido era la cantidad de 250 francos oro franceses por kilogramo en caso de pérdida.

Desde esta perspectiva, manifestó la Cámara que la respuesta al interrogante que manda contestar la Corte Suprema es negativa, es decir que en el caso de autos no rige la limitación de responsabilidad prevista en el Protocolo de Montreal, pues la guía aérea contiene un límite mayor establecido por el propio transportador, el cual como es del dominio público rige en este ámbito (firmado: Guillermo R. Antero y Graciela Medina). Este pronunciamiento puntualiza distintos aspectos que se refieren al régimen de resarcimiento de la carga aérea, sin embargo sienta un principio de caducidad del límite, forzando de manera visible la aplicación de los textos.

La aplicación genérica de un tope indemnizatorio superior aplicado por la legislación vigente, de ninguna manera implica que las partes hayan rescindido el límite, ya que es indispensable a ese efecto que haya una expresión explícita de las partes de liberar o aumentar el límite de responsabilidad, pero de ningún modo cabe inferir que la inclusión de una cláusula convencional genera la voluntad rescisoria de las partes de un instituto básico como el de la limitación de riesgos.

VI. SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El ordenamiento vigente, apartándose del criterio de otras legislaciones no discierne entre el daño aparente y aquel que no reviste esta condición. La acción de daños, de acuerdo con el artículo 18 del Convenio de Montreal, se genera por: “destrucción, pérdida o avería”, alternativas todas que, cumplidos los recaudos legales, generan la obligación de indemnizar.

La destrucción refiere a un presunto aniquilamiento físico de la carga, con la pérdida de su funcionalidad. La jurisprudencia de los países escandinavos

sobre el Convenio de Montreal N° 4, declaró responsable al primer transportador cuando unos exportadores embarcaron un cargamento de flores, entre Albinga, Italia y algunos aeropuertos suecos, las que luego de distintas alternativas llegaron a destino en estado deplorable. El daño no produjo la desaparición material de las cosas, pero en cambio fueron completamente inutilizadas para la función para la que se encontraban destinadas.

En lo que atañe a la pérdida de los efectos, la concentración del tráfico en los grandes aeropuertos, la complejidad de las rutas, elemento sustancial en la oferta de bodega útil en aeronaves de fuselaje ancho, han incidido en el fenómeno de los faltantes. Así se resolvió en el caso “Caisse Parisienne de Réescompte v. Air France y otros”, registrado en la *Revue Française de Droit Aérien* (RFDA), en ocasión en que se produjo la sustracción de un lingote de oro, a propósito de graves negligencias de sus dependientes.

Por su parte, el concepto de avería corresponde a arraigados conceptos del derecho marítimo, habiéndose conceptualizado como todo gasto extraordinario que se produce respecto de las mercaderías durante el viaje y de la carga hasta la descarga. La determinación precisa del ámbito conceptual de estas nociones reviste una relevante significación jurídica. Los recaudos para evitar la acción de daños varían en las diferentes hipótesis, razón por la que es esencial la inmediata calificación de los hechos para identificarlos con algunos de los supuestos descriptos en el ordenamiento.

VII. LUCRO CESANTE

En principio, los daños resarcibles en el orden contractual parecen tratarse de un perjuicio indirecto consecencial, cuya imputación al agente del daño carece de fundamento y de una concepción jurídica adecuada. No obstante, el lucro es un elemento estrecho y directamente vinculado a la mercadería, y, por tanto, sus “averías o faltantes” son una consecuencia inmediata que en el caso de la carga integra un concepto unitario por el daño emergente.

La magnitud de la reparación está limitada por una noción de previsibilidad. El vínculo causal admitido por el ordenamiento se ajusta al curso natural y ordinario de las cosas, el que al ponerse de manifiesto como una constante en los episodios de la vida social, lo transforma en un hecho previsible y, por lo tanto, sujeto a indemnización.

VIII. EL RETRASO COMO DAÑO RESARCIBLE

El Convenio de Montreal de 1999 ha mantenido el retraso como daño resarcible, conservando un régimen orgánico de responsabilidad distinto al admitido en los supuestos de destrucción, pérdida o avería. En tal sentido, conserva como régimen de imputación la culpa presumida, introduciendo algunas

modificaciones, consagradas en los artículos 19 y 22, inc. 2, del Convenio de Montreal.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones establece cuáles son los rasgos conceptuales del retraso que genera una obligación de indemnizar. En tal sentido, la doctrina es conteste al considerar como lo hace Laurent Chassot¹⁸. El retraso se considera como un elemento respecto del contrato de transporte, en el que un plazo de cumplimiento ha sido diferido. De modo paralelo, Jean Louis Magdelenat¹⁹ ha establecido que se trata del desconocimiento de una obligación contractual estipulada entre las partes para el cumplimiento de la entrega de la mercadería dentro de un plazo determinado.

En el caso, frente a la ausencia de plazo, la orientación mayoritaria de la jurisprudencia establece que siendo la velocidad la razón de ser misma de la aviación, la prestación de trasladar los efectos del punto de partida hasta el punto de destino debe realizarse durante un tiempo no superior al normal.

El concepto de normalidad ha sido matizado por los pronunciamientos del Tribunal, incorporando ligeras diferencias en su significación. Sobre el particular, la IATA establece, en la resolución 600.b, una “razonable diligencia” en la obligación del porteador de trasladar los efectos del punto de partida al punto de destino²⁰.

Dentro de esta misma línea, aun frente a la ausencia de la fecha del transporte, en ocasiones la naturaleza de la mercadería refleja con claridad la voluntad de las partes. Muy frecuentemente, se trasladan flores en la República de Colombia, transporte de animales en pie, y en general las mercaderías perecederas ponen de relieve que la celeridad ha sido uno de los factores determinantes para la selección de la vía aérea por el cargador y el consignatario²¹.

La legislación establecida por la IATA, por la que se incorpora en las guías aéreas una cláusula estableciendo que la demora no genera obligación de resarcimiento de daños, ha sido cuestionada en virtud a lo dispuesto por los artículos 25, 27 y 29 del Convenio, que declara la nulidad de dichas cláusulas contractuales, principios que son de orden público y prevalecen sobre lo pactado entre las partes.

5. El retraso se aparta del sistema de responsabilidad consagrado en la responsabilidad objetiva para destrucción, pérdida o avería de la mercadería. El régimen de la culpa ha sido mantenido en el sistema del artículo 19, que ha consagrado la debida diligencia como causal de exoneración de responsabilidad.

¹⁸ CHASSOT, Laurent. *Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international: entre conflit et complémentarité*, Zurich, Schulthess Verlag, 2012, p. 271.

¹⁹ MAGDELENAT, Jean Louis, *Le fret aérien. Réglementation, responsabilité*, Paris, Pedone, 1979, p. 129.

²⁰ VÁSQUEZ ROCHA, Ernesto, “Aspectos jurídicos de la responsabilidad por el retraso en el transporte aéreo”, en *VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y de la Aviación Comercial*, Buenos Aires, 1975, p. 298.

²¹ VÁSQUEZ ROCHA, Ernesto, “Aspectos jurídicos de la responsabilidad...”, op. cit., p. 284.

Se reemplaza la expresión “medidas necesarias” por la de “medidas razonablemente necesarias”. Vemos en ello una vuelta a la fuentes de la Convención de Bruselas en 1924, con la declaración del delegado ruso Savanin, quien propuso la expresión “medidas necesarias”. La incorporación de las medidas razonablemente necesarias en el artículo 19 introduce un concepto más preciso en términos jurídicos, recurriendo a las fuentes.

La legislación vigente en el orden internacional suscitaba dudas sobre la aplicabilidad de la limitación de responsabilidad al caso de retraso. Con un criterio innovador, el Convenio de Montreal incluye el retraso dentro del régimen de limitación de responsabilidad, estableciendo el tope de los 17 derechos especiales de giro por kilogramo de mercadería transportada, otorgando una mayor certidumbre jurídica (art. 22 del Convenio de Montreal).

Jurisprudencia: a ese respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó, mediante sentencia del 6/5/2010, que el límite absoluto para la indemnización por causa de daños, retraso o pérdida de equipaje establecida por el Convenio de Montreal comprende el límite máximo, actualmente de 1131 derechos especiales de giro, tanto para los daños materiales como morales (Lex Europa, EU-LEX 62).

En este pronunciamiento, iniciado el 14 de abril de 2008, el señor Walz interpuso una demanda contra Clickair, solicitando que se condenara a esta última a pagarle una indemnización por la pérdida de equipaje que había facturado en ocasión de un transporte aéreo efectuado por esa compañía de Barcelona a Oporto (Portugal).

El Sr. Walz reclama una indemnización por un importe total de 3.200 euros, 2.700 de los cuales corresponden al valor del equipaje perdido y 500 al daño moral causado por la pérdida. Sobre el particular, continua el fallo manifestando que como sea que el Convenio de Montreal no contiene ninguna definición de los términos “*préjudice*” y “*dommage*”, en su versión en lengua francesa, es preciso destacar que, habida cuenta del objeto de ese Convenio, que es unificar las reglas relativas al transporte aéreo internacional, los citados términos deben ser objeto de una interpretación uniforme y autónoma, no obstante los diferentes sentidos que se dan a dichos conceptos en los derechos internos de los Estados parte en dicho Convenio.

Hay que precisar en primer lugar que el término “*préjudice*”, que figura a la vez en el título del Capítulo III y en el apartado 1 del artículo 17 del Convenio de Montreal, debe ser considerado, a los efectos de la interpretación de ese Convenio como sinónimo de “*dommage*”, término este último que se menciona en el título y en el apartado 2 del artículo 17 del mismo Convenio.

Además, el artículo 22 del Convenio de Montreal, que también forma parte de dicho Capítulo III y, por tanto, del contexto pertinente, limita la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso, lo que implica que la naturaleza del daño sufrido por el pasajero es irrelevante en este aspecto. Por consiguiente, debe considerarse que los términos “*préjudi-*

ce” y *“dommage”*, mencionados en el Capítulo III del Convenio de Montreal, comprenden los daños tanto de carácter material como moral. Confirman esta conclusión los objetivos que impulsaron la adopción del Convenio de Montreal.

De manera adicional, el pronunciamiento aborda los alcances de la noción de daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado, respecto del cual se presume que el transportista es responsable de ese daño, conforme al artículo 17, apartado 2, del Convenio de Montreal, “por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista”.

Ese régimen de responsabilidad objetiva implica no obstante, como resulta por otro lado del párrafo quinto del preámbulo del Convenio de Montreal, que se preserve un “equilibrio de intereses equitativo”, en especial en relación con los intereses de los transportistas aéreos y de los pasajeros. Para preservar dicho equilibrio los Estados contratantes acordaron limitar la responsabilidad a cargo de los transportistas aéreos en determinados supuestos en particular, en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje, a tenor del artículo 22, apartado 2, del Convenio de Montreal. La limitación de la indemnización que resulta en esos casos debe aplicarse “por pasajero”.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el término “daño”, subyacente al artículo 22, apartado 2, del Convenio de Montreal, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral.

IX. LA CADUCIDAD DEL LÍMITE

El sistema peculiar consagrado para la responsabilidad del transportador aéreo, busca su equilibrio jurídico declarando la caducidad del límite, y otorgando al damnificado una reparación integral. En caso que incurra en inconducta, calificado como “dolo o culpa grave”, el ordenamiento lo sanciona fijando la caducidad del límite, otorgando en consecuencia una reparación integral.

Indudablemente, las razones esenciales que respaldan esta aplicación de la limitación de responsabilidad se diluyen ante la conducta dolosa que genera el daño. Se trata de un beneficio especial que, apartándose de los principios de derecho común, le da al transportador la posibilidad de llegar a distribuir los daños con el damnificado. La limitación que necesariamente envuelve el accionar doloso impone el reparamiento integral del perjuicio, y asume un carácter punitivo frente a la inconducta del agente del daño.

Ciertamente, en la práctica de la aviación, y del transporte en general, no se ha verificado un supuesto de daño intencional el que solamente pudiese ser concebido en mentes completamente desequilibradas, fuera de la racionalidad de las relaciones económicas. Estas consideraciones se desarrollaban en el Con-

venio de Varsovia de 1929, e inicialmente se propuso que opere la caducidad del tope indemnizatorio únicamente cuando se produjera un daño intencional²².

Esta regulación mereció la intervención del delegado alemán, quien, formulando algunas precisiones, entendió que lo más conveniente era consagrar una idea más comprensiva que encerraría la expresión “falta grave asimilable a los actos intencionales”²³. El delegado inglés, Alfred Dennis, manifestó que en el *common law* se desconoce la noción de dolo, utilizando en cambio la expresión “*wilful misconduct*”, el que es notoriamente más amplio y que, por lo tanto, no se confunde con aquella antigua locución romana.

De tal modo, es a todas luces evidente que el Convenio no logró de ningún modo el propósito de unificación decidido por las partes. Por el contrario, debido a la profunda divergencia en los distintos sistemas jurídicos representados, se recurrió a la remisión de la “*lex fori*”, la que constituye el ámbito propio para evaluar “la falta que sea considerada como equivalente al dolo”.

En esta instancia, la jurisprudencia imperante arrojó algunas precisiones, al disponer la Corte Suprema de Nueva York, en el célebre caso “*Jane Froman & consort v. Pan American Airways Inc.*”, que la expresión “*wilful misconduct*” significa que el autor del acto tenía la intención de obtener el resultado producido, habiendo conocido la consecuencia probable de su conducta, y persistió temerariamente en su accionar. Continúa el fallo diciendo que “Cabe distinguir bajo tales condiciones tres elementos: a) la intención de cometer un acto; b) el hecho de saber la consecuencia de este acto y la indiferencia deliberada de cara a tales consecuencias; c) que el accidente resulte necesariamente de todas estas circunstancias” (USA, Corte Suprema de New York, 1953, OACI Montreal en un mismo sentido; USA, District Court, 21/2/1955, “*Rey et consorts v. American Airlines Inc.*”, OACI Montreal, documento 36).

Así las cosas, era indispensable un nuevo debate en el seno de una Conferencia Diplomática que se reunió en el año 1955, en la que se pusieron de manifiesto algunos criterios destinados a mejorar la reparación a los damnificados. Así fue como Hackins, representante de Estados Unidos de América, subrayó que la aviación obtuvo su notable expansión, dando lugar al periodo que se extendió entre 1929 y 1955 un vigoroso crecimiento del índice de seguridad, computado pasajero/kilómetro, lo que permitía soportar un incremento sustancial en su espíritu de responsabilidad (OACI, docs. 1686 LC/140, ps. 162 y ss.).

Dentro de esta línea, el representante de Noruega, señor Alten, manifestó que había dado una nueva forma a su propuesta, estableciendo que la figura reflejada de manera más cabal de las coincidencias que arrojó el debate es aquella por la que se debe considerar que “Los límites de responsabilidad previstos en

²² LEMOINE, Maurice, *Traité de Droit Aérien*, St-Amand, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 573.

²³ LUREAU, Daniel, *La responsabilité du transporteur aérien. Lois nationales et Convention de Varsovie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1961, p. 144.

el artículo 22 de la Convención no se aplican si se prueba que el daño resulta de un acto u omisión del transportador o de sus dependientes, acompañado con la intención de causar daño, con temeridad, sin cuidarse de cómo resultare el daño, siempre que en el caso de un acto o una omisión de los dependientes, haya actuado en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus atribuciones”²⁴.

Este texto chocó de inmediato con una controversia acerca del criterio subjetivo u objetivo para interpretar la culpa aplicable al caso. En tal sentido, la jurisprudencia anglosajona manifestó en el fallo “Horabin v. British Overseas Airways Corporation” que, siguiendo la evidencia directa del conjunto de circunstancias de hecho, había que deducir la configuración del *wilful misconduct*. El tratamiento inductivo aceptado por el Tribunal no alcanza a la “evidencia indirecta”, que comprende también la referencia circunstancial aun cuando no pueda determinarse el estado de la mente del sujeto actuante.

Sin duda, uno de los fallos de mayor relevancia por su gravedad que encontró evidencias de “*wilful misconduct*” fue el que se produjo con motivo del aterrizaje del vuelo 965 de American Airlines en la zona montañosa de Cali, Colombia, el 20 de diciembre de 1995, y provocó la muerte de 151 personas. El caso se resolvió al aplicar el test que determina la existencia de “*wilful misconduct*” si está presente alguna de las tres alternativas básicas que emite la jurisprudencia: a) la ejecución del acto a sabiendas de que éste puede probablemente producir una lesión o un daño; b) una acción llevada adelante con descuido y desprecio acerca de sus consecuencias; c) la deliberada falta de cumplimiento de un necesario deber de seguridad.

Sobre el particular, se ha señalado que la conducta descripta en el artículo 25 del Convenio de Varsovia tiene lugar cuando el transportista tiene en principio conocimiento acerca del valor de la fragilidad de su conducta dentro de esa acción única, para intencionadamente fallar en cumplir con su deber de tomar las medidas para protegerlas contra el daño o pérdida, cuando el transportista valora el seguimiento de sus propias reglas impuestas para el trato y cuidado de esta carga con estas peculiaridades²⁵. En conjunto, la jurisprudencia, en tanto contradictoria, sostiene que se hayan conformado puntos de evidencia indirecta o circunstanciada que aportan los elementos indiciarios bajo los que deberá moverse el Tribunal.

De cualquier modo, estos elementos deben ser concretos, tales como los indicados en la jurisprudencia relativa a los daños, que pone de manifiesto que no sería suficiente la relación de un elemento jurídico positivo, sino que es necesario que surjan un conjunto de circunstancias en las cuales se puntualice que habiendo tomado conciencia de la posibilidad de producir un daño, toma la

²⁴ ZOGHBI, Henry, *La responsabilité aggravée du transporteur aérien*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962, p. 123.

²⁵ Circuito 11, 15/6/1999, “Piamba Cortes v. American Airlines Inc.”, N° 98-4739; en un mismo sentido, IBARRA STRASI, Nieves M., “A practitioner’s guide to the law governing Airlines baggage and cargo cases”, 54 *Def. Counsel J.* 330, 1987.

decisión de afrontar el riesgo y seguir adelante con su accionar potencialmente dañoso.

X. EL TRANSPORTE SUCESIVO

La realidad aerocomercial requiere en la actualidad la construcción de rutas combinadas a propósito de satisfacer las necesidades de los cargadores, mediante fórmulas de conexión permanente a fin de transportar la mercadería desde el punto de partida al punto de destino.

Ciertamente, la cuestión central consiste en determinar, indagando la fuente contractual, la intención de las partes que considera la relación contractual como “una sola operación”²⁶. Éste ha sido el caso que manifestó que el transporte sucesivo requiere cumplimiento de dos requisitos: la concurrencia de los demás transportadores que sucesivamente realizan el traslado y la determinación de tales transportadores de la línea aérea, de modo que los intervinientes puedan saber que se trata de una sola operación²⁷.

La responsabilidad es totalmente solidaria entre los distintos transportadores, actualizándose en una decisión de la Corte Suprema de Justicia, en la que se expresa que cuando ocurre un daño contra las mercaderías o equipajes, el expedidor cuenta con un recurso contra el primer porteador y contra aquel cuyo curso se haya producido el retardo, resolución que luego que complementa con la determinación de la responsabilidad solidaria de dichos transportadores²⁸.

Dentro de esta línea, el transporte sucesivo de mercancías permite al expedidor interponer una acción contra el primer transportista, el destinatario contra el último y ambos contra aquel a cuyo servicio se ha producido el daño²⁹.

Corresponde subrayar que la doctrina judicial, cuando media una disociación entre el transportador efectivo y aquel que figura en la guía, considera que, a los efectos del ordenamiento positivo, revisten la calidad de primer o último transportador aquellos que formalmente estén incorporados al documento en el que se instrumenta la voluntad de las partes. En este orden de cosas, se estableció que una guía aérea consolidada como un transporte sucesivo lleva esta condición cuando se emita una nueva para cubrir un tramo no previsto, excepto que se pruebe que este último transportador no cumplió con un tramo durante una operación que se le adicionaba a un vuelo de esta naturaleza³⁰.

²⁶ MATTEESCO MATTE, Nicolás, *Traité de Droit Aérien Aeronautique*, 3ª ed., Paris, Pedone, 1980, p. 391.

²⁷ Cámara Nacional Civil Comercial Federal, Sala II, 4/8/1998, “Plus Ultra Cía. Argentina de Seguros v. Swissair Líneas Aéreas Suizas”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Las Heras Oscar v. Avianca s/ ordinario”, Fallos 322:3964.

²⁹ Cámara Nacional Civil Comercial Federal, Sala II, 20/8/1999, “Cía. de Seguros La Estrella v. Flying Tyer”, JA 1992-3-3000.

³⁰ CS Alemania Federal, LXX, mayo 1974-1976, Air L260.

Bajo tales condiciones, la imputación del daño a aquel que se considera imputable desde el punto de vista de su responsabilidad para resarcir al damnificado es someterse a un régimen de reparación íntegra que se ha sancionado para compensar a los pasajeros que hayan sufrido una lesión o muerte a propósito del transporte aéreo.

Sin embargo, en el caso del transportador aéreo de mercaderías, resulta que la identificación del segmento en el que se generó el perjuicio se oculta bajo las modalidades especiales del empleo de la carga y el equipaje transportado. Las transferencias de bodega y el régimen de “*containers*”, que funciona como un sistema de “normalización”, impiden individualizar con precisión el momento en que aconteció la avería o pérdida de los objetos. En ocasiones, la naturaleza perecedera y volátil de ciertos líquidos provocó una pérdida gradual a lo largo de toda la ruta.

Tales razones imponen un sistema de resarcimiento tendiente a facilitar la reparación del damnificado, incorporando la responsabilidad primaria del primer transportador y aquel durante cuyo transporte ocurrió el daño respecto del expedidor y en el que se produjo el perjuicio con relación al destinatario.

Este régimen de reparación pone de relieve que la acción a la que recurrirán el primer y el último transportador no está subordinada a reparar el daño, sino que, por el contrario, surge “*ministerio legis*” a fin de proteger al titular de las cosas embarcadas. Naturalmente, aquel que se ve obligado a indemnizar como consecuencia de la irregularidad podrá repetir al responsable último del daño.

EL SISTEMA DE VARSOVIA Y EL CONVENIO DE MONTREAL EN LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES*

Por JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA **
y JOÃO MARCELO SANT'ANNA ***

Resumen:

Este artículo trata de explicar la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Brasil sobre el régimen jurídico del transporte aéreo internacional. En una primera parte, se demostrará que, en los años 90, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores brasileños estableció una tendencia hacia la negación del derecho aeronáutico, e inclinándose en favor de la aplicación de otras normas de derecho interno, sin distinción entre los casos de transporte aéreo internacional de pasajeros o de carga. En la segunda parte se explica que, en los últimos dos años, los Tribunales Superiores brasileños de nuevo reafirman el derecho aeronáutico con respecto al transporte aéreo internacional y la Corte Suprema está próxima a expedirse acerca de dos importantes casos que serán una evolución en materia de transporte aéreo pasajeros. En consecuencia, el objetivo de este trabajo es analizar este movimiento pendular de la jurisprudencia brasileña sobre el transporte aéreo, alertando que aquí la atención se centrará en el transporte aéreo internacional. De hecho, como se verá en el curso de este texto, el transporte aéreo internacional plantea la discusión en torno a diversos argumentos que los del transporte aéreo nacional, limitado a la antinomia entre el Código de Defensa del Consumidor y el Código Brasileño de Aeronáutica.

Palabras clave:

Transporte aéreo internacional, convenciones, consumidor.

* Traducción del portugués al español a cargo de la Dra. Griselda Capaldo.

** Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon Assas-Paris II. Profesor adjunto de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, UERJ, y la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro, UNIRIO. Abogado.

*** Máster en Derecho de la UERJ, Universidad Estatal de Río de Janeiro. Abogado.

THE WARSAW SYSTEM AND THE MONTREAL
CONVENTION IN BRAZILIAN SUPERIOR
COURTS' DECISIONS ON INTERNATIONAL
AIR TRANSPORT

Summary:

This paper intends to make an explanation of how Brazilian superior courts have defined the law applicable to the international air transportation. The first part of this paper demonstrates that, in the 90s, the precedents of Brazilian Superior Courts started to deny the application of air transportation international conventions and decided that national law should prevail, regardless whether the case was about passengers or cargo. The second part of this paper shows that, in the last two years, Brazilian Superior Courts made a turn and are now applying air transportation international conventions in the international transportation of cargo and that Brazilian Supreme Court is about to rule two important cases related to international transportation of passengers. This paper deals only with the back and forth movement of Brazilian Superior Courts' decisions on international air transportation, since the legal issues raised by international air transportation are more diverse, than those related to national air transportation, in which case the discussion is limited to the antinomy of Consumer Code and Brazilian Aeronautical Code.

Keywords:

International air transport, conventions, consumer.

I. INTRODUCCIÓN

Las reglas del transporte aéreo en Brasil han cambiado sustancialmente en los últimos 30 años. Esta transformación representa la evolución de la sociedad brasileña.

En 1985, con el fin del régimen militar, la sociedad brasileña estaba experimentando un enorme anhelo de libertad y derechos. Este anhelo era comprensible; he aquí que los años 60 y la década de los 70 habían sido momentos de intensa demanda de la libertad y de los derechos en muchos países del mundo, como los EE.UU., y la mayoría de los países europeos (por ejemplo, Francia y su movimiento de Mayo del 68).

Así, con el final del régimen militar, los distintos movimientos para los derechos y la libertad se reflejaron en la sociedad brasileña y, por supuesto, también en el mundo político.

En 1986 se llevó a cabo la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, que asumió el cargo en febrero de 1987 y redactó la Constitución, promulgada el 5 de octubre de 1988. Esta Constitución refleja exactamente el ambiente

de la época. Con el objeto de garantizar que los derechos y libertades no pueden ser destituidos en el futuro, los diferentes grupos de presión de la sociedad brasileña de la época intentaron, con éxito variable, incluir en la Constitución de la República dispositivos de protección de tales derechos, libertades y garantías. El resultado es un texto constitucional extenso y preocupado con detalles y minucias que se corresponden con el típico hecho de los grupos de presión.

Promulgada la Constitución de 1988, el movimiento a favor de la concesión de más derechos, más libertad y más garantías continuó y se extendió a otras áreas. Fue este movimiento que llevó a la promulgación de la ley 8078, de 1990, del Código de Defensa al Consumidor (CDC). También fue este movimiento que llevó a la creación de tribunales especiales en los fueros Civil y Penal (ley 9099, de 1995), para facilitar el acceso de todos a la justicia. El número de tribunales especiales demuestran un amplio acceso garantizado para todos: los Tribunales del Estado representan el 27% de todas las nuevas acciones que llegan a los tribunales estatales. Ya los Tribunales Federales representan el 60% de los más de dos millones de demandas en la Corte Federal. Entre 2012 y 2013, el crecimiento de las nuevas acciones en los tribunales ordinarios del Estado subió un 0,6% y los Juzgados se incrementaron un 13,5%. En la Corte Federal, de 2012 a 2013, el crecimiento en los tribunales especiales fue de 18,6% y en los Tribunales Federales de 0,5%¹.

Este movimiento de más derechos, más libertad y más garantías, por supuesto, se topó con varios ordenamientos jurídicos específicos y uno de ellos fue el del transporte aéreo.

Desde el primer cuarto del siglo XX, cuando el transporte aéreo se desarrolló y el Derecho Aeronáutico, poco a poco, adquirió autonomía como disciplina jurídica propia, el transporte aéreo mundial vivía casi con total independencia del resto del derecho. Dotado con sus propias reglas y un modo peculiar de razonamiento, sus actores constituían un grupo aparte, donde casi no había contraposición.

La propia evolución del transporte aéreo fue también causa de transformación de su régimen jurídico. Antiguamente, los viajes en avión eran un transporte caro, accesible a unos pocos. Viajar desde América Latina a Europa en avión era una epopeya. El magistrado brasileño Osny Duarte Pereira describe en su libro *Los jueces brasileños detrás de la Cortina de Hierro*² viajes en avión desde Río de Janeiro a Roma. El primer tramo del viaje era un vuelo de 7:15 horas desde Río de Janeiro a la ciudad de Natal, con salida a las 22:00 hs. el 28 de agosto de 1951. La segunda etapa comenzó a las 6:00 hs. el 29 de agosto, vinculando Natal con la Isla de Sal, en Cabo Verde, distancia recorrida en 9:15 horas. La tercera sección se cubría en 9:10 horas y llevó a los viajeros de Isla de

¹ Comunicado de la Agencia CNJ de Noticias del 21/1/2015.

² DUARTE PEREIRA, Osny, *Juízes brasileiros atrás da Cortina de Ferro*, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1952.

Sal a Lisboa. Nueva salida de Lisboa a Roma, donde los viajeros llegan el 30 de agosto, después de treinta y seis horas de viaje, lo que lleva al autor a escribir con un entusiasmo hecho de felicidad: “Antes de ayer en Río. Hoy, día 30 agosto de 1951, ¡en el lugar donde se formó y desarrolló el Derecho Romano! Parece increíble que esto está sucediendo”³.

Hoy en día, si algún pasajero demorase treinta y seis horas para hacer un viaje por vía aérea entre Río de Janeiro y Roma, la exclamación sería decepción y disgusto en vez de alegría. De hecho, desde el final de la década de 1980, el escenario cambió radicalmente: el transporte aéreo se ha vuelto más accesible y popular. Fue un camino tomado por las líneas aéreas, entre el consentimiento consciente y la necesidad inconsciente, en busca de nuevos mercados para satisfacer los crecientes costos de la actividad y las pérdidas gigantes, en su mayoría acumulados después de las crisis del petróleo de 1973 y 1979.

De ese modo, más y más gente comenzó a utilizar el transporte aéreo y el pequeño mundo de los actores conocidos se convirtió en un planeta lleno de gente que ignoraba (y aún ignora) las normas del derecho aeronáutico, imbuidos con el deseo de tener más derechos, más libertades y más garantías. El resultado fue el conflicto; como es natural, éste se manifestó en los tribunales, campo de batalla de embates jurídicos, que se refleja en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores brasileños, la Corte Suprema de Justicia (STF) y el Tribunal Superior de Justicia (STJ)⁴.

Al contrario de lo que los legos creen, los tribunales son también una expresión de la sociedad, que acompañan a los movimientos de esa misma sociedad y sufren la influencia de grupos de presión. En consecuencia, en una primera fase, los tribunales brasileños fueron hacia la negación del derecho aeronáutico, rechazando su aplicación en favor de otras normas, supuestamente más “ciudadanas”, como se verá en la “Primera parte” de este trabajo.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ Vale la pena explicar que tanto el STF como el STJ son Tribunales Superiores. La STF tiene una larga tradición en el derecho brasileño, cuyos orígenes se remontan a la Corte Suprema de Justicia, creada por la Constitución del 25/3/1824 e instalada el 1/9/1829. El nombre STF fue adoptado en la Constitución provisional publicada como decreto N° 510, del 22 de junio de 1890. El Tribunal Superior ha surgido como un desmembramiento de la Corte Suprema de Justicia, creado por la Constitución de 1988 e instalado el 4/7/1989. La Corte Suprema de Justicia es un tribunal constitucional con jurisdicción limitada para decidir las acciones que tienen que ver con asuntos constitucionales. El STJ es un tribunal superior (que se autodefine como el Tribunal de la Ciudadanía), con jurisdicción limitada en materia de normas infra-constitucionales, no pudiendo revisar cuestiones de fondo. Tanto la STF como el STJ se dividen en Salas: dos Salas en la Corte Suprema y cinco Salas en el STJ. Ambas Salas de la STF tienen competencia en materia de transporte aéreo. En el caso del STJ, las Reglas Internas asignan a cada una de las Salas competencias específicas en razón de la materia, siendo el transporte aéreo una materia que afecta a las Salas Tercera y Cuarta, pertenecientes a la Segunda Sección de Derecho Privado. Todas las decisiones mencionadas en este artículo se pueden encontrar en las páginas web de la STF (www.stj.jus.br) y del STJ (www.stj.jus.br), simplemente escribiendo en la sección de jurisprudencia el número del recurso extraordinario de apelación (RE) o del recurso especial (PRAE).

Sin embargo, pasados veinticinco años de la promulgación de la Constitución Federal, el movimiento en favor de más derechos, más libertad y más garantías parece estar en fase de agotamiento, debido a los excesos que llevaron a varias decisiones judiciales de carácter abstruso⁵. Por otro lado, la sociedad brasileña y el Poder Judicial en sí parecen haber comprendido que más derechos, más libertad y más garantías no son suficientes para garantizar una vida mejor en la sociedad. De esta forma, en la actualidad, los tribunales brasileños pasaron a reafirmar el derecho aeronáutico, como se verá en la “Segunda parte”.

En consecuencia, el objetivo de este trabajo es analizar este movimiento pendular de la jurisprudencia brasileña sobre el transporte aéreo, subrayando el hecho de que aquí la atención se centrará en el transporte aéreo internacional. De hecho, como se verá en el curso de este texto, el transporte aéreo internacional plantea la discusión en torno a argumentos más variados que el transporte aéreo nacional, limitado a la antinomia entre el CDC y el Código Brasileño de Aeronáutica.

II. PRIMERA PARTE. LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: LA NEGACIÓN DEL DERECHO AERONÁUTICO

Inicialmente, poco después de su creación, el STJ entendía que eran válidas las disposiciones normativas de la Convención Internacional de Varsovia relativas a los límites cuantitativos de la indemnización cuando no se ha probado el dolo o culpa grave del transportista.

Incluso con el advenimiento de la ley 8078, de 1990, que entró en vigor en 1991 y estableció el Código de Defensa del Consumidor, el STJ sostuvo la opinión de que las disposiciones relativas a la compensación limitada seguirían siendo válidas y aplicables a casos cotidianos de transporte aéreo internacional.

Las razones eran simples. En primer lugar, se consolidó el entendimiento de que no existiría jerarquía entre las leyes federales y los tratados internacionales ratificados. Por lo tanto, una eventual contradicción entre las normas no daría lugar a la revocación del convenio internacional, sino, como máximo, la pérdida de eficacia de sus dispositivos incompatibles con la legislación nacional.

En segundo lugar, se consideró que cualquier antinomia entre normas de la misma jerarquía debía ser resuelta por el criterio de la especialidad, en los términos de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, el decreto-ley 4657/1942. En ese sentido, la jurisprudencia del STJ que marcó el

⁵ Un ejemplo de este tipo de decisiones era la posición adoptada por el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, que consideraba que era una obligación de las compañías aéreas tener, en cada aeropuerto, una aeronave de reserva para entrar en operación en caso de avería de la aeronave que iba a realizar el vuelo; en este sentido ver TACIVIL, 10ª Câmara, Ap. Sum. 593.178/2, Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 14.03.1995; adoptada por mayoría de votos. RT 727/198.

inicio de los años 90 consideró al Convenio de Varsovia como ley especial para el transporte aéreo y al CDC como regla general, porque traía disposiciones generales sobre relaciones de consumo indistintas:

LEY - TRATADO.

Un tratado no se revoca con la sanción de una ley que contraríe la norma en ella contenida. Perderá, sin embargo, la eficacia, en la medida en que hubiese antinomia, prevaleciendo la norma legal.

La aplicación de los principios, pertinentes en una sucesión temporal de normas, previstas por la Ley de Introducción al Código Civil (LICC). La ley sobreviniente, de carácter general, no afecta a las disposiciones contenidas en el tratado.

Subsistencia de las normas contenidas en el Convenio de Varsovia, sobre transporte aéreo, aunque dispongan lo contrario de las contenidas en el Código de Defensa del Consumidor⁶.

Transporte aéreo internacional — Pérdida de equipaje — Convenio de Varsovia — Indemnización limitada

I - Respecto de la adopción de los principios consagrados en LICC, téngase que el Convenio de Varsovia es la ley especial que regula el transporte aéreo internacional.

II - La responsabilidad del transportista es objetiva, pero limitada a ciertos valores (artículo 22 de la Convención de Varsovia). Recurso de casación no concedido⁷.

Las dos sentencias cuyos resúmenes se transcribieron anteriormente, son representativas de la posición dominante en la época en la que el STJ era encabezado por el entonces ministro Eduardo Ribeiro. En los casos anteriores, la sentencia de la Sala Tercera del STJ, una de las dos Salas que componen la Sección de Derecho Privado de ese Tribunal de Justicia, no conocían los recursos especiales interpuestos por los pasajeros y permanecieron incólumes a las sentencias de apelación proveídas en segunda instancia, que habían limitado la indemnización por pérdida de equipaje, en el marco del Convenio de Varsovia.

Sin embargo, esta situación iba a cambiar rápidamente, por primera vez en lo que se refiere al transporte de pasajeros (pto. 1) y, a continuación, en relación con el transporte de carga (pto. 2).

⁶ STJ, 3ª Turma, REsp. 58.736/MG, rel. min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 1/12/1995, publ. en DJ del 29/4/1996, p. 13413.

⁷ STJ, 3ª Turma, REsp. 156.238/RJ, rel. min. Waldemar Zveiter, juzgado el 7/6/1999, publ. en DJ del 30/8/1999, p. 69.

1. La negación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional

Los recursos juzgados por dos sentencias mencionadas anteriormente trataban sólo la compensación por daños materiales. De hecho, ambas sentencias fueron claras al afirmar que no estaban para decidir sobre la idoneidad de la limitación de la indemnización con respecto al daño moral, ya que el daño de esta naturaleza no había sido objeto pre-cuestionado en esta apelación.

Voto suplementario del relator del REsp. N° 58.736: “Pido venia para considerar que no se discute la tesis de si la indemnización por daño moral escapa a las limitaciones impuestas por el Convenio de Varsovia. Me ciño al contenido de la sentencia, que no reconoce la existencia de un supuesto fáctico indispensable para que se pueda pensar en la reparación de aquel título”.

Algunas partes de los votos del relator del REsp. N° 156 238: “Me permito examinar la posibilidad de que el daño moral esté por encima de la limitación impuesta por el Convenio de Varsovia, según lo declarado por el actor en el Recurso Especial (RE), con paradigma en el RE 172.720-9, relator ministro Marco Aurelio, porque no admitió el recurso extraordinario en su renuncia”.

Esta distinción es importante porque fue precisamente para hacer frente a la indemnización por daño moral en el transporte aéreo internacional, que el STJ profirió sentencia en lo que puede ser considerado un hito en la evolución del conocimiento jurídico que dio lugar a la negación del Derecho Aeronáutico.

Antes de exponer el caso examinado por el Tribunal Superior, es importante aclarar que, a raíz del gran anhelo por más derechos y garantías, la Constitución incorpora en su artículo 5, que trata sobre los derechos y las garantías fundamentales, el principio de la indemnización por daño moral o material, siempre de forma amplia, plena y en proporción exacta a la ofensa.

Así que el daño moral previsto por el sistema jurídico brasileño tiene matriz constitucional directa y, por consiguiente, cualquier violación eventual de las normas infraconstitucionales que lo regulan implica el análisis y el juicio de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia (STF), ya sea a través del control concentrado, sea a través del control difuso, en particular mediante la interposición de un recurso extraordinario.

Así, el ordenamiento jurídico constitucional era propicio para que la Corte Suprema decida sobre el asunto, merced a un recurso extraordinario⁸ relativo a

⁸ STF, 2ª Turma, RE 172.720, rel. min. Marco Aurélio, juzgado el 6/2/1996, DJ del 21/2/1997, p. 02831, EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093, con el siguiente resumen: “Una vez dicho esto, hay que transcribir el sumario del recurso extraordinario 172.720-9, 1996: ‘Indemnización - Daños morales - Pérdida de maleta en el transporte aéreo - Convenio de Varsovia - Nota mitigado - Constitución Federal - Supremacía. El hecho de que el

la pérdida de equipaje de un pasajero de Iberia Líneas Aéreas de España S.A. durante el vuelo a Europa, que lo recibió recién después de su regreso a Río de Janeiro.

Los hechos se produjeron en 1989, justo antes de la promulgación del CDC, y la sentencia de segundo grado se había limitado a una indemnización al valor previsto por el Convenio de Varsovia, en donde se les niega la ocurrencia de daños morales.

El ministro Marco Aurelio, relator del recurso, consideró en la agenda dos cuestiones jurídicas: (i) si el hecho que motivó los daños morales eran capaces de generar una indemnización, y (ii) el alcance de la norma constitucional que prevé la indemnización por daño moral, cuando es aplicable el Convenio de Varsovia y su premisa de que la indemnización por pérdida de equipaje es limitada.

Al principio, el relator explicó que los límites de indemnización previstos en el Convenio se aplicarían a los daños materiales y sólo cuando no esté probado el dolo o la culpa grave del transportista, pues para el caso de dolo o negligencia grave la compensación sería ilimitada bajo el Convenio de Varsovia. El ministro también declaró que el Convenio de Varsovia no dispone sobre daño moral, sino sólo sobre daños materiales. Por lo tanto, el ministro consideró válida la limitación de las indemnizaciones relativas a los daños materiales, pero encontró que la limitación de la compensación no se aplica a los daños morales. Y lo hizo por dos razones: (i) en primer lugar, porque el Convenio de Varsovia no versa sobre indemnización por daño moral, sino únicamente por los daños materiales; (ii) en segundo lugar, porque, según la Constitución, la indemnización por daño moral debe ser amplia e integral. Por último, concluyó que la falta de preceptos sobre indemnización por daños morales en el Convenio de Varsovia no excluye su reparación, ya que la reparación del daño material procede de una disposición constitucional.

Es de toda evidencia, por lo tanto, que no es parte de la indemnización tarifada la inclusión de los daños morales. De todos modos, en el presente caso, debe entenderse que el Convenio de Varsovia excluye la responsabilidad de las compañías aéreas por los daños morales, hay que tener en cuenta que el conflicto no se configuraría entre la Convención y la legislación promulgada por el Congreso Nacional, sino con la Carta Magna de la República, lo que pone en un primer plano la supremacía de ésta. En particular, es pertinente señalar que, en la lección siempre actual del ministro Francisco Rezek, en *Derecho de los Tratados* —Forense, 1984— sólo existe la prevalencia del trata-

Convenio de Varsovia revela, por regla general, la compensación tarifada por daños materiales no se pronuncia sobre los daños y perjuicios. Configurados éstos por los sentimientos de incomodidad, vergüenza, enojo y la humillación que surge de la pérdida de la maleta, debe tenerse en cuenta la Carta de Política de la República —Secciones V y X del artículo 5—, que se superpone a los tratados y convenios ratificados por Brasil”.

do cuando el conflicto se refiere a la ley expedida por el Congreso Nacional. Es necesario tener en cuenta que el § 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, en referencia a la observancia de los tratados internacionales, se refiere a los derechos y garantías y no la eliminación de cualquiera de los previstos en párrafos anteriores. Por lo tanto, tengo que no subsiste el óbice sentado por el tribunal de origen, según el cual dicho rubro indemnizatorio estaría excluido por la citada Convención.

De este modo, en una decisión paradigmática, la Corte Suprema reconoció que la hipótesis de pérdida de equipaje de los pasajeros en el transporte aéreo internacional es capaz de ofrecer una indemnización por daño moral, independiente de la previsión de daños de tal naturaleza en el Convenio de Varsovia y también descartó la limitación de responsabilidad prevista en el Convenio de Varsovia por entender que esto se limita a los daños materiales⁹.

En conclusión, en lugar del control difuso de constitucionalidad, que sólo produce efectos *inter partes* y, por lo tanto, no es vinculante para las decisiones de otros tribunales, la Corte Suprema decidió no aplicar al daño moral el límite de indemnización previsto en el Convenio de Varsovia y, por tanto, decidió que la indemnización por daño moral debe ser, de acuerdo con su matriz constitucional, amplia e irrestricta.

Téngase en cuenta que esta decisión del Tribunal Supremo es correcta. En efecto, el Convenio de Varsovia nada dispuso sobre el daño moral, debido a que los países signatarios —dada la diferencia en la comprensión entre ellos— prefieren dejar esta cuestión al cuidado de cada uno.

Igualmente, cabe destacar que esta decisión de la Corte Suprema no se basa en la aplicación del CDC, en detrimento de los convenios internacionales. En primer lugar, porque al momento de los hechos el CDC aún no estaba en vigor. En segundo lugar, porque la Corte Suprema es un tribunal constitucional, despojado de competencia para decidir sobre cualquier conflicto eventual entre una convención internacional y el CDC.

Sin embargo, en la decisión que acabamos de comentar, hay una referencia al derecho del consumidor en cierta parte del voto del ministro Francisco Rezek que introdujo un análisis del caso desde la perspectiva de la relación de consumo afirmando que

La tendencia del gobierno ante las demandas del consumidor siempre ha sido —en este país más que en otros— para reaccionar con sorpresa. ¿Qué es esto? ¿Qué historia es ésta? No es un caso de indemnización;

⁹ La Corte Suprema de los Estados Unidos, cinco años antes, también había entendido que el Convenio de Varsovia trataba solamente los daños materiales y no los daños morales. Sin embargo, en ese caso, la Corte Suprema de Estados Unidos denegó la solicitud de indemnización por daños morales (ver “Eastern Airlines, Inc. v. Floyd”, 499 US 530 [1991], “Eastern Airlines, Inc. v. Floyd *et al.*”, *certiorari* to the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit (consultado en <http://laws.findlaw.com/us/499/530.html>, el 28/1/2015).

no es el caso de una persona que se siente lesionada; no es el caso de pedir en juicio una reparación. Me parece que esta forma de indulgencia por no ser materia civil debiera finalmente, a la luz de la Constitución de 1988, encontrar su paradero, produciéndose una situación nueva, de acuerdo con los términos de la Carta Magna.

Esta mención sutil a la relación de consumo era ideológicamente importante para el desarrollo de análisis infraconstitucional por el Tribunal Superior de Justicia de la supuesta antinomia entre el CDC y el Convenio de Varsovia. Esto se debe a que, a partir de esa fecha —con la excepción de que el ministro Ruy Rosado de Aguiar, de la 4ª Sala del STJ, ya abogaba, en soledad, a favor de esta tesis en épocas anteriores—, el STJ fue pasando gradualmente a defender la prevalencia de las disposiciones del CDC en detrimento de las normas internacionales de transporte aéreo.

En paralelo a la sentencia de la Corte Suprema, ya se notaba alguna discusión en el Tribunal Superior en cuanto a la antinomia entre las convenciones internacionales y el CDC, incluidos los votos de la ministra Ruy Rosado de Aguiar. Este ministro invariablemente ganó con su voto en la aplicación del CDC al transporte internacional de pasajeros, en detrimento de los convenios internacionales. También hubo sentencias en las que el STJ aplicó la Convención de Varsovia, pero lejos de la aplicación de la limitación cuantitativa de responsabilidad, sobre la base de no haber demostrado el transportista que había tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño¹⁰.

No fue sino hasta finales de 1999, durante el juicio del REsp. 253 678, que la tesis del ministro Ruy Rosado de Aguiar¹¹, relator, se consagró vencedora en la Sala 4ª del STJ, en sentencia firme, con el siguiente resumen:

TRANSPORTE AÉREO – RETRASO – VIAJE INTERNACIONAL
– CONVENIO DE VARSOVIA – DAÑO MORAL – CÓDIGO DE
DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Los daños morales causados por el retraso en los viajes internacionales tienen calculado su indemnización, según el CDC. Demás cuestiones,

¹⁰ Por ejemplo, en REsp. 214.824/SP, Sala 4ª, relator min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 10/8/1999, pub. DJ 6/9/1999, p. 89, con el siguiente sumario: “Transporte aéreo internacional. Atraso. Daño moral. Probada la existencia del atraso de 24 horas en el viaje internacional, y aguardando el pasajero en un zaguán del aeropuerto, sin prueba de que el transportador había tomado las medidas del artículo 20 del Convenio de Varsovia, débese admitir la existencia de daño moral por el malestar y la angustia por la demora, daño cuya presencia es reconocida por un juicio de la experiencia. Recurso concedido, pero condena infundada”.

¹¹ Esta tesis había sido defendida por el ministro Ruy Rosado de Aguiar un año antes, en 1998, en REsp. 154 698, a propósito de un caso de transporte aéreo internacional de carga. Sin embargo, esta opinión no fue la vencedora, como se analizará en el apartado 2, más adelante.

no concedidas. Recurso de los actores concedido en parte, y en esta parte, concedido parcialmente. Recurso de apelación no concedido¹².

El caso sometido a la apreciación del STJ se ciñó al pedido de indemnización por daños y perjuicios debido a la demora de más de 24 horas en un vuelo internacional ocurrido en 1996. La sentencia, mantenida por el fallo de segunda instancia, había reconocido la existencia de daño moral pero los limitó a los valores previstos en la Convención de Varsovia.

La Tercera Sala del STJ, a través del voto del ministro Ruy Rosado de Aguiar, fue enfática al considerar inadmisibile con arreglo a las disposiciones del CDN, la cláusula

“(...) establecer clara desigualdad entre las partes, creando una situación de verdadera exoneración de responsabilidad a favor del transportador, que no retribuye en términos adecuados para la mala ejecución del contrato, además de otorgar a la empresa aérea un beneficio que no concede a los demás transportadores”.

La 3ª Sala reconoció que la jurisprudencia del STJ era predominante en el sentido de hacer cumplir la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia, a pesar de los votos solitarios en la dirección opuesta del propio relator, ministro Ruy Rosado de Aguiar. Sin embargo, esta vez, la Sala 3ª consiguió que el Convenio de Varsovia debía recibir una interpretación restrictiva y que el transporte aéreo no sería más una actividad de riesgo mayor que otros medios de transporte, argumentando que había servido en el pasado como una justificación para la aplicación de las normas especiales de indemnización. Por lo tanto, en vista de la Sala 3ª, las disposiciones del CDC debían prevalecer sobre las del Convenio de Varsovia y, por tanto, la compensación no podía ser restringida o limitada, sino integral. Por lo tanto, la Sala 3ª apoyó el principio de igualdad y dijo que no tenía sentido privilegiar al transportador aéreo en detrimento de otros tipos de transporte, siendo éstos objeto de una compensación integral e ilimitada. Sin embargo, la Sala 3ª observó que el transportador podía gozar del privilegio del límite de indemnización si exigiese al pasajero una declaración de valor de bien transportado y el pasajero se negase a hacer tal declaración. En vista de la Sala 3ª, la iniciativa de proponer la declaración de valor sería una obligación del transportista, no del pasajero, que si fuera cumplida le permitiría disfrutar del declarado “privilegio” de limitación de la indemnización.

En conclusión, la sentencia confirmó el recurso incoado por los pasajeros para eliminar la limitación y establecer que los daños morales causados por el retraso en los viajes internacionales tienen su indemnización calculada de acuerdo con el CDC y no según el Convenio de Varsovia.

¹² STJ, 4ª Turma, REsp. 235.678/SP, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 2/12/1999, DJ del 14/2/2000, p. 43.

Téngase en cuenta que el STJ decidió correctamente, pero sobre una base equivocada. La decisión es correcta, ya que, como hemos visto anteriormente en el fallo de la STF pronunciado en recurso extraordinario 172.720, realmente el Convenio de Varsovia no se aplica en caso de daños morales, pues el presente Convenio no regula esta materia, sino sólo los daños materiales. El fundamento está errado porque la indemnización de los daños morales no requiere la eliminación de la Convención de Varsovia o la declaración de una contradicción entre éste y el CDC. Bastaba con que el STJ hubiese reconocido que el Convenio de Varsovia nada disponía sobre el concepto de daño moral y que, debido al vacío legislativo, se aplican las normas del CDC y de la Constitución, sin necesidad de declarar una oposición inexistente entre el Convenio de Varsovia y el CDC y así abstenerse de aplicar el texto internacional.

Después de esta primera sentencia de finales de 1999 en REsp. 235.678 indicando la nueva interpretación de los textos legales, la Sala 4ª del STJ emitió, en el año 2000, otras dos sentencias, todas del ministro relator Ruy Rosado de Aguiar, para evitar la aplicación de la Convención Varsovia y para hacer incidir el CDC en los casos de transporte aéreo internacional. En abril de 2000, el REsp. 247.724 desechó la cláusula del foro prevista en la Convención para la presentación de una demanda sobre la base de que ella sólo serviría como criterio para la fijación de la jurisdicción internacional pero no para la definición de la competencia interna, y estableció que era posible la presentación de la acción en el foro del domicilio del pasajero-consumidor, según lo permitido por el CDC. En agosto de 2000, la sentencia que juzgó el REsp. 257.100 consideró que los valores previstos en la Convención de Varsovia servirían sólo como parámetros indemnizatorios y no como límites de indemnización y, por lo tanto, proveyó el recurso del pasajero para rechazar su aplicación.

La decisión de la Sala 4ª del STJ de aplicar el CDC y la no aplicación de las normas de indemnización del Convenio de Varsovia sería invariablemente repetida en los años siguientes, siendo ejemplo de ello los siguientes sumarios:

RESPONSABILIDAD - TRANSPORTE AÉREO - RETRASO EN VUELO INTERNACIONAL - EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD - PRUEBA DE AUSENCIA - TARIFA INDEMNIZACIÓN - CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR - APLICABILIDAD - SENTENCIA *EXTRA PETITA* - PRE-CUESTIONAMIENTO - AUSENCIA - PRECEDENTES - RECURSO DENEGADO.

I - Resulta incontrovertible el atraso del vuelo internacional y la ausencia de prueba del caso fortuito, fuerza mayor o que se hayan tomado todas las medidas necesarias para que no se produzca el daño, por lo que cabe hacer lugar al pedido de compensación en los términos del Convenio de Varsovia.

II - La Sección de Derecho Privado, a través de las dos Salas que la componen, se pronunció por la aplicación del Código de Protección al

Consumidor en las reclamaciones derivadas de la deficiente prestación del transporte aéreo¹³.

Después de este cambio de la comprensión de lo que había ocurrido en 2000 en la Sala 4ª del STJ, la Sala 3ª siguió la misma ruta y, también en 2000, dictó sentencia desestimatoria en REsp. 169.000¹⁴, y así se mantuvo sin cambios lo acordado en la sentencia de segundo grado que desestimó la aplicación del límite de indemnización del Convenio de Varsovia para aplicar el CDC.

El relator de esta REsp. 169.000, ministro Paulo Costa Leite, reconoció que la comprensión de la sentencia de segundo grado discrepaba con la orientación que había prevalecido hasta ese momento en la Sala 3ª¹⁵. Sin embargo, el ministro consideró que era el momento de cambiar su interpretación de considerar al Convenio de Varsovia como ley general sobre el transporte aéreo y al CDC como ley especial sobre las relaciones de consumo.

Es decir, el voto del relator del REsp. 169.000 acogió la tesis de que “(...) es irrelevante la regla *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ya que, en el caso de las relaciones de consumo, el Código del Consumidor es la propia ley específica y exclusiva; es la ley que estableció la Política Nacional de Relaciones de Consumo, al consolidar en un solo instrumento jurídico todos los principios pertinentes a la materia, en función de la competencia que le fue atribuida por la Constitución Federal. Y en cuanto a su competencia específica, ninguna otra ley (Código) puede suplantarla. Puede coexistir con lo que no es incompatible”.

Es importante señalar que participó en este pronunciamiento el ministro Eduardo Ribeiro, hasta entonces el conductor de la tesis opuesta y predominante en el ámbito de la 3ª Sala del STJ en el sentido de ser el Convenio de Varsovia la ley especial y el CDC la ley general. En vista de su voto, el ministro Eduardo Ribeiro hizo una distinción en su posición: dijo estar de acuerdo con la aplicación del CDC cuando se tratase de la pérdida de equipaje, como en el caso considerado en la sentencia, pero consideraba aplicable la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia cuando la hipótesis fáctica versase sobre “riesgo del aire”.

Para aclarar aún más la posición del entonces ministro Eduardo Ribeiro, es necesario analizar su voto en el juicio de REsp. 158.535¹⁶ (juzgado en el mismo día, 4/4/2000, a juicio REsp. 169.000), ya que, si bien es de transporte aéreo

¹³ STJ, 4ª Turma, REsp. 223.939/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, juzgado el 13/3/2001, publ. en DJ del 11/6/2001, p. 225.

¹⁴ STJ, 3ª Turma, REsp. 169.000/RJ, rel. min. Paulo Costa Leite, juzgado el 4/4/2000, publ. en DJ del 14/8/2000, p. 164.

¹⁵ Y que fue representado por el PRAE 58.736 mencionado *ut supra*, en la introducción de la “Primera parte”.

¹⁶ STJ, 3ª Turma, REsp. 158.535, rel. p/ acórdão min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 4/4/2000, publ. en DJ del 9/10/2000.

nacional, el ministro Eduardo Ribeiro presentó conclusiones importantes acerca de la negativa del derecho aeronáutico. El ministro Eduardo Ribeiro fue contundente al afirmar que, aunque está de acuerdo en que el “privilegio” del transportador aéreo se inspiró en las peculiaridades pretéritas de este tipo de transporte, la discusión sobre la subsistencia o no de esas peculiaridades no podían servir al juez como argumento para excluir la aplicación de una norma que sigue en vigor. A lo sumo podría servir de motivación para modificar el ordenamiento jurídico, una tarea que no corresponde a los tribunales sino al parlamento.

A continuación, el ministro Eduardo Ribeiro esclareció el punto nodal de su tesis. Para él, el Convenio de Varsovia era especial en relación con el CDC sólo en asuntos que trataba y en relación con el “riesgo del aire”. Cuando esto no se hallase presente, no habría ninguna especialidad en la Convención, pero sí en el CDC. Por lo tanto, la limitación de la indemnización se aplicaría siempre que el Convenio de Varsovia prevaleciese, no habiendo sido revocado por la llegada del CDC:

Una advertencia importante, sin embargo, ha de hacerse como consecuencia de lo que ya se ha dicho anteriormente, y como necesito dejar en claro mi posición al respecto, aunque no sea relevante para la especie en examen. Debemos verificar que el principio de especialidad de la norma se deriva de la especialidad de la materia sobre la que incide. En el transporte aéreo reside en el llamado riesgo del aire. Cuando esto no se encuentra presente, no se puede reconocer motivo para tener como subsistente la disposición que limita la responsabilidad, ante la ley, también especial, relativas a las relaciones de consumo. Modificar, en este punto, la interpretación que en otra oportunidad manifesté sin esta distinción que ahora hago.

Aunque explicitada en la sede del juicio sobre el transporte aéreo nacional, la distinción hecha por el ministro Eduardo Ribeiro representó un retroceso en la resistencia de la Sala 3ª del STJ de aplicar el CDC para excluir la limitación de la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia. Y, como se ve, esto permitió que durante el juicio —¡el mismo día!— el REsp. 169.000 fuere proferido acordando excluir la regla indemnizatoria del Convenio de Varsovia para aplicar el CDC.

En marzo de 2001, la Sala 3ª tendría la oportunidad de confirmar su nueva posición en ocasión del juicio de REsp. 240.078¹⁷, a través de la relatoría del ministro Waldemar Zveiter, otro antiguo defensor de la aplicación del Convenio de Varsovia. En ese caso, la Sala 3ª declaró que “(...) los límites de indemnización constantes del Convenio de Varsovia no se aplican a las relaciones jurídicas de

¹⁷ STJ, 3ª Turma, REsp. 240.078, rel. min. Waldemar Zveiter, juzgado el 13/3/2001, publ. el 27/8/2001.

consumo, ya que, en hipótesis como el presente caso, deberá haber, necesariamente, una compensación integral por los daños sufridos por el consumidor”.

Sin embargo, la sentencia REsp. 240.078 no se aplicó el CDC al caso concreto, porque el pasajero solicitante no había pre-cuestionado el CDC y había limitado su pedido a la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia. Por lo tanto, el STJ, en respeto a lo solicitado, sin dejar de reconocer la aparición, en el caso, de daños *in re ipsa* a ser ampliamente reparado, se vio obligado a atenerse a lo solicitado y fijar la compensación en el nivel prescrito en la Convención Varsovia.

Así, las dos Salas que componían la Sección de Derecho Privado del STJ —actual Sección Segunda— comenzaron el siglo XXI con una interpretación en favor de la aplicación del CDC en casos de transporte aéreo internacional para eliminar el límite de indemnización del Convenio de Varsovia.

La propia Sala 2ª del STJ llegó a emitir dos sentencias que excluyeron de una vez cualquier alegación de divergencia entre las Salas 3ª y 4ª, consolidando la orientación jurisprudencial de ese Tribunal de Justicia:

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVÍO DE CARGA - INDEMNIZACIÓN INTEGRAL - CDC.

I - La responsabilidad del transportista aéreo por la pérdida de equipaje o carga se rige por el Código de Defensa del Consumidor, si el evento fuere dado en los términos de su vigencia, rechazando la indemnización tarifada prevista en el Convenio de Varsovia.

II - No caben divergencias, cuando la jurisprudencia del Tribunal se ha establecido de manera similar a la sentencia de embargo (Sumario 168/STJ).

No concede los embargos¹⁸.

Civil. Relación del consumidor. Transporte de mercaderías. Resulta ser una relación de consumo, en la que el transporte de mercancías está sujeto a la disciplina del Código de Defensa al Consumidor, siendo de cinco años el plazo de pérdida del derecho a una indemnización por daños. No se concede el embargo¹⁹.

Esta orientación jurisprudencial fue responsable del pronunciamiento de 16 sentencias sólo desde 2001 hasta 2011, para negar la aplicación del Derecho Aeronáutico y quitar la limitación cuantitativa de la indemnización por daños, el plazo de prescripción y otras disposiciones del Convenio de Varsovia que contradicen lo previsto en el CDC.

¹⁸ STJ, 2ª Seção, EREsp. 269.353/SP, rel. min. Castro Filho, juzgado el 24/4/2002, publ. en DJ del 17/6/2002, p. 184.

¹⁹ STJ, 2ª Seção, EREsp. 258.132/SP, rel. min. Ari Pargendler, juzgado el 26/10/2005, DJ del 1/2/2006, p. 427.

2. *La negación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de carga*

Al igual que en el transporte internacional de pasajeros, en un principio el STJ entendió que la carga aérea internacional estaba regida por los convenios internacionales. Un ejemplo de esta posición fue la sentencia emitida en 1999, en REsp. 220.564²⁰, por la Sala 3ª del STJ, con el siguiente resumen:

TRANSPORTE AÉREO - LA PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA - PRESCRIPCIÓN.

El plazo de prescripción de una reclamación por pérdida de mercancías, en el caso del transporte aéreo internacional, es de dos años, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de Varsovia, y no el artículo 449, II, del Código de Comercio.

Téngase en cuenta, sin embargo, que antes, en 1998, la Sala 4ª había examinado la cuestión de la Ley del Consumidor y el transporte internacional de carga aérea, en REsp. 154.698, juzgado por la Sala 4ª, que versaba sobre la pérdida de carga ocurrida en el transporte aéreo internacional. La Sala 4ª no concedió el recurso extraordinario porque entendió que las disposiciones del CDC no habían sido examinadas previamente en la sentencia recurrida y mantuvo la aplicación de los preceptos de la Convención de Varsovia:

TRANSPORTE AÉREO - VUELO INTERNACIONAL - CARGA.

Es tarifada la indemnización por extravío de mercaderías transportadas en vuelo internacional en los términos del Convenio de Varsovia. El CDC no fue pre-cuestionado. Recurso no concedido²¹.

Sin embargo, en este REsp. 154.698, el ministro Ruy Rosado de Aguiar —que sería el relator de REsp. 235.678 en materia de transporte aéreo internacional de pasajeros, examinado anteriormente— presentó el voto en el que afirmó exactamente todos los argumentos que llegaron a ser vencedores en el referido REsp. 235-678.

La primera vez que, en el ámbito del transporte internacional de carga aérea, el Tribunal Supremo aplicó el CDC y excluyó los convenios internacionales, fue en septiembre de 2000, en la sentencia emitida en REsp. 171.506, donde también fue relator el ministro Ruy Rosado de Aguiar. Así que, después de liderar, a finales de 1999, el REsp. 235.678, la Sala 4ª del STJ la aplicación

²⁰ STJ, 3ª Turma, rel. min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 2/9/1999, publ. en DJ del 6/12/1999, p. 88.

²¹ STJ, 4ª Turma, REsp. 154.698/SP, rel. min Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ acórdão min. Bueno de Souza, juzgado el 9/6/1998, DJ del 12/2/2001, p. 118.

del CDC al transporte internacional de pasajeros, el ministro Ruy Rosado de Aguiar extendió a la Sala 4ª esta comprensión para el transporte aéreo internacional de carga.

En esa sentencia, la Sala 3ª del STJ repitió los mismos argumentos utilizados en la sentencia REsp. 235.678, escritos por el mismo ministro Ruy Rosado de Aguiar. El caso versaba sobre la pérdida de una caja que supuestamente contenía esmeraldas en un vuelo entre São Paulo y New York. La decisión de primera instancia y la sentencia en apelación por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo habían excluido las normas de indemnización del Convenio de Varsovia (compensación de acuerdo con el peso de las mercancías) para conceder una indemnización por el valor de carga.

En noviembre de 2000, la Sala 4ª dictó la cuarta sentencia en el año (y la segunda relativa al transporte aéreo internacional de carga), para evitar la limitación de la compensación por aplicación del CDC y, de este modo, mantener el REsp. 220.898²² traídos por el asegurador subrogado en los derechos de sus asegurados. En diciembre de 2000, la Sala 4ª reiteró esta misma posición en REsp. 269.353²³.

Por su parte, en diciembre de 2001, la Sala 3ª del STJ adoptó la misma posición, de no aplicación de los convenios internacionales y la aplicación del CDC, en “AgRG nos Edcl”, en REsp. 224.554²⁴, pasando, desde entonces, las dos Salas a tener el mismo entendimiento.

Todos estos juicios, y aquellos que los siguieron, están marcados por la falta de distinción en la jurisprudencia del STJ entre los casos relativos a los pasajeros (retrasos en los vuelos, pérdida de equipaje...) y aquellos relacionados con la carga (avería de la carga, retraso en la entrega...). El Tribunal Supremo no analizó en este período la figura del consumidor desde el punto de vista del destinatario final, como se describe en el CDC, sino sólo basado en la figura del proveedor. Así que cada transportista era indistintamente enmarcado en la descripción proveedor y, por lo tanto, se lo consideró sujeto al CDC, lejos de las normas de los convenios internacionales. Es decir, que para la 3ª y la 4ª Sala del STJ, merecían la misma protección tanto el pasajero que realiza su primer viaje internacional en avión que la empresa multinacional con experiencia en la exportación o importación, por vía aérea, de sus productos y materias primas. Esta situación ha cambiado recientemente, como se verá en la siguiente parte.

²² STJ, 4ª Turma, REsp. 220.898/SP, rel. min Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 23/11/2000.

²³ STJ, 4ª Turma, REsp. 269.353/SP, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 5/12/2000, publ. en DJ del 11/6/2001.

²⁴ STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp. 224.554/SP, rel. min. Nancy Andrichi, juzgado el 6/12/2001, pub. en DJ del 25/2/2002.

III. SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: LA AFIRMACIÓN DEL DERECHO AERONÁUTICO

Después de tener continuamente excluida la aplicación de los convenios internacionales en favor del CDC, en la actualidad los Tribunales Superiores brasileños parecen caminar en el sentido de revertir la interpretación anterior y afirmar la aplicación del Derecho Aeronáutico, en lugar de los derechos de los consumidores, en cuestiones relativas al transporte aéreo internacional.

Este desarrollo ha sido diferente en el STJ y en la STF. El STJ cambió su posición con respecto al transporte aéreo de cargas, una cuestión sobre la que la STF aún no se ha pronunciado expresamente (pto. 1). Sin embargo, el STJ ha comenzado a evolucionar en cuanto al transporte internacional de pasajeros, mientras que la STF sigue aferrada a su posición de considerar inaplicable la Ley de Aviación (pto. 2).

1. La afirmación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de carga

Como se mencionó anteriormente, el STJ se divide en Salas, teniendo la 3ª y la 4ª Salas competencia para juzgar sobre las relaciones contractuales en materia aeronáutica. Como se verá más adelante, tanto en la 3ª como la 4ª Salas del STJ están revisando su posición anterior y comenzaron a admitir que el Derecho Aeronáutico se aplica al transporte internacional de carga aérea. Sin embargo, esta evolución del STJ no ha sido lineal.

Fue la 3ª Sala la primera en decidir que, en el transporte internacional de carga aérea, la convención internacional era aplicable y no el CDC. Esta decisión fue tomada en 2012, en un caso de pérdida de la carga²⁵. La aseguradora se había subrogado en los derechos del asegurado, contratante del transporte aéreo internacional de las mercancías perdidas. El STJ, citando los precedentes en materia de transporte terrestre, entendió que no era aplicable el CDC:

He reiterado el entendimiento de esta Corte con respecto a la no incidencia del CDC en relación eminentemente comercial entre la aseguradora, contratante de un transporte, y la empresa transportadora.

Las reglas marcadamente protectoras del CDC no se aplican a las relaciones en las que no se verifique una vulnerabilidad del consumidor del producto o servicio objeto de discusión, o que incluso éste venga a ser o sea un consumidor (destinatario final), como en el caso en que

²⁵ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.291.994/SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Itaú Seguros S.A., agravada DHL Logistics Brasil Ltda., juzgado el 28/2/2012, publ. en DJ del 6/3/2012.

las mercancías transportadas sean para terceros que no es la persona jurídica que contrata el servicio.

Es sorprendente en este caso la razón dada para excluir el CDC. El motivo no es que no sea la relación de transporte aéreo una relación de consumo. El motivo es que la relación entre el asegurador y el asegurado no es una relación de consumo. Sin embargo, este razonamiento es equivocado, he aquí que el asegurador se había subrogado en los derechos del asegurado, como si se tratase de un asegurado. Por lo tanto, si el asegurado tiene una relación de consumo con el autor del daño, el asegurador está también subrogado en esa relación de consumo. Por cierto, este error fue corregido en la posterior sentencia del STJ²⁶.

También es curioso notar que el caso en que se dictó la sentencia no importaba directamente una relación de transporte aéreo, sino un caso de transporte multimodal de carga, en el que el porteador era DHL Logistics Brasil Ltda. y no una compañía aérea.

Sin embargo, en señal de oscilación de la jurisprudencia, pocos meses después de este primer caso, la misma Sala 3ª del STJ dictó una decisión²⁷ directamente sobre el transporte internacional de carga aérea en donde reafirmó la aplicación del CDC, con base en el argumento de ser la protección del consumidor un asunto constitucional:

Para la aplicación de la Convención de Varsovia, en detrimento de la legislación en pos de los consumidores, este Tribunal consolidó una orientación en el sentido de aplicar el Código de Defensa del Consumidor a los casos en que falla una prestación de servicios de transporte aéreo internacional, por verificar la existencia de una relación de consumo entre la compañía aérea y el pasajero, dado que la propia Constitución Federal de 1988 elevó la protección de los consumidores a la esfera constitucional de nuestro sistema legal (...).

Es curioso observar que esta sentencia fue dictada por la misma Sala de la sentencia anterior, compuesta por los mismos jueces que habían votado en sentido contrario en el juicio anterior²⁸. También en 2012, la Sala 3ª del STJ —compuesta por los mismos magistrados— reafirmó que, en el transporte aéreo internacional, la pérdida de mercadería no estaba sujeta a la Convención de Varsovia, sino al CDC, conforme a la jurisprudencia de la Corte²⁹.

²⁶ Ver acuerdo proferido en REsp. 1.162.649/SP, citado abajo.

²⁷ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.344.297/SP, rel. min. Sidnei Beneti, agravante Itaú Seguros S.A, agravada DHL Logistics Brasil Ltda., juzgado el 15/5/2012, publ. en DJ del 28/5/2012.

²⁸ Votaron, además del relator, los ministros Paulo de Tarso Sanseverino (presidente), Ricardo Villas Boas Cueva, Nancy Andrighi y Massami Uyeda.

²⁹ STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp. 1.181.252/SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Varig Logística S.A, agravado Bradesco Seguros S.A., juzgado el 14/8/2002, publ. en DJ del 20/8/2012.

En 2013, la Sala 3ª se negó a escuchar la apelación contra la sentencia del Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP) que había descartado la aplicación del Convenio de Varsovia. El TJSP había considerado que había una negligencia grave del transportador en la pérdida de la carga, equiparándola al dolo. La Sala 3ª desechó la apelación por motivos de no ser capaz de revisar las pruebas. También en 2013, la Sala 3ª se negó a escuchar una apelación contra la sentencia del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, con el argumento de que la posición adoptada por el Tribunal de Río de Janeiro estaba de acuerdo con la jurisprudencia del STJ. La posición adoptada por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro —y confirmada por esta nueva sentencia de la Sala 3ª del STJ— fue que, después de la llegada del CDC, la responsabilidad civil del transportista de carga aérea internacional se subordinaba al principio de reparación plena, rechazándose la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia...

Sin embargo, al día siguiente (28/5/2013) del día en que se dictó la sentencia anterior (27/5/2013), la Sala 3ª del STJ cambió la interpretación y volvió a la posición adoptada en la primera sentencia de 2012. La acción donde se pronunció la sentencia de 2013 ahora bajo examen³⁰, había sido interpuesta por una empresa distribuidora exclusiva en Brasil de cubiertos fabricados en Italia. Para traer los productos italianos, la empresa contrató los servicios de transporte de carga de un *freight forwarder* que realizó parte del transporte por vía aérea. Los productos debieron haber sido entregados al consignatario el 12/10/95, pero sólo lo fueron casi un año después, el 9/12/1996, lo que habría causado daños a la empresa de negocios de importación.

La Sala 3ª del STJ reafirmó adoptar la teoría finalista o subjetiva a los fines de la caracterización de la persona jurídica como un consumidor en una relación de consumo eventual, debiendo, por lo tanto, tal entidad ser destinataria económica final del bien o servicio adquirido. El STJ reafirmó aun haber mitigado, en circunstancias excepcionales, los rigores de la teoría finalista y aplicó el CDC, cuando la empresa de negocios, aunque no sea técnicamente el destinatario final del producto o servicio, se presenta en una situación de vulnerabilidad (técnico, jurídico, de hecho o de información). Con todo, el STJ sostuvo que, en la hipótesis de autos:

El servicio de transporte fue contratado como un instrumento para la realización de las importaciones de negocios empresarial de bienes para la reventa. No se trata *in casu* de un servicio de transporte tomado por la recurrente de forma disociada de sus actividades empresariales, mas todo lo contrario. Se trata de una actividad de medio para

³⁰ STJ, 3ª Turma, REsp. 1.358.231/SP, rel. min. Nancy Andrihi, recurrente Kuehne y Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora DO KN Deicmar Transportes Internacionais Ltda., recorrida Prégia Coltelli Com Internacional Ltda., juzgado el 28/5/2013, publ. en DJ del 17/6/2013.

lograr la consecución del negocio principal de la empresa: la venta con carácter exclusivo de productos de cuchillería fabricados en Italia (e-STJ 1594 fl.).

En consecuencia, el STJ ordenó que “la presente hipótesis sea analizada bajo las reglas de la Convención de Varsovia, en vista de la inaplicabilidad del CDC”. Es interesante observar que esta decisión fue tomada por unanimidad de los magistrados de la Sala 3ª, votantes los cuatro de los casos anteriores³¹.

La Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia se pronunció sobre la cuestión sólo en 2014, haciendo un camino muy parecido a la de la 3ª Sala. En los dos primeros juicios de 2014, la Sala 4ª confirmó la aplicación del CDC para el transporte internacional de carga aérea y no aplicó el Convenio de Varsovia³².

Entretanto, el 13/5/2014, la Sala 4ª cambió su punto de vista y comenzó a aplicar el Convenio de Varsovia, no el CDC, al transporte internacional de carga aérea. Este cambio se produjo con motivo de la demanda de indemnización³³ presentada por las compañías de seguros con respecto al *freight forwarder*.

La aseguradora había celebrado un contrato de seguro con una sociedad hospitalaria, para cubrir los riesgos derivados de las importaciones por vía aérea de equipamiento hospitalario. A la llegada de la carga, se comprobó que el equipo estaba dañado. El *freight forwarder* reconoció su responsabilidad por los daños y pagó la compensación basada en el Convenio de Varsovia. Sin embargo, la compañía de seguros planteó la inaplicabilidad de la referida Convención y pidió la condena del *freight forwarder* para que pague el monto pagado a los asegurados, porque la aseguradora se había subrogado en el derecho a obtener una indemnización.

El relator inicial de este recurso consideró aplicable el CDC, pues entendió que el hospital asegurado era el destinatario final del transporte, ya que “el servicio contratado —transporte— no se ofrece para la reventa, ni tampoco es parte de la cadena de producción, mediante un proceso de montaje en su beneficio”³⁴.

Con todo, la mayoría de los ministros decidieron no aplicar el CDC, por no existir una relación de consumo, sino una relación de carácter comercial. Para ello, la mayoría de la Sala 4ª invocó la definición finalista del consumidor (el que retira el producto del mercado y lo utiliza en provecho propio), que no permite clasificar como consumidor “aquel que, de alguna manera, con finalidad

³¹ Como relatores votaron los ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino y Ricardo Villas Bôas Cueva.

³² STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp. 256.521/SP, juzgado el 11/2/2014; y STJ, 4ª Turma, Ag. Rg no AREsp. 407.809/SP, juzgado el 11/3/2014; en ambos, el relator es el min. Luis Felipe Salomão.

³³ STJ, 4ª Turma, REsp. 1.162.649/SP, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, recurrente Federal Express Corporation, recorrida Indiana Seguros S.A., juzgado el 13/5/2014, publ. en DJ del 18/8/2014.

³⁴ Ídem, voto del relator.

puramente comercial, adquiere el producto o servicio con fines profesionales, con la finalidad de integrarlo en el proceso de producción, transformación y comercialización”³⁵.

En la hipótesis de autos, la mayoría de la Sala 4^a consideró que la adquisición de equipos de rayos X tenía por finalidad “ampliar la prestación de servicios por parte del hospital al destinatario final, que es el paciente”³⁶, por lo que la adquisición de equipo tenía por finalidad única el aumento de la actividad hospitalaria, ampliar y mejorar la oferta de servicios y el aumentar los beneficios de lucro.

Es interesante hacer notar que la Sala 4^a integró el contrato de transporte a la actividad económica del consignatario:

Bajo este enfoque, no se puede concebir el contrato de transporte aisladamente. De hecho, la importación de los equipos de rayos X tiene naturaleza de acto complejo, que incluye (i) la compra y venta en sí mismo; (ii) la autorización para retirar el bien del país de origen; (iii) la contratación de un seguro; (iv) el transporte; y (v) la descarga en el país de destino mediante el pago de tasas, impuestos, etc. Tales pasos del complejo acto de importación, según sea el caso pueden ser efectuados directamente por agentes de la propia sociedad adquirente —en este caso, el hospital— o que involucren terceros contratados para cada propósito particular. Pero esta última posibilidad —la contratación de terceros— en sí misma no permite aplicar a cada etapa por separado, normas legales diversas que incidan en el ciclo completo de la importación. Partiendo de la premisa indiscutible de que la importación —incluidos todos los actos realizados y contratos celebrados a lo largo de todo su ciclo— tiene como objetivo aumentar la actividad económica del hospital, no a considerarla como una importadora, a la *Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês*, destinataria final del complejo acto de importaciones o de los actos y contratos intermedios, incluyendo el contrato de transporte, a los efectos de la tutela protectora de la legislación en pro del consumidor³⁷.

También es importante mencionar que en este REsp. 1.162.649, la Sala 4^a del STJ aprovechó la oportunidad para aclarar la posición de la compañía de seguros, mientras que subroga al asegurado. Según la sentencia: “La jurisprudencia del Tribunal Superior da al asegurador subrogado los mismos derechos, privilegios y acciones del asegurado a quien indemnizó de conformidad con el art. 988 CC/1916 en vigor a los hechos de este caso. En concreto, por lo tanto, el derecho del asegurador subrogado se limita a la indemnización tarifada discipli-

³⁵ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

³⁶ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

³⁷ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

nada por el Convenio de Varsovia y sus enmiendas. Por lo tanto, la aseguradora no puede basarse en una relación de consumo entre ella y el asegurado para obtener la aplicación del CDC al transporte aéreo, cuyo riesgo fue el objeto del contrato de seguro”.

En este contexto, de las decisiones de la Tercera y Cuarta Salas del STJ se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, para el STJ, la aplicación de los convenios internacionales sobre el transporte aéreo internacional de carga carece de fundamento en las características propias del Derecho Aeronáutico. Es decir, la Convención internacional no es aplicable por tratarse de un transporte aéreo internacional, o por haber alguna jerarquía normativa entre la convención internacional y el CDC.

En verdad, el Tribunal Superior basa la aplicación de la Convención Internacional en el propio CDC. Por lo tanto, es porque el CDC caracteriza al transporte de carga internacional como una relación de consumo, que se aplica a la Convención Internacional. El hecho (transporte aéreo internacional de carga) no es confrontado con un convenio internacional, sino con el CDC. La norma fundamental en la definición de la ley aplicable es el CDC y no la norma aeronáutica internacional.

La segunda conclusión —que está conectada de alguna manera a la primera— es que la exclusión del CDC no es absoluta. El STJ dejó abierta la posibilidad de aplicar el CDC, y no el convenio internacional, en el caso de que el destinatario de la carga aérea internacional (el consignatario o el expedidor) se encuentren en situación de vulnerabilidad técnica, jurídica, fáctica o informativa.

A juicio de la Sala 3^a³⁸, la vulnerabilidad técnica se define como la falta de conocimiento específico sobre el producto o servicio, pudiendo incluir al consumidor profesional o al empresario cuando el producto adquirido o servicio no tienen relación con su formación, competencia o área de actuación. La vulnerabilidad científica o jurídica y la falta de conocimiento jurídico, contable o económico y sus consecuencias en las relaciones de consumo, se presume cuando el consumidor es persona natural no profesional, invirtiéndose esta presunción para el consumidor profesional (persona física o jurídica). La vulnerabilidad de hecho o socioeconómica se debe a la insuficiencia económica, física o psicológica de los consumidores que los coloca en desigualdad con el proveedor. La vulnerabilidad de información se deriva de la asimetría de información entre el consumidor y el proveedor, que influyen en el proceso de toma de decisiones de adquisición o el uso del producto o servicio.

³⁸ STJ, 3^a Turma, REsp. 1.358.231/SP, rel. min. Nancy Andrihi, recurrente Kuehne + Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora DO KN Deicmar Transportes Internacionais Ltda., recorrida Prêgia Coltelli Com Internacional Ltda., juzgado el 28/5/2013, publ. en DJ del 17/6/2013.

Así, el STJ dejó abierta la posibilidad de aplicar el CDC, en perjuicio de los convenios internacionales, cuando hubiese, en la relación entre el porteador de carga y el cargador o consignatario, alguna de las vulnerabilidades anteriores. No obstante, este supuesto rara vez se hace realidad, desde que el expedidor o el destinatario suele ser una empresa de negocios con experiencia. De hecho, el comercio internacional no se lleva a cabo normalmente por neófitos. En consecuencia, se puede suponer como hipótesis de aplicación del CDC al transporte internacional de carga aérea, la situación de la persona física no empresaria que despacha el equipaje no acompañado, como carga. O la hipótesis del micro-emprendedor o del artesano que a veces exporta su pequeña y modesta producción, sirviéndose del transporte aéreo internacional. Sin embargo, está claro que no se considera vulnerable a una aseguradora que tiene perfecto conocimiento de cómo es realizado el transporte aéreo internacional de carga y cómo se asegura, o el consignatario que sea sociedad empresaria o expedidora que usa, aunque sea eventualmente, el transporte aéreo internacional carga.

Como tercera conclusión es sorprendente observar el silencio del STJ en cuanto a la aplicación, al transporte aéreo internacional de carga, del Código Civil, ya que éste contiene normas específicas sobre contrato de transporte y es norma posterior tanto en relación con el Código Brasileño de Aeronáutica como con el CDC³⁹. Es de particular interés el artículo 732 del Código Civil, que establece:

Para los contratos de transporte en general, se aplicarán, en su caso, siempre que no entren en conflicto con las disposiciones de este Código, las estipulaciones de la legislación especial y los tratados y convenciones internacionales.

Sin embargo, este tema nunca ha sido discutido en el STJ, que siempre se limitó a la desgastante confrontación entre el CDC y los convenios internacionales. Si el STJ hubiese aplicado la letra del art. 732 del Código Civil, los convenios internacionales en materia de transporte aéreo y el CDC deberían ser eliminados, en beneficio de las normas del Código Civil para el transporte.

En verdad, está bien que el artículo 732 del Código Civil no fue invocado ante el STJ para impedir la aplicación de las convenciones internacionales al transporte aéreo internacional, ya que este artículo es claramente inconstitucional, por entrar en conflicto con el artículo 178 de la Constitución de la República Federal del Brasil (CRFB), cuyo contenido y significado el STJ está comenzando a explicar, como se verá a continuación.

³⁹ Para un análisis detallado de esta cuestión, ver ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, "A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional", en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 75, 1998, pp. 33-39.

2. La afirmación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de pasajeros

Si en materia de transporte aéreo internacional de carga la posición del STJ evolucionó en favor de la aplicación de los convenios internacionales, en relación con el transporte internacional de pasajeros el STJ sigue considerando que tales convenios son inaplicables, imponiendo la aplicación del CDC.

En este sentido, es un ejemplo recientísimo la sentencia de la Sala 4ª emitida el 9/12/2014⁴⁰ sobre transporte aéreo internacional de pasajeros, donde dice rotundamente:

El STJ pacificó el entendimiento de que la responsabilidad de las compañías aéreas debido a una falla en el servicio prestado al consumidor siempre debe determinarse conforme a las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor, distanciándose, por lo tanto, de los convenios internacionales.

En cuanto al transporte internacional de pasajeros, la evolución jurisprudencial se ha verificado en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia (STF).

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala 2ª, se manifestó primero a favor de la aplicación del Convenio de Varsovia⁴¹. Posteriormente, la 1ª Sala de la Corte se inclinó a favor de la aplicación del CDC⁴².

Después de esta divergencia entre las dos Salas, la Corte Suprema reconoció la repercusión general mediante una expresión de agravios⁴³ donde se discutió el pago de una indemnización por los daños materiales y morales, generados por pérdida de equipaje en un transporte aéreo internacional de pasajeros. Como resultado del reconocimiento de la repercusión general, la Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario 636.331/RJ, en donde había sido interpuesto el agravio, para un mejor examen de la cuestión. De este modo, en la actualidad, el tema es objeto de debate en la Corte Suprema en el ámbito de decisión de este recurso extraordinario 636 331/RJ⁴⁴.

⁴⁰ STJ 4ª Turma, AgRg no AREsp. 44.380/SP, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, agravante Aerolíneas Argentinas, agravado Claudelino Balbino de Oliveira Júnior, juzgado el 9/12/2014, publ. en DJ del 12/12/2014; para la 3ª Turma, las decisiones también son en función de no poner en peligro la aplicación del CDC; sirve como ejemplo: STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp. 144.558/RJ, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Aerolíneas Argentinas S.A., agravado M. S. P. (menor), juzgado el 17/12/2013, publ. el 4/2/2014.

⁴¹ STF, 2ª Turma, REX 297.901-5/RN, rel. min. Ellen Gracie, recurrente Viação Aérea São Paulo S.A. Vasp, recorrida Janekelly Ribeiro Rego, juzgado el 7/3/2006, publ. el 31/3/2006.

⁴² STF, 1ª Turma, REX 351.750-3/RJ, rel. min. Carlos Britto, recurrente Varig S.A. Viação Aérea Riograndense, recorrido Ana Maria Da Costa Jardim, juzgado el 17/3/2009, publ. el 25/9/2009.

⁴³ Repercussão geral em Agravo de Instrumento 762.184/RJ, rel. min. Cezar Peluso, agravante Societé Air France, agravado Sylvia Regina De Moraes Rosolem, juzgado el 23/10/2009, pub. el 17/12/2009.

⁴⁴ STF, REX 63.6331, rel. min. Gilmar Mendes Ferreira.

El recurso extraordinario 636.331/RJ vino a unirse al recurso extraordinario 766.618/SP⁴⁵, interpuesto contra la decisión de la Sala 1ª de la Cámara Civil del Estado de São Paulo, que aplicó el CDC y consideró que es objetiva la responsabilidad del transportista ante el pasajero, en un caso de retraso de un vuelo internacional.

La repercusión general es un mecanismo previsto en el artículo 543-A) del Código de Procedimiento Civil de Brasil para permitir, por un lado, dar efecto general a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, debido a que una decisión del STJ dictada en un caso en que se reconoce la repercusión general, se convierte aplicable a todas las demás acciones en curso y, por otra parte, dar a la Corte Suprema la posibilidad de negarse a conocer de los recursos extraordinarios que se ocupan sólo de intereses sin relevancia.

Según el artículo 543-A) del Código de Procedimiento Civil, la repercusión general está presente cuando la causa discute temas relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, superando los intereses subjetivos de las partes en litigio.

En el caso del recurso extraordinario 636.331/RJ, la Corte Suprema reconoció la repercusión general en los siguientes términos:

(...) la cuestión Constitucional de la subsistencia de las normas del Código Brasileño de Aeronáutica y de la Convención de Varsovia —que imponen límites preestablecidos de indemnización por daños materiales— está antes de la regla constitucional de indemnizabilidad irrestricta, según la cual la reparación de daños materiales y morales debe ser proporcional a éstos (...).

De hecho, la repercusión general admitida por la Corte Suprema en este recurso extraordinario 636.331/RJ abarca no sólo el conflicto en relación con los convenios internacionales, por lo tanto, con el transporte aéreo internacional, sino también el conflicto en relación con el Código Brasileño de Aeronáutica, es decir, el transporte aéreo nacional.

También es interesante señalar que el fundamento de la repercusión general, alegada por el recurso extraordinario 636.331/RJ, nada dice sobre el artículo 178 de la Constitución de la República. Ahora, ¿podría la Corte Suprema tener por reconocida la repercusión general basada en la subsistencia de los convenios internacionales, como consecuencia de la orden contenida en el artículo 178 mencionado *ut supra* en contraposición al imperio de la compensación total por daños materiales y morales?

Esta omisión fue suplida por la decisión de reconocimiento del impacto general tomada sobre el recurso extraordinario 766.618/SP, donde el ministro Barroso trajo al examen judicial la violación del artículo 178 de la Constitución de la República:

⁴⁵ STF, REX 766.618/SP, rel. min. Luis Roberto Barroso.

El recurso extraordinario debe ser admitido. No hay defecto de motivación de la apelación en juego, que se ocupa, además, sobre una materia constitucional: trátase de saber si los artículos 5, § 2, y 178, de la Constitución conducen a la prevalencia de los Convenios de Varsovia y de Montreal sobre el Código de Defensa del Consumidor, en caso de conflicto entre sus disposiciones.

La Corte Suprema no ha terminado de juzgar los dos recursos extraordinarios que se mencionan anteriormente. En una sesión de juicio celebrada el 5/8/2014, se inició el debate de ambos casos, habiendo votado en el sentido de dar curso al recurso extraordinario 636.331/RJ el ministro relator, Gilmar Mendes, y los ministros Roberto Barroso y Teori Zavascki. Respecto del recurso extraordinario 766.618/SP también se votó a favor de proveerlo el relator, ministro Roberto Barroso, en lo que fue acompañado por el ministro Teori Zavascki. El juzgamiento de ambos recursos se interrumpió porque la ministra Rosa Weber pidió tomar vista de los autos, y se está a la espera para reanudar el proceso.

Los votos de los ministros que ya se manifestaron aún no fueron divulgados por escrito. Sin embargo, el Boletín Informativo de la Corte Suprema⁴⁶ publicó un resumen de los argumentos, que se describen a continuación.

El ministro Gilmar Mendes abordó la cuestión desde el punto de vista de la antinomia entre el CDC y los convenios internacionales. Para el ministro Gilmar Mendes la antinomia se da entre el artículo 14 del CDC⁴⁷, que impone al proveedor de servicios la obligación de reparar el daño causado, y el artículo 22 del Convenio de Varsovia que fija un límite máximo sobre la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización.

Para resolver esta antinomia, el ministro Gilmar Mendes:

a) Desestimó la alegación del principio constitucional que impone la protección del consumidor (CRFB, art. 5, XXXII, y art. 170, V) para evitar la derogación del CDC por la norma más restrictiva, incluso por ley especial. En este sentido, el ministro Gilmar Mendes apuntó no ser la protección del consumidor la única directriz aplicable al orden económico.

b) Afirmó que el artículo 178 impone la observancia de los acuerdos internacionales, en cuanto a la reglamentación del transporte aéreo internacional.

c) Declaró que no habría ninguna diferencia jerárquica entre el CDC y los convenios internacionales, ya que ambos tienen la estatura de ley ordinaria

⁴⁶ Informativo do Supremo Tribunal Federal nro. 745, del 9/5/2014.

⁴⁷ En verdad, no debería ser entre el art. 14 del CDC, ya que esta disposición se refiere a la “responsabilidad por el hecho del servicio”, es decir, situaciones donde hay riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores; el conflicto es entre el art. 20 del CDC, que se ocupa de “la responsabilidad por el vicio del servicio”, porque el vicio del servicio es todo defecto que no importa un riesgo para la salud y seguridad de los consumidores; en realidad, el 14 del CDC sólo puede invocarse en el caso de muerte o lesión corporal de un pasajero; las situaciones ordinarias del transporte aéreo internacional podrían, en su caso, ser clasificadas como “responsabilidad por el vicio del servicio”.

y por lo tanto la solución del conflicto se da por los criterios cronológico y de especialidad; por el criterio cronológico, las convenciones internacionales son más recientes que el CDC, que entró en vigor en 1991, pues el Convenio de Varsovia sufrió modificaciones posteriores al CDC y la Convención de Montreal es posterior a éste; por el criterio de la especialidad, tales convenciones son normas especiales en relación con el CDC, por tratarse de una modalidad especial de contrato, el contrato de transporte aéreo internacional, razón por la cual el conflicto se da entre una norma de carácter general y otra específica, debiéndose aplicar el parágrafo § 2 del artículo 2 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, que establece que “La ley nueva, que establezca disposiciones generales o especiales a la par de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior”.

d) Limitó la comprensión acerca de los contratos de transporte aéreo internacional de personas, equipaje o carga, excluyendo el transporte aéreo nacional de personas.

e) Aclaró que las normas de indemnización establecidas en los convenios internacionales sólo cubren la compensación por los daños materiales, y no los morales.

El ministro Barroso acompañó el voto del ministro Gilmar Mendes en el recurso extraordinario 636.331/RJ y en el recurso extraordinario 766.618/SP, y sostuvo que además de los criterios tradicionales de solución de antinomias en la legislación brasileña (la jerarquía, el cronológico y la especialización) era preciso considerar que el artículo 178 de la CRFB da la solución a este conflicto, determinando la preponderancia de los convenios internacionales sobre el CDC.

El ministro Teori Zavascki acompañó a los dos ponentes. Los votos de los ministros inspiran algunas consideraciones.

En primer lugar, es incorrecta la afirmación del ministro Gilmar Mendes, en el sentido de que el artículo 22 del Convenio de Varsovia estableció un límite máximo para la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización. El Convenio de Varsovia —como el Convenio de Montreal— no fija un límite máximo a la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización. En ambos Convenios, la indemnización es ilimitada. Lo que ambos Convenios establecen es un sistema en dos niveles: si el usuario del transporte aéreo internacional desea recibir una indemnización integral (correspondiente al valor total de los daños sufridos), el usuario debe hacer una declaración de valor (ya sea en el transporte de personas, equipaje o carga). Hecha tal declaración, en caso de daño, el transportista deberá indemnizar al valor declarado (a menos que demuestre que el daño efectivo es menor, en cuyo caso, indemnizará los daños reales). En contrapartida, eventualmente el usuario pagará una sobretasa a la porteadora. Si el usuario no desea recibir una indemnización integral, basta con no hacer una declaración de valor y recibir la suma fijada por los convenios internacionales. Por lo tanto, es un error considerar que

las convenciones internacionales imponen un tope a la cantidad a ser indemnizada por el transportista.

En segundo lugar, por el contrario, está plenamente acertado el ministro Gilmar Mendes cuando descarta el argumento basado en la constitucionalidad del CDC. De hecho, este argumento es pueril, he aquí que en un Estado de Derecho, como es el caso de Brasil, todas las normas tienen inspiración constitucional. En este caso concreto, si existe una norma constitucional para determinar la protección del consumidor (CRFB, art. 5, XXXII, y art. 170, V), hay también una norma constitucional para determinar el respeto a los convenios internacionales en materia de transporte aéreo internacional (CRFB, art. 178). En consecuencia, en verdad, la solución de la antinomia entre el CDC y los convenios internacionales hay que buscarla en el texto constitucional. Como es sabido, las constituciones deben ser interpretadas partiendo del supuesto de que las disposiciones en ellas contenidas no son contradictorias sino complementarias. Ahora, la única interpretación complementaria entre las disposiciones del artículo 5, XXXII, y el artículo. 170, V, por una parte, y el artículo 178, por el otro, es considerar que la protección de los consumidores en el transporte aéreo doméstico se hace en la forma de las normas infraconstitucionales consumistas y la protección del consumidor en el transporte aéreo internacional se hace en la forma de los convenios internacionales. De hecho, no hay lugar para el maniqueísmo: la no aplicación del CDC no implica dejar desamparados a los consumidores. El consumidor brasileño disfrutará —a través de acuerdos internacionales sobre el transporte aéreo— la misma protección que el consumidor europeo, americano o japonés, sólo para citar casos donde es un hecho público y notorio que los consumidores serán adecuadamente protegidos.

En tercer lugar, es igualmente acertado el argumento basado en el 178 de la CRFB. En este sentido, se insiste, la solución de la antinomia no está ni siquiera en el artículo 2, § 2, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, sino en la propia CRFB que se entiende es relevante, para las relaciones internacionales de Brasil, asegurar el respeto, en el orden jurídico interno brasileño, de los convenios internacionales en materia de transporte, incluso del transporte aéreo.

En cuarto lugar, es también correcto el argumento de la inexistencia de una jerarquía entre el CDC y los convenios internacionales⁴⁸. Desde el recurso extraordinario 80.004, resuelto en 1977⁴⁹, la Corte Suprema ha dicho que no hay preponderancia de las normas de derecho internacional sobre las normas infraconstitucionales de la legislación nacional, salvo que se disponga expresa-

⁴⁸ A propósito de este argumento y para una discusión más detallada, véase ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, “A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil”, en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 91, 2008, pp. 34-40.

⁴⁹ STF, Tribunal Pleno, rel. min. Xavier de Albuquerque, recurrente Belmiro Da Silveira Gois, recorrido Sebastião Leão Trindade, juzgado el 1/6/1977, publ. en DJ del 29/12/1977.

mente. Ahora bien, no existe ninguna disposición legal en materia de transporte aéreo.

Así pues, aunque no existiese el artículo 178 de la CRFB, la solución sería la propuesta por el ministro Gilmar Mendes, de acuerdo con criterios cronológicos y de especialidad. En efecto, el CDC entró en vigor en 1991. El Convenio de Varsovia fue modificado por los Protocolos de Montreal nros. 1, 2 y 4 que fueron promulgados en Brasil, entrando en vigor en este país en 1998, mediante los decretos 2860 y 2861. Del mismo modo, el Convenio de Montreal de 1999 es posterior al CDC, pues he aquí que entró en vigor en Brasil en 2006, en virtud del decreto 5910. En cuanto a la especialidad, está claro que el CDC se aplica a todos los tipos de relación de consumo, mientras que el transporte aéreo internacional es un tipo específico de relación de consumo. Por otra parte, como se ha dicho, es una falacia afirmar que el CDC es la única forma posible de protección de los consumidores. Hay diferentes reglas y diferentes grados de protección de los consumidores. En el caso del transporte aéreo internacional, la CRFB ordenó seguir la protección establecida en virtud de los convenios internacionales.

En quinto lugar, la posición de los ministros en el sentido de excluir al CDC únicamente respecto del transporte aéreo internacional se apoya en argumentos sólidos. De hecho, el argumento del artículo 178 de la CRFB es sólo para el transporte aéreo internacional, así que la disposición en cuestión sólo se refiere a éste. Por otra parte, los convenios internacionales, conforme consta en sus propias disposiciones⁵⁰, sólo se aplican al transporte aéreo internacional. La aplicación del criterio cronológico no beneficia al transporte aéreo nacional, ya que éste se rige por el Código Brasileño de Aeronáutica, en vigor desde 1986, por lo tanto, antes del CDC.

Sin embargo, la situación es diferente en cuanto al criterio de la especialidad. Aquí la posición de los ministros que ya votaron parece ser menos adecuada, ya que el Código Brasileño de Aeronáutica —en la parte que regula las relaciones entre los usuarios del transporte aéreo nacional y las compañías— es una norma especial en relación con el CDC. En otras palabras, el Código Brasileño de Aeronáutica rige una única modalidad de relación de consumo (la del transporte aéreo doméstico) mientras que el CDC gobierna todas las modalidades de las relaciones de consumo.

En este tópico, el mismo razonamiento invocado por los ministros para considerar al Convenio internacional como una especial en relación con el CDC, también se aplica el Código Brasileño de Aeronáutica.

Con todo, la posición de los ministros —en el sentido de restringir el ámbito de decisión al transporte aéreo internacional— se explica por el hecho de que la Corte Suprema no tiene competencia para decidir en materias infraconstitucionales. Ahora, la antonimia entre el CDC y el Código Brasileño de Aero-

⁵⁰ Ver artículo 1 de la Convención de Varsovia y artículo 1 de la Convención de Montreal.

náutica es la materia infraconstitucional, porque la solución está en el artículo 2, § 2, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, mencionado anteriormente.

Además, también se debe poner la cuestión de la aplicación al transporte aéreo nacional del Código Civil, que, como se mencionó anteriormente, contiene normas específicas sobre el contrato de transporte; he aquí que el Código Civil es posterior tanto al Código Brasileño de Aeronáutica como al CDC⁵¹. Este asunto no fue discutido en la Corte Suprema de Justicia, pues es de naturaleza infraconstitucional y la jurisdicción de la Corte Suprema sólo trata sobre cuestiones constitucionales. Por lo tanto, no cabe a la Corte Suprema de Justicia sino al STJ decidir el conflicto entre el Código Brasileño de Aeronáutica y el Código Civil y el CDC, pues se trata de una antinomia infraconstitucional.

Por último, es necesario analizar la exclusión de daños morales hecha en los votos de dos ministros, que consideran que los convenios internacionales no son aplicables al daño moral.

A pesar de que el Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia no indica la razón de esta exclusión, vale la pena recordar que en la sentencia emitida hace casi dos décadas⁵², la Corte Suprema sostuvo que los artículos 22 y 25 de la Convención de Varsovia versaban sólo sobre los daños materiales, no disponiendo nada por el daño moral que, sí, podrían ser regulados por otras normas como el artículo 5, secciones V y X, de la Constitución de la República. En consecuencia, la Corte Suprema afirmó que no hay antinomia entre el Convenio de Varsovia y la CRFB, ya que ésta sería aplicable a la materia (daños morales) no prevista en aquél.

Adicionalmente, la Corte Suprema también decidió que en caso de que hubiese antinomia, la CRFB necesariamente prevalecería, porque es el texto fundamental del sistema jurídico brasileño.

Parece que los votos de los ministros se hacen eco de la posición que la Corte Suprema adoptó en esta sentencia de 1996, reiterando que ni el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de La Haya y los Protocolos de Montreal de 1975, en vigor en Brasil, o el Convenio de Montreal de 1999, tratan sobre los daños morales, materia que fue dejada a la discreción de cada Estado parte de estos convenios.

Este punto es de extrema importancia, ya que permitirá a los tribunales —en casos que así se justifique— equilibrar la indemnización eventualmente más baja, resultante de la aplicación de las convenciones internacionales, con un ligero aumento de la indemnización por daño moral.

⁵¹ Para un análisis detallado de esta cuestión, ver ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, “Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro”, en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 87, 2004, pp. 28-34.

⁵² STF, REX 172.720-9/RJ, rel. min. Marco Aurélio, recurrente Sérgio Da Silva Couto, recorrida Iberia Líneas Aéreas de España S.A., juzgado el 6/2/1996, publ. el 21/2/1997.

IV. CONCLUSIONES

El análisis anterior de la jurisprudencia de los Tribunales Supremos brasileños permite que el observador extraiga algunas conclusiones.

En primer lugar, se demuestra el carácter pendular en la evolución de la jurisprudencia. Con la aparición del CDC, hubo un movimiento en disfavor de los convenios internacionales. Este movimiento fue hecho sin mayor consideración de las consecuencias. Así, en un primer momento, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) acabó por extender la aplicación del CDC al transporte internacional de carga aérea, materia que claramente estaba fuera del alcance de la Ley del Consumidor. En un segundo tiempo, el STJ percibió las consecuencias de su posición inicial y las corrigió. Se debe dar todo el mérito al coraje de revisar las posiciones a los ministros del STJ que, en un solo día, tenían una interpretación, y al otro la cambiaron, desde que entendieron que era desacertada.

En segundo lugar, también se desprende de la lectura de las sentencias, que el derecho del consumidor plantea un debate emocional cuando se trata de viajar en avión. Este debate afecta finalmente la comprensión de las consecuencias reales de la aplicación, o no, del CDC al transporte aéreo internacional. La discusión es, en la mayoría de los casos, maniquea: sólo el CDC es capaz de proteger a los usuarios del transporte aéreo internacional. Sin el CDC, los usuarios estarán en situación de abandono jurídico.

En tercer lugar, y en respuesta al maniqueísmo mencionado anteriormente, es importante tener en cuenta que la aplicación de los convenios internacionales al transporte aéreo internacional de pasajeros y carga, en lugar del CDC, no disminuye, en nada, la protección de los usuarios de este transporte. Por un lado, en materia de daños morales, la protección continuará siendo dada de forma amplia e integral, pues los daños morales no están cubiertos por los convenios internacionales. Por otro lado, en materia de daños materiales al equipaje o carga, tanto los pasajeros como los expedidores de carga, tienen la posibilidad de hacer una declaración de valor y, en caso de daños, recibirán una indemnización plena del valor declarado (a menos que demuestre que la declaración es falsa, en cuyo caso el valor se reduce al valor real del equipaje o la carga)⁵³. En caso de daños materiales causados por muerte o lesiones corporales, la responsabilidad del transportador es, en la práctica, sin límite, ya que el transportista no podrá limitar su responsabilidad por encima de 100.000⁵⁴ DEGs si demuestra (i) que el daño no se debió a negligencia u otra acción u omisión por parte suya o de sus representantes; (ii) o que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero⁵⁵. En el caso de daños materiales

⁵³ Ver art. 22 de la Convención de Montreal.

⁵⁴ A los cinco años de entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999, esa suma se elevó a 113.100 DEGs.

⁵⁵ V. art. 21 de la Convención de Montreal.

resultantes del retraso, la responsabilidad del transportista se estableció en 4150 DEGs⁵⁶, que es una suma más que razonable⁵⁷. Por último, el transportista podrá estipular que el contrato de transporte estará sujeto a límites de responsabilidad más elevados o que no estará sujeto a ningún límite de responsabilidad⁵⁸.

Por lo tanto, aplicar los convenios internacionales en materia al transporte aéreo internacional de pasajeros y de carga no es irracional ni jurídicamente incorrecto. Se espera que la Corte Suprema de Justicia —en la continuación del juzgamiento de los recursos extraordinarios pendientes— y el Tribunal Superior de Justicia, en extensión de su jurisprudencia en el área de carga a los pasajeros, prosigan en el camino correcto.

⁵⁶ A los cinco años de entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999, esa suma se elevó a 4.694 DEGs.

⁵⁷ V. art. 22 de la Convención de Montreal.

⁵⁸ V. art. 25 de la Convención de Montreal.

LA OACI Y EL TERRORISMO AERONÁUTICO

Por ÁNGELA M. DONATO*

Resumen:

La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), en consonancia con lo expresamente dispuesto en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, suscrito en Chicago el 7 de diciembre de 1944, tiene como misión garantizar el desenvolvimiento del sistema de transporte aéreo mundial de una forma regular, eficiente y especialmente segura. Las implicaciones del ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 en los EE.UU. de América llevaron a la Organización de Aviación Civil Internacional a mejorar las medidas de prevención existentes y a elaborar nuevos instrumentos jurídicos cuyos alcances son evitar, o al menos atenuar, la comisión de actos de interferencia ilícita contra la aviación civil internacional. El conjunto de procedimientos, de aplicación de nuevas tecnologías y el marco jurídico multilateral, representan un “arsenal” adecuado para luchar contra el terrorismo aeronáutico. Dependerá de todos y cada uno de los Estados contratantes (191) que esa herramienta pueda alcanzar los objetivos perseguidos en su elaboración, mediante la cooperación, coordinación y colaboración entre todos.

Palabras clave:

Terrorismo aeronáutico, OACI, interferencia ilícita de aeronaves, seguridad de la aviación, Derecho Aeronáutico Penal.

ICAO AND THE “AERONAUTICAL TERRORISM”

Summary:

The International Civil Aviation Organization (ICAO), based on the principles pointed out in the Convention of International Civil Aviation signed in Chicago on 7th December 1944, has as aims and objectives to develop the air transport system on the basis of the efficiency, regularity and safety. The implications of the terrorist attacks of 11 September 2001 in the territory of the United States, led to the enhancement of the

* Ex directora de Transporte Aéreo de la OACI. Ex Subsecretaria de Transporte Aerocomercial. Secretaria general de ALADA.

current preventives measures and procedures, and also the leit motiv to prepare new legal documents in order to avoid, or at least to attenuate, the acts of illicit interference against the international civil aviation. All the procedures, and also the new technological tools plus the legal framework represented by multilateral conventions dealing with aeronautical criminal law, are the effective "arsenal" to fight against the aeronautical terrorism. Through the cooperation, coordination and collaboration of all and every Contracting States (191) those important tools could be an appropriate element to achieve the success in this sensitive field.

Keywords:

Aeronautical terrorism, ICAO, Unlawful Interference of Aircraft, aviation safety and security, Air Criminal Law.

I. INTRODUCCIÓN

La aeronave, una de cuyas características fundamentales es la gran penetrabilidad que le permite atravesar el espacio aéreo de varios Estados en corto tiempo, dando paso a la internacionalidad que singulariza a la rama del derecho que se ocupa de la actividad aérea, paralelamente, ofrece la potencialidad de constituir un peligroso elemento cuando se le emplea para fines ilícitos.

Qué duda cabe de que su alta expresión de criminalidad se dio el 11 de septiembre de 2001; ya han transcurrido catorce años desde que por única vez la explotación de servicios regulares de transporte aéreo protagonizaron el más atroz acto de terrorismo aeronáutico contra claros objetivos estadounidenses, arrojando miles de víctimas, entre pasajeros, tripulantes y terceros superficiarios.

Recordaré que fueron diecinueve terroristas los que han intervenido en ese nefasto atentado, en cuatro vuelos correspondientes a las dos más importantes transportadoras de los EE.UU. de América, American Airlines y United, las cuales —en vuelos de cabotaje— protagonizaron este incalificable acto terrorista con un saldo de 5000 víctimas, más los daños materiales consiguientes.

La Organización de Aviación Civil Internacional, la OACI, agencia especializada del sistema de las Naciones Unidas y funcionando como tal desde abril del año 1947, contaba ya en su historial todo un "arsenal" de medidas y de convenios internacionales para hacer frente a la comisión del ilícito aeronáutico, pero jamás se imaginó que este elenco normativo y de procedimientos iba a crujir y resultar insatisfactorio ante la magnitud del ataque a la integridad del sistema de aviación civil internacional.

Es entonces que a partir de la XXXI Asamblea General del organismo internacional (septiembre de 2001), llevada a cabo a escasa semana del mayor acto de terrorismo que se conoce en el campo aeronáutico, con una participación mayoritaria de sus Estados contratantes (actualmente 191), adoptó una declaración condenando, por cierto, la comisión de estos ilícitos y convocó tanto al Consejo como a los Estados contratantes a iniciar una etapa de concientización

de lucha contra el "terrorismo aeronáutico", al decir de un profesor uruguayo, Dr. Álvaro Bauzá Araújo.

Es oportuno que remarque la dificultad por encontrar un consenso mundial en el concepto de "terrorismo". El *Diccionario* de la Real Academia Española destaca: "(del latín *terror*) Dominación por el terror. // Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror". El *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* de Manuel Ossorio indica como terrorismo "a los actos de violencia en contra de personas, la libertad, la propiedad, la seguridad común, la tranquilidad pública, los poderes políticos y el orden constitucional o contra la administración pública". Por su parte, el *Mozley and Whiteley's Law Dictionary* define "terrorismo" como "*The use of violence for political ends, including any violence for the purpose of putting the public or any section of public in fear...*".

Es indudable que los fines de todo acto terrorista son diversos; pueden motivarlos razones políticas, religiosas y culturales, se configuran con la presencia de una violencia indiscriminada e impredecible y, por supuesto, la inmoralidad, por constituir en sí mismo un ilícito.

Frente a la magnitud de los acontecimientos de septiembre de 2001, el organismo internacional de aviación civil exhortó al mejoramiento de las medidas preventivas y de represión, tanto en el plano de los procedimientos AVSEC (*Aviation Security*) como a los estudios consiguientes, para abordar a nivel de convenios multilaterales, la problemática de tipificación de las nuevas figuras penales aeronáuticas, del régimen del responder del operador aéreo ante la eventualidad de una interferencia ilícita, así como últimamente en la actualización de un viejo Convenio de 1963, firmado en Tokio, que de alguna manera inició el elenco del marco aeronáutico penal internacional.

Reuniones extraordinarias tuvieron lugar con la participación multidisciplinaria de los Estados contratantes para llegar a concretar la adopción de medidas, como anticipé de carácter preventivo y represivo. Me referiré en este artículo a los pasos seguidos en esta orientación, como señalé, a partir del fatídico 11 de septiembre de 2001, hito negativo en el desenvolvimiento del sistema de la aviación civil internacional.

II. LA OACI, MISIÓN Y OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

La Organización de Aviación Civil Internacional, constituida como tal en abril de 1947, tiene como misión la que le fija el Convenio sobre Aviación Civil Internacional adoptado en Chicago en 1944, en cuyos Preámbulo y artículo 44 se fijan como objetivos fundamentales la seguridad, la regularidad y la eficiencia del sistema de aviación civil internacional.

Gran parte de la doctrina sostiene que al momento de redactarse el mencionado convenio los actos de interferencia ilícita contra la aviación civil no eran conocidos y, por ende, en la estructura de dicha normativa internacional, no habrían estado contemplados.

Lejos de ello, considero que, a la fecha de adopción del Convenio en cuestión, hubo en la comunidad aeronáutica varios hechos que podrían tipificarse como actos ilícitos contra el sistema de aviación civil, claro está que no en forma masiva, como se dio en la década de los sesenta, en la que eran frecuentes los llamados “apoderamientos ilícitos de aeronaves en vuelo”.

Puedo mencionar, entre otros, el caso acontecido en Arequipa, Perú, en el año 1939: un pequeño grupo de revolucionarios se apoderaron de la aeronave Ford Trimotor en Arequipa, obligando a su comandante a volar a Lima, configurándose lo que posteriormente sería algo frecuente como los casos de vuelos interceptados con presencia y participación de los delincuentes a bordo de las aeronaves, motivados fundamentalmente por razones de orden político, en momentos de triunfo de los revolucionarios en Cuba.

Es por esto que considero que el mismo Convenio de Chicago de 1944 contiene una norma que en principio y en términos generales se refiere a estos y otros actos con el propósito de evitar el “uso indebido de la aviación civil”.

En efecto, el artículo 4 expresa: “Cada Estado contratante conviene en no emplear la aviación civil para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio”. Se podrá decir que el destinatario es el Estado, pero no debe soslayarse el hecho de que en los casos de seguridad operacional (*safety*) es el Estado el que debe evitar, atenuar o erradicar tanto los actos que conciernen a la seguridad operacional como los correspondientes a la seguridad de la aviación civil, involucrados en el mismo Preámbulo del Convenio de Chicago de 1944.

Es que el sistema de la aviación civil internacional no podría sustentarse en la ausencia de los requisitos mínimos relativos a la seguridad, entendida ésta en su sentido lato. La seguridad representa un elemento tan vital para su ejercicio para responder al rol de intercomunicador pacífico entre los pueblos, que forma parte de los “Objetivos Estratégicos” fijados para la OACI en el quinquenio que cubrió de 2005 a 2010 y que sigue manteniendo su alto rango de prioridad, el mejoramiento de todas las medidas y procedimientos que tiendan a erradicar o al menos atenuar el impacto del terrorismo aeronáutico. Me refiero a los objetivos estratégicos que siguen manteniendo alta prioridad para el período 2014 a 2016, pero con un cambio en el orden, que es el siguiente:

- i) Seguridad operacional (*safety*).
- ii) Capacidad y eficiencia.
- iii) Seguridad de la aviación civil y facilitación.
- iv) Desarrollo económico del transporte aéreo.
- v) Protección del medio ambiente.

En el desarrollo y ejecución de las acciones que requieren el mejoramiento de estos asuntos queda comprometido tanto el Consejo (36 miembros represen-

tantes de Estado) organismo ejecutor de la OACI, como la Secretaría General y los propios Estados contratantes.

En este punto, resulta importante tener presente que las dos expresiones de seguridad, tienen características propias y con ciertas diferencias tales como:

- La seguridad operacional ofrece una naturaleza técnica operacional y se basa en la observancia de casi todos los 19 Anexos al Convenio de Chicago de 1944, con excepción de los Anexos 9 y 17 sobre Facilitación y Seguridad de la aviación civil, respectivamente. Las auditorías son obligatorias, sistémicas y transparentes, con comunicación a la comunidad aeronáutica internacional sobre los resultados y recomendaciones surgidas en cada auditoría realizada.
- La Seguridad de la aviación civil contra actos de interferencia ilícita, se destaca por tener una naturaleza jurídico-política y se sustenta fundamentalmente en el Anexo 17 del mencionado Convenio y los Acuerdos Multilaterales de Derecho Aeronáutico Penal, en las cláusulas insertas en los acuerdos bilaterales sobre transporte aéreo, en el Manual de Seguridad (documento 8973-restringido) y en las auditorías obligatorias confidenciales.

Reitero como la fecha más crítica en materia de terrorismo aeronáutico el empleo de aeronaves comerciales como armas de guerra, con el resultado de 5000 víctimas, tal fue el 11 de septiembre de 2001.

He señalado ya que el artículo 44 del Convenio de Chicago fija los objetivos de la OACI, en cuyo inciso a) destaca “lograr el desarrollo seguro y ordenado de la aviación civil internacional en todo el mundo”. A su turno, el artículo 37 del mencionado documento internacional, se refiere al compromiso de los Estados contratantes en la adopción de normas y procedimientos uniformes internacionales.

A propósito de la elaboración de los Anexos al Convenio así como de textos de orientación, es oportuno que me refiera al funcionamiento de la OACI. El mecanismo de la organización internacional está asentado en una serie de órganos, como la Asamblea que convoca a los 191 Estados soberanos y que se reúne trienalmente en forma ordinaria, pero puede realizarse en forma extraordinaria a pedido de no menos que la quinta parte de los Estados contratantes o bien cuando es convocada por el Consejo, aunque son pocas las asambleas de este tipo.

En ella se elige autoridades, se examina el presupuesto trienal, y delega en el Consejo las facultades necesarias; asimismo elige a los Estados miembros del Consejo en tres grupos, los de alto desarrollo tecnológico, los que colaboran con la asistencia y apoyo con sus instalaciones al desarrollo ordenado de los vuelos y por último por un criterio de rotación geográfica, integran el tercer grupo de países que no reúnen las antedichas condiciones.

Es de recordar que la Argentina ocupa el segundo grupo de países que en un total de 36 representantes integran el Consejo, que es el órgano ejecutivo, permanente y “residente” con atribuciones cuasi-legislativas y judiciales reconocidas en el Convenio de Chicago, que además es el que adopta los Anexos y sus enmiendas.

Existe un órgano auxiliar del Consejo para las cuestiones vinculadas con el tema *Security* que es el Comité de Interferencia Ilícita, que propone anexos y enmiendas al Anexo 17 para ser consideradas y adoptadas, como señalé, en el Consejo, con dos tercios de los votos. Luego se circula a los Estados para que notifiquen diferencias. Si no las hay se aplica, destacando que las diferencias no aparecen en los suplementos del Anexo, habida cuenta de la naturaleza confidencial del tema, para evitar que se conozca la situación particular que en materia de *Security* se encuentra el Estado que manifestó tener diferencias.

A propósito del valor de los anexos al Convenio, en torno a los 19 Anexos del Convenio de Chicago, compuestos por los denominados “SARPs”, vale decir “Normas” (de observancia obligatoria) y “Prácticas Recomendadas” (de observancia facultativa), la mayor parte de la doctrina considera que no son tratados, en el alcance del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sino “*soft law*” al decir anglosajón, pero que representan un compromiso de *bona fide* a cumplir por los Estados contratantes al haber adherido al Convenio.

Ésta es una notoria diferencia con el Convenio de París de 1919, que precedió al de Chicago de 1944 y actualmente se encuentra denunciado por toda la comunidad internacional, en el cual los Anexos formaban parte integrante del cuerpo citado y tenían, por ende, su misma fuerza vinculante.

El tema de la elaboración de los anexos al Convenio de Chicago responde a la facultad que tiene la OACI de dictar anexos técnicos, o bien modificar los ya existentes, y se refieren a las materias contenidas en el artículo 37 del Convenio de Chicago. Según el artículo 90, los recaudos exigidos para su adopción son los siguientes:

- a) Que se obtenga la mayoría de dos tercios de los votos del Consejo en la reunión a tal efecto convocada.
- b) Que se circule el anexo o su enmienda a la consideración de los 191 Estados contratantes.
- c) Que no medie desaprobación de una mayoría de los Estados en el plazo fijado.
- d) Que se notifique por parte del Consejo a todos los Estados de la entrada en vigencia del anexo o de la enmienda en cuestión.

e) Que si una vez adoptado un anexo o una enmienda al mismo con el procedimiento establecido, un Estado considerase imposible su cumplimiento o el concordar sus propios métodos u ordenamiento jurídico nacional, lo deberá notificar inmediatamente a la organización internacional en el caso de tratarse de un Anexo, o bien dentro de un plazo de sesenta días de su adopción para el caso de tratarse de una enmienda a un anexo.

f) Que será necesaria la notificación expresa en el caso que un Estado no acepte la ratificación del Anexo o enmienda, después de su entrada en vigor dentro del plazo de tres meses y en consonancia con lo que determina el artículo 38 del Convenio de Chicago.

Nos preguntamos qué rol juegan estos Anexos y, en este particular caso, el que lleva el numeral 17. La respuesta indicará que eliminan la incompatibilidad existente en las diferencias normativas de los Estados, afianzando los pilares en los que se sustenta el sistema de aviación civil internacional, que son seguridad, regularidad y eficacia.

El propósito de la existencia de un organismo internacional dedicado a la aviación civil, es unificar las soluciones de posibles conflictos jurídicos, políticos y económicos que en torno a la misma pueden surgir, respondiendo a la gran internacionalidad que es característica de la aviación.

El paso del tiempo, 70 años de la adopción del Convenio base, demuestra la lozanía de los principios allí consagrados a pesar de los cambios importantes registrados en materia de liberalización en el acceso a mercados aéreos, la globalidad, la privatización y transnacionalización de líneas aéreas, del sistema de infraestructura, de aplicación de nueva tecnología como los sistemas de reserva por computadora, el GNSS, la aplicación satelital a la aviación, el Internet, entre otros elementos.

A ese desarrollo vertiginoso de nuevos fenómenos, concurrentemente se dan nuevas expresiones delictuales, como el terrorismo aeronáutico, las interferencias cibernéticas, la utilización de misiles tierra-aire, los pasajeros violentos, entre otros ilícitos.

El elenco de los delitos en la arena del derecho aeronáutico penal es variado; podríamos recordar 1939 como fecha del primer apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo Arequipa-Lima —como ya señalé—; 1948, primer apoderamiento de aeronave aerocomercial Cathay Pacific; 1960, proliferación de apoderamientos de aeronaves en vuelo por diversas causas; 1970, destrucción de instalaciones y servicios aéreos; 1980, destrucción de aeronaves en servicio; 2001, utilización de aeronaves comerciales como arma delictiva; 2004, utilización de misiles portátiles; 2006, utilización de líquidos explosivos y el permanente empleo de documentos personales falsificados y robos de los mismos, como preludio de otros actos de terrorismo.

III. ARSENAL DE LA OACI PARA COMBATIR AL TERRORISMO AERONÁUTICO

I. Procedimientos y nueva tecnología

La OACI dispone de un elenco de medidas para luchar contra toda expresión delictiva en el espacio aéreo, cometidos tanto a bordo de las aeronaves, en la infraestructura y en la utilización de elementos cibernéticos con consecuencias letales en el sistema de la aviación civil internacional.

Dentro del que podría calificar como “arsenal” contra la lucha del terrorismo aeronáutico, la OACI cuenta con una lista de convenios multilaterales concebidos para erradicar o atenuar los efectos de la delincuencia aeronáutica así como procedimientos y textos de orientación que apuntalan la acción del organismo internacional en la lucha contra el terrorismo aeronáutico, como métodos disuasivos, pasando a ocupar el liderazgo internacional en este particular terreno.

Como la década de los 60 se caracterizó por la profusión de “secuestros”, así llamados por la prensa lo que técnicamente son apoderamiento antijurídico de aeronaves en vuelo, para reprimir esta oleada delictiva se adoptó el Convenio de Tokio en el año 1963, al que debo un par de comentarios para comprender la evolución normativa en este terreno.

Este Convenio fue el primero que se refiere al apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo, sin bien no llega a tipificar y completar el esquema normativo, ha representado el primer jalón en la larga historia contra las interferencias ilícitas. Eran tiempos en los cuales se estimaban innecesarias las series de medidas preventivas que ahora ocupan de un modo preocupante el itinerario de todo viajero.

En ocasión del 16.º Período de Sesiones de la Asamblea de la OACI, que tuvo lugar en Buenos Aires en el año 1968, como venían repitiéndose los entonces llamados “secuestros de aeronaves”, los delegados llegaron al reconocimiento que el Convenio de Tokio de 1963 resultaba inadecuado para hacer frente a ello. Es de señalar que en el mismo año de la Asamblea, se registraron 33 episodios de tal naturaleza, número que se acrecentó al año siguiente.

En 1969 fue creado el Comité de Interferencia Ilícita, de conformidad con lo contemplado en el artículo 52 del Convenio de Chicago, surgiendo como un nuevo órgano auxiliar del Consejo para atender tan delicado asunto. En dicha oportunidad, la decisión del Consejo fue precedida de un largo debate en el que se reconocía la seria amenaza representada por la proliferación de actos de interferencia ilícita y destacando la necesidad que los Estados contratantes adoptasen adecuada legislación en su prevención y represión.

El Comité de Interferencia Ilícita, integrado por 11 miembros escogidos del Consejo, desarrolló medidas y procedimientos preventivos para salvaguarda de la aviación civil internacional y ante el requerimiento de un Estado Contratante, asistir a las autoridades de tal Estado para la adopción de medidas y procedimientos.

En la Asamblea Extraordinaria de la OACI del año 1970, se adoptó la resolución A17-10 sobre la Implantación por los Estados de las Especificaciones y Prácticas en Materia de Seguridad adoptadas por la Asamblea, y el seguimiento de los estudios por parte de la organización internacional para desarrollar material de orientación. Posteriormente, la resolución A18-10 se refirió a las Medidas Técnicas Adicionales para la Protección de la Seguridad del Transporte Aéreo Internacional, ante cualquier manifestación de amenaza a la seguridad.

En ese entonces, en el año 1973, en base a los estudios realizados, se creyó conveniente la adopción de un anexo separado para abordar las cuestiones de seguridad de la aviación civil. Así nace el Anexo 17 el 22 de marzo de 1974, en un complejo proceso que involucró tanto a la Comisión de Navegación Aérea, a la de Transporte Aéreo, al ya constituido Comité de Interferencia Ilícita y a los Estados contratantes, como así también a organizaciones internacionales.

Como texto de orientación, el Anexo 17 resulta único. Fue concebido para tutelar la seguridad de la aviación civil internacional. Al comienzo contaba con sólo 18 páginas en las que se contemplaron los aspectos administrativos y de coordinación de *Security*.

El Anexo requiere que cada Estado contratante establezca su propio programa nacional de seguridad con todas las medidas necesarias y propuestas por los organismos competentes de su administración. Huelga destacar que es un Anexo que contiene normas y prácticas recomendadas reconocidas como SARPs (*Standards and Recommended Practices*, por sus siglas en inglés) que brindan a los Estados contratantes un abanico de procedimientos para aplicar según su situación de riesgo.

Contempla procedimientos aplicables a pasajeros, equipajes, carga, correspondencia, tripulantes y otros miembros de servicios aéreos. Los procedimientos son detallados en forma confidencial en el Manual de Seguridad, que en su oportunidad fue preparado por expertos de Brasil, Francia, Suiza, Reino Unido y los EE.UU. junto a representantes de la IATA, del Consejo Internacional de Aeropuertos y del IFALPA, entre otros (documento 8973).

Este Anexo 17, adoptado en 1974, fue sometido a posteriores enmiendas. La primera fue adoptada en el año 1976, adjudicando mayor grado a ciertas prácticas recomendadas para convertirlas en normas, vale decir para alcanzar un mayor grado de obligatoriedad y articulando medidas que resultan necesarias en el proceso de prevención como el control de calidad mediante el cual se pondera la eficacia y eficiencia de los planes nacionales sobre seguridad, introducida en el año 2002 y que constituye una herramienta útil para calibrar los alcances de los procedimientos.

Debe remarcarse que el Anexo 17 introduce medidas preventivas uniformes contra los actos de interferencia ilícita, en particular, apoderamiento de aeronaves en vuelo, atentados, sabotaje contra aeronaves, amenazas de bombas que causen interrupción de servicios aéreos. Las medidas son aplicables a las aeronaves, pasajeros y equipaje de cabina, equipaje registrado así como carga

y correo, siendo importante la lista de medidas que deberán ser tomadas en los casos concretos de interferencia ilícita como parte de la gestión del riesgo.

El principio básico en materia de organización está consagrado en la Norma 3.1.2 del mencionado Anexo, de acuerdo con el cual cada Estado Contratante deberá designar y especificar a la OACI la autoridad competente encargada y responsable del desarrollo, la implantación y el mantenimiento del programa nacional de seguridad. Claro está que dicha autoridad dependerá de la estructura institucional de cada Estado; bien puede recaer en la persona del ministro del Interior, de la Policía Federal, de la Policía Aeroportuaria.

La misión que corresponde a la “apropiada autoridad”, tal es la expresión empleada en el Anexo 17, será la de definir tareas y coordinar actividades entre las agencias, departamentos y otras organizaciones de cada Estado, aeropuerto y operadores de aeronaves, así como otras entidades comprometidas en la implantación del programa nacional de seguridad de aviación civil.

A su turno, cada operador aeroportuario y cada operador de aeronave deberá ser requerido para establecer e implementar un programa por escrito de seguridad para sus operaciones, en un todo de acuerdo con las exigencias del programa nacional, y deberá ser aprobado por la autoridad apropiada (Normas 3.2, siguientes y concordantes, del Anexo 17).

A fin de completar el cuadro de medidas, y paralelamente a los antedichos programas, deberá establecerse un programa de adiestramiento y de control de calidad para evaluar la eficacia y eficiencia del programa nacional de seguridad (Normas 3.1.7 y siguientes del citado Anexo).

Se sostiene que una racional y efectiva prevención de todo ilícito aeronáutico debe comenzar por aquellas medidas de control realizadas en el aeropuerto, antes del embarque de pasajeros y de carga. De ahí, la viabilidad de tecnología para ser aplicada al momento inmediatamente posterior al *check-in*, con el paso por pantallas provistas de rayos que detectan la presencia de elementos prohibidos. Todo el Capítulo 4 del Anexo se refiere a las mismas, incluyendo el control del tránsito aéreo o transferencias de vuelos entre torres de control.

Estas y otras medidas preventivas han de ser aplicadas al equipaje, tanto el de cabina como el de bodega, que ha sido registrado por el pasajero al momento del *check in*; las pocas pero eficaces SARPs contempladas en el Anexo 17 no dejan de prever la situación de haberse producido un acto de interferencia ilícita, cuando la aeronave aterrice en el territorio de un Estado contratante, medidas que están especialmente orientadas a la tutela de las vidas humanas y, en ese particular aspecto, la Norma 5.2.4 da precisiones para la aplicación de la obligación contenida en el artículo 11, párrafo 1, del Convenio de Tokio de 1963, de adoptar todas las medidas adecuadas para recuperar el control de la aeronave que ha sido objeto de apoderamiento ilícito.

La cooperación, la colaboración y la coordinación entre los Estados es la herramienta esencial para combatir este flagelo adecuadamente, con el suministro e intercambio de información hasta la concreta ayuda en cada caso particular.

Entre otras enmiendas, resulta interesante las referencias cruzadas con otros Anexos al Convenio, como el Anexo 2 sobre Reglas del Aire, el 6 relativo a la Operación de Aeronaves, el 8 acerca de Aeronavegabilidad, el 9 dedicado a las Medidas de Facilitación (FAL), el 10 sobre Telecomunicaciones Aeronáuticas, el 11 relativo a Servicios de Tránsito Aéreo, el 13 dedicado a la Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación, el 14 sobre Aeródromos, y el 18 relativo al Transporte Sin Riesgo de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea. De este modo se entrelazan los SARPs para el mejoramiento de la seguridad. Esta referencia a diversos Anexos se complementa en las precisiones contenidas en el Manual de Seguridad (documento 8973), de alcance restringido para el uso de las autoridades.

He recordado que con posterioridad al magnicidio del 11 de septiembre de 2001 y a pocos días de sucedido, se llevó a cabo el 33° Período de la Asamblea General de la OACI que tuvo lugar entre el 25 de septiembre al 5 de octubre de 2001, con una participación extraordinaria de delegados de los diferentes Estados contratantes. En dicha asamblea, se adoptó la resolución A33-1 sobre la “Declaración del Uso Indebido de la Aeronave Civil como Arma de Destrucción y otros Actos Terroristas” que comprometen a la aviación civil.

Obviamente, en la señalada oportunidad la Asamblea condenó enérgicamente los atentados declarando que tales actos con empleo de aeronaves civiles como armas de destrucción son contrarios al Convenio sobre Aviación Civil Internacional de Chicago de 1944, en particular su Preámbulo, el artículo 4 y el artículo 44, urgiendo a los Estados a reprimir severamente a todo el que planifique y organice tales actos o ayude, asista o acoja a sus perpetradores, tomando en sus territorios medidas adicionales y apropiadas de seguridad acordes con el nivel de amenaza, así como también prevenir y erradicar a los actos terroristas concernientes a la aviación civil.

La resolución A33-1 dio pie para el desarrollo del Programa Universal de Auditoría de Vigilancia de Seguridad (USAP, por su sigla en inglés), como así también otras medidas para convocar en lo inmediato a una conferencia de alto nivel ministerial sobre seguridad de la aviación. Las auditorías están destinadas a evaluar las medidas de seguridad existentes en determinados aeropuertos importantes, tanto como ponderar la capacidad del Estado para ejercer la vigilancia de la seguridad de la aviación.

En la primera etapa de la auditoría se determina el grado de observancia del Estado respecto a los SARPs del Anexo 17; en la segunda etapa se examina si existe una infraestructura adecuada que garantice razonablemente que dicha observancia se puede llevar a cabo.

Sobre el particular, los Estados deben haber sancionado leyes adecuadas e implementado políticas nacionales, y deben disponer de una autoridad con competencia en la inspección y aplicación. Es de remarcar que la autoridad responsable de la seguridad debe tener atribuciones conferidas por ley para ejercer una vigilancia continua, identificar deficiencias, formular recomendaciones para su resolución e imponer el cumplimiento debido, según correspondiese.

En la Asamblea que mencioné se adoptó también la resolución A33-20 sobre “Enfoque Coordinado”, proveyendo asistencia en el campo de riesgo de guerra de la póliza de aviación. Resulta que, como consecuencia del 11 de septiembre, colapsó la póliza AV48 de riesgo de guerra, quedando en consecuencia el transporte aéreo mundial sin seguro alguno. Por tanto, como en la citada resolución se tomó en cuenta la cancelación de esta póliza, la OACI a través del presidente del Consejo, que en ese entonces era el Dr. Assad Kotaite, requirió a todos los Estados contratantes, por nota del 21 de septiembre de 2001, a tomar las medidas necesarias para asistir a las líneas aéreas y otros operadores, para cubrir los riesgos hasta el tiempo que la industria del seguro se estabilizase.

Fue entonces que la OACI constituyó un grupo de estudio dentro de la Secretaría para desarrollar el concepto de “Globaltime”, aprobado por el Consejo el 28 de mayo 2002, creando el establecimiento de un fondo global operado por una entidad sin fines de lucro bajo los auspicios de la OACI, el que podría abarcar el riesgo de guerra no cubierto, con un esquema basado en primas de los operadores aéreos participantes y otras partes aseguradoras, actuando como garantes los Estados miembros. Parecidos esquemas fueron lanzados en los EE.UU. de América, como “Equitime”, y en Europa con el nombre de “Eurotime”.

Esta alternativa, que requería la firma de adhesión de un número suficiente de los Estados conforme a su cuota de contribución al presupuesto de la OACI, representando al menos un 51%, no prosperó, fundamentalmente por la rápida recomposición del mercado asegurador.

Luego de realizarse la Conferencia Ministerial sobre Seguridad, del 19 al 20 de febrero de 2002, que acordó en la necesidad, conveniencia y utilidad de un Plan de Acción sobre Seguridad de la Aviación, dio lugar como principal elemento a la implantación del Programa Universal de Auditorías sobre Seguridad (ASAP) basándose en la experiencia de similar procedimiento en el plano de la seguridad operacional (USOAP).

Este programa consiste en una visita que realiza un equipo de especialistas de la OACI a cada país, previo consentimiento del mismo, habida cuenta del reconocimiento del ejercicio soberano de los mismos, y de cuyos resultados los expertos hacen figurar en recomendaciones al Estado auditado. Con carácter confidencial, por los temas tratados, se invita al Estado a corregir las deficiencias apuntadas dentro de un plazo prudencial a fin de consolidar la observancia de normas y prácticas recomendadas del Anexo 17 y su Manual de Seguridad.

Del programa cooperativo surgido de esta magna conferencia, nacieron programas de asistencia. Existen varios programas para que cada Estado articule el propio y cerrar de este modo el proceso de prevención, ellos son:

- i) El Programa Nacional de Seguridad.
- ii) El Programa de Seguridad Aeroportuaria.
- iii) El Programa de Seguridad del Explotador.

- iv) El programa Nacional de Control de Calidad AVSEC.
- v) El Programa Nacional de Instrucción.
- vi) Plan de Contingencia.

El programa nacional de control de calidad de la seguridad de la aviación se encuentra previsto en los SARPs del Anexo 17 al Convenio de Chicago de 1944, que se hizo aplicable desde el 1 de julio de 2002.

El objetivo básico de las medidas de control de calidad (*Quality Control*, QC) es garantizar la eficacia del programa nacional de seguridad de la aviación civil del Estado, tanto como vigilar la ejecución de medidas de seguridad por parte de los operadores aeroportuarios, explotadores de aeronaves y otras entidades que realizan funciones de seguridad.

No puedo omitir como una herramienta importante para erradicar o, al menos, atenuar la comisión de actos de interferencia ilícita la moderna tecnología de tratamiento a documentos personales de viaje, se trate de pasaportes, visas y otros documentos similares que, bajo la sigla en inglés MRTD (*Machine Readable Travel Documentation*), se articulan de manera tal de evitar el empleo de documentos robados o falsificados como preludeo de otros delitos más graves.

Desde hace tiempo la Organización Internacional se viene ocupando del tema, a punto tal de haber elaborado un documento 9303 que contiene especificaciones relativas a la emisión y el uso de la documentación personal de viaje que se ha ido actualizando a través del tiempo, siendo el año límite 2010 para el uso internacional del pasaporte de lectura mecánica con datos que figuran en barras que únicamente con la aplicación de tecnología especial puede ser leída por las autoridades pertinentes y relacionadas con los Departamentos de Migraciones, Policía y Aduana.

Con el propósito de fortalecer aún más el control de pasajeros, en muchos Estados se aplica el método de anticipar los datos personales del pasajero cuando éstos cierran la contratación de un vuelo, llamado en inglés *Advance Passenger Information* (API). Esta herramienta ha sido cuestionada por entender algunos Estados que conlleva una intromisión a la privacidad personal, amparado bajo el imperio de leyes constitucionales.

Luego de muchos debates en torno a la viabilidad y permisibilidad del mismo, se llegó al consenso de admitir su procedencia, circunscripta a los datos que el mismo artículo 26 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional exige en la elaboración del manifiesto de pasajeros, el lugar de origen y destino del vuelo, nombre completo y domicilio del pasajero.

Anualmente, desde hace ya diez años, vienen realizándose simposios sobre MRTD en los que participa la industria, representantes de Estado en sus disciplinas de seguridad y migración, representantes académicos, representantes de elementos de última tecnología con el objeto de evaluar la eficacia y eficiencia tanto de metodología como de tecnología orientadas a la prevención delictual.

Los acontecimientos deplorables del 11 de septiembre de 2001 dejaron una lección bastante clara de lo que deberá mejorarse. En ese caso se obtuvieron licencias de piloto estadounidenses para luego cometer los crímenes de terrorismo aeronáutico, empleando documentos de identificación reales obtenidos lícitamente.

Para evitar estas manipulaciones, la biometría ayuda a llenar lagunas que permiten a los solicitantes ilegítimos procurar documentos de identidad legítimos. Con la utilización de elementos físicos de identificación que son únicos como el rostro, huellas digitales y el iris, la biometría permite confirmar y relacionar la identidad del titular a un documento que ha sido emitido legítimamente. La biometría facilita la aplicación de procedimientos de seguridad perfeccionados, como ser la verificación de antecedentes, listas de sospechosos y la verificación de la identidad.

La OACI cuenta con el documento 9303 como orientación a la comunidad aeronáutica, que periódicamente se va actualizando y se refiere a PLM y VLM, pasaporte de lectura mecánica y visa de lectura mecánica, dando un enfoque global de seguridad de los documentos personales de viaje.

Lo que acabo de mencionar se refiere al pasajero y también a los miembros de la tripulación, pero existe también para las operaciones de carga aérea nuevas reglas de seguridad en consonancia con el desarrollo de este importante rubro en el comercio mundial. En este orden de ideas se ha puesto en funcionamiento la información anticipada del bulto o carga, algo así semejante al procedimiento que viene aplicándose al pasajero, lo que no sólo mejora el control de todo riesgo de seguridad sino también beneficia al consignatario o destinatario de la mercancía al facilitar la tramitación aduanera.

2. Marco legal multilateral. Convenios sobre Derecho Aeronáutico Penal

El marco legal multilateral en esta materia queda integrado por los siguientes convenios:

- i) Convenio de Tokio (1963) sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves (documento 8364), con un total de 185 ratificaciones o adhesiones.
- ii) Convenio de La Haya (1970) sobre Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (documento 8920), con un total de 185 adhesiones.
- iii) Convenio de Montreal (1971) sobre Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (documento 8966), con 188 ratificaciones.
- iv) Protocolo de Montreal (1988), para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten Servicio a la Aviación Civil Internacional (documento 9518), con 173 Estados parte.

- v) Convenio de Montreal (1991) sobre Marcación de Explosivos Plásticos para Fines de Detección (documento 9571), 150 Estados parte.
- vi) Convenio de Montreal (2009) relativo a la Compensación por Daños a Terceros Superficiales resultantes de Actos de Interferencia Ilícita que hayan involucrado a Aeronaves (documento 9920). No está en vigor.
- vii) Convenio de Pekín (2010) para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional y Protocolo Suplementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (documentos 9960 y 9959, respectivamente). No están en vigencia.
- viii) Convenio de Montreal (2014), Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves. No está en vigencia.

Además de lo precedente en materia normativa, se da la posibilidad de anexar a los Acuerdos Bilaterales de Tráfico Aéreo una cláusula para reafirmar el compromiso entre las partes, preservando la seguridad, conforme a la orientación de la OACI, como, asimismo, el compromiso de asistencia de cada Parte a fin de prevenir los actos de interferencia ilícita.

Esta cláusula modelo fue adoptada en el año 1986 por el Consejo de la OACI como fórmula opcional a ser incorporada a voluntad de las partes intervinientes en todo acuerdo sobre transporte aéreo. Fue aplicada por vez primera en el año 1977 en el Acuerdo de Bermuda II entre el Reino Unido y los EE.UU. de América.

Queda claro que el conjunto de herramientas que dispone hoy día la comunidad aeronáutica Internacional asegura una red de prevención contra la comisión de actos de interferencia ilícita.

a) El Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963, fue una tibia iniciación en la lucha contra los actos de interferencia ilícita, que entró en vigencia 90 días después de la fecha de depósito del 12º instrumento de ratificación.

El Convenio establece obligaciones para los Estados parte, como consecuencia de las atribuciones que se confieren a los comandantes de aeronave. Sin constituir un estatuto sobre la situación del comandante de aeronave, el Convenio es el único instrumento internacional que se refiere a un determinado número de atribuciones y facultades del mismo, ante la emergencia de comisión de actos ilícitos a bordo de aeronaves. Reitero que el Convenio no configura un auténtico estatuto, como ha sido la pretensión volcada en numerosos proyectos, el más saliente de los cuales es el Proyecto de Estatuto Internacional del Comandante de Aeronave redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, ingresado como proyecto a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la OACI, pero que hasta el presente no ha sido objeto de tratamiento.

El comandante de aeronave no puede adoptar medidas punitivas, sino de carácter preventivo. Está facultado por el Convenio a tomar por sí mismo decisiones que son importantes para preservar la seguridad a bordo. Estas facultades de mantener el orden y la disciplina a bordo, que en exclusividad tiene el comandante de la aeronave, con el posterior Protocolo al Convenio de Tokio, firmado en Montreal el 4 de abril de 2014, se pone en paralelo la acción de los llamados IFSO (*Inflight Security Officer*), o “*air marshalls*”, en la terminología corriente, tema al que me referiré más adelante.

Se intenta, en el artículo 11, redondear un concepto de apoderamiento ilícito de aeronave pero resulta insuficiente; de ahí que un Convenio posterior, el de La Haya de 1970, entró en mayores precisiones sobre la tipificación del delito en cuestión.

Este artículo 11 dispone: “1. Cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos, los Estados contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control. 2. En los casos previstos en el párrafo anterior el Estado Contratante en que aterrice la aeronave permitirá que sus pasajeros y tripulantes continúen su viaje lo antes posible y devolverá la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores”.

A lo largo del texto del Convenio se advierte que el mismo no define los actos criminales, pero remite enteramente a la legislación nacional, tal lo que surge del artículo 1.

Por otra parte, al no contener reglas precisas sobre la extradición, a lo que se suma la debilidad de los artículos 3 y 4 que no refuerzan la idea de ejercicio de jurisdicción por el Estado de aterrizaje, colocan al Convenio de Tokio en una situación frágil, siendo rescatable sin embargo, la iniciativa de haber abierto el camino de la regulación internacional para la prevención de los ilícitos aeronáuticos.

b) El Convenio sobre Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, suscripto en La Haya en 1970, se refiere de una manera específica al ilícito de marras, completando el vacío presentado en este orden de cosas por el Convenio de Tokio de 1963.

En el mismo artículo 1 define lo que debe ser entendido como ilícito cuando estipula que: “Comete un delito (que en adelante se denominará “el delito”) toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos”.

El artículo 2 se refiere a “penas severas” con las que los Estados parte deben sancionar la comisión del apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo. Hete aquí que si los Estados, al adherir al Convenio, no incluyen en su ordena-

miento jurídico interno la identificación de tales “penas severas” en observancia de lo dispuesto en el Convenio, éste resultará totalmente declarativo, sin ninguna virtualidad jurídica.

El Estado en cuyo territorio se encuentre el delincuente en custodia deberá extraditarlo o bien someterlo a la justicia. Esta obligación impuesta en el artículo 7 es de carácter obligatorio sin excepción, y deberá ser tratado el delito como un delito de orden común de naturaleza grave, para descartar la argumentación muchas veces falaz de un delito político para obtener asilo y descartar su penalización.

Este Convenio se circunscribe a la tipificación del apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo, pero no se refiere a otras expresiones delictivas cometidas en contra del sistema de aviación civil internacional.

c) El Convenio de Montreal de 1971 se refiere a los actos de sabotaje y otros actos de violencia contra la aviación civil, incluyendo en su ámbito material de aplicación, los actos de violencia contra pasajeros o tripulación a bordo, contra la seguridad de la aeronave y las facilidades de aeronavegación, así como la comunicación de información falsa que comprometa la seguridad de la aviación civil.

En su contenido, se definen los alcances de lo que debe entenderse por actos de interferencia ilícita contra la seguridad de la aviación civil y por supuesto que incluye tentativas de comisión de cualquiera de los ilícitos (artículo 1).

Como sucede en el Convenio de La Haya de 1970, existen disposiciones que refuerzan el procedimiento de extradición o enjuiciamiento para el caso que un Estado tenga en custodia al perpetrador del ilícito.

Se diferencia del antedicho Convenio porque amplía el espectro de ilícitos, no circunscribiéndose al supuesto de apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo, sino que comprende otras expresiones criminales.

d) El Protocolo de 1988 sobre Violencia en los Aeropuertos es un resultado posterior a los ataques producidos en los aeropuertos de Roma y Viena en diciembre de 1985, con el saldo de tantas víctimas.

Es importante este instrumento internacional, que incorpora figuras delictivas que no se encuentran contempladas en los anteriores documentos. Operativamente extiende las previsiones contenidas en el Convenio de Montreal de 1971 al caso de aeropuertos afectados a la aviación civil internacional.

Sin embargo, agrega dos delitos que no quedan comprendidos en el Convenio antedicho, el que ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto afectado a la aviación civil internacional, causando lesiones graves o muerte, como asimismo el que destruya o seriamente dañe las facilidades de un aeropuerto afectado a la aviación civil internacional o aeronave que no se encuentre en servicio ubicada en las instalaciones aeroportuarias o interrumpa los servicios del aeropuerto. En estos casos resulta necesario que tales actos pongan en peligro la seguridad del aeropuerto.

e) Respecto del Convenio sobre Marcación de Explosivos Plásticos, adoptado en el año 1991, debe señalarse que la OACI asumió en dicha oportunidad, la responsabilidad de elaboración de este Convenio en representación de otros organismos del sistema de las Naciones Unidas.

El detonante fue la destrucción del vuelo 182 de Air India en el año 1985 sobre el Atlántico y del vuelo 103 de Pan American sobre la localidad escocesa de Lockerbie, en diciembre de 1988, en ambos casos con aplicación de explosivos plásticos en equipos de equipaje a bordo de las aeronaves.

La dificultad estriba en la detección de tales explosivos para el caso de no estar marcados, condición que facilita su identificación en pasajeros, equipaje, correo y carga. La obligación que contraen los Estados parte es la prohibición y prevención de la fabricación, importación y exportación de explosivos sin marcación, el destruir los existentes stocks de explosivos sin marcar, luego de un período definido y, mientras tanto, ejercitar un control estricto sobre la posesión de tales elementos.

Este compromiso se orienta a los Estados productores de explosivos plásticos. El Convenio comprende un Anexo Técnico que describe los explosivos que entrarían bajo la consideración del Convenio, tanto como una lista de agentes de detección que se usan como marcadores químicos para la producción de nuevos explosivos. Asimismo, dio lugar a la constitución de un grupo técnico encargado de actualizar la categorización de elementos químicos de marcación. Este Convenio se complementa con las previsiones que sobre el particular están contenidas en el Anexo 17 al Convenio de Chicago de 1944.

f) Convenio sobre Compensación de Daños a Superficiarios en Ocasión de Actos de Interferencia Ilícita (Montreal, 2009).

Si bien es cierto que este instrumento legal internacional no se refiere específicamente al derecho aeronáutico penal, regula las consecuencias dañosas resultantes de la comisión de actos de terrorismo. Es el producto de varios años de estudio en el Comité Jurídico y previamente de un Grupo Especial que abordó la modernización del Convenio de Roma de 1952, enmendado parcialmente en el Protocolo de Montreal de 1978, con actualización de límites compensatorios, sobre daños a terceros en la superficie por daños ordinarios, como puede representarlo la caída de la aeronave o de algún elemento de ésta a la superficie.

Al producirse los acontecimientos delictivos del 11 de septiembre de 2001, con la secuela de muertes, lesiones y daños materiales, urgió a la OACI la elaboración de un convenio que actualizara, además de los límites cuantitativos de la responsabilidad del operador aéreo, la previsión de causas de daños de tipo extraordinario como es el terrorismo aeronáutico.

Al principio se consideró que tanto los daños diremos “ordinarios” como los “extraordinarios” debían fundirse en un solo instrumento a fin de facilitar la aplicación y hermenéutica consiguientes. Posteriormente la opinión prevalente

fue desdoblar en dos documentos a cada una de las causales, en la certeza de que de este modo se facilitarían su aplicación, criterio que finalmente prevaleció.

Me ocuparé del convenio orientado a contemplar la compensación por daños ocasionados por actos de interferencia ilícita. Es interesante destacar que en las propias definiciones se distancia de las previsiones del Convenio de Roma de 1952. Por de pronto, para evitar caer en el riesgo de una concepción de acto de interferencia ilícita no consensuado, se remite a lo que al respecto contemplan tanto el Convenio de La Haya de 1970 como el de Montreal de 1971. La extensión temporal del vuelo abarca desde el momento que se cierran las puertas de la aeronave hasta que, al momento de aterrizar, se abren las mismas, no aludiendo como el primigenio Convenio a la aplicación de fuerza motriz en el despegue hasta que termina el recorrido del aterrizaje, sino que se centra en considerar como vuelo al segmento temporal en el que la comunidad a bordo queda confinada en el habitáculo de la aeronave, independientemente que haya iniciado el recorrido en la pista para el despegue.

Esta consideración permite incluir daños de eventos producidos antes del despegue o después del aterrizaje en el correspondiente aeropuerto.

El régimen del responder del operador es absoluto y así resulta en dos convenios sobre daños extracontractuales, actualizándose el monto compensatorio en función del peso de la aeronave. Pero median importantes diferencias, ejemplo de ello es la constitución de un fondo suplementario que permite cubrir las compensaciones en caso que los operadores no puedan satisfacerlas, integrado por una contribución de los usuarios del transporte aéreo.

Se admite también el pago anticipado, siguiendo en este orden de ideas el principio consagrado en el Convenio sobre Unificación de ciertas reglas sobre el transporte aéreo internacional de Montreal de 1999. Además, en el capítulo sobre definiciones, el elenco comprende el concepto de operador y de evento dañoso, entre otros.

g) El Convenio y el Protocolo de Pekín de 2010, sobre Delitos Emergentes o Nuevas Expresiones de Interferencia Ilícita contra la Aviación Civil Internacional.

Estos instrumentos internacionales vienen a completar el elenco de ilícitos aeronáuticos, no contemplados en los documentos citados anteriormente, identificando lo que se ha dado en llamar “delitos emergentes”, en particular los actos de organización, dirección e instigación de actos de interferencia ilícita contra la aviación civil o bien constituyendo una organización criminal con el propósito de causar muerte, lesión o daño, como asimismo la colocación o descarga en tal aeronave de sustancias biológicas, químicas o nucleares con el propósito de producir un crimen internacional. También el transporte de explosivos o de sustancias nucleares a bordo sin autorización queda tipificado como crimen internacional.

En tanto que el Convenio representa un nuevo enfoque de lo contemplado ya en el Convenio de Montreal de 1971, puesto que está añadiendo nuevos ilícitos; el Protocolo de Pekín enmienda al Convenio de La Haya de 1970.

Cabe destacar que todos los instrumentos que he citado hasta ahora, cuando se refieren a las reglas de competencia, retienen el principio que los torna viables, el de la extradición o juzgamiento por parte del Estado en el que se encuentre el autor del delito.

h) Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves, adoptado en Montreal el 4 de abril de 2014.

Este documento está destinado a modernizar el texto del Convenio al que complementa, para adaptarlo a la evolución del comportamiento de los pasajeros a bordo en vuelos internacionales en las últimas décadas.

Dos elementos aparecen en el Protocolo en cuestión: los pasajeros insubordinados a bordo y la presencia de los agentes de seguridad.

Por una parte, regula la situación creada por los pasajeros insubordinados cuya conducta, si bien no llega a configurar un delito propiamente dicho, encierra el riesgo para la seguridad de la aeronave, como el fumar a bordo, la intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, la agresión verbal o física contra algún miembro de la tripulación.

Este tema es más frecuente de lo que uno puede imaginar, llegando la IATA (Asociación Internacional de Transporte Aéreo) a registrar un elevado número de esta suerte de incidentes. A título ilustrativo, recuerdo que en el mes de octubre de 2014, se produjo un hecho de interferencia en el trabajo de la tripulación y agresión sexual a una pasajera a bordo de una aeronave de Japan Airlines, que obligó al comandante de la aeronave a regresar a Honolulu, luego de requerir la asistencia de tres pasajeros. En el lugar de aterrizaje, agentes de la FBI apresaron al pasajero, quien fue condenado a cadena perpetua, de acuerdo con la legislación nipona.

Ya la OACI elaboró un material de orientación contenido en la circular 288 sobre los aspectos legales de pasajeros violentos o insubordinados.

Además, con anterioridad, en la 33ª Asamblea de la OACI, el plenario adoptó la resolución A 33-4 sobre la necesidad que los Estados contratantes adopten en sus ordenamientos jurídicos nacionales este tipo de infracciones cometidas a bordo de aeronaves civiles por parte de pasajeros insubordinados, conteniendo un modelo de legislación en el Apéndice.

El artículo X que añade como artículo 15 bis al Convenio de Tokio de 1963, es bien claro al alentar a cada Estado contratante a tomar las medidas que sean necesarias para iniciar procedimientos penales, administrativos o cualquier otro tipo de procedimiento judicial contra quien agrede físicamente, o amenace cometer agresión contra un miembro de la tripulación, o se niegue a obedecer instrucciones legítimas impartidas por el comandante de la aeronave o en nombre del comandante de la aeronave, con la finalidad de garantizar la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes a bordo de la misma.

Destaca asimismo que ninguna de las disposiciones del Convenio afectará el derecho de cada Estado de introducir o mantener en su legislación nacional medidas apropiadas para sancionar actos insubordinados o perturbadores cometidos a bordo.

Para este delicado asunto, debe mediar un protocolo a seguir en el supuesto de emplazamiento de agentes de seguridad a bordo, teniendo siempre presente que es el comandante de la aeronave quien tiene en última instancia la responsabilidad de la seguridad operacional y la tutela a bordo de sus aeronaves. Por ello es que debe establecerse en dicho protocolo un reconocimiento claro que incumbe al comandante para el desenvolvimiento ordenado del vuelo, así como también el reconocimiento de la autoridad del comandante y la cadena de mando.

Tengo para mí que la presencia de personal de seguridad a bordo es la última línea de defensa, y por ello debe coordinarse cuidadosamente su eventual intervención con el comandante de la aeronave.

La presencia de IFSOs a bordo es una opción ante situaciones excepcionales en que se identificó una amenaza específica. Los Estados cuentan con una amplia gama de contramedidas posibles, incluyendo el incremento de seguridades en tierra.

Me permito recordar lo que dispone sobre el particular la Norma 4.6.5 del Anexo 17: “el Estado contratante considerará las solicitudes formuladas por cualquier otro Estado para permitir que personal armado pueda viajar a bordo de aeronaves de los explotadores del Estado solicitante. Este tipo de viajes sólo se permitirá después que ambos Estados hayan llegado a un mutuo acuerdo”.

El Protocolo adicional al Convenio de Tokio de 1963, siguiendo la tendencia de los últimos instrumentos internacionales de derecho aeronáutico penal, adopta un concepto de vuelo acorde con la realidad en la que la comunidad de tripulación y pasajeros queda configurada cuando se cierran todas las puertas externas después del embarque, hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque, destacando que en caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.

El miedo es la tribulación más corriente entre los pasajeros que los lleva a estos tipos de inconductas; un informe sobre pasajeros de Air Canadá, lo sitúa en un 27%; los mayores incidentes se han producido con los deportistas que viajan en equipo, eufóricos y alcoholizados pero con buen estado físico, en muchos casos resulta difícil contenerlos.

Pero lo que representa un elemento novedoso, es la presencia de un agente de seguridad a bordo, concurriendo con las facultades y atribuciones del comandante de la aeronave, tal como se contempla en el artículo VII que modifica el artículo 6 del Convenio.

Esta figura, que ya estaba prevista en las normas 4.7.5 y 4.7.8 del Anexo 17 al Convenio de Chicago de 1944, regulando la actuación del IFSO (*In flight*

Security Officer), da cuenta que únicamente personal especial seleccionado y entrenado por el gobierno puede desempeñarse como tal, teniendo en cuenta tanto la seguridad operacional como la seguridad contra actos de interferencia ilícita a bordo de la aeronave.

La presencia de tales agentes de acuerdo con estos SARPs tiene que ser coordinada con las autoridades del Estado del destino de cada vuelo, toda vez que resulta necesario y conveniente que dichas autoridades tomen conocimiento de la presencia a bordo de tales agentes con anticipación al arribo de cada vuelo.

Por supuesto, dada la naturaleza del tema, resulta estrictamente confidencial la presencia a bordo del agente de seguridad, salvo que el comandante deberá estar informado sobre dicha circunstancia así como el asiento que ocupará, mucho antes de iniciar el vuelo.

El empleo o tenencia de armas a bordo también se encuentra previsto en este Anexo 17, con previsiones que van en consonancia con lo convenido en acuerdos bilaterales, para evitar conflictos.

Hay compañías aéreas que llevan a bordo de sus vuelos a los agentes de seguridad y en tal sentido ha sido precursora la línea aérea israelita EL AL que siempre lleva tres guardas por cada aeronaves; son empleados del gobierno israelí y están armados con automáticas, dos pistolas ametralladoras se llevan en cartucheras adaptadas especialmente que parecen portafolios de aquellos que portan los hombres de negocio; hoy día son muchas las líneas aéreas que hacen uso de este elemento.

El Protocolo ha llevado a mayor rango la presencia y eventual participación de los IFSOs, a punto tal que en ciertos casos pueden actuar aún sin la autorización del comandante, claro está, cuando tengan razones fundadas para creer que tales medidas son urgentes a fin de proteger la seguridad de la aeronave o de las personas en la misma de un acto de interferencia ilícita y, si el acuerdo o arreglo lo permite (se refiere al acuerdo o arreglo bilateral o multilateral entre los Estados contratantes que admitan su presencia a bordo), esa acción para evitar la comisión de infracciones graves.

En la mayoría de los convenios multilaterales de los últimos años sobre el derecho aeronáutico penal, se aborda la obligación del Estado en el que se encuentre quien ha cometido el ilícito, de que se lo extradite en caso que no lo someta a la jurisdicción de sus propios tribunales, asegurándose así la penalización correspondiente en todos los casos y evitando la invocación de encuadre político a delitos propios del derecho común.

IV. CONCLUSIÓN

La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) creada en el Convenio de Chicago de 1944, y que ya cuenta con 70 años en vigencia, viene desde su puesta en operación (1947), dedicando todos sus esfuerzos al desarrollo de un sistema de aviación civil internacional eficiente, ordenado y especialmente seguro.

La seguridad, en sentido lato representa el cimiento de todo el sistema aeronáutico, el que permite que surquen los cielos diariamente miles de aeronaves civiles y aerocomerciales, constituyendo su tutela los objetivos estratégicos más importantes que vienen reforzándose a lo largo de estos últimos años.

Sin embargo, debo recordar que la OACI no tiene más poder que el que cada uno de los Estados contratantes soberanos quiera ejercer en procura de los objetivos estratégicos señalados, a efectos de que puedan concretarse en una red mundial de seguridad contra los actos de interferencia ilícita.

Hay de por medio el reconocimiento de la soberanía de cada Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Convenio de Chicago de 1944, que supedita la acción del organismo internacional a la aquiescencia por parte de la membresía de Estados (191) a las decisiones y orientaciones para erradicar o al menos atenuar la comisión de ilícitos.

No obstante ello, en virtud de los artículos 37 y 38 del mencionado Convenio, cada Estado contrae el compromiso de alcanzar la uniformidad en procedimientos y métodos que garanticen la trilogía en la que se asienta la existencia del sistema de transporte aéreo, la regularidad, eficiencia y especialmente la seguridad.

Si bien es cierto, como lo destacué oportunamente, los Anexos al Convenio de Chicago (19), que en consecuencia de los citados artículos se han venido elaborando, no constituyen un tratado internacional propiamente dicho en los términos de lo establecido en el Convenio sobre el Derecho de los Tratados de Viena del 23 de mayo de 1969, mundialmente está reconocido el valor de algo más que compromiso moral, como los anglosajones acuñan el término de “*soft law*” que cada uno de los Estados tiene que cumplir desde su adhesión al Convenio Internacional.

El “arsenal” que la OACI brinda a la comunidad internacional, constituido por herramientas tecnológicas, procedimientos, orientaciones, más el importante aporte de los convenios de derecho aeronáutico penal, requieren para la mayor efectividad, de las medidas preventivas y oportunamente represivas que cada Estado, luego de la adhesión por los medios constitucionales que correspondan, adopte dentro del ordenamiento jurídico nacional las correspondientes medidas punitivas para que así pueda en la realidad cobrar sentido el acto de adhesión que hace de cada convenio del derecho aeronáutico penal.

Sólo el elemento coercitivo confiere virtualidad jurídica a ese conjunto de convenios y protocolos sobre la materia aeronáutica penal internacional. De lo contrario no pasan de ser puramente declarativos, sólo previsiones de buena intención.

Habrán definitivamente que tener en cuenta que el tema de afianzar la seguridades del sistema de la aviación civil, es de naturaleza global, no nacional, de ahí que la cadena de total seguridad de dicho sistema debe asentarse en criterios de colaboración, cooperación y coordinación entre los Estados contratantes

frente a la aplicación de normas, prácticas recomendadas y las mismas disposiciones contenidas en el marco jurídico aeronáutico penal.

El eslabón de la cadena de seguridad que resulta de mayor gravitación en su preservación, son las contramedidas de seguridad que deben adoptarse antes del embarque de pasajeros y carga, incrementando las medidas de control en el aeropuerto, escenario en el que se engendra el ilícito aeronáutico.

En la concepción actual, el terrorismo no ha de ser concebido como choque de civilizaciones, sino como un real desafío a cada Estado para imponer nuevas propuestas del derecho internacional público con el objeto de afianzar la paz mundial.

Cada Estado sabe lo que es lo mejor para sí, debe cobrar conciencia que sólo por el camino del consenso en el concierto mundial podrá combatirse eficaz y efectivamente al flagelo del terrorismo aeronáutico.

BIBLIOGRAFÍA

- OACI, Convenio sobre Aviación Civil Internacional, documento 7300.
- Convenio de Tokio de 1963 sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves, documento 8364.
 - Convenio de La Haya de 1970 sobre Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, documento 8920.
 - Convenio de Montreal de 1971 sobre Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, documento 8966.
 - Protocolo de Montreal de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, documento 9518.
 - Convenio de Montreal de 1991 sobre Marcación de Explosivos Plásticos para Fines de Detección, documento 9571.
 - Convenio de Montreal de 2009 sobre Compensación por Daños a Terceros Superficiales resultantes de Actos de Interferencia Ilícita que hayan involucrado a Aeronaves, documento 9920.
 - Convenio de Pekín de 2010 para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional y Protocolo Suplementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, documentos 9960 y 9959, respectivamente.
 - Protocolo de Montreal de 2014 que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española (DRAE)*, 23ª edición, octubre de 2014.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Datascan SA, Guatemala, 2013.
- SAUNDERS, John B., *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*, 9ª ed., London, Butterworths, 1977.

EL CONVENIO DE CAPE TOWN Y EL DERECHO AERONÁUTICO REGISTRAL

Por HERNÁN A. GÓMEZ*

Resumen:

El presente artículo explorará el derecho aeronáutico registral y sus principios rectores desde el prisma del derecho anglosajón. Ello, porque este derecho inspira el Convenio relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo Específico de los Elementos de Equipo Aeronáutico firmado en Ciudad del Cabo hacia el año 2001. Luego nos centraremos en el estudio del citado instrumento internacional, desde sus orígenes y su fundamentación hasta llegar al análisis del mismo. Analizaremos las diferentes generaciones de garantías centrándonos en las garantías de tercera generación, con sus características propias, que han sido impuestas desde la industria. Para ello veremos la creación de las garantías, su protección, los mecanismos ante el incumplimiento y la extinción de las mismas. Así, las ciencias jurídicas procuran dar nuevas herramientas al mercado financiero a través de un nuevo paradigma registral. Dicho orden jurídico impacta en la industria reduciendo la tasa de interés para obtener la disponibilidad de ciertas aeronaves y motores. Procuraremos sistematizar el estudio del Convenio y las relaciones jurídicas que contempla. También analizaremos la instrumentación del Registro Internacional de Equipos Móviles Aeronáuticos creado por el Tratado. Por último ofreceremos al lector las conclusiones que hemos obtenido.

Palabras clave:

Aeronaves, Convenio Cape Town, Sistema de Garantías, Registro Internacional.

* Abogado. Con Postgrados en Derecho Aeronáutico y Espacial y en Derecho Registral. Docente. Se desempeñó como titular del Registro Nacional de Aeronaves de la República Argentina. En la actualidad, entre otras funciones, es representante alterno por su país ante el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional y ante la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil.

THE CAPE TOWN CONVENTION AND THE REGISTRATION AIR LAW

Summary:

This article explores the Registration Air Law and its guiding principles from the common law perspective. This is due to the fact that this law inspires the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Aircraft Protocol, signed in Cape Town in 2001. We will then focus on the analysis of the aforementioned International Instrument, from its origins and its legal basis until the analysis thereof. We also study the generations of different interests, with a particular focus on the third generation of interests with its own characteristics, which have been imposed from the industry.

To do this we will review how the guarantees arise from, the ways to obtain their protection, as well as the specific default remedies and the extinction of the interests. Thus, the legal science seeks to provide new tools to the financial market through a new registration paradigm. This legal system has an impact on industry by reducing the interest rate in order to obtain the availability of certain aircrafts and engines. We intend to systematize the study of the Convention and the legal relationships contemplated. In addition, we will analyze the implementation of the International Registry of Mobile Assets created by the Convention. Finally, we present some conclusions.

Keywords:

Aircraft, Cape Town Convention, Interests System, International Registry.

I. EL DERECHO AERONÁUTICO REGISTRAL

Iniciaremos este trabajo preguntándonos cuáles fueron las causas del nacimiento del Derecho Aeronáutico Registral.

La doctrina, pacíficamente, entiende que ante el hecho técnico y la aeronave como su consecuencia, nació el derecho aeronáutico. Uno de los primeros temas a tratar, contemporáneamente a sus orígenes, fue la protección de los derechos que contemplan a una aeronave y las medidas o garantías que afectan a las mismas. Este incipiente temario generaría una registración de carácter dominial.

Sin embargo, en algunos países, el concepto de registración aeronáutica se extendió a otras ramas de la materia, como por ejemplo a las licencias en general. Esta concepción amplia originará una registración aeronáutica de carácter administrativo general.

La autonomía de la materia aeronáutica tiñe con su especificidad el tratamiento registral relacionado con ella, adquiriendo nociones propias que no se encuentran dentro del derecho registral general.

Por ello, nos atrevemos a definir a la especie del derecho aeronáutico que regula la materia registral como “el conjunto de normas, principios, costumbres y doctrinas que regulan todo lo referente a la registración y publicidad de he-

chos o actos jurídicos relacionados con la situación jurídica de la aeronave o de las personas relacionadas con ella”.

Adoptamos esta definición amplia, de conformidad a lo dispuesto en la mayoría de los Códigos Aeronáuticos de raigambre continental romana, porque no sólo se inscriben los derechos personales y reales, sino también las anotaciones personales y todas aquellas medidas que ordene la justicia. También porque resultará omnicomprensiva de los diferentes tipos de Registros, incluyendo los Administrativos.

Si bien ya hemos tratado los principios del Derecho Aeronáutico Registral en otras obras¹, para no reiterarnos, a continuación proponemos analizar los mismos desde la perspectiva del presente artículo.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AERONÁUTICO REGISTRAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ANGLOSAJÓN. ¿ES POSIBLE UNA COEXISTENCIA?

De acuerdo con las consideraciones precedentes, proponemos como principios de derecho aeronáutico registral a los siguientes:

- Principio de publicidad.
- Principio de rogación.
- Principio de matriculación.
- Principio de consentimiento.
- Principio de autenticidad.
- Principio de prioridad y rango.
- Principio de tracto continuo.
- Principio de legalidad.
- Principio de especialidad.
- Principio de legitimación.
- Principio de fe pública registral.
- Principio de colaboración técnica.

¹ GÓMEZ, Hernán, “El Derecho Aeronáutico Registral”, en *Derecho Aeronáutico Registral. Compendio de legislación, doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Fundación AENA e Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, 2010, ps. 15-98.

- Principio de referencia.
- Principio de onerosidad.
- Principio de internacionalidad.

Ahora bien, algunos de estos principios deben ser re-analizados bajo el prisma de la ley anglosajona, particularmente cuando la misma es fuente de inspiración directa de Convenios como el relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo Específico de los Elementos de Equipo Aeronáutico, de la Ciudad del Cabo del año 2001, al que nos abocaremos en el presente artículo.

Entre los principios a reconsiderar creemos que, a la luz de este tratado, no merecen un re-análisis particular el principio de publicidad, el de rogación o instancia, el de matriculación en el país de bandera de la aeronave, el de colaboración técnica, dinamismo, tracto continuo, especialidad, referencia, consentimiento, onerosidad y el de internacionalidad.

Sin embargo, los principios de autenticidad, prioridad y rango, legalidad, especialidad o determinación y fe pública registral, deben reconsiderarse a la luz de este tratado, como veremos a continuación.

Con relación al principio de autenticidad, el Convenio de Cape Town se inclina por el sistema anglosajón de registración que excluye toda calificación de la autenticidad del documento, que permanece bajo riesgo y responsabilidad de las partes. Estos riesgos son cubiertos mediante un contrato de seguro opcional en algunos casos. De esta manera se podría asegurar el valor del derecho inscripto, pero nunca el derecho.

Así, por ejemplo, la registración de una garantía se limita a la mera actividad del usuario del sistema informático del Registro Internacional. Este Registro no califica y se limita a validar la entrada de información en su base de datos. Entre las ventajas de este sistema encontramos que el interesado-usuario registra el derecho con celeridad. Entre las desventajas encontramos que esta registración de derechos no garantiza que el título se presuma auténtico, ni resulta un título dominial perfecto.

Con respecto al principio de prioridad y rango, que se convierte dentro del derecho continental en una de las aplicaciones del principio romano *prior in tempore, potior in iure*, con sus consideraciones de orden público para la inalterabilidad del rango sin los debidos consentimientos, encontramos que el Convenio referenciado permite disponer el orden de ciertos derechos.

Dentro del derecho continental romano el principio de legalidad en la materia registral aeronáutica conlleva la idea que un proceso inscriptorio debe culminar luego de que el Registro haya evaluado y calificado los documentos

a inscribir, de acuerdo con la normativa vigente. Roca Sastre² define este principio como “aquel que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación”.

Mediante dicha calificación, este principio posibilita el cumplimiento del resto de los principios. Así, y a pesar de las diferencias procedimentales de cada país, en general creemos que ante la presentación de un documento a inscribir, un Registro, luego de calificarlos, tendrá cuatro posibilidades:

1. Rechazar el trámite

Mantenemos serias reservas con respecto al sistema de precalificación que se presenta en varios Registros, aunque reconocemos que la misma es de gran utilidad para el registrador.

Creemos, en concordancia con lo dispuesto por las leyes de procedimientos administrativos, que en general recogen el principio de informalidad, derivado del principio constitucional de peticionar a las autoridades, el Registro no puede someter a un previo y somero análisis una solicitud, como causal para evitar el ingreso de un expediente administrativo.

La solicitud o instancia debe ingresar y, si no cumple con elementos esenciales, la oficina de Registro podrá rechazar *in limine* lo solicitado. Sostenemos tal teoría, aun cuando en la práctica para cualquier Registro Nacional de Aeronaves implique una notable sobrecarga de trabajo, ya que al habilitarse la instrumentación de operaciones por instrumento privado con firma certificada, estas instituciones no cuentan con el análisis previo de notarios públicos que relacionan lo solicitado y completan una minuta (o resumen de los datos que inscribirá el registro), lo que facilita notablemente el trabajo en el área de otros Registros, como por ejemplo los de la Propiedad Inmueble y el Registro de Buques para naves superiores a determinadas toneladas de arqueo.

2. Otorgar una inscripción provisoria

La inscripción provisoria es aquella que se extiende cuando, luego del análisis, el Registro, de conformidad a la normativa vigente, considera que la documentación presentada adolece de un vicio o defecto formal que no impide su anotación temporaria hasta tanto se subsane el defecto o se presente la documentación accesoria faltante. En la legislación comparada también suele llamarse inscripción temporal.

² ROCA SASTRE, Ramón M., *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, Depalma. 1955.

3. *Otorgar una inscripción condicional*

Las inscripciones condicionadas son aquellas que se encuentran supeditadas al cumplimiento de una condición. Como ejemplo podemos imaginar que una persona legitimada solicitó un certificado de dominio y que con posterioridad ingresa al Registro una orden judicial ordenando la traba de un embargo sobre el bien de referencia. El certificado tendrá un rango prioritario sobre esta última medida que se anotará condicionada a la inscripción del derecho sobre el cual fuera solicitado el certificado.

4. *Otorgar una inscripción definitiva*

La inscripción definitiva es aquella que procede luego de que el Registro califique a la documentación ingresada, sin realizar ninguna observación porque se encuentra conforme a la legislación vigente.

También una inscripción puede resultar definitiva por conversión de una previa inscripción provisoria o condicional.

Ahora bien, recordamos que en el Registro Internacional no existe calificación previa sino una declaración del usuario en el sistema informático.

El cumplimiento del principio de especialidad o determinación conlleva la eficacia de un registro. Por ello la registración de la cosa mueble registrable, denominada aeronave, debe ser clara, precisa y determinada. Nunca difusa. El principio de determinación se aplica sobre:

- i) La aeronave en su carácter complejo comprende en principio al fuselaje, sus motores y hélices. Todos estos componentes deberán individualizarse mediante la descripción de su marca, modelo, número de serie y además, con relación al fuselaje, debe constar el país y el año de fabricación. Destacamos que el Convenio de Cape Town no se aplica a todas las aeronaves.
- ii) La especificación del derecho y, en caso de corresponder, su monto.
- iii) La individualización del sujeto.

Para cumplir con este principio el sistema informático del Registro Internacional estandarizó los campos de datos a completar, que aspiran —sin lograrlo— a convertirse en una colección de modelos de asientos llamada técnicamente vademécum.

Con relación al principio de fe pública registral observamos que por definición, todo instrumento público debe tener “fe pública”, tanto intrínseca como extrínsecamente. Así observamos a este principio legislativo propio de la ley argentina y de la mayoría de los países de la órbita del derecho continental romano. Por remisión analógica podemos observar que la ley registral inmobiliaria argentina, considera en su artículo 29 que “el asiento registral servirá como

prueba de la existencia de la documentación que lo originara, en los casos a que se refiere el artículo 1011 del Código Civil”.

El artículo 1011 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield expresa que “Si el libro de protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el Registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente”.

Creemos que los asientos inscriptorios y las certificaciones registrales son instrumentos extendidos por “funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”, por lo cual revisten la calidad de instrumentos que necesariamente conllevan la fe pública³.

Inferimos que, como el Registro ejerce una legitimación activa sobre los derechos inscriptos, la misma se extiende al negocio jurídico que lo sustenta, luego de la calificación registral.

Estamos en presencia de una derivación de la fe pública administrativa, que es una de sus manifestaciones, junto a la judicial y a la notarial. Claro que las registraciones del Registro Internacional no presentan las características de fe pública registral propias de nuestro derecho.

Las falencias que presenta el Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo Específico de los Elementos de Equipo Aeronáutico firmado en Ciudad del Cabo hacia el año 2001, desde la mirada del derecho continental romano, con relación a los principios de autenticidad, el orden y rango de los privilegios, legalidad, especialidad o determinación y fe pública registral pueden salvarse si los Estados que ratificaran el tratado hicieran uso de las Declaraciones previstas en el instrumento internacional y optaran porque los Registros de Aeronaves nacionales se conviertan en Puntos de Acceso Exclusivos de esta información.

Prueba de lo expuesto es que, con las debidas atenciones, el Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo Específico de los Elementos de Equipo Aeronáutico firmado en Ciudad del Cabo hacia el año 2001 (en adelante, Convenio de Cape Town, o Convenio de Ciudad del Cabo) viene aplicándose en un concierto de naciones que abrevan su fuente en el derecho romano de raigambre continental.

Partiendo de la base de una real coexistencia del Convenio de Cape Town en los países de nuestra tradición jurídica, a pesar de las Declaraciones que podrían desnaturalizar el fin del Convenio, pasaremos a considerar el instrumento internacional.

³ N. del A. Artículo 979, inc. 2, Código Civil de la República Argentina.

III. EL CONVENIO DE CAPE TOWN

1. Origen del Convenio de Cape Town: la protección de una nueva generación de garantías

Unos de los motivos que impulsaron el Sistema de Ciudad del Cabo, según Comentario Oficial de Sir Goode⁴, ha sido la insuficiencia del Convenio de Ginebra puesto que al estar frente a un conflicto de leyes no ofrecía una ley de propiedad sustantiva uniforme. El citado autor sostiene que aquella Convención requería que los Estados reconozcan “sólo” cuatro categorías de derechos de propiedad.

Ahora bien, el nuevo Convenio de Ciudad del Cabo, junto con su Protocolo Específico para Aeronaves, mantiene a las garantías nacionales —no podría ser de otra forma— y por la influencia del artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América establece a la “garantía internacional”. Sin embargo, no encontraremos dentro de todas las remisiones de las normas una noción exacta de aquélla, salvo que será internacional por estar inscrita en un registro internacional, lo cual desde la filosofía del derecho implica una petición de principio.

Buceando en el Convenio podemos inferir que contempla a tres garantías, pero repetimos que el espíritu del Convenio es prescindir de toda formalidad y entender por garantía a todo aquel acto jurídico que tenga por finalidad garantizar en el marco de la más amplia voluntad de las partes. Si intentásemos romanizar el Convenio diríamos que aquellas son las que derivan de:

- a) Un contrato constitutivo de garantía;
- b) Una venta condicional con reserva de dominio; o
- c) Un contrato de arrendamiento.

Claro que se impone la pregunta ¿qué es una garantía?⁵. El eminente civilista francés Jacques Ghestin⁶ (quien fuera difundido en el ámbito iberoamericano por un destacado profesor uruguayo)⁷ define a los nuevos derechos de garantías, muy breve y tal vez irónicamente, como “una técnica específica de ruptura de la igualdad”.

⁴ GOODE, Roy, *Cape Town Convention and Aircraft Protocol Official Commentary*, edición revisada, Roma, Unidroit Publications, 2008.

⁵ N. del A. El término “garantía” semánticamente proviene del germano “*wahr*”, que significa verdad.

⁶ GHESTIN, Jacques (director), *Traité de Droit Civil. Droit común des sureté réelles* Paris, LGDJ, 1996, p. 10.

⁷ DE CORES, Carlos - GABRIELLI, Enrique, *El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, Reus, 2008, p. 64.

Por lo tanto estas garantías, inevitablemente, marcarán una distancia notable con varios principios jurídicos romanos y napoleónicos como, por ejemplo, la *par conditio creditorum*, el patrimonio único e indivisible, el *numerus clausus* de los derechos reales y el sistema de orden público de los privilegios o preferencias de los créditos, entre otros.

Propongo entender por Sistema de Garantías sobre aeronaves al conjunto de reglas o principios destinados a regir la creación, protección y la extinción de los derechos que se constituyan sobre una o más aeronaves y/o sus motores, para mayor seguridad jurídica de los interesados y de los terceros.

Declinamos la idea de establecer como cuarto elemento al incumplimiento —como lo propugna mayoritariamente la doctrina anglosajona— pues lo consideramos subsumido dentro de la protección.

Curiosamente, la doctrina habla del “Sistema de Ciudad del Cabo”, pero el Convenio y su Protocolo Específico sólo utilizan el término “Sistema” al referirse al “sistema internacional de inscripción”⁸ dando una connotación eminentemente registral.

Sin embargo podemos encontrar que el mismo Convenio presenta las características integrales de la *lex mercatoria* que pretende omnicomprender la creación, protección y ejecución de las garantías, junto con su cancelación.

En cuanto al concepto de aeronaves incluimos también en él a las aeronaves en construcción y sus motores, y a los motores de aeronaves considerados individualmente, por la importancia jurídica y económica que aquellas y estos componentes representan.

2. Clasificación de las garantías

Contemporáneamente al inicio de la fabricación en serie de aeronaves, las mismas se convirtieron en objetos de garantías, ya que todo proceso de fabricación e inserción en el mercado conlleva la necesidad implícita de su financiación.

En los albores del derecho aeronáutico las garantías fueron tomadas de manera aislada teniendo como fuentes de referencia principalmente al derecho marítimo y a las garantías reales del derecho civil. Por ello, creemos que el primer instituto jurídico de garantía aeronáutica que se estudió en profundidad fue la hipoteca.

Con la consolidación de los primeros juristas en la materia, particularmente de la doctrina francesa, por ej., Ripert o Lapradelle, y los italianos Cogliolo o Ambrosini, se comenzó a trabajar en un sistema de garantías que culminó en los trabajos del CITEJA⁹.

⁸ N. del A. Ver Considerandos, Capítulo IV, arts. 16, 17, y 28 del Convenio, y Capítulo III, arts. 36 y concordantes.

⁹ N. del A. Se denominó “CITEJA” al *Comité International Technique d’Experts Juridiques Aériens*, que fuera formado en 1925.

Tempranamente, hacia el año 1931, cuando recién el transporte aéreo internacional comenzaba a desarrollarse exponencialmente, el CITEJA aprobó visionariamente dos proyectos de convenciones, uno relativo a las hipotecas, otras garantías reales y los privilegios del aire y otro sobre la propiedad de aeronaves y el registro aeronáutico¹⁰.

Si nos ubicásemos temporo-espacialmente en la década del 40 del siglo pasado, observaríamos que cuando se hablaba de derechos de garantías los países latinos lo hacían en el marco del tradicional derecho civil y comercial, mientras que las naciones del sistema anglosajón enfocaban su estudio en la perspectiva de algunos contratos de compraventa financiada novedosos para la época. Estamos dentro de lo que se considera como la primera generación de garantías.

No obstante, debemos tener presente que ya con el Convenio de Ginebra ponemos un pie dentro de la segunda generación de garantías representada por el desplazamiento del bien y destinadas para sectores con tutela preferencial entre los cuales, naturalmente, se encuentra el transporte aéreo.

Ahora bien, adherimos a las teorías¹¹ que sostienen que en nuestra era globalizada —de la cual no escapa el derecho— se comenzó a desarrollar un nuevo derecho de las garantías reales mobiliarias que concluyó en la denominada tercera generación de garantías para el siglo XXI¹².

Las mismas presentan mayor flexibilidad y sostenemos que fueron consagradas definitivamente desde y por la revisión del año 1999 del artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América. De allí que destacada doctrina¹³ analice la influencia que tuvo este artículo en las legislaciones internacionales, considerándolo como fuente directa del Convenio de Ciudad del Cabo.

¹⁰ N. del A. CITEJA, Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (editor), *Proyecto sobre la Propiedad de Aeronaves y Registro Aeronáutico y Proyecto relativo a Hipotecas y Privilegios Aéreos*, París, CITEJA, 1931. Nota: Los Proyectos originales fueron presentados por Richter y Giannini, respectivamente, en lo que fuera considerado la época latina del derecho aeronáutico.

¹¹ DROBNIG, Ulrich, “Proprietary Security in Movable in the 21st Century”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana - FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina. 2007.

¹² N. del A. “Garantías de primera generación”: las encontramos, por ejemplo, en la prenda con la *traditio* —entrega de la cosa—. La doctrina determina su nacimiento e importancia irradiada desde Francia, 1804/2006. Ésta es de carácter eminentemente napoleónico.

“Garantías de segunda generación”: se observan, por ejemplo, en el supuesto de garantías con desplazamiento del bien para sectores de tutela preferencial (agrícola, de transporte, minero, etc.). Este tipo de garantías permite continuar con el uso del bien otorgado en tal carácter, que permanece en poder del deudor. Vale destacarse que por ser clasificaciones de origen anglosajón las mismas se explican mediante ejemplos o criterios enumerativos sin que la doctrina haya profundizado en una definición o en la naturaleza jurídica de aquéllas.

¹³ MOONEY JR., Ch. W. “Relationship between the Prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and National Civil Aviation Registries”, en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999, p. 336.

Se sumaron al impulso de la legislación estadounidense los trabajos de UNCITRAL, la Ley Modelo de OEA sobre Garantías Mobiliarias, la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y los Proyectos Unidroit.

Hemos analizado en la legislación comparada que aquellos trabajos impactaron realmente en las Directivas de la Unión Europea y en la legislación iberoamericana como la últimas reformas a la Ley mexicana de Títulos y Operaciones de Créditos¹⁴, la Ley de Garantía Mobiliaria peruana¹⁵ (que fuera inspirada en el modelo de ley propuesto por la Organización de Estados Americanos), la Ley de Fiducia francesa o la Ley de *Aliança Fiduciaria* de Brasil.

Creemos que el Sistema de Ciudad del Cabo (en adelante entenderemos por tal al Convenio relativo a garantías internacionales sobre equipos móviles junto a su protocolo específico para aeronaves) se encuentra contemplado dentro de esta tercera generación, por lo tanto estamos en presencia de maneras muy disímiles de entender al tratamiento de las garantías teniendo en cuenta su estudio tradicional. Ello obedece no solamente por encontrarnos frente a sistemas jurídicos diferentes que se pretenden armonizar, sino también por tratarse, conceptualmente, de interpretaciones y principios diferentes entre una convención y otra.

Debemos preguntarnos cuáles son las principales notas de esta tercera generación de garantías. Para responder a tal inquietud, hemos realizado un relevamiento de lo que se escribió y enseñó durante estos últimos años desde las cátedras de las universidades de Edimburgo, Pensilvania, Canterbury, Filadelfia, Columbia o Texas, por citar sólo algunas, fuentes en las cuales nos basaremos para proponer las características de las garantías de tercera generación.

3. Características de las garantías de tercera generación

Entre las pretendidas ventajas del Sistema de Ciudad del Cabo propugnadas desde las cátedras anglosajonas, podemos sistematizar a los siguientes postulados, que sin duda enfrentan los principios creados por los clásicos juristas del sistema romano-napoleónico¹⁶.

a) *El rango de los privilegios no es de orden público*: se postula la eliminación del concepto de inmovilidad de los rangos que presenten los créditos

¹⁴ N. del A. Ley mexicana de Títulos y Operaciones de Créditos, t.o. 2008, DOF del 20 de agosto de 2008. Fuente (en línea): www.ordenjuridico.gob.mx (consulta: 3 de noviembre de 2014).

¹⁵ N. del A. Ley de Garantía Mobiliaria del Perú N° 28.677, t.o. 1 de marzo de 2006. Fuente: SUNARP.

¹⁶ N. del A. En adelante denominaremos indistintamente al sistema de tradición continental romana como sistema romano napoleónico.

privilegiados o preferentes mediante *el simple consentimiento de las partes*¹⁷. Ya que la modificación de las categorías de privilegios no se considera como una vulneración del orden público.

b) *Validez de cualquier tipo de cesión sin consentimiento documental escrito*: se sostiene que la exteriorización de la voluntad prima sobre las formas¹⁸ y que tal principio debe ser impuesto a los fines de establecer una de las bases de la *lex mercatoria*.

c) *Es innecesario notificar al deudor cedido la cesión de la garantía*: a los fines de lograr un Registro Internacional “ágil” se sostiene la falta de obligación de notificar la cesión de una garantía al deudor cedido¹⁹. Ahora bien, si indagamos en el razonamiento de estos autores se acepta unánimemente que si bien dicha cesión no le será oponible a aquél, será oponible a los terceros.

d) *Se legisla a las “garantías” como derecho en abstracto y no a los “contratos de garantías”*: desde el mismo comentario Oficial al Convenio de Ciudad del Cabo, Sir Goode²⁰ sostiene que el Registro Internacional inscribirá “garantías”. De esta manera se pretende superar las diferencias existentes entre los tipos contractuales de los distintos sistemas jurídicos.

e) *Prescendencia de las formas o modalidades contractuales para la consideración de las garantías*: se postula²¹ que cualesquiera que fueran las formas o modalidades contractuales, si el fin de una operación fuera crear una garantía mobiliaria o derecho real de garantía (*security interest*) se regirán por los mismos principios. Debemos tener presente, inevitablemente, a la denominada doctrina Grant Gilmore, quién fuera el inspirador de la nueva redacción del ar-

¹⁷ HONNEBIER, Patrick B., “The Convention on International Interests in Mobile Equipment and Aircraft Equipment Protocol encourages European property law reform”, en *Edinburgh Law Review*, vol. 8, nro. 1, Scotia, Edinburgh University Press, enero de 2004, ps. 118-126.

¹⁸ HOWARTH, Richard J., “*Lex Mercatoria*: can general principles of law govern international commercial contracts?”, *Canterbury Law Review*, vol. 36, UK, año 2004-II.

¹⁹ IWAN, Davies, “The new *lex mercatoria*. International interests in mobile equipment”, en *International & Comparative Law Quarterly Journal*, vol. 52, London, British Institute of International and Comparative Press, 2003, ps. 151-176.

²⁰ GOODE, Roy, “Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonization of Commercial Law”, en *International & Comparative Law Quarterly Journal*, vol. 50, London, British Institute of International and Comparative Press, 2001, *part 4*. En igual sentido el autor se manifestó en: GOODE, Roy, “The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment: the Next Stage”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999, p. 266.

²¹ COHEN, Neil B., “Internationalizing the law of secured credit: perspectives from the U.S. experience”. *Journal of International Economic Law*, vol. 20, nro. 3, USA, University of Pennsylvania, primavera de 1999.

título 9²² del Código Uniforme Comercio de los Estados Unidos de América y de la *Property Security Act* de Canadá. Por ello se habla incomprensiblemente para un jurista latino de “derechos” y no de “contratos” más allá del *nomen iuris* dados por las partes al negocio jurídico del cual puede prescindir el juez.

f) *Inscripción registral del simple aviso o noticia de la garantía, no de la garantía misma*: este principio se llama *Notice Filing*. En principio no es una registración de títulos ni el Registro tiene la función de calificación. Tampoco existe alguna certificación notarial o incluso un documento “firmado” materialmente²³ (salvo casos particulares como la hipoteca mobiliaria prevista por leyes federales o internacionales). Este Registro Internacional opera como un *Open drawer* que se limita a recibir y publicar bajo responsabilidad exclusiva de los declarantes.

g) *Apoderamientos irrevocables a favor del acreedor*: sin embargo, filosóficamente, observamos que para el derecho continental romano ningún poder es irrevocable *ad infinitum* pues siempre el otorgante podrá revocarlo y sólo hasta ese momento será “irrevocable”.

4. Extensión u objeto de los derechos en el Sistema de Ciudad del Cabo

A diferencia de lo que sucede con el Convenio relativo al Reconocimiento de Derechos sobre Aeronaves de Ginebra de 1948, que se encuentra destinado a todas las aeronaves consideradas universalmente, podemos decir que los objetos sobre los cuales se extiende el Sistema de Ciudad del Cabo son las aeronaves y los helicópteros (seleccionadas con criterios técnicos o de capacidad), y los motores (seleccionados con criterios técnicos).

Francamente no llegamos a comprender porque se ha clasificado de manera autónoma a los helicópteros, cuando existe unanimidad en la doctrina en considerarlos aeronaves, como no podría ser de otra manera.

El Convenio no se aplica a todas las células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros (artículo 2.3.A)], y las limitaciones sobre las mismas las observamos en el Protocolo Específico que define a las células de aeronaves, motores y helicópteros en su artículo primero. Así encontramos que por “aeronave” designa a las aeronaves definidas para los efectos del Convenio de Chicago, que son células de aeronaves con motores de aeronaves instalados en las mismas o helicópteros.

²² N. del A. No estimamos casual, para el impulso y desarrollo de las garantías de tercera generación, que la última revisión al artículo 9 del CCU de los Estados Unidos de América fuera 1999. Podemos considerar que el artículo tiene cinco partes: definiciones, constitución garantías, terceros, registro e incumplimiento. Por lo expuesto, creemos que estamos en presencia de un sistema.

²³ WHITE, James - SUMMER, Robert, *Uniform Commercial Code: secured transactions*, 5ª ed., St. Paul, Minn., West Group, 2000, p. 712.

Por “motores de aeronaves” designa motores de aeronaves (salvo las utilizadas por los Servicios Militares, de Aduanas o de Policía) de reacción, de turbina o de émbolo con determinados requisitos técnicos²⁴.

²⁴ N. del A. Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil: Capítulo I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales.

Artículo I — Definiciones.

1. Los términos empleados en el presente Protocolo tienen el significado indicado en el Convenio, salvo que el contexto exija otra cosa.

2. En el presente Protocolo, los términos que siguen se emplean con el significado indicado a continuación:

a) “aeronave” designa aeronaves definidas para los efectos del Convenio de Chicago, que son células de aeronaves con motores de aeronaves instalados en las mismas o helicópteros;

b) “motores de aeronaves” designa motores de aeronaves (salvo las utilizadas por los Servicios Militares, de Aduanas o de Policía) de reacción, de turbina o de émbolo que:

i) en el caso de motores de reacción, tienen por lo menos 1 750 libras de empuje o su equivalente; y

ii) en el caso de motores de turbina o de émbolo, tienen una potencia nominal de despegue en el eje de por lo menos 550 caballos de fuerza o su equivalente, junto con todos los módulos y otros accesorios, piezas y equipos instalados, incorporados o fijados, y todos los datos, manuales y registros relacionados con los mismos;

c) “objetos aeronáuticos” designa células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros;

d) “registro de aeronaves” designa un registro mantenido por un Estado o una autoridad de registro de marca común para los fines del Convenio de Chicago;

e) “células de aeronaves” designa células de aeronaves (salvo las utilizadas por los Servicios Militares, de Aduanas o de Policía) a las que, cuando se les instalan motores de aeronaves apropiados, la autoridad aeronáutica competente otorga certificado de tipo para el transporte de:

i) al menos ocho (8) personas, incluyendo a la tripulación; o

ii) mercancías que pesan más de 2750 kilogramos, junto con todos los accesorios, piezas y equipos (salvo motores de aeronaves) instalados, incorporados o fijados, y todos los datos, manuales y registros relacionados con las mismas;

f) “parte autorizada” designa la parte mencionada en el párrafo 3 del artículo XIII;

g) “Convenio de Chicago” designa el *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, con sus enmiendas y Anexos;

h) “autoridad de registro de marca común” designa la autoridad que mantiene un registro de conformidad con el artículo 77 del Convenio de Chicago aplicado según la Resolución sobre nacionalidad y matrícula de aeronaves explotadas por organismos internacionales de explotación, adoptada el 14 de diciembre de 1967 por el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional;

i) “cancelación de la matrícula de la aeronave” designa la supresión o eliminación de la matrícula de la aeronave de su registro de aeronaves, de conformidad con el Convenio de Chicago;

j) “contrato de garantía” designa un contrato concertado por una persona como garante;

k) “garante” designa una persona que, con el propósito de asegurar el cumplimiento de una obligación en favor de un acreedor garantizado por un contrato constitutivo de garantía o en virtud de un contrato, entrega o extiende una fianza o una garantía a la vista o una carta de crédito stand by o cualquier otra forma de seguro de crédito;

l) “helicópteros” designa aerodinos más pesados que el aire (salvo los utilizados por los Servicios Militares, de Aduanas o de Policía) que se mantienen en vuelo principalmente por la reacción del aire sobre uno o más rotores propulsados por motor, que giran alrededor de ejes verticales o casi verticales, y a los que la autoridad aeronáutica competente otorga certificado de tipo para el transporte de:

i) al menos cinco (5) personas, incluyendo a la tripulación; o

Coincidimos con Idiart²⁵ en que, ante la imposibilidad política de la reforma de la Convención de Ginebra sobre reconocimiento de derechos, resulta necesario que se evalúe la necesidad de la adhesión al Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Aeronáutico, celebrado Ciudad del Cabo en el año 2001 y el Protocolo denominado AEP, sobre fuselajes, motores de aviación y helicópteros. Ello para suplir lo que no fuera legislado en el Convenio de Ginebra.

5. La registración de derechos en el Convenio de Ciudad del Cabo

El artículo 16²⁶ del Convenio establece la creación de un Registro Internacional destinado fundamentalmente para la “inscripción” de las garantías internacionales y el “aviso” de garantías nacionales. Así también como toda modificación, la prórroga o la cancelación de una inscripción.

Más allá del análisis que implicaría considerar si en el registro internacional estamos en presencia de inscripciones o anotaciones²⁷, creemos que debemos preguntarnos si la finalidad de un Registro Universal se cumplió.

La respuesta será claramente negativa si entendiéramos como Registro Universal o Internacional a un registro único. En este escenario y en el mejor de los casos, sólo podremos encontrarlos con un registro paralelo a los registros nacionales, ya que por el principio general de unicidad de matrícula todo derecho deberá inscribirse en aquellos, conforme a la pacífica doctrina y las normas vigentes.

ii) mercancías que pesan más de 450 kilogramos, junto con todos los accesorios, piezas y equipos (incluyendo los rotores) instalados, incorporados o fijados, y todos los datos, manuales y registros relacionados con los mismos.

²⁵ IDIART, Diego S., “La registración autónoma de motores de aeronaves”, en *Derecho Aeronáutico Registral*, Madrid, Fundación AENA, 2010, ps. 100 a 112.

²⁶ Capítulo IV. Sistema de inscripción internacional.

Artículo 16 — Registro internacional.

1. Se establecerá un Registro internacional para la inscripción de:

a) garantías internacionales, garantías internacionales futuras y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción;
 b) cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales;
 c) adquisiciones de garantías internacionales por subrogación legal o contractual en virtud de la ley aplicable;
 d) avisos de garantías nacionales; y
 e) acuerdos de subordinación de rango de las garantías a que se refieren los apartados anteriores.

2. Podrán establecerse diferentes registros internacionales para diferentes categorías de objetos y derechos accesorios.

3. Para los efectos de este Capítulo y del Capítulo V, el término “inscripción” incluye, cuando corresponde, la modificación, la prórroga o la cancelación de una inscripción.

²⁷ N. del A. Sostenemos que en el Registro Internacional sólo podrán practicarse anotaciones pero nunca inscripciones, si tomamos en cuenta la diferencia de conceptos que existe en el derecho registral romano napoleónico.

Estamos seguros en postular que *junto* a los Registros Nacionales se sumó un Registro Internacional. Pero debemos tener presente que se constituyó sólo para una determinada clase de garantías, que en la mayoría de los casos se seguirán inscribiendo en los registros nacionales como contratos de garantías.

Así, los fabricantes, vendedores y financistas podrán economizar y agilizar las inscripciones de sus derechos de garantías que, de no inscribirse, nunca serían oponibles a terceros.

El artículo 17 del Convenio creó la Autoridad supervisora del Registro Internacional reglamentando sus funciones, pero prontamente nos daremos cuenta que para entender el funcionamiento del Registro internacional —que excede el objeto del presente trabajo— deberemos analizar al Manual de usuario del Registro Internacional, la Guía breve para la inscripción de activos y el consentimiento, el Documento 9864 de la OACI relativo a las normas y procedimientos para el registro internacional y por último a las Normas de Política de Confidencialidad.

Además creemos que, para evaluar y utilizar cualquier información anotada, deberemos analizar su conformidad a las directivas de la Unión Europea sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos (95/46/EC) y a todo requisito legal local aplicable respecto a los datos personales²⁸ en los territorios en los que se desarrolla el profesional.

6. El Registro Internacional y los Registros Nacionales de Aeronaves

Coincidiendo con la postura de Maciel²⁹ creemos que de los tipos de garantías que el Convenio y su Protocolo reglamentan resultarán más novedosos para la práctica registral iberoamericana las “garantías internacionales” y las “garantías internacionales futuras”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.a) del Convenio.

El destacado autor sostiene que las garantías nacionales, los derechos y garantías no contractuales resultantes de una ley nacional cuya prioridad no requiere de inscripción y los que sí requieren tal inscripción (artículos 16.d], 39 y 40 del Convenio) son más familiares para nuestras normas romano napoleónicas de registración, aunque requerirán de un trabajo de adaptación. Creemos que tal trabajo de adaptación —que en algunos casos será imposible para el supuesto de violar el orden público de nuestras legislaciones— no será necesario si los registros nacionales asumen el carácter de puntos de acceso exclusivo. Ello es así pues tales registros *inscribirán* las garantías, naturalmente de acuerdo con

²⁸ N. del A. Por ejemplo, las leyes aplicables para la protección de datos personales.

²⁹ MACIEL, Rogelio N., “El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles y su Protocolo para Aeronaves”, en *Diario La Ley. Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, del 1/6/2004.

sus leyes nacionales, y el Registro Internacional se limitará a *anotar* aquellas reconociendo las inscripciones previas.

En lo que respecta a la inscripción de documentos electrónicos con firma digital equiparados por el Convenio a los otorgados en papel, firmados y certificados, observamos que muchos Registros, por ejemplo, el de España, Chile o la Argentina ya están aplicando la firma digital y por lo tanto la inscripción masiva de documentos electrónicos será un hecho si se aportan los medios suficientes. Sólo es un tema presupuestario y no de limitación doctrinaria o normativa.

Si la República Argentina, u otro país iberoamericano, entendiésemos conveniente firmar y ratificar al Convenio y su Protocolo deberíamos seguir los pasos de quienes ya lo han hecho (por ej., México o Colombia), y hacer uso de la facultad permitida por los artículos 18 del Convenio y XIX del Protocolo, para que nuestros países designen a los registros nacionales de aeronaves como las entidades que servirán de punto de acceso, por medio de las cuales se transmitirá al Registro Internacional toda la información necesaria.

Incluso en Estados Unidos de América, al solicitar la ratificación del Convenio y el Protocolo por el Congreso de su país, el secretario de Transporte de los Estados Unidos de América propuso que el Registro de Aeronaves de la *Federal Aviation Administration* (FAA) sirva como *punto de acceso exclusivo* en ese país del Registro Internacional y fundamentó tal pedido indicando que³⁰

- (i) el marco internacional de registración a instaurarse bajo el Convenio de Ciudad del Cabo “debe ser consistente con el ya existente” en los EE.UU., y
- (ii) “el Registro Internacional debe estar totalmente integrado” con los registros de aeronaves de los países que ratificarán el Convenio.

Naturalmente, cada nación pretende no declinar su jurisdicción y conservar por diversos motivos que van desde los fiscales hasta la seguridad jurídica, la plena e íntegra publicidad de todos los derechos relacionados con una aeronave.

La nota de la Secretaría de Transporte de los Estados Unidos de América indica, además, que para lograr una debida integración con el Registro Internacional, algunos cambios deberán introducirse a la normativa interna y acompaña un proyecto de ley a tal efecto a los fines de la armonización.

Creemos que aún restan muchos interrogantes pendientes sin respuestas. Procuraremos brindarlas diciendo que no se ha logrado crear un registro universal de carácter integral. Tampoco el Registro Internacional replicará a todas las inscripciones de los registros nacionales sobre todos los objetos a inscribir. Una tercera respuesta negativa encontraremos si nos formulásemos la pregunta

³⁰ N. del A. Nota del Secretario de Transporte de Nueva York Mineta al presidente del Senado R. B. Cheney de fecha 18/11/2003, cit. en MACIEL, Rogelio N., “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, op. cit.

concerniente a evaluar si el Registro Internacional puede suplir a todas las jurisdicciones nacionales.

Se ha sostenido, como una de las ventajas de este nuevo Registro Internacional, que sus anotaciones resultan, significativamente, menos onerosas que las de los Registros Nacionales. Ello es cierto, pero sólo si tomamos en cuenta consideraciones generales, si analizamos costos puntuales y los comparamos con los aranceles registrales de los diferentes países³¹, veremos que no es así.

El costo o tasa arancelaria por inscripción de contratos de garantías de los registros nacionales, que suele expresarse en porcentuales o tasas fijas, deberá sumarse al de las anotaciones del Registro Internacional. Claro que el servicio y los efectos brindados serán totalmente diferentes.

Creemos que sólo es posible lograr un Registro Universal siuviésemos en cuenta a los proyectos del CITEJA y a través de una comunicación efectiva de todos los registros a la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), pues hoy tenemos los medios tecnológicos para realizarlos.

Si un Estado no hubiese firmado y ratificado el Convenio nunca le serán oponibles las inscripciones del Registro Internacional. Ahora bien, la mayoría de los Estados que lo han firmado utilizan a sus registros nacionales como puntos de acceso exclusivo y han realizado las declaraciones previstas, que comentaremos *in infra*, por lo tanto la oponibilidad a terceros de los interesados casi siempre se realizará teniendo como norte la ley nacional y no la *lex mercatoria*, más allá de la finalidad originaria del Convenio.

Además de las interesantes y valorables cuestiones académicas estudiadas por la doctrina y las organizaciones internacionales creemos necesario preguntarnos, a esta altura, cuál será el beneficio real que depara la creación y aplicación del Registro Internacional. La respuesta será exclusivamente de contenido económico financiero³².

Dicha respuesta creo que la encontraremos, fundamentalmente, en los estudios del CEAL (*Center for the Economic Analysis of law*), del *Institut Européen d'Administration des Affaires* (INSEAD) y del *New York University's Salomon Center*³³, a través de los trabajos de destacados autores como Saunders, Walter o Fleisig, cuyo análisis económico fue sustancial para la aprobación del

³¹ N. del A. Hemos preparado para el presente artículo un trabajo de campo, teniendo en cuenta los aranceles registrales de diferentes países. Entre ellos y a mero título de ejemplo, los de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, España, EE.UU. y México.

³² MCGAIRL, S. J., "The Proposed Unidroit Convention: International Law for Asset Finance (Aircraft)", en *Revue de Droit Uniforme*, vol.27, Roma, Unidroit Publications, 1999, p. 440.

³³ N. del A. En lo que respecta a los beneficios financieros más importantes de la Convención y del Protocolo, ver SAUNDERS, A. - WALTER, I., "The proposed Convention: an economic impact assessment", Institut Européen d'Administration des Affaires (INSEAD) y New York University's Salomon Center; SAUNDERS, A. - WALTER, I., "The economic implications of international secured transactions: a case study", *Journal of International Economic Law*, University of Pennsylvania, 1999; FLEISIG, H. W., "The proposed Unidroit Convention on Mobile Equipment: economic consequences", 2 ULR, 1999, p. 253.

Convenio. En el mismo se prevé una reducción de la tasa de interés del 1,5 al 2% para los créditos que pagan las compañías aéreas si las garantías estuviesen inscritas en una jurisdicción “amigable” para los fabricantes, vendedores y financistas en aras a una mayor seguridad y rapidez para la eventual ejecución de las garantías y sobre todo la velocidad para recuperar la posesión de sus aeronaves y volver a colocarlas en el mercado.

En el mismo comentario oficial³⁴ al Convenio podemos leer que “Está previsto que el establecimiento del Registro Internacional ayudará a restringir sustancialmente los costes de financiación de los objetos aeronáuticos a nivel global, lo que a su vez supondrá cada año un ahorro de miles de millones de dólares para el sector de la aviación. Asimismo, el impacto beneficioso de la Convención y del Protocolo será compartido no sólo por las entidades financiadoras y los fabricantes sino también entre las propias compañías aéreas, sus accionistas, empleados y pasajeros. Sin duda alguna, la CIME y el AEP representan el conjunto de reglas más innovador en la historia de la normativa sobre financiación de la aviación internacional. El objetivo principal de la Convención es la financiación eficiente de los equipos móviles”.

7. Aspectos procesales del sistema de Ciudad del Cabo

Creemos que este aspecto del Sistema de Ciudad del Cabo, puede abarcar las consideraciones relativas a la *lex mercatoria*, las medidas extrajudiciales de reposición autoasistida (incluidas el estudio de las autorizaciones o poderes irrevocables) y las prioridades o preferencias de los créditos.

a) La *lex mercatoria* y el Sistema de Ciudad del Cabo

En este aspecto el Convenio es verdaderamente novedoso en relación con el Convenio de Ginebra, ya que sigue la línea de armonización del derecho y concluye con manifestaciones de la denominada *lex mercatoria*. El sistema no busca que se reconozcan las garantías internacionales de acuerdo con su legislación propia, sino que va más allá y pretende que se apliquen directamente, prescindiendo, en principio, de aquéllas.

Debemos destacar que la doctrina anglosajona³⁵ propugna mayoritariamente que el Sistema de Ciudad del Cabo se considere, sin excepción alguna, como una manifestación directa de la *lex mercatoria*.

³⁴ GOODE, Roy, “Cape Town Convention and Aircraft Protocol Official Commentary”, op. cit.

³⁵ IWAN, Davies, “The new *lex mercatoria*. International interests in mobile equipment”, op. cit., ps. 151-176.

N. del A. En el mismo sentido ver la *Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, Commentaire Relative aux garanties Internationales portant sur des matériels d’équipement mobiles*, Toronto, 2001.

La doctrina consideró³⁶ que la *lex mercatoria* surge porque las técnicas del derecho internacional privado, basadas en la norma del conflicto, se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito financiero internacional, en el que se verán incluidos una variedad de ordenamientos jurídicos, por los cuales creemos que más allá de un conflicto de normas, estaremos en presencia de sistemas de aplicación de justicia totalmente distintos.

b) Las medidas extrajudiciales de reposición autoasistida

Desde hace varias décadas la doctrina estadounidense³⁷ viene analizando los costos de una intervención judicial o extrajudicial y, teniendo en cuenta que en esta última son menores, ha inclinado notoriamente por ella.

Ante el incumplimiento de una obligación surgida de un contrato de garantía, las leyes nacionales de los países con raíz continental romana prevén que el deudor³⁸, para el caso que no entregue voluntariamente el bien garantido cuya tenencia detenta, sólo podrá ser desposeído de aquél siempre y cuando los acreedores inicien la correspondiente acción judicial.

Sin embargo, el Convenio y su Protocolo³⁹, como reguladores de garantías de tercera generación y de acuerdo con las notas características de aquéllas, otorgan al acreedor la facultad de ejercer medidas directas para recuperar la posesión o el control de cualquier bien garantizado a su favor, arrendarlo a un tercero o incluso venderlo, sin olvidar la posibilidad de subrogarse a las ganancias que genere su explotación —y que variará si estamos en presencia de un fideicomiso, donde el bien forma un patrimonio de afectación, o no— y lo fundamental en nuestra materia cancelar la matrícula y exportar la aeronave mediante el previo cese de bandera de la misma.

La naturaleza de tales medidas, que se denominan de “reposición autoasistida” (*self-help repossession*) implica que se lleven adelante sin intervención de tribunal alguno, teniendo por lo tanto un carácter estrictamente extrajudicial. Esto ha dado lugar a las Declaraciones previstas en el Convenio⁴⁰ por parte de los países firmantes, por lo cual se desvirtúa en gran medida los fines perseguidos por la *lex mercatoria*.

³⁶ CACHARD, Olivier, “Conflicts de lois et de juridictions et matière de transport”, en *Journal du Droit International*, nro. 1, Paris, 2009, ps. 184-191.

³⁷ JOHNSON, D., “Denial of self help repossession. An economy analysis”, en *Southern California Law Review*, nro. 47, California, 1973, p. 82.

³⁸ N. del A. Nos inclinamos por la denominación genérica de deudor o parte incumplidora de un contrato de garantía, ya que los contratos pueden ir desde un fideicomiso hasta una compraventa condicionada, pasando por el de *leasing*.

³⁹ N. del A. El Convenio en su Capítulo III y el Protocolo en su Capítulo II.

⁴⁰ Convenio de Ciudad del Cabo, artículo 54, parte II.

La mayoría de Registros Nacionales de Aeronaves inscriben contratos que prevén poderes irrevocables, a favor del acreedor, para solicitar el cese de bandera de la aeronave, que estarán vigentes hasta tanto no se revoquen.

Pero, obviamente, dicha inscripción no habilita al acreedor para ejercitar ninguna de tales facultades sin intervención judicial en caso de que el tenedor del bien no acceda a entregarlo voluntariamente, ya que cualquier acción en ese sentido sería considerada una limitación inconstitucional al derecho del deudor de ejercer su defensa en el marco de un debido proceso.

Otra manifestación de estas medidas la observamos en la inmovilización preventiva del bien. Al respecto, un amplísimo número de Estados firmantes han realizado la declaración prevista en el artículo 55 del Convenio, porque aquellas medidas son tratadas con carácter restrictivo, por parte de las legislaciones nacionales⁴¹. Sin embargo, adherimos a la destacada doctrina⁴² cuando sostiene que el Estado podrá dejar constancia de que no aplicarán las medidas del mencionado artículo 13 indicando qué otras medidas aplicarán en su reemplazo.

Las medidas alternativas para aplicar en su reemplazo suelen estar previstas en las legislaciones nacionales que contemplan leyes de garantías mobiliarias o leyes para fomentar ciertas formas contractuales que orgánicamente presentan medidas de carácter procesal. Entre aquellas podemos destacar a la Ley de *Leasing* argentina⁴³ que contempla una veloz y eficaz forma de lograr la reposición de las aeronaves, reconocida por la jurisprudencia⁴⁴.

c) *Los privilegios o preferencias de los créditos*

La mayoría de las legislaciones nacionales iberoamericanas establecen en su articulado privilegios o cualidades sobre ciertos créditos. Si bien ellos no constituyen derechos reales o personales, establecen la preferencia que los registrará. Aunque presentan un carácter declarativo, y por lo tanto serán válidos entre partes, sólo serán oponibles con preferencia a su rango, si fuesen debidamente inscriptos en los Registros Nacionales de Aeronaves⁴⁵. Estos rangos se considerarán de orden público.

⁴¹ N. del A. Por ej., Código Aeronáutico de la República Argentina, artículo 73.

⁴² MACIEL, Rogelio N., "El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles y su Protocolo para Aeronaves", en *Diario La Ley. Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, del 1/6/2004.

⁴³ N. del A. República Argentina, ley 25.248. Dicha ley ubica estadísticamente a su país en uno de los mejores posicionados de la región en cuanto a este aspecto de la seguridad jurídica, junto a la Ley de Garantía Mobiliaria del Perú.

⁴⁴ N. del A. Por ejemplo, en Cám. Fed. Ciudad de Buenos Aires, Sala I, "Wells Fargo Bank Northwest National Association v. Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. s/ proceso de ejecución".

⁴⁵ N. del A. Por ejemplo, Código Aeronáutico argentino, artículo 58.

Ya hemos expuesto que si las partes pudiesen establecer contractualmente que determinados créditos o derechos tengan prioridades diferentes a las establecidas por los Códigos, estaríamos vulnerando el orden público, ya que en los sistemas romano napoleónicos la fuente exclusiva de los privilegios es la ley.

Los créditos privilegiados aeronáuticos son similares en las diferentes legislaciones nacionales. Así, en el Código Aeronáutico argentino son aquellos emergentes de (i) gastos causídicos que beneficien al acreedor hipotecario; (ii) tasas aeroportuarias y de ayudas a la navegación aérea limitadas al período de un año; (iii) operaciones de búsqueda, asistencia y salvamento de aeronaves; (iv) costos correspondientes a reparaciones de la aeronave que la habiliten para la continuación del viaje; (v) los sueldos de la tripulación correspondientes al último mes; (vi) las hipotecas en primer grado; y (vii) las hipotecas de grado sucesivo.

La prioridad entre tales créditos está dada por el orden que se indica precedentemente (en el caso *sub examine*, el Código argentino) y a continuación de ellos corresponde ubicar a cualquier otro crédito que pueda existir sobre la aeronave, salvo las particularidades que cada legislación nacional pueda prever para el caso de concursos, quiebras o también denominados procesos de falencias. No obstante, en estos casos, también el rango proviene de la ley.

El Convenio y su Protocolo⁴⁶ establecen un sistema de rango, que aunque en líneas generales es similar con el de las legislaciones nacionales, no resulta idéntico a éstas. Por si ello fuese poco, el Convenio prevé que las partes puedan modificar contractualmente el rango de las garantías o derechos concurrentes a las mismas⁴⁷. Por las razones expuestas creemos que sin una declaración de los Estados firmantes, tales disposiciones serían un obstáculo insalvable para la adhesión al sistema de Ciudad del Cabo por parte de los países con nuestra tradición jurídica.

Vale destacarse la relación entre los créditos y el régimen de concursos y quiebras. Trataremos someramente la cuestión, y siguiendo los claros lineamientos propuestos por Maciel⁴⁸, diremos que la idea rectora del Convenio en caso de insolvencia o falencia del deudor, es que la “garantía internacional” sólo tendrá efecto si fue debidamente inscrita antes de la iniciación de dichos procedimientos⁴⁹.

El Convenio entiende por *tener efecto* que el titular de una garantía internacional tendrá un derecho sobre el bien por el importe de su crédito y no estará limitado a recibir el pago de una parte de su crédito junto a los acreedores quirografarios.

⁴⁶ N. del A. Convenio de Ciudad del Cabo, artículos 29 y 36, y su Protocolo Aeronáutico, en su artículo XIV.

⁴⁷ N. del A. Convenio de Ciudad del Cabo, artículo 29[5].

⁴⁸ MACIEL, Rogelio N., “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, op. cit.

⁴⁹ N. del A. Convenio de Ciudad del Cabo, artículo 30.

El Convenio también expresa que ninguna de sus disposiciones limitará (i) los alcances de las normas nacionales de insolvencia que invaliden arreglos preferenciales o transferencias realizadas en fraude de los acreedores, ni (ii) la observancia de derechos de propiedad controlados o supervisados por el administrador del concurso⁵⁰.

Destacamos que ambas opciones pueden plantear enfrentamientos con la mayoría de las legislaciones de los países de tradición romano napoleónica, por no tener contemplado en sus legislaciones a las novedosas “garantías internacionales” y a las “garantías internacionales futuras”. Por ello, el tema fue tratado en detalle por aquellos países que han firmado y ratificado el Convenio y han realizado las declaraciones pertinentes⁵¹.

Ahora bien, en la práctica y más allá de las declaraciones que se imponen, si un Registro Nacional funcionase como punto de acceso exclusivo —como funciona, por ejemplo, en los Estados Unidos de América o México— no estaremos en presencia de estas consideraciones, que prácticamente devendrían en abstracto en perjuicio de la *lex mercatoria*. Ello es así porque el principio del artículo 30 se sostiene en todas las legislaciones de nuestra tradición jurídica y porque una vez inscripto un gravamen o privilegio, seguirá el Régimen de rango previsto por las leyes nacionales específicas de la materia.

IV. CONCLUSIONES

Toda armonización del sistema anglosajón con el romano napoleónico resulta de alta complejidad. En el supuesto de estudio se suma a la complejidad la prevalencia de las instituciones del derecho anglosajón, por ello la mayoría de los países que han adherido al Sistema de Ciudad del Cabo lo han hecho dentro del marco de las declaraciones permitidas por el tratado.

Gracias a los informes y análisis económicos previos a la firma del Convenio, por parte del INSEAD, la New York University’s o el Salomon Center pudo demostrarse la conveniencia de su firma a los fines de obtener una reducción de la tasa de interés para la industria, fueron determinantes y excluyentes para instaurar el Sistema de Ciudad del Cabo.

Aunque partamos de la hipótesis de considerar que todos los países adhiriesen al sistema de Ciudad del Cabo, el Convenio de Ginebra mantendrá su vigencia con relación al reconocimiento de derechos sobre el resto de las aeronaves no contempladas en aquél.

⁵⁰ N. del A. Convenio de Ciudad del Cabo, artículo 30.

⁵¹ N. del A. Protocolo Aeronáutico al Convenio de Ciudad del Cabo, artículo XXX[3]. Este artículo permite que los Estados realicen, en el acto de ratificarlo, una declaración indicando cuál de las dos opciones que el artículo XI autoriza serán aplicadas por dicho Estado a los procedimientos de insolvencia.

El Registro Internacional, creado por el Convenio de Cape Town, es un registro parcial, destinado a la anotación de garantías, sólo sobre algunas aeronaves y motores con determinadas características.

Resulta de trascendental importancia el reconocimiento de derechos sobre motores, considerados autónomamente, pues ha facilitado una mejor negociación financiera sobre equipos de gran valor.

Creemos que no estamos en presencia del largamente esperado Registro Universal, sino de un Registro que, mayoritariamente, actuará mediante anotaciones a través de los registros nacionales, que se desempeñaran como puntos de acceso exclusivo.

Por último, concluimos en que la enorme mayoría de los países, donde se encuentra en vigencia el Convenio, ha optado por diferentes Declaraciones al mismo. Entre ellas, la que contempla a sus Registros Nacionales como punto de acceso exclusivo al Registro Internacional. Ésta y otras Declaraciones, en la práctica, han funcionado como solución de consenso en desmedro de lo esperado y en pos de la universalización del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Principales sitios web consultados

AIRCRAFT SALESWORLD: <http://www.aircraftsalesworld.com>.

BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW: <http://www.biicl.org>.

CENTER FOR THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: <http://www.ceal.org>.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL: <http://www.instibaerospa.org>.

UNIVERSITY OF TEXAS SCHOOL OF LAW: <http://www.tilj.org/journal>.

Revistas jurídicas

Canterbury Law Review, UK, Canterbury University Press.

Edinburgh Law Review, UK, Edinburgh University Press.

International & Comparative Law Quarterly Journal, London, UK, British Institute of International and Comparative Law Press.

Journal du Droit International, Paris, Juris-Classeur.

Journal of International Economic Law, USA, Pennsylvania University Press.

Revista de Direito Aeronáutico e Espacial, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial.

Revue de Droit Uniforme/ Uniform Law Review, Roma, Unidroit Publications.

Revue Française de Droit Aérien et Spatial, Francia, Association d'Etudes et de Documentation de Droit Aérien.

Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, La Ley.

Southern California Law Review, USA, University Press.

Texas International Law Journal, USA, University of Texas School of Law Press.

World Aircraft Sales Journal, USA.

Documentos y Actas

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, documentos 7996 y 8134, París, 1947.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO DE LA UNIÓN EUROPEA, dictamen “La aeronáutica europea: situación y perspectivas”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2009/C-175/09, del 28 de julio de 2009.

COMITÉ INTERNACIONAL TÉCNICO DE EXPERTOS JURÍDICOS AÉREOS (CITEJA), Proyecto sobre la Propiedad de Aeronaves y Registro Aeronáutico y Proyecto relativo a Hipotecas y Privilegios Aéreos, París, 1931.

CONFÉRENCE POUR L’HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, Commentaire Relative aux Garanties Internationales Portant sur des Matériels d’Equipement Mobiles, Toronto, 2001.

NATIONS UNIES (COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL), “Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Terminologie et recommandations”, Vienne, Nations Unies (NIE), 2010.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 4494.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 4627.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 4634.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 5722 “Actas y Documentos de la Comisión Jurídica de la Segunda Asamblea de la OACI”.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 7620, “Convenio relativo al Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves”.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 9794, “Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil”.

ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, documento 9864, “Normas y Procedimientos para el Registro internacional”, 4ª edición, Montreal, 2010.

- ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL - COMMISSION OF EXPERTS OF THE SUPERVISORY AUTHORITY OF THE INTERNATIONAL REGISTRY, *Reports* 2006, 2007, 2008 y 2009.
- UNIDROIT, *Proceedings and Papers* 1997, *Misc.* 1, 2, 3 y 4 (3rd & 4th sessions of Study Group for the Preparation of Uniform Rules on International Interests in Mobile Equipment).
- UNIDROIT, *Proceedings and Papers* 1997, *Study* LXXII, *International Interests in Mobile Equipment*, doc. 31, doc. 32, doc. 33, doc. 34, doc. 35, doc. 36 y *add.*

Doctrina

- AMARAL, Francisco, “As garantias internacionais sobre ativos móveis, aeronaves e motores”, en *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, trabajo presentado en las *XXVIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Aeronáutico, do Espaço e da Aviação Comercial*, Lisboa, 14 a 16 de octubre de 1998, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 1999.
- ARNER, Douglas W. - BOOTH, Charles D. - HSU, Berry F. C. - LEJOT, Paul, “Property Rights, Collateral, Creditor Rights, and Insolvency in East Asia”, en *Texas International Law Journal*, vol. 42, nro. 3, University of Texas School of Law, verano de 2007. Disponible en <http://www.tilj.org>.
- BELCHIOR, Stelio Bastos, “Convenção de Genebra (1948)”, en *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, nro. 4, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 1952.
- BELCHIOR, S. B. - REIS FURTADO, T., “Reconhecimento Internacional”, en *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, nro. 1, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 1951.
- BOOTH, Charles D. - HSU, Berry F. C. - LEJOT, Paul y ARNER, Douglas W., “Property Rights, Collateral, Creditor Rights, and Insolvency in East Asia”, en *Texas International Law Journal*, vol. 42, nro. 3, University of Texas School of Law, verano de 2007. Disponible en <http://www.tilj.org>.
- BORETTO, Mauricio - DE LAS MORENAS, Gabriel A., *Las garantías reales ante la cesación de pagos*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- CACHARD, Olivier, “Conflicts de lois et de juridictions et matière de transport”, en *Journal du Droit International*, nro. 1, París, 2009.
- CHINKIN, Ch. - KESSEDIAN, C., “The Legal Relationship between the proposed Unidroit Convention and its Equipment-specific Protocols”, en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- COHEN, Neil B., “Internationalizing the law of secured credit: perspectives from the U.S. experience”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, University of Pennsylvania, primavera de 1999, nro. 3.

- CUMMING, Ronald C. C., “Considerations in the Design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- “The International Registry for Interests in Aircraft: An Overview of its Structure”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- DE CORES, Carlos - GABRIELLI, Enrique, *El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, Reus, 2008.
- DE LA PEÑA, Nuria, “Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- DE LA PEÑA, Nuria - FLEISIG, Heywood W., *Honduras. Anteproyecto de Ley de Garantías Reales Mobiliarias y Comentarios*, Washington DC, Center for the Economic Analysis of Law, julio de 1999.
- DE LAS MORENAS, Gabriel A. - BORETTO, Mauricio, *Las garantías reales ante la cesación de pagos*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana - FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- DROBNIG, Ulrich, “Proprietary Security in Movable in the 21st Century”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- ESPÍNOLA, S. - WEBER, L., “The Development of a New Convention relating to International Interests in Mobile Equipment, in particular Aircraft Equipment: a Joint ICAO-Unidroit Project”, en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y DREYZIN DE KLOR, Adriana (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- FERNÁNDEZ BRITAL, Oscar, “Derechos sobre Aeronaves y su Reconocimiento Internacional”, *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, nro. 73, Rio de Janeiro, *Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, 1997/1998.
- FERRERO, Haroldo A., *El reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves en el Convenio de Ginebra de 1948*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1954.
- FLEISIG, Heywood W., “The Proposed Unidroit Convention on Mobile Equipment: Economic Consequences and Issues”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.

- FLEISIG, Heywood W. - DE LA PEÑA, Nuria, “Argentina: Cómo las leyes para garantizar préstamos limitan el acceso a crédito”, *Diario La Ley* del 7 de marzo de 1997.
- *Honduras. Anteproyecto de Ley de Garantías Reales Mobiliarias y Comentarios*, Washington DC, Center for the Economic Analysis of Law, julio de 1999.
- FOËX, B., “La réserve de propriété dans l’avant-projet de Convention d’Unidroit: un point de vue suisse”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- GABRIELLI, Enrique - DE CORES, Carlos, *El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, Reus, 2008.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando - GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco J., *Derecho de los bienes muebles: financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GARNAULT, André, “La Convention de Geneve”, en *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, nro. 1, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 1951.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco J., “La eurohipoteca: el sistema hipotecario español como modelo de referencia”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, España, La Ley-Actualidad, 2006.
- “La formalización de la propiedad como factor esencial del desarrollo económico. Especial referencia a Iberoamérica”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nro. 2, La Rioja, 2007.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco J. - GARCÍA SOLÉ, Fernando, *Derecho de los bienes muebles: financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GOODE, Roy, “The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment: the Next Stage”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- “Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law”, London, *International & Comparative Law Quarterly Journal*, vol. 50, British Institute of International and Comparative Press, 2001.
- *Cape Town Convention and Aircraft Protocol Official Commentary*, edición revisada, Roma, Unidroit, 2008.
- GUESTIN, Jacques (director), *Traité de Droit Civil. Droit común des sureté réelles*, París, LGDJ, 1996.
- HONNEBIER, Patrick B., “The Convention on International Interests in Mobile Equipment and Aircraft Equipment Protocol encourages European property law reform”, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, nro. 1, Edinburgh University Press, enero de 2004.

- “The Cape Town Convention and International Registry for Mortgages and other Secured Interests in Aircraft”, en *Revista Notarius International*, vols. I-II, Unión Internacional del Notariado, 2006.
- HOWARTH, Richard J., “*Lex Mercatoria*: can general principles of law govern international commercial contracts?”, *Canterbury Law Review*, vol. 36, 2004-II.
- HSU, Berry F. C. - LEJOT, Paul - ARNER, Douglas W. - BOOTH, Charles D., “Property Rights, Collateral, Creditor Rights, and Insolvency in East Asia”, en *Texas International Law Journal*, vol. 42, nro. 3, University of Texas School of Law, verano de 2007. Disponible en <http://www.tilj.org>.
- IDIART, Diego S., “La registración autónoma de motores de aeronaves”, en *Derecho Aeronáutico Registra*, Madrid, Fundación AENA, 2010.
- ISSA-SAYEGH, Joseph, “Les sûretés mobilières dans le droit OHADA”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Colección: *DeCita. Derecho del Comercio Internacional*, nro. 7, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- IWAN, Davies, “The new *lex mercatoria*. International interests in mobile equipment”, en *International & Comparative Law Quarterly Journal*, vol. 52, London, British Institute of International and Comparative Press, 2003.
- JOHNSON, D., “Denial of self help repossession. An economy analysis”, en *Southern California Law Review*, California, 1973.
- KESSEDIAN, C. - CHINKIN, Ch., “The Legal Relationship between the proposed Unidroit Convention and its Equipment-specific Protocols”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- KIENINGER, E.-M., “Avant-projet de Convention d’Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipement mobiles”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- “Effects in Insolvency of the International Interest in Mobile Equipment: A German Perspective”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- KOUVSHINOV, V. A., “The Legal Environment for Asset-based Financing: International Endeavours and the Russian Civil Code”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- LEJOT, Paul - ARNER, Douglas W. - BOOTH, Charles D. - HSU, Berry F. C., “Property Rights, Collateral, Creditor Rights, and Insolvency in East Asia”, en *Texas International Law Journal*, vol. 42, nro. 3, University of Texas School of Law, verano de 2007. Disponible en <http://www.tilj.org>.
- MACIEL, Rogelio N., “El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles y su Protocolo para Aeronaves”, en *Diario La Ley. Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, del 1/6/2004.
- MCGAIRL, S. J., “The Proposed Unidroit Convention: International Law for Asset Finance (Aircraft)”, en *Revue de Droit Uniforme*, Roma, Unidroit Publications, 1999.

- MENACHO ALCEDO, Mabel E., *Estudios de Derecho Registral*, Perú, Grijley, 2009.
- MOONEY JR., Ch. W., "Relationship between the Prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and National Civil Aviation Registries", *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- OLEKHOV, Ihor, *Security Interests in Personal Property: the Perspectives of Harmonisation*, Edinburgh, University of Edinburgh Press, LL.M. Student, 2002.
- REIS FURTADO, T. - BELCHIOR, S. B., "Reconhecimento Internacional", en *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, nro. 1, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 1951.
- RIVA, Jorge L., *Garantías modernas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- STANFORD, M. J., "Elargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé?: quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention-Protocole pour faciliter une plus large application de la Convention", en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- STOUFFLET, J. "Avant-projet de Convention d'Unidroit: réflexions sur son insertion dans le système juridique français", *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999, p. 362.
- SUMMER, Robert - WHITE, James, *Uniform Commercial Code: secured transactions*, 5^a ed., St. Paul, Minn., West Group, 2000.
- TUCCI, G. "Towards a Transnational Commercial Law for Secured Transactions: the Preliminary Draft Unidroit Convention and Italian law", *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999, p. 372.
- VILLEGAS, Carlos G., *Las garantías del crédito*, 2 tomos, 3^a ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- WEBER, L. - ESPÍNOLA, S., "The Development of a New Convention relating to International Interests in Mobile Equipment, in particular Aircraft Equipment: a Joint ICAO-Unidroit Project", en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.
- WHITE, James - SUMMER, Robert, *Uniform Commercial Code: secured transactions*, 5^a ed., St. Paul, Minn., West Group, 2000.
- WOOD, Connie L., "International Aircraft Ownership", en *World Aircraft Sales Journal*, USA, agosto de 2000.
- WOOD, Philip R., *Comparative Law of Security and Guarantees*, London, Sweet & Maxwell, 1995.
- WOOL, J., "The Case for a Commercial Orientation to the Proposed Unidroit Convention as applied to Aircraft Equipment", en *Revue de Droit Uniforme*, vol. 27, Roma, Unidroit Publications, 1999.

PRIVILEGIOS AERONÁUTICOS EN EL ORDEN INTERNO E INTERNACIONAL

Por GRISELDA D. CAPALDO*

Resumen:

Aun cuando se trata de uno de los capítulos más oscuros del derecho, esa oscuridad no debe ensombrecer la importancia de los privilegios en el área del crédito nacional e internacional, pues confieren a sus titulares un derecho de preferencia de cobro por encima de otros no privilegiados. Esa preferencia es aún mayor si se trata de privilegios especiales, como los regulados por el Derecho Aeronáutico doméstico e internacional.

Con este argumento como punto de partida, el presente trabajo analiza los privilegios especiales estatuidos en el orden local por el Código Aeronáutico y en el orden internacional por el Convenio de Ginebra de 1948. Hacemos sólo una alusión tangencial al Convenio de Cape Town y su Protocolo de 2001, puesto que ese tópico fue tratado en profundidad en este mismo volumen.

Palabras clave:

Privilegios, aeronave, Convenio de Ginebra de 1948, Convenio de Cape Town de 2001.

LIENS AND ENCUMBRANCES ON AIRCRAFT IN NATIONAL AND INTERNATIONAL AIR LAW

Summary:

Despite de fact that it is one of the darkest chapters of Law, such a darkness should not overshadow the importance of liens and encumbrances in the area of national and international financing and other credits, because they confer to their holders a rank in priority of payment above the claims of all other non-preferential creditors.

* Doctora en Derecho. Investigadora científica del CONICET. Profesora de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Exactas y Naturales). *Post-doctoral Fellow* de la Alexander von Humboldt Stiftung, Universität zu Köln. Embajadora científica de la Alexander von Humboldt Stiftung (2009-2012).

That preference is even higher if it comes to special liens, as those which are regulated by Aviation Law at domestic and international levels.

Based on this argument as a starting point, this paper analyzes the special liens and encumbrances enshrined at the local level by the Aeronautical Code and at the international order by the Geneva Convention, adopted in 1948. We make just a tangential reference to the Cape Town Convention and its Protocol, signed in 2001, since this topic was discussed in depth in other section of this volume.

Keywords:

Liens, encumbrances, aircraft, 1948 Geneva Convention, 2001 Cape Town Convention.

I. INTRODUCCIÓN

Hay criterio unánime en la doctrina en considerar que los privilegios componen uno de los capítulos más oscuros y laberínticos del derecho. Susana Talavera nos ilustra al sostener que las primeras normas históricas relativas a los privilegios se encuentran en los Libros XLII y XX del Digesto¹. Si bien eran reglas que se aplicaban a los buques, en su evolución a lo largo de las centurias fueron fuente de relativa inspiración para desarrollar las que, dos mil años más tarde, recaerían sobre las aeronaves.

La legislación argentina se refiere por primera vez a los privilegios en el Código de Comercio que Acevedo y Vélez Sarsfield prepararon para el Estado de Buenos Aries en 1859 y que a partir de 1862 fuera adoptado como Código nacional.

En líneas generales podemos decir que los privilegios son preferencias establecidas por la ley a favor de los titulares de ciertos créditos. En cuanto tales, se presentan como accesorios a la obligación principal y pueden ser generales o especiales. La diferencia entre unos y otros estriba en que los últimos recaen sobre bienes determinados por la legislación, en tanto que los primeros recaen sobre todos los bienes que integran el patrimonio del deudor, indistintamente. En caso de que los créditos se originen en alguna actividad aeronáutica, específicamente determinada por la ley, esas preferencias en el cobro se ejercen sobre las aeronaves. Por ende, cuando hablamos de privilegios aeronáuticos siempre nos estaremos refiriendo a privilegios especiales.

La especialidad no es sinónimo de estanqueidad. Quien mejor refleja esta idea es el camarista Vocos Conesa, quien, en los fundamentos del caso “Gobierno Nacional v. Crédito Austral Buenos Aires”², sostuvo que el régimen de los privilegios aeronáuticos supone necesariamente la teoría general establecida en

¹ TALAVERA, Susana, *Privilegios en el Derecho de la Navegación argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 14.

² Cám. Nac. Civil y Com. Fed., Sala II, 31/5/1977, ED 76-313.

el Código Civil y en la Ley de Concursos, y no puede ser comprendido si no se lo relaciona con los principios comunes que ordenan esta cualidad accesoria de los créditos. Son, como señala Videla Escalada, una especie dentro de la institución genérica regida por la ley civil.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un derecho personal, con excepción de Salvat, Segovia y Martou que se inclinan por caracterizarlos como derechos reales. Lafaille en cambio, opta por considerarlos como accesorios del crédito principal, mientras que para Highton son calidades accesorias de los créditos. Para esta autora, el privilegio otorgado al crédito fijará la posición del acreedor con relación a otros acreedores en el momento del cobro, independientemente de su derecho concreto, que funciona en otro sentido³. Como veremos en breve, la impronta de Highton se percibe claramente en el artículo 2573 del Código Civil y Comercial unificado, que lo define como una calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro.

II. PRIVILEGIOS DEL CÓDIGO AERONÁUTICO ARGENTINO

El artículo 58 del Código Aeronáutico, ley 17.285, de 1967, al que el Digesto Jurídico argentino le reasigna el número C-0679, consagra una regla liminar, al determinar que “Los privilegios establecidos en el presente capítulo son preferidos a cualquier otro privilegio general o especial”. Una regla de esta naturaleza indica que, si sobre la aeronave o sobre su producido, concurren los privilegios aeronáuticos junto con otros privilegios especiales, estos últimos ceden ante los primeros. La misma solución prevalece en la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, artículo 242 *in fine*, y en el Código Civil y Comercial unificado de 2014⁴, con entrada en vigor a partir del 1 de agosto de 2015⁵, al disponer su artículo 2586 que “Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582, excepto los siguientes supuestos: a) los créditos mencionados en el inciso f) del artículo 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos...”.

Desbrocemos la norma transcrita. Cuando el artículo 2582 del Código unificado de 2014 se aboca a regular los privilegios especiales, consagra un orden de prelación que difiere notablemente del establecido por el Código Aeronáutico desde 1967. Según la norma civil y comercial,

³ HIGHTON DE NOLASCO, Elena, *Privilegios y derecho de retención*, Buenos Aires, Ediciones Ariel, 1981.

⁴ El Código Civil y Comercial de la Nación fue adoptado por ley 26.994, de 2014, publicada en el BO del 8/10/2014, y promulgada por decreto 1795/2014 (BO del 8/10/2014).

⁵ Según la enmienda al artículo 7 ordenada por ley 27.077, de 2014 (BO del 19/12/2014), promulgada por decreto 2513/2014 (BO del 19/12/2014).

Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal; b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos; c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos; d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla; e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante; f) *los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería* [el destacado es nuestro].

Esta norma, y las subsiguientes del Código Civil y Comercial hasta el artículo 2586 con el que se cierra el Capítulo II del Título II del Libro VI, reproducen con cierta fidelidad lo prescrito en el artículo 241 y concordantes del Capítulo I del Título IV de la ley 24.522, de 1996, sobre “Concursos y Quiebras”.

Entonces, en principio, para el derecho civil y comercial y para la ley concursal, habría seis créditos con rango prevalente sobre los privilegios establecidos por el Código Aeronáutico. Decimos “habría”, porque el artículo 2586 se encarga de estipular una excepción a la regla que él mismo consagra, aclarando que si bien *los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582, los créditos mencionados en el inciso f) del artículo 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos*. Está claro, entonces, que los privilegios del Código Aeronáutico están incluidos en el inciso f).

La fuente de esa norma es el artículo 243 de la Ley de Concursos, para el cual los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden en que están dispuestos los incisos del artículo 241, salvo en el caso de sus apartados 4 y 6, *en que rigen los respectivos ordenamientos*. El inciso 6 se refiere, entre otras leyes, al Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico, es decir, el relativo a los privilegios. Por ende, cabe concluir que, tratándose de créditos tomados en utilidad de la aeronave, los mencionados en el Código Aeronáutico (art. 60) desplazan a los del Código Civil y Comercial de 2014 y a los de la Ley de Concursos y Quiebras.

Es propio de la lógica jurídica que los privilegios del derecho común sean desplazados por los aeronáuticos, puesto que se trata de privilegios especiales que priman sobre los generales. Esa especialidad deriva de su asiento sobre cosa

específica (la aeronave), y de la autonomía del Derecho Aeronáutico, que tiene en la aeronave a su principal objeto material⁶.

Se suma a la especialidad de los privilegios aeronáuticos, la circunstancia de que son registrables. En efecto, el artículo 58 exige su inscripción si se pretende oponerlos a terceros: “El acreedor no podrá hacer valer su privilegio sobre la aeronave, si no lo hubiese inscripto en el Registro Nacional de Aeronaves dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha del término de las operaciones, actos o servicios que lo han originado”. Si así no lo hiciere, ese acreedor pasará a ser un mero quirografario. Queda claro, entonces, que la publicidad es lo que torna oponible el privilegio frente a terceros y habilita su invocación. La oponibilidad se extiende por 1 (un) año (art. 63.2), salvo que sea renovada. El inciso 2 del artículo 63 nos proporciona dos valiosas reglas de interpretación, pues al expresar que el privilegio se extingue “Por el vencimiento del plazo de un año desde su inscripción si ésta no fuese renovada”, nos indica que el año se cuenta desde la fecha en que se hizo el registro y no a partir del momento en que el crédito nació, por ende sus efectos no son *ex tunc* sino *ex nunc*.

Nos interesa dejar esto bien sentado, pues habría ciertas prácticas en el Registro Nacional de Aeronaves que descuentan del plazo de inscripción del privilegio el lapso de tiempo que medió entre el nacimiento del crédito y su registración. Por consiguiente, como la ley argentina, siguiendo al Convenio de Ginebra de 1948⁷, le concede un plazo de 3 meses para hacerlo, debe deducirse que el titular del crédito es un simple quirografario durante el lapso de tiempo transcurrido entre el nacimiento de ese crédito y su inscripción, ya que como vimos ésta no tiene efectos retroactivos. La inscripción es lo que marca una notoria diferencia entre los privilegios aeronáuticos respecto de los marítimos, que no requieren tal recaudo.

El asiento de estos privilegios es la aeronave y sus partes componentes (art. 62), a los que hay que añadir que “En caso de destrucción o inutilización del bien objeto del privilegio, éste será ejercitado sobre los materiales o efectos recuperados o sobre su producido” (art. 59). Se consagra, así, una subrogación legal menos amplia que la hipotecaria, pues queda claro que, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca de aeronaves, los seguros no son asiento de los privilegios aeronáuticos.

El artículo 60 indica qué créditos son especiales y cuál es su orden de precedencia, disponiendo que

Tendrán privilegio sobre la aeronave:

1. Los créditos por gastos causídicos que benefician al acreedor hipotecario.

⁶ TALAVERA, Susana, *Privilegios en el Derecho de la Navegación argentino*, op. cit., p. 40.

⁷ El Convenio de Ginebra de 1948, en vigor y del que la Argentina es Estado parte, regula el “Reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves”.

2. Los créditos por derechos de utilización de aeródromos o de los servicios accesorios o complementarios de la aeronavegación, limitándose al período de un año anterior a la fecha del reclamo del privilegio.
3. Los créditos provenientes de la búsqueda, asistencia o salvamento de la aeronave.
4. Los créditos por aprovisionamiento y reparaciones hechas fuera del punto de destino, para continuar el viaje.
5. Los emolumentos de la tripulación por el último mes de trabajo.

A esta lista debemos sumarle los gastos de remoción, reparación y conservación de la aeronave, en la medida que hayan sido realizados porque ella, o sus partes o despojos, representan un peligro para la navegación aérea, la infraestructura o los medios de comunicación. Al respecto, el artículo 75 nos da una descripción precisa. Desde allí se indica que tales créditos están amparados por el privilegio establecido en el artículo 60, inciso 3. Es decir que en este inciso concurren dos tipos diferentes de acreencias, una que conjura una situación de peligro para la propia aeronave, y otra que conjura un peligro para las demás.

El *numerus clausus* se cierra con la hipoteca sobre aeronaves, que toma grado inmediatamente después de los créditos privilegiados establecidos en el artículo 60 (conf. artículo 57).

La del inciso 1 es una preferencia universalmente reconocida. Los gastos causídicos tienen por finalidad materializar el ejercicio de un derecho (el hipotecario, en este caso) convirtiendo el valor de la aeronave en precio. Sobre ese precio habrá de cobrar su crédito toda la masa de acreedores, y no solamente el que ejecutó la hipoteca. Está justificado, entonces, que el legislador le reconozca el mejor grado de preferencia. Talavera subraya que deben distinguirse los gastos judiciales realizados en interés común (como los honorarios profesionales de abogados y martilleros, la publicación de edictos, etc.), de aquellos que sólo satisfacen un interés particular, puesto que los segundos están excluidos del inciso⁸. Una perspectiva similar ofrece el artículo 2585 del Código unificado de 2014, conforme al cual “Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización”.

El privilegio descrito en el inciso 2 está vinculado con, y se funda en, la seguridad de la aeronavegación. Sea en vuelo, sea en tierra, la aeronave recibe constantes ayudas para que las operaciones que realiza se desenvuelvan de manera segura y ordenada. Esas ayudas van desde comunicaciones aeronáuticas, servicios de radar, seguimiento satelital, servicios de rampa en suelo, suministro de energía eléctrica, etc. Sin razón que lo justifique cabalmente, el legislador

⁸ TALAVERA, Susana, *Privilegios en el Derecho de la Navegación argentino*, op. cit., p. 65.

los limita al período de 1 año anterior a la fecha del reclamo del privilegio. Esta condición y ese plazo generan más de un dolor de cabeza al intérprete, como quedó evidenciado en el caso “Gobierno Nacional v. Crédito Austral Buenos Aires”.

En primer lugar, detectamos una incongruencia lógica entre el cómputo del plazo que se establece como pauta general y el de este inciso. El principio genérico es que el plazo de validez del privilegio se cuenta desde la fecha de su inscripción (art. 63.2), pero el inciso 2 del artículo 60 lo restringe *al período de un año anterior a la fecha del reclamo del privilegio*. Es decir, que transforma en incierto un plazo de inicio cierto, porque habrá que hacer una cuenta regresiva de un año a contar desde el reclamo, que juzgamos puede ser judicial como extrajudicial, para conocer la fecha a partir de la cual conservan la calidad de accesorios al crédito principal y conceden una preferencia al acreedor, sin importar la fecha cierta de la inscripción del crédito en el Registro Nacional de Aeronaves. Como no hemos visto razón alguna que justifique esta decisión, en nuestro proyecto del año 2010⁹ no estipulamos restricción alguna en el plazo de reclamo de este privilegio.

La tensión generada entre ambos plazos por el legislador, fue objeto de un profundo análisis por el camarista Vocos Conesa en el caso “Gobierno Nacional v. Crédito Austral Buenos Aires”, que citáramos al comienzo de este capítulo, en donde el Estado argentino, acreedor de tasas por utilización de aeródromos y por uso de servicios accesorios o complementarios de la aeronavegación, se enfrentó a *British Aircraft Corporation*, acreedora hipotecaria de Austral Líneas Aéreas, por la preferencia de sus créditos sobre el seguro de casco que la línea aérea había tomado sobre las aeronaves adquiridas en Inglaterra a *British Aircraft*.

Acorde a los hechos descriptos en la causa por el preopinante, la constructora británica había vendido cinco aeronaves BAC 1-11 a la aerolínea argentina. En seguridad de su crédito se constituyó hipoteca sobre ellas, debidamente inscritas en el Registro Nacional de Aeronaves el 11 de octubre de 1971. Sobre los aparatos Austral tomó un seguro de casco en la Argentina que cubría el valor de las aeronaves en caso de siniestro. Luego transfirió los derechos y acciones emergentes de la póliza a su acreedora hipotecaria.

En diciembre de 1973 uno de los aviones se accidenta, con pérdida total constructiva. *British Aircraft* pretende hacer valer sus derechos sobre la indemnización del seguro, pero se le opone el Estado Nacional a través de la Fuerza Aérea Argentina (FAA), invocando mejor derecho en razón de su crédito por tasas debidas por Austral por utilización de servicios complementarios a la

⁹ Proyecto ICAO-ARG/07/803. Este Proyecto cuenta con el aval del CONICET por resolución DC 3783/2009, a través de la cual autorizó a la autora de este capítulo a realizar la consultoría internacional que culminó con el proyecto de Código Aeronáutico al que nos referimos en el texto. El texto final fue entregado en diciembre de 2010 a la ANAC (expte. S01:0453067/2010). Disponible también en CEDAEONLINE: <http://cedaeonline.com.ar/2013/06/03/proyecto-codigo-aeronautico/>.

aeronavegación. Era una deuda contraída por Austral respecto de la totalidad de su flota, entre mayo de 1972 y setiembre de 1973. La Fuerza Aérea había inscripto su privilegio el 23 de octubre de ese año, por lo que decidió resistir la pretensión de *British Aircraft* mediante el embargo de la indemnización que debía abonar la aseguradora a la acreedora hipotecaria. Con buen criterio, el juez Vocos Conesa advierte que el crédito por tasas aeronáuticas tiene privilegio especial solamente sobre “la aeronave” que recibió tales servicios, determinando así su nacimiento. Dado que el pago de esas tasas era debido por toda la flota de aviones de Austral, tales derechos tendrían su asiento en cada una de ellas conforme haya sido generado por cada aparato y por el monto correspondiente a los servicios recibidos.

El prestigioso camarista también subraya dos elementos más: a) que el privilegio del inciso 2 se reduce al período de 1 año anterior a la fecha del reclamo; b) que ningún privilegio aeronáutico puede hacerse valer si no es inscripto dentro del plazo de 3 meses a partir de la fecha del acto que le dio origen (art. 58 *in fine*). Por ende, si la FAA procedió a inscribirlos el 23 de octubre de 1973, mal puede reclamar preferencia por los créditos no inscriptos nacidos a partir de mayo de 1972. A lo sumo, podrá hacer valer su privilegio por los generados por la aeronave accidentada, y únicamente por ella, durante los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la inscripción, es decir, en el trimestre que corre entre el 23 de julio y el 23 de octubre de 1973. Los anteriores perdieron su condición de privilegiados en los términos del Código Aeronáutico. También señala Vocos Conesa que sólo la acreedora hipotecaria traslada su preferencia sobre la indemnización del seguro, en virtud de la subrogación real ordenada por el legislador en el artículo 54, no así el privilegio del Estado, que queda circunscripto a los efectos recuperados del accidente (art. 59) y a la aeronave y sus partes componentes (art. 62, primer párrafo). Mas esta última cuestión devino abstracta desde el momento en que *British Aircraft* admitió luego que el Estado argentino anteponga su privilegio.

El privilegio del inciso 3 del artículo 60 halla su fundamento en el riesgo que signa una actividad desarrollada, la mayor parte del tiempo, en la tercera dimensión, y en el esfuerzo que otros realizan para rescatar la aeronave en situación de peligro. La búsqueda, la asistencia y el salvamento, bajo las condiciones detalladas por el legislador en el Título IX del Código Aeronáutico, dan lugar al cobro de indemnizaciones por los gastos y por los daños emergentes sufridos durante la operación o como consecuencia directa de ella, y a una remuneración que será pagada teniendo en cuenta los riesgos corridos, las dificultades del salvamento y el valor de los bienes salvados.

El privilegio del inciso 4 tiene en miras la conservación de la aeronave. No es saludable la amplitud con que la norma describe al crédito, puesto que pareciera que la preferencia la adquiere cualquier aprovisionamiento o reparación hecho fuera del punto de destino, para continuar el viaje. Aplicando las reglas de la heurística jurídica, trataremos de interpretar la norma con la ayuda del ré-

gimen de fuentes que propone la Constitución nacional en su artículo 75, inciso 22, por el cual los tratados tienen supremacía sobre las leyes internas de nuestro país. Así pues, el tratado conexas al tema que estamos desbrozando es el de Ginebra de 1948, cuyo artículo 4 demanda que esos gastos de conservación sean extraordinarios e indispensables. *Mutatis mutandi*, entonces, colegimos que el espíritu del artículo 60, inciso 4, del Código Aeronáutico debe circunscribirse a los créditos de aprovisionamiento y reparaciones indispensables hechos fuera del punto de destino, con carácter extraordinario, para continuar el viaje.

Los créditos privilegiados del inciso 5 provienen del contrato de trabajo, tienen valor alimentario y se limitan al del último mes.

Con indudable influencia de los principios que rigen a los privilegios marítimos, en materia aeronáutica el artículo 61 también deroga la regla *prior in tempore, potior in jure* de raigambre romanista y tan cara al derecho común. La citada norma expresa que “Los créditos que se refieren a un mismo viaje son privilegiados en el orden que se establece en el artículo anterior. Cuando se trate de privilegios de igual categoría, los créditos se cobrarán a prorrata. Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes”.

Entendemos que el nudo gordiano sobre el cual gira el sentido último de este artículo es el concepto de “viaje”. No conocemos sugerencias al respecto esgrimidas por otros colegas, ni mucho menos que se hayan detenido a pensar el tema. Hay certeza, en cambio, acerca del origen de esta medida temporal que, como ilustra Ripert, procede de la idea alemana acerca de cómo ha de liquidarse la fortuna de mar; idea que se ha propagado a todos los países por la sencilla razón práctica de que favorece el crédito¹⁰. Por nuestra parte, creemos que por “viaje” debe entenderse el que realiza la aeronave desde su punto inicial de partida hasta el punto de destino final en el último aeropuerto en el que aterriza según el plan de vuelo presentado¹¹. Entonces, todos los créditos generados durante ese lapso han de entenderse como nacidos en un mismo viaje.

Utilizar al viaje como módulo para distribuir los privilegios aeronáuticos persigue la misma finalidad que ese parámetro posee para el sistema de privilegios marítimos, el cual, como señala Talavera, tiene “el fin de que no se acumulen créditos que abarquen totalmente el valor del buque tornando ilusoria la garantía”¹². Con mayor sentido pedagógico, Chami argumenta que darle prioridad a los acreedores del primer viaje sobre los del último basado en la regla *prior*

¹⁰ RIPERT, Georges, *Compendio de Derecho Marítimo*, Buenos Aires, TEA, 1954, p. 174.

¹¹ El Anexo 1 al Convenio de Chicago de 1944 define al “plan de vuelo” como la “Información especificada que, respecto a un vuelo proyectado o a parte de un vuelo de una aeronave, se proporciona a las dependencias de los servicios de tránsito aéreo”.

¹² TALAVERA, Susana, *Privilegios en el Derecho de la Navegación argentino*, op. cit., p. 42.

in tempore potior in jure, desalentaría a éstos a dar los créditos necesarios para la continuidad del periplo (como suministros, reparaciones, asistencia, etc.)¹³.

El segundo párrafo del artículo 62 excluye a la carga y el flete del sistema de privilegios aeronáuticos. Únicamente “se verán afectados por ellos... en el caso de que los gastos previstos en el inciso 3 del artículo 60 los hayan beneficiado directamente”. El inciso en cuestión se refiere a las operaciones de búsqueda, asistencia o salvamento. Para la carga hay una regla extintiva especial, pues ellos fenecen “si la acción no se ejercita dentro de los quince días siguientes a su descarga. El término comienza a correr desde el momento en que las operaciones están terminadas” (art. 64). Las razones que justifican la brevedad de este plazo son varias: porque recaerían sobre cosa mueble no registrable respecto de las cuales la posesión vale título; porque el comercio doméstico e internacional están interesados en la circulación de bienes y un privilegio válido por el plazo de 1 año conspiraría contra la fluidez del mercado; y porque la carga no es cosa accesoria de la aeronave.

El privilegio sobre la carga, a diferencia de los demás, no debe ser inscripto en el Registro (art. 64 *in fine*, “Este privilegio no requiere inscripción”).

Por último, los privilegios se extinguen: “1. Por la extinción de la obligación principal. 2. Por el vencimiento del plazo de un año desde su inscripción si ésta no fuese renovada. 3. Por la venta judicial de la aeronave, después de satisfechos los créditos privilegiados de mejor grado inscriptos conforme al artículo 58 de este Código” (art. 63).

Creemos que la nómina extintiva está incompleta; por esa razón en nuestro Proyecto de Código Aeronáutico del año 2010 propusimos lo siguiente:

Artículo 119: Los privilegios sólo se extinguen:

1. Por la extinción de la obligación principal.
2. Por el vencimiento del plazo de 2 (dos) años desde su inscripción, si ésta no fuese renovada.
3. Por la venta judicial de la aeronave, después de satisfechos los créditos privilegiados de mejor grado inscriptos conforme el artículo 113 de este Código.
4. Por renuncia del acreedor a su derecho.
5. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba subordinada la obligación principal;
6. Por confusión de la calidad de acreedor con la de propietario de la aeronave.

¹³ CHAMI, Diego, *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. 152.

Al comienzo del artículo intercalamos el adverbio “solo”, con el fin de despejar dudas sobre el carácter taxativo de la enumeración. Dada la duración de los procesos judiciales, en nuestro proyecto también decidimos elevar a 2 años el plazo de vigencia de la inscripción del privilegio. Cerramos el proyecto de artículo, con la inclusión de tres nuevas causales de extinción: la renuncia del acreedor a su derecho, la confusión patrimonial y el caso de las compraventas condicionales.

Otra de las omisiones del Código y de su reglamentación, es la indeterminación de los títulos hábiles para inscribir los privilegios en el Registro. En razón de ello, propusimos en nuestro Proyecto una norma (artículo 115) indicando que, para el caso de los créditos por derechos de utilización de aeródromos o de servicios accesorios o complementarios de la aeronavegación, se consideraría que los certificados de deuda emitidos por la autoridad aeronáutica son títulos suficientes, y que la liquidación definitiva de los gastos en que incurrió la autoridad aeronáutica sería título hábil para inscribir los créditos provenientes de la búsqueda, asistencia o salvamento de la aeronave y los gastos de remoción, reparación y conservación de la misma. Respecto de las ejecuciones hipotecarias, no hay duda de que los gastos causídicos originados durante el proceso son título suficiente, lo mismo que los salarios de la tripulación, por eso no fueron indicados expresamente.

El Código Aeronáutico no ha sido tan minucioso en regular el régimen de los privilegios como lo ha sido la Ley de la Navegación e, incluso, el propio Convenio de Ginebra de 1948, por lo que es menester completarlo mediante las disposiciones del Código Civil. Entre los institutos ausentes están el de extensión del privilegio, el derecho de retención y los derechos reipersecutorios.

Respecto a la extensión del privilegio aeronáutico, para salvar la laguna e integrar el derecho, corresponde apelar al sistema de fuentes del artículo 2, que nos conduce a la legislación común. En ella se establece que “Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito” (art. 2583). En sintonía con ello, otra norma del plexo indica que no se extienden a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios del crédito, excepto disposición legal expresa en contrario (art. 2577). La regla, *mutatis mutandi*, resulta aplicable a nuestra rama autónoma.

En cuanto al derecho de retención, vemos que el artículo 2587 del Código unificado de 2014 concede al acreedor de una obligación cierta y exigible el derecho de conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa. Añade que sólo cuenta con esa facultad “*quien obtiene la detención [sic] de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante*”.

Este derecho de retención se encuentra regulado en el Título III del Libro VI del Código unificado, por medio del cual se concede privilegio especial en virtud de “*lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre*

ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla” (art. 2582.d)]¹⁴. El retenedor tiene tres derechos básicos: 1) a ejercer todas las acciones para conservar y percibir su crédito y para proteger la posesión o tenencia de la cosa retenida; 2) a percibir un canon por el depósito; y 3) a su opción y dando previo aviso al deudor, percibir los frutos naturales de la cosa retenida, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital (art. 2590). El derecho de retención es transmisible con el crédito al cual accede; no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor, pero de ser así, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente; además, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede mientras dura la retención (art. 2592); y se extingue por cinco causas: a) extinción del crédito garantizado; b) pérdida total de la cosa retenida; c) renuncia; d) entrega o abandono voluntario de la cosa, pero no renace aunque la cosa vuelva a su poder; e) confusión de las calidades de retenedor y propietario de la cosa, excepto disposición legal en contrario; f) falta de cumplimiento de las obligaciones del retenedor o si incurre en abuso de su derecho (art. 2593).

El crédito del retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comienza a ser ejercida antes de nacer los créditos privilegiados (art. 2586.b)]. Probablemente sea éste el efecto más cuestionable que la aplicación subsidiaria de las reglas del derecho común tengan sobre los privilegios aeronáuticos, ya que mientras éstos se dan a publicidad mediante su inscripción en el Registro de Aeronaves, el de retención es invisible a los acreedores privilegiados del propietario de la aeronave.

Finalmente, es lógico preguntarse en qué medida la prelación que impone el artículo 2586.b) no entra en colisión con la regla del artículo 61 del Código Aeronáutico, que consagra el principio de que los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes. La aplicación de esta regla haría que los créditos privilegiados que nacen después de que comience el derecho de retención sobre la aeronave, sean preferidos a ésta, por ser los que nacieron último, y no a la inversa como dispone el artículo 2586.b). Creemos que por ser norma especial, la del Código Aeronáutico prevalece sobre la general, y esta prevalencia se mantiene aunque el Código Civil y Comercial de 2014 sea ley posterior, porque a nuestro entender —en caso de conflicto— la ley especial siempre prima sobre la general aunque ésta sea posterior. Sostenemos, entonces, que para que una ley posterior prime sobre una especial, aquélla también debe ser especial.

El legislador aeronáutico también ha guardado silencio respecto a los derechos persecutorios. En nuestro proyecto de Código llenamos este vacío al es-

¹⁴ Aclara el artículo 2588 que “Toda cosa que esté en el comercio puede ser retenida, siempre que deba restituirse y sea embargable según la legislación pertinente”.

tipular que “Los mismos tienen efectos reipersecutorios, que se extienden hasta la verificación de las causales de extinción señaladas en este Código. La cesión del crédito privilegiado importa, de pleno derecho, la de su privilegio” (art. 113 *in fine*). Ray le asigna un efecto similar al que es propio de las obligaciones *propter rem*¹⁵. Una norma de esta naturaleza es indispensable que conste en el Código Aeronáutico, puesto que los privilegios del derecho común carecen de esta cualidad.

En Derecho Marítimo, ese *ius persecuendi* está limitado temporalmente al plazo de 3 meses, en caso de enajenación voluntaria del buque, “plazo [que] comienza a correr desde la fecha de la inscripción del documento traslativo de la propiedad en el Registro Nacional de Buques. Si en esta fecha el buque se encuentra fuera de jurisdicción nacional, el término se cuenta a partir de su regreso a puerto argentino. La inscripción en el Registro Nacional de Buques, se realiza previa publicación de edictos por tres (3) días en el Boletín Oficial, anunciando la transferencia” (art. 484.c], ley 20.094). No debemos confundir ese efecto persecutorio con la norma que estipula que “La transmisión del crédito incluye la de su privilegio” (art. 2576 del Código Civil y Comercial de 2014)¹⁶, pues mientras el privilegio es una calidad del crédito, el *ius persecuendi* es un efecto de ese privilegio.

III. CONCURRENCIA DE PRIVILEGIOS AERONÁUTICOS Y MARÍTIMOS

Decíamos unos párrafos más atrás, en el punto II de este capítulo, que los privilegios aeronáuticos desplazan a los del derecho común por que son especiales, y que esa especialidad deriva de que se asienta sobre una cosa específicamente determinada por la ley.

La incuestionable veracidad del postulado anterior cede el paso a la incertidumbre que genera el determinar si los privilegios del Código Aeronáutico también se prefieren a los de la Ley de Navegación, cuando se trata de los nacidos en las operaciones realizadas por buques y por aeronaves en búsqueda, asistencia y salvamento de aeronaves.

El inciso f) del artículo 476 de la Ley de Navegación 20.094¹⁷ (que hasta mediados de 2015 es el inciso f] del artículo 1555 del Libro III del Código de Comercio, según la nomenclatura F-0067 del Digesto Jurídico argentino) señala que los créditos por asistencia y salvamento, remoción de restos náufragos

¹⁵ RAY, José, *Derecho de la Navegación*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 443.

¹⁶ La misma pauta es establecida por el artículo 475 de la Ley de Navegación (“La cesión del crédito privilegiado importa, de pleno derecho, la de su privilegio”).

¹⁷ Entendemos que la ley 20.094, de 1973, que rige la navegación por agua, ha adquirido autonomía legislativa, puesto que ya no integra más el Libro III del Código de Comercio (ni el de 1862, ni el adoptado bajo el número F-0067 por el Digesto Jurídico argentino).

y contribuciones en averías gruesas son privilegiados en primer lugar sobre el buque, sobre los fletes, sobre el precio de los pasajes y sobre los créditos que nazcan a favor del buque durante el mismo viaje. Dentro de esta última categoría ubicaríamos al de asistencia y salvamento que un buque brindó a una aeronave caída o accidentada en el océano o en cualquier otro espejo de agua, sea lacustre o fluvial.

A su vez, el artículo 60 del Código Aeronáutico coloca en cuarto lugar, con asiento en la aeronave o en su producido o sobre los materiales y efectos recuperados si aquélla se accidentó, a los créditos provenientes de su búsqueda, asistencia o salvamento.

Si los privilegios marítimos se prefieren a los aeronáuticos, el buque asistente o salvador cobrará antes que la aeronave que participó del mismo salvataje. O bien ésta cobrará primero que aquél si los privilegios aeronáuticos preceden a los marítimos. A favor de esta postura podríamos argumentar que, como las tareas se realizaron en utilidad de la aeronave (y no de un buque), los privilegios del Código Aeronáutico deben primar sobre los de la Ley de Navegación. Adicionalmente, también podríamos argüir que como tales privilegios tendrán asiento en una aeronave, corresponde atenernos a la legislación específica que rige a la cosa. Por último, basándonos en la regla que estipula que los créditos por privilegios de igual categoría se cobran a prorrata en caso de insuficiencia del valor del asiento del privilegio (art. 61 del Código Aeronáutico, y art. 480 de la Ley de Navegación), una tercera solución, salomónica, sería que unos y otros cobren bajo esa modalidad.

Por su ortodoxia, de las tres hipótesis que ensayamos, nos inclinamos por la segunda. De todos modos, como no reclamar salarios ni indemnizaciones por búsqueda, asistencia y salvamento es costumbre arraigada internacionalmente en la actividad aeronáutica, las elucubraciones precedentes sólo tienen valor académico, más no empírico¹⁸.

IV. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE DERECHOS SOBRE AERONAVES

La extrema movilidad de las aeronaves hizo aconsejable suscribir un convenio internacional que rigiera el amplio tema relativo a la aeronave como objeto de derechos. Fue firmado en la ciudad de Ginebra, Suiza, en el año 1948. Es operativo desde el 17 de septiembre de 1953 y a principios de 2015 estaba vigente en 89 Estados, entre ellos la Argentina.

¹⁸ Lamentamos que en el caso “Porchetto” la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, primero, y, luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hayan sido incapaces de reconocer esta práctica tan arraigada como consolidada en el quehacer aeronáutico mundial (“Porchetto, Marcelo P. v. Aerovías Nacionales de Colombia S.A. y otros s/ Cobro de Asistencia y Salvamento”, del 26 de junio de 2012).

La génesis de este tratado comienza en las reuniones de la CITEJA de 1927, en la que se debatieron sendos proyectos elaborados por Giannini y Richter. En las sesiones finales de la Conferencia de Chicago que culminó con el Convenio homónimo de 1944, se adoptó la Recomendación V que instaba a los Estados a convocar a una conferencia sobre derecho privado aéreo, con el propósito de negociar una convención sobre hipotecas y otras garantías sobre aeronaves. Se decidió, entonces, fusionar los Proyectos de Giannini y Richter generando un documento sobre el que trabajaron las delegaciones de Inglaterra, Francia, Bélgica y EE.UU. Este texto, conocido como Proyecto de París de 1947, inspira un nuevo documento que, luego de escasos retoques, pasa a ser la versión final de lo que hoy es el Convenio de Ginebra de 1948 relativo al “Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves”.

Al momento de su firma en junio de 1948, la Argentina formuló una reserva dejando a salvo los derechos privilegiados a favor del Fisco. Chile siguió el camino trazado por nuestro país y añadió los créditos referidos al salario de la tripulación por el tiempo establecido en su ley interna. Pero ninguno de los Estados las mantuvo al momento de la ratificación en enero de 1958 y en diciembre de 1955, respectivamente.

1. Los privilegios aeronáuticos en el Convenio de Ginebra de 1948

Es un típico tratado de solución de conflictos mediante normas indirectas o de envío, lo que le valió no pocas críticas por parte de aquéllos que esperaban contar con normas sustantivas o directas. Sin desmerecerlas, Fernández Brital valora el hecho de que gracias al Convenio se logró brindar garantías a los titulares de derechos sobre aeronaves y así favorecer el crédito y el equipamiento aeronáutico en pos del desarrollo del transporte aéreo¹⁹. Este prestigioso historiador del Derecho Aeronáutico señala seis razones como fundamento de su postura: 1) brinda el reconocimiento internacional de ciertos derechos específicos sobre las aeronaves; 2) supedita su validez a la normativa del país de la matrícula; 3) impone su inscripción en el Registro de la matrícula; 4) hace públicas las constancias de los derechos sobre aeronaves; 5) sujetos a anotación, acepta determinados privilegios; 6) impone procedimientos sobre la venta forzada de aeronaves.

El Convenio, sancionado y promulgado en la Argentina por decreto-ley 12.359/1957, ratificado luego por ley 14.467, consta de un Preámbulo y 23 artículos en los que los Estados signatarios se comprometen a reconocer la validez de: a) el derecho de propiedad sobre aeronaves; b) el derecho acordado al tenedor de una aeronave a adquirir su propiedad por compra; c) el derecho a la

¹⁹ FERNÁNDEZ BRITAL, Oscar, “Derechos sobre aeronaves”, en *Revista Brasileira de Direito Espacial*, 1998, p. 3. Disponible en: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1620.htm> (consulta: 15 de mayo de 2011).

tenencia de una aeronave originado por un contrato de arrendamiento de seis meses, como mínimo; d) la hipoteca, el *mortgage* y derechos similares sobre una aeronave, creados convencionalmente en garantía del pago de una deuda (art. 1.1).

El reconocimiento internacional de los privilegios surge de la articulación de varios preceptos, como veremos en seguida.

El objeto de todos estos derechos y el asiento de los privilegios es la aeronave, a la que el artículo 16 define por sus componentes, expresando que comprende "...la célula, los motores, las hélices, los aparatos de radio y cualesquiera otras piezas destinadas al servicio de la aeronave, incorporadas a ella o temporalmente separadas de la misma".

Quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio en razón de las cosas "las aeronaves destinadas a Servicios Militares, de Aduana y de Policía" (art. 13), es decir, no excluye a la totalidad de las aeronaves públicas, sino sólo a las catalogadas allí. También quedan fuera las aeronaves que ostentan la nacionalidad del Estado miembro, ya que el artículo 11 sólo consiente que el Convenio se aplique a las aeronaves matriculadas en otro Estado contratante. Esta regla tiene excepciones, puesto que los países miembro deben aplicar también a las aeronaves matriculadas en su territorio las disposiciones de los artículos 2, 3, 9 y 4, es decir, las normas sobre: a) obligatoriedad y publicidad de las inscripciones, b) libre acceso a la información registral, c) garantía de fe de las inscripciones, y d) régimen de los privilegios, excepto en este último caso, que el salvamento o las operaciones de conservación finalizaren en su propio territorio.

El artículo 2 exige la inscripción de esos derechos en un Registro, pero los efectos de la inscripción se determinan "...conforme a la ley del Estado contratante donde tal derecho esté inscripto". La doctrina fue crítica, porque consideró que una vez más se perdió la oportunidad de crear un Registro Internacional, único, omisión que fue saldada con el Convenio de Cape Town y su Protocolo, ambos de 2001. Como el análisis de ese plexo normativo es tratado en otro capítulo de esta *Revista*, nos remitimos a lo expuesto por Hernán Gómez en esa parte de su trabajo.

El inciso 2 del artículo 2 trae una pauta que se muestra respetuosa de la soberanía estatal, pero también exhibe la incapacidad de los países de profundizar la unificación del Derecho Aeronáutico Internacional, pues "Cada Estado contratante podrá impedir la inscripción de un derecho sobre una aeronave, que no pueda ser válidamente constituido conforme a su ley nacional".

El artículo subsiguiente organiza a ese Registro sobre la base de su publicidad, el libre acceso a la información y la garantía de que las inscripciones hacen fe salvo prueba en contrario.

El artículo 4 se aboca al tema de los privilegios. En este punto el Convenio exhibe cierta deficiencia de técnica legislativa, pues aunque el eje central de los privilegios sea el artículo 4, su nomenclatura está dispersa en varios otros que se alternan a lo largo del texto, como los artículos 7.5.b) y 7.6.

El referido artículo 4 admite el reconocimiento internacional, el *ius preferendi* y el *ius persequendi* de dos de ellos: a) los créditos por las remuneraciones debidas por el salvamento de la aeronave; b) los créditos derivados de los gastos extraordinarios indispensables para la conservación de la aeronave. La norma impone la preferencia de éstos sobre cualesquiera otros derechos y créditos que graven la aeronave.

Esa preferencia se adquiere en orden cronológico inverso a los acontecimientos que los originaron (art. 4.2). Los efectos persecutorios dependerán de la ley del Estado contratante donde hayan finalizado las operaciones de salvamento o de conservación (art. 4.1). Se deja librado al Estado decidir si deben o no ser inscriptos, pero en caso de que así lo permita la legislación local, la inscripción ha de hacerse “dentro de los tres meses a contar de la fecha de terminación de las operaciones que los hayan originado” (art. 4.3). Pasado ese plazo el privilegio asignado al crédito se pierde y éste pasa a ser quirografario. La inscripción en término es, entonces, el salvoconducto que permite ostentar el privilegio, salvo que dentro de ese plazo “el monto del crédito haya sido fijado de común acuerdo o una acción judicial haya sido iniciada en relación con ese crédito. En este caso, la ley del tribunal que conozca la causa determinará los motivos de interrupción o de suspensión del plazo” (art. 4.4.b)].

El inciso 3 del artículo 60 del Código Aeronáutico argentino también concede privilegio especial a “Los créditos provenientes de la búsqueda, asistencia o salvamento de la aeronave”. Pero el Convenio de Ginebra de 1948 coloca a este crédito en primer lugar, y no en el tercero como lo hace nuestra legislación. El orden de preferencia consagrado en el documento internacional será el que prevalezca en caso de que en el hecho estén involucradas (como asistente y asistida, o como salvadora y salvada) aeronaves con matrícula de cualquiera de los Estados parte en el Convenio. Basta con que uno de los aparatos que dio o recibió asistencia o salvamento no pertenezca a un Estado miembro, para que las reglas del Convenio sean sustituidas por las generales del Derecho Internacional Privado. En tal circunstancia, se aplicará la *lex loci delicti comissi*, esto es, la del lugar del hecho. Si éste acaeciera en territorio de un Estado o en sus aguas jurisdiccionales, corresponde aplicar la legislación del país en cuestión. Lo mismo ocurriría si el suceso acaece en alta mar entre aeronaves que ostentan la misma nacionalidad. Pero si ocurriese en alta mar y las aeronaves involucradas en el hecho poseen nacionalidades diferentes, corresponde aplicar la legislación del Estado de la aeronave asistente o salvadora. Esta regla dimana de los artículos 12 y 43 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre Navegación Comercial Internacional.

Como ya dijéramos, con criticable técnica legislativa, pues lo hace de manera implícita, el artículo 7.6 añade un nuevo privilegio que sólo puede ejercerse en caso de venta judicial de la aeronave. Se trata de todos los gastos legalmente exigibles, según la ley del Estado contratante donde esa venta se efectúe, en los que se haya incurrido durante el procedimiento de ejecución en interés

común de los acreedores. Ellos deben ser “deducidos del precio de venta antes que cualquier otro crédito, incluso los privilegiados en los términos del artículo 4”. Ergo, habiendo venta de la aeronave en pública subasta, el privilegio del artículo 7.6 se prefiere a los dos del artículo 4. Este privilegio está reflejado en el orden doméstico en el inciso 1 del artículo 60 del Código Aeronáutico, que concede privilegio especial a “Los créditos por gastos causídicos que beneficien al acreedor hipotecario”.

Los artículos 6 a 9 del Convenio regulan aspectos sustantivos y procesales relacionados con la ejecución de un gravamen sobre la aeronave. Respetuoso de las reglas aplicables a la solución de conflictos, el Convenio acoge el principio de que el procedimiento de venta en ejecución de una aeronave será regido por la ley del Estado donde la venta se efectúe (art. 7.1). El Convenio ordena que se suministre información auténtica de las inscripciones que pesan sobre la aeronave, lo que incluye a los privilegios inscritos conforme al inciso 3 del artículo 4 (art. 7.2.b)]. La fecha de la venta debe anunciarse al menos 1 mes antes en el país de matrícula de la aeronave y notificarse de inmediato a las direcciones indicadas en el Registro, al propietario, y a los titulares de los derechos listados en el artículo 1 y de créditos privilegiados sobre la aeronave (art. 7.2.c)]. Si no se observaren estos procedimientos, la venta puede ser anulada por demanda interpuesta dentro de los 6 meses de la fecha de venta, por quien resultare perjudicado a consecuencia de ello (art. 7.3).

El Convenio también impide la venta en ejecución de la aeronave si los derechos legítimos de acreedores con título preferente no se cubren mediante el precio de la venta o no son tomados a su cargo por el adquirente. Esta norma revela una estrategia legal a favor de los acreedores que no siempre está consagrada en el orden doméstico (art. 7.4). Esta protección es reforzada por otra norma, que prohíbe la transferencia de matrícula de una aeronave entre los Estados contratantes “a menos que los titulares de los derechos inscritos hayan sido satisfechos o lo consientan”, salvo en el caso de venta en pública subasta (art. 9). Con la realización de la aeronave se transfiere su propiedad libre de todo derecho y de todo privilegio que no haya sido tomado a su cargo por el adquirente (art. 8).

El cuarto privilegio reconocido internacionalmente por el Convenio es el relativo a los de los terceros en la superficie, en razón de los créditos nacidos de los daños que sufren con motivo de una aeronave en vuelo. El privilegio se activa en la hipótesis de que esos daños no estén cubiertos por un seguro suficiente (art. 7.5). Un seguro se reputa suficiente cuando el monto de la indemnización se corresponde con el valor de la aeronave cuando nueva (art. 7.5). Respecto de estos terceros el Convenio crea un *ius preferendi* muy especial, ya que los derechos previstos en el artículo 1 no son oponibles a las víctimas ni a sus causahabientes sino hasta el 80% del precio de venta de la aeronave (art. 7.5.b)]. La admisión de esta prerrogativa es facultativa del Estado del hecho, siempre que sea parte del Convenio. Los requisitos para hacer valer este “privilegio”

son: a) que la aeronave esté gravada con alguno de los derechos previstos en el artículo 1; b) que el daño a terceros se cause en el territorio del Estado contratante en el que se realiza la venta judicial de la aeronave; y c) que los terceros hayan trabado embargo sobre la aeronave accidentada o sobre cualquier otra que pertenezca al mismo propietario.

Cierta doctrina estima que el del artículo 12 es otro privilegio implícito en el Convenio. Allí se estipula que las disposiciones del tratado “no afectarán el derecho de los Estados contratantes de aplicar a una aeronave las medidas coercitivas previstas en sus leyes nacionales relativas a inmigración, aduanas o navegación aérea”. Para Lena Paz, el cobro compulsivo de una multa impuesta en razón de algunos de esos conceptos tendrá preferencia sobre los otros créditos amparados por el Convenio²⁰.

En cuanto al régimen de reservas, el tratado nada dice al respecto, por lo que debe interpretarse que no están prohibidas. Como dijéramos, la Argentina y Chile formularon un par de ellas al momento de la firma (respecto de nuestro país, la reserva dejaba a salvo los derechos privilegiados a favor del Fisco), pero al no manifestarlas durante la instancia de ratificación, se tienen como no formuladas. Una situación interesante se planteó entre México y Holanda y EE.UU., puesto que la reserva efectuada por el primero fue desconocida por el segundo y el tercero. México reservó su derecho a que los créditos fiscales y los salarios de trabajo tengan preferencia sobre los créditos privilegiados enunciados en el artículo 4 del Convenio, según lo disponen las leyes mexicanas. Al momento de objetar la reserva, Holanda y EE.UU. declararon que se veían imposibilitados de considerar que este Convenio surta efecto, en su día, entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno de México, y entre EE.UU. y México. El penúltimo tuvo a bien fundar su objeción en el hecho de que consideraba “que la reserva a que supedita México la ratificación constituye una enmienda que, en gran medida, aminoraría la protección que ofrece el Convenio a las personas que tienen derechos de propiedad sobre una aeronave. Por consiguiente, el Gobierno de los Estados Unidos de América no puede aceptar la reserva formulada por el Gobierno de México y no considerará que el Convenio relativo al Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves, en la forma en que México lo ha ratificado, haya entrado en vigor el 4 de julio de 1950, entre los Estados Unidos de América y México”.

La situación que aquí se plantea está reglada por el Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. En primer lugar, consideramos que la reserva mexicana es válida porque no es incompatible con el objeto y el fin del tratado (art. 19.c)]. En segundo lugar, la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que

²⁰ LENA PAZ, Juan, *Compendio de Derecho Aeronáutico*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 170.

el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria (art. 20.4.b)). Esto es lo que hicieron Holanda y EE.UU. Por ende, el Convenio de Ginebra no rige entre ellos y México, a menos que alguno de los tres retire la reserva o la objeción. En términos generales, la actitud de Holanda y de EE.UU. escapa a lo que es usual en la práctica de los Estados, ya que habitualmente, sobre la base de la primera parte del apartado b) del inciso 4 del artículo 20 del Convenio de Viena, los tratados son vinculantes entre el Estado que formuló la reserva y el que la objetó, menos en cuanto al tema o cláusula objeto de la reserva.

2. El Convenio y el Protocolo al Convenio de Cape Town de 2001 relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil

Fruto de la labor conjunta de la IATA y del *Aviation Working Group* (AWG), creado por Unidroit, se arribó a un texto final que fue enviado al Comité Jurídico de la OACI para su examen y discusión. Poco después se convocó a una Conferencia Diplomática reunida en Cape Town, Sudáfrica, durante los meses de octubre y noviembre de 2001. El cónclave concluyó con la adopción del “Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipos Móvil”, y de su “Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipos Aeronáuticos”²¹. A enero de 2015, el número de ratificaciones y adhesiones ascendía a 57, incluyendo a China desde junio de 2009, en tanto que su entrada en vigor se produjo el 1 de marzo de 2006.

El tratado tiene la peculiaridad de que no es un documento pensado específicamente para las aeronaves, sino que su aplicación llega a éstas por medio del Protocolo. Por lo tanto, su lectura e interpretación conjunta se impone como regla hermenéutica (art. 6).

Según el informe explicativo y el comentario presentado durante la Conferencia de Ciudad del Cabo, el Convenio está diseñado para establecer un régimen jurídico internacional para la creación, aplicación, perfeccionamiento y prioridad de los derechos de garantía y de los intereses de los vendedores condicionales y arrendadores en tres categorías de “objetos inequívocamente identificables” de alto valor, a saber: (a) las células, motores de aeronaves y helicópteros; (b) material rodante ferroviario; y (c) los bienes de equipos espaciales (art. 2.3). Se trata de lograr esos objetivos mediante la creación de un “interés internacional” en los objetos aeronáuticos, que puede ser aplicado fácilmente en todos los Estados contratantes. Algunos especulan con que, si esto se logra, es

²¹ COSENTINO, Eduardo, “La perspectiva internacional del sistema de garantías sobre aeronaves. El Convenio de Ginebra de 1948 y el futuro del Convenio de Cape Town”, en el libro *XXXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, y del Espacio y de la Aviación Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 83.

de esperar que la financiación y el *leasing* de aeronaves se generalicen y sean menos costosos²².

El tratado se yergue sobre cinco principios básicos: 1. practicidad; 2. autonomía de las partes (es decir, el régimen no busca imponer condiciones comerciales, sino más bien cree que en general el acuerdo de voluntades expresado contractualmente debe ser respetado y aplicado); 3. previsibilidad en la aplicación de la Convención; 4. transparencia en la aplicación de las normas; y 5. sensibilidad a culturas jurídicas nacionales, lo que permite a un Estado excluir ciertas disposiciones de la Convención que considere contrarias a un principio fundamental de su legislación nacional.

En la terminología de la Convención, los financistas, vendedores condicionales y arrendadores (*lessors*) se denominan genéricamente como “el acreedor”, y la línea aérea u otro sujeto obligado como “deudor”.

La Convención establece ciertas condiciones que deben cumplirse antes de crear un “interés internacional”. Mientras que la ubicación del acreedor es irrelevante, el deudor debe estar situado en un Estado contratante. Se considerará que el deudor “está situado” en el territorio de un Estado parte, si ese deudor estaba bajo la ley de ese país al momento de celebrar el contrato que crea o prevé la garantía internacional; o donde tiene la sede social o su sede estatutaria; o donde tiene su administración central; o donde tiene su establecimiento principal; o donde tiene su residencia habitual (conf. art. 4). También será suficiente si el “objeto aeronáutico” está registrado en un Estado contratante.

Si se cumplen las condiciones establecidas en el Convenio, el acreedor tendrá un “interés internacional” en el objeto aeronáutico. Para ello, la Convención prevé la creación de un Registro Internacional (artículos 16 a 28), al que se ha referido *in extenso* Hernán Gómez en otro capítulo de este volumen de la *Revista Jurídica*.

En caso de insolvencia del deudor, el Convenio prevé la implementación de un mecanismo similar al del artículo 1110 del *US Bankruptcy Code*, por lo tanto, el equipo móvil aeronáutico debe ser devuelto al acreedor respectivo, salvo que las deudas contraídas sean honradas en un plazo determinado.

El Convenio de Cape Town ostenta algunas incompatibilidades con el de Ginebra de 1948, ya que el artículo 5.3 del primero opta por las normas de derecho interno de la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del Estado del foro que conoce el caso, *lex forum*, mientras que el segundo está estructurado sobre la base de la *lex registri*²³.

Creemos que Ginebra propone un sistema más apropiado, en el que gana la certeza jurídica, puesto que la ley del Estado de matrícula de la aeronave o

²² OWAIN, Jones, “The Cape Town Treaty and Aircraft Protocol. A legal solution to a commercial problem?”, *Law Gazette*, 2/5/2002.

²³ CRANS, Berend, “Aerial Conflicts of Law: an Analysis of Conflicts of Law Rules as Applied to Aircraft”, en MÉNDES DE LEÓN, Pablo (ed.), *From Lowlands to High Skies. A Multi-level Jurisdictional Approach towards Air Law*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2013, p. 220.

del equipo móvil (motores) es una sola, en tanto que el sistema adoptado por Cape Town propicia la incertidumbre, que es fruto de la diáspora legal a la que conduce. Hay quienes sostienen que el principio tradicional que gobierna el régimen de la legislación aplicable es el de *lex rei sitae*, el que, según entienden, es excesivamente rígido para bienes con una alta movilidad como las aeronaves.

Disentimos con este punto de vista, pues la referencia que hace el artículo 5.3 a las normas de solución de conflicto del Estado del foro, no necesariamente significa que el Estado que conoce el caso deba ser siempre el del lugar de situación de la cosa, pues el propio Convenio admite —además— la competencia de los tribunales elegidos libremente por las partes y la de los tribunales donde esté situado el deudor. Aclaremos que el artículo 4 propone cuatro lugares posibles de situación del deudor.

Por otra parte, el artículo 5.3 es una norma de envío que puede conducir a un re-envío, es decir, envía a las reglas de derecho internacional privado vigentes en el Estado del foro, las cuales —a su vez— pueden reenviar a la legislación de otro Estado. Creemos que abonan nuestra postura lo dispuesto en el Capítulo XII, artículos 42 y 43, rotulados respectivamente “Elección de jurisdicción” y “Jurisdicción en virtud del artículo 13”. El art. 42 establece que “1. Con sujeción a los artículos 43 y 44, los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes en una transacción tienen jurisdicción respecto a una reclamación presentada con arreglo al presente Convenio, independientemente de que la jurisdicción elegida tenga o no relación con las partes o con la transacción. Esa jurisdicción será exclusiva, salvo que las partes hayan acordado lo contrario”. El art. 43 dispone que “1. Los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes y los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio está situado el objeto tienen jurisdicción para ordenar medidas en virtud de los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 13 y del párrafo 4 del artículo 13 respecto a dicho objeto. 2. La jurisdicción para ordenar medidas en virtud del apartado d) del párrafo 1 del artículo 13 y otras medidas provisionales en virtud del párrafo 4 del artículo 13 puede ser ejercida por: a) los tribunales escogidos por las partes; o b) los tribunales de un Estado contratante en cuyo territorio está situado el deudor, siendo una medida, en los términos de la orden que la otorga, ejecutable únicamente en el territorio de ese Estado contratante. 3. Un tribunal tiene jurisdicción en virtud de los párrafos anteriores aun cuando la decisión definitiva relativa a la reclamación a que se refiere el párrafo 1 del artículo 13 se adopte o pueda adoptarse en el tribunal de otro Estado contratante o por arbitraje”. El artículo 13 es el que regula lo relativo a las medidas provisionales solicitadas por el acreedor en seguridad de su crédito.

La prelación entre ambos Convenios, el de Ginebra y el de Cape Town, está determinada por el artículo XXIII del Protocolo, conforme al cual “Para todo Estado contratante que es parte en el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, firmado en Ginebra el 19 de junio de 1948, el Convenio reemplazará a ese Convenio por lo que respecta a las aerona-

ves, tal como se definen en el presente Protocolo, y a los objetos aeronáuticos. Sin embargo, respecto a derechos o garantías no previstos ni afectados por este Convenio, el Convenio de Ginebra no será reemplazado”.

Algunos autores, como Idiart, están a favor de la ratificación de este Convenio por la Argentina, ya que al concederle a los motores y otros equipos móviles de la aeronave una individualidad propia, suple una laguna en el Convenio de Ginebra de 1948²⁴. La visión es compartida por cierta doctrina anglosajona, pues, dicen, a diferencia de los derechos de propiedad o de garantía sobre los aviones, los intereses en materia de motores tienden a no ser registrables; a medida que más países ratifiquen este Convenio, habrá una creciente probabilidad de que la protección otorgada por éste estará disponible para los propietarios y/o financistas de motores²⁵.

V. CONCLUSIONES

Por establecer preferencias en el pago, los privilegios aeronáuticos revisiten especial importancia, entre otros aspectos, para el financiamiento nacional e internacional de aeronaves, pero también al priorizar el cobro de otros créditos, distintos de los que se toman para financiar la adquisición de aeronaves o equipos aeronáuticos.

La eficacia del instituto depende de la claridad de las reglas. Pareciera que éstas lo son en el orden interno, aunque el interjuego de los artículos 58 *in fine* y 60.3, genera incertidumbres que no contribuyen a la efectividad de la norma. También conspira contra su eficacia la ausencia de indicaciones precisas sobre los títulos suficientes para la inscripción de los privilegios. De contar con un artículo que lo estipule se evitarían las arbitrariedades en que pudiera incurrir la administración pública en perjuicio de sus administrados.

Tampoco contribuye a la claridad legal, el solapamiento entre el Convenio de Ginebra de 1948 y el de Cape Town de 2001. Respecto de este último nos inquieta particularmente que, junto a su Protocolo, tejen una urdimbre jurídica con fuerte raigambre en el Derecho Anglosajón, a través del cual se introducen figuras, efectos y potestades que son ajenos a la tradición romano-germánica. Esto conllevará un período de asimilación entre familias jurídicas que, en el entre-tiempo, deja afuera a los países que se nutren del derecho continental.

²⁴ IDIART, Diego S., “La registración autónoma de motores”, en *Derecho Aeronáutico Registral. Compendio de legislación, doctrina y jurisprudencia latinoamericana*, Madrid, Fundación AENA - Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, 2010, p. 112.

²⁵ JACKSON JACKSON, Christopher, *Engine Leasing Trading & Finance*, London, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

JOURNAL OF AIR LAW AND COMMERCE,
VOL. 70, PRIMAVERA DE 2014, NRO. 2
(a publication of Southern University - School of Law, Dallas - Texas, USA)

Esta *Revista*, publicada ininterrumpidamente desde 1930, fue fundada por iniciativa de la Northwestern University en 1930 y se trasladó a la Southern Methodist University en 1961. Se trata de la revista científica más antigua, del idioma inglés, dedicada a describir y analizar los problemas legales y económicos que afectan a la aviación y a las actividades desplegadas por el hombre en el espacio exterior.

Su último número trae un largo capítulo dedicado a la “Evolución reciente del derecho de la aviación” (pp. 213-253), en donde Jared L. WATKINS y Evan KATIN-BORLAND revisan y comentan la jurisprudencia de los tribunales federales y estatales de los EE.UU. durante el bienio 2012-2013. El artículo está dividido en nueve partes relativas a: 1) casos federales; 2) sentencias que se expidieron sobre la aplicación del Convenio de Montreal de 1999 sobre Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional; 3) casos relativos a la aplicación del Convenio de Varsovia de 1929, también relativo a la Regulación del Transporte Aéreo Internacional; 4) jurisprudencia sobre *forum non conveniens*; 5) la sucesión y compaginación de fallos que resolvieron los casos de responsabilidad dimanantes del accidente aéreo acaecido al vuelo 3407 de Continental el 12 de febrero de 2009, cerca de Búfalo; 6) la interpretación, por parte de los estrados judiciales, de la Ley sobre “Revitalización de la Aviación General” (*General Aviation Revitalization Act*, GARA, por su sigla en inglés); 7) una glosa al Tercer Repertorio sobre Responsabilidad Extracontractual (*Third Restatement of Torts*); 8) casos de falta de competencia de los tribunales federales y de re-envío de las causas a tribunales estatales; y 9) competencia en razón de las personas en la era de Internet aplicada al transporte aéreo.

No se trata de un *vademecum* que cataloga toda la jurisprudencia del bienio, sino más bien, un trabajo en donde los autores han seleccionado y analizado una serie de decisiones relevantes emitidas en instancia de apelación, o bien de fallos influyentes y decisiones interesantes, polémicas o no tradicionales pronunciadas por tribunales federales y estatales de primera instancia.

Los autores demuestran que la prioridad del “caso federal” sigue su ciclo evolutivo, muy disputado, y seguido de cerca en materia de derecho de la aviación. Durante 2012 y 2013 la Cámara de Apelaciones del 9no Circuito, el

tribunal del distrito de Pensilvania Oriental, y la Cámara de Apelaciones del Estado de New York fueron las que pronunciaron las más notables sentencias por las que se impuso la competencia federal al caso aeronáutico en litigio. Particularmente interesante fue el caso “Ginsberg v. Northwest Inc.”, resuelto en 2012 por la Cámara del 9º Circuito y en 2014 por la Corte Suprema de Justicia. El conflicto se originó por una demanda interpuesta por Ginsberg contra Northwest debido a que la aerolínea revocó su condición de “pasajero frecuente”. El demandante alegó una violación a dos principios del derecho común relativos al pacto implícito de buena fe y trato justo. El tribunal de primera instancia sostuvo que el reclamo no debía ser resuelto mediante la aplicación del derecho común sino por la Ley de Desregulación de Aerolíneas y rechazó la presentación pronunciándose a favor del argumento presentado por la demandada. En instancia de apelación, la Cámara decidió que la ley federal invocada no prevalecía sobre el reclamo del actor, ordenando que se resuelva el conflicto mediante las normas del derecho civil. La Cámara fundó su sentencia en el manifiesto propósito del Congreso estadounidense de promulgar la Ley de Desregulación para mejorar la eficiencia de las aerolíneas, y no para “inmunizar a las compañías aéreas contra las acciones de responsabilidad basadas en el derecho común”. A su turno, la Corte Suprema apoyó los argumentos de la Cámara. Esta interpretación fue enfrentada por el tribunal del distrito de Pensilvania Oriental cuando, en una sentencia del influyente juzgado del 3º Circuito, sostuvo que la Ley Federal de Aviación (*Federal Aviation Act*) prevalecía sobre los estándares de cuidado consagrados por las normas estatales y por el derecho común.

Con relación al *forum non conveniens*, en 2013 la Corte Suprema rechazó un recurso de *certiorari* para rever una decisión que denegó el reclamo de actores extranjeros, a pesar de que no existía ningún otro foro alternativo adecuado. Sin embargo, a contrapelo de lo decidido por la Corte, y luego de sopesar los intereses públicos y privados en juego, el tribunal del distrito de Pensilvania Oriental hizo lugar al reclamo planteado por demandantes extranjeros sobre la base argumental de que tenían un foro alternativo adecuado.

En cuanto a la Ley sobre Revitalización de la Aviación General (GARA), la Cámara de Apelaciones del 11º Circuito sostuvo que el “Manual de Mantenimiento” de una aeronave formaba parte del GARA, en tanto que los tribunales del 2º Circuito han seguido una tendencia en la interpretación restrictiva de la excepción de fraude al GARA.

Bajo el título de “‘No sin mi hija’: el sobreesimiento de las reclamaciones en contra de una aerolínea por sustracción parental de menores” (pp. 255-289), Barry ALEXANDER desarrolla un tema infrecuente para los que tradicionalmente se escriben sobre derecho aeronáutico. Según estadísticas de la Oficina de Control y Fiscalización del gobierno, entre 2007 y 2009 esa dependencia del Estado recibió 3011 reclamos demandando la restitución de 4365 niños norteamericanos que fueron extraídos del país por uno de sus padres con rumbo a otros Estados. Cuatro de esas sustracciones dieron lugar a demandas inter-

puestas contra las líneas aéreas regulares en las que viajaron los menores, y una quinta contra una compañía de vuelos *charter*. La jurisprudencia, refiere el autor, es aún errática, sin predominio de interpretaciones a favor de la aplicación de leyes federales o del derecho común. El transportador aéreo, responsable de verificar que cada pasajero porte la documentación necesaria para desembarcar en el punto de destino, debiera controlar que el viaje del menor cuente con la autorización del otro padre, o bien la expedida por el juez. En dos de esos casos, con sentencia firme basada en el derecho civil y no en el aeronáutico, las aerolíneas fueron condenadas a pagar 15 y 27 millones de pesos, respectivamente, en concepto de responsabilidad extracontractual. El autor hace aportes teóricos que dan fundamento a la aplicación de las normas específicas del transporte aéreo, como los Convenios de Montreal o de Varsovia, y la Ley de Desregulación de Aerolíneas.

Christopher COTTER escribe sobre la “Evolución jurisprudencial reciente en torno al Convenio de Montreal” (pp. 291-315). El propósito del autor es examinar las sentencias más relevantes emitidas por los tribunales norteamericanos durante los años 2013 y 2014. Al respecto, sigue sin variar la postura de los jueces en fundar en el concepto de “accidente” el derecho a indemnización por daños sufridos por los pasajeros durante el transcurso de un transporte aéreo internacional. Fiel a la tradición casuística, se escudriña si los *ataques cardíacos* sufridos por una persona abordo, si las esperas prolongadas en las conexiones aéreas causadas por retrasos del vuelo de conexión, si el empujón que un pasajero recibe de otro haciéndolo trastabillar, y si el altercado con un tripulante de cabina constituyen un “accidente” en los términos del Convenio de Montreal, o no. También se analizan situaciones exóticas, tales como: a) si parientes directos del pasajero que sufrió el faltante de varias pertenencias de su equipaje de bodega, tenían legitimación activa bajo los términos del citado tratado por el mero hecho de que los objetos robados eran de su propiedad; b) si la promesa, luego incumplida, de tener conexión a Internet durante el vuelo, es causal de incumplimiento del contrato; y c) si el daño a una escultura valuada en 3.5 millones de dólares, cuyo valor decreció en un 75% a causa del hecho dañoso, era responsabilidad de la aerolínea o de la empresa encargada de su embalaje.

Bajo el título de “El recaudador de impuestos: cómo detener la creciente ola de ventas de aviones y utilizar la aplicación de impuestos” (pp. 317-366), Kent KRAUSE y Laura ARBEITER abordan la tendencia actual, derivada en gran parte del malestar económico de los últimos seis años, por la que los departamentos de ingresos de los distintos Estados de los Estados Unidos están buscando agresivamente aquellas aeronaves potencialmente ubicadas en sus respectivos Estados, con el propósito de facturarle a sus propietarios los impuestos por las ventas, uso y propiedad de las mismas. El artículo intenta demostrar que las autoridades fiscales, y aún los jueces de varios Estados de EE.UU., interpretan restrictivamente la ley estatutaria para denegar exenciones impositivas a la venta y utilización de aviones. Esta política recaudatoria, según los autores,

significa que los compradores de aeronaves deben planificar cuidadosamente sus transacciones, y los propietarios de aeronaves deben ser conscientes de las leyes fiscales aplicables por el uso y almacenamiento de sus aviones a fin de proteger sus derechos fiscales.

El volumen cierra con dos comentarios presentados por estudiantes avanzados en la carrera de doctorado; uno de ellos, “¿Con qué autoridad? Las autoridades aduaneras y la guerra injustificada de protección de las fronteras en la aviación privada” (pp. 369-399), escrito por Heather MCKINNEY, y el otro sobre “Dormir en el trabajo: Un análisis crítico de la regla 117 de la FAA sobre ‘exclusión de carga’ y la solución simple de la que nadie está hablando” (pp. 401-437), trabajado por Kelsey TAYLOR.

CAPALDO, GRISELDA D. - GÓMEZ, HERNÁN A. (DIRS.),
ASPECTOS DE DERECHO AERONÁUTICO.
COMPENDIO DE DOCTRINA INTERDISCIPLINARIA,
EDIUNC-EUDEBA, MENDOZA-BUENOS AIRES,
2013 (232 PS.).

Prologado por Eduardo COSENTINO, esta obra condensa siete trabajos de investigación sobre la “Protección del medio ambiente: manejo sustentable de las actividades relacionadas con la aeronáutica civil” (Griselda CAPALDO, pp. 19-70), “Aspectos jurídicos ambientales de la aviación agrícola. Daños a terceros superficiarios e impacto ambiental” (Hernán GÓMEZ, pp. 71-123), “La responsabilidad del Estado por omisión: la utilización de artefactos aéreos no convencionales” (Francisco LOSADA, pp. 125-137), “El régimen jurídico aplicable a los infortunios laborales en el trabajo aéreo” (Jessica L. MARTÍNEZ, pp. 139-156), “La gestión de la calidad en la industria aeroespacial” (Laura C. BEALE, pp. 159-169), “El control del peligro aviario en el aeropuerto internacional de El Plumerillo, Mendoza, Argentina” (Elba PES CETI y Sergio QUINZANO, pp. 171-200), y “Certezas y vacíos legales en la modificación artificial del tiempo atmosférico” (GUSTAVO Marón, pp. 201-230).

En gran medida, la obra hace foco en los problemas ambientales generados por la aviación civil, sea a través del transporte aéreo, del trabajo aéreo, del peligro aviario y de la modificación del clima. Incluso la gestión de calidad en la industria aeroespacial tiene un componente de prevención ambiental, lo mismo que el entorno laboral en el trabajo aéreo.

En todos los casos, los autores tienen una mirada multidisciplinaria, que rara vez declina hacia la interdisciplina. Tanto una como otra son herramientas de análisis válidas cuando se trata de cuestiones ambientales, laborales y de gestión industrial, aunque la más lograda de las dos sean la visión interdisciplinar. Las investigaciones unidisciplinarias, aun en el campo del derecho, privan a éste de la complejidad que está latente en toda actividad humana regulada por normas jurídicas. Hay amplios sectores de la doctrina argentina que aún están anclados en taxonomías disciplinares bajo el infundado escrúpulo de que, si incluye variables extra-jurídicas, ya no es derecho. Creemos que es una visión empobrecida de la ciencia, que quizá explique porque la Argentina ya no hace aportes decisivos a la teoría general del derecho, salvo contadas excepciones.

Como señala Thompson Klein¹, si bien desde finales del siglo XIX las taxonomías del conocimiento en la tradición intelectual de occidente estuvieron dominadas por un sistema de interdisciplinariedad que delimitó los ámbitos de investigación especializada, a partir de la segunda mitad del siglo pasado el sistema del pensamiento crítico se complementó y fue desafiado por un número creciente de actividades interdisciplinarias, que dieron lugar a las nuevas taxonomías que expandieron el género de la “interdisciplinariedad”, propulsados por nuevas especies de integración, colaboración, complejidad crítica, y resolución de problemas.

El primer capítulo, dividido en cuatro partes, conjuga los problemas ambientales generados por la aviación civil con los conocimientos aportados por las ciencias naturales y exactas sobre los cinco componentes del sistema climático terrestre, que engloba a la atmósfera, la biosfera, la litosfera, la criosfera y la hidrosfera. Como subraya la autora, en tanto “sistema”, el ambiente posee la peculiaridad de estar alejado de toda homeostasis interna, permaneciendo en un estado de ligero desequilibrio, sobre el cual convergen factores forzantes externos, algunos de ellos de origen natural y otros de origen antropogénico. Creemos que esa homeostasis ligeramente alejada del equilibrio es un factor que debiera tomarse en cuenta al momento de atribuir responsabilidades jurídicas, pero la autora —lamentablemente— no aborda esta cuestión.

Luego de señalar los puntos de contacto entre el Derecho Aeronáutico y el Ambiental, se pasa revista de aquellos impactos adversos que la aviación produce sobre los cinco componentes del sistema climático terrestre, deteniéndose en el muy trabajado tema del ruido de las aeronaves y en otro, menos estudiado, relativo a la implementación del mercado de bonos de carbono por la industria aerocomercial. El capítulo cierra con una propuesta de inclusión del paradigma ambiental dentro del Código Aeronáutico argentino.

El segundo capítulo se aplica al estudio del manejo sustentable de la aviación agrícola, como forma especial de trabajo aéreo. El autor entrelaza aspectos técnicos, económicos, fiscales y jurídicos con el objeto de mostrar la complejidad del escenario que examina, para derivar conclusiones acerca del marco normativo, del contrato de aeroaplicación y de su gestión integral.

Creemos que el autor debiera haber abordado el tema de las externalidades negativas y positivas de la aviación agrícola, pero aún así es notable que haya cruzado esta unidad de análisis con variables tan disímiles como la relevancia económica de la producción de agroquímicos, la preponderancia de la innovación tecnológica de los fabricantes de aeronaves diseñadas para la aeroaplicación, los intereses de las sub-industrias relacionadas, el impacto de las campa-

¹ THOMPSON KLEIN, Julie, “A taxonomy of interdisciplinarity”, en FRODEMAN, Robert - THOMPSON KLEIN, Julie - MITCHAM, Carl, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, New York-London, Oxford University Press, 2010, p. 15.

ñas de organizaciones ambientalistas, y el impacto fiscal sobre una actividad tan especial.

Hernán Gómez se concentra, luego, en glosar numerosos casos de jurisprudencia rastreados por el autor en Holanda, India, Francia, España, Filipinas, Brasil, Canadá, EE.UU. y, por supuesto, la Argentina.

En un giro que habla de las bondades del análisis interdisciplinario, el autor examina cuidadosamente la incidencia de “la deriva” (desplazamiento del pulverizado por acción del viento, la humedad, la temperatura ambiente y las condiciones de estabilidad atmosférica) como fuente de imputación de responsabilidad por daños a terceros en la superficie causados por la aviación agrícola. Luego de transitar por varias definiciones, en las que tasa la autoridad de cada fuente consultada, concluye su análisis con las esbozadas por los ingenieros Etiennot y Pozzolo que distinguen la exoderiva de la endoderiva, y la deriva física de la química, respectivamente. El objeto de este *iter* es demostrar que la ausencia, o bien la precariedad, de argumentos interdisciplinarios en los fundamentos de las sentencias, conducen a resultados sub-óptimos en los criterios de realización del valor “justicia”.

El tercer capítulo se adentra en los vacíos legales en torno a las actividades desplegadas con alas delta y parapentes, y de cómo esa omisión incide en los vaivenes de la jurisprudencia al momento de decidir casos sometidos a su consideración.

Su autor, Francisco Losada, lo encuadra como un caso de omisión del Estado y no duda en adjudicarle responsabilidad por los daños que de esa abstención pudieren derivarse. Parte de nociones de Derecho Administrativo para definir a la conducta omisiva como aquella, de carácter material, que se presenta cuando las autoridades administrativas dejan de hacer aquello que la Constitución y el resto de las normas jurídicas ponen a su cargo. Ampara su postura en jurisprudencia del más alto tribunal mendocino, de la que se deduce que la obligación de hacer debe aparecer en forma muy precisa en la norma incumplida, sin que sea suficiente una referencia genérica al ejercicio de una determinada competencia.

La autora del cuarto capítulo persigue encuadrar jurídicamente al trabajo aéreo con el objeto de definir la medida en que son aplicables al caso las normas relativas a los infortunios laborales. En su silogismo, parte del artículo 87 del Código Aeronáutico argentino, que ordena que “La regulación de las relaciones laborales del personal aeronáutico será regida por las leyes de la materia”. El Código, al colocar a las cuestiones laborales fuera de su ámbito de aplicación en razón de la materia, está demarcando una frontera que obliga a rastrear disposiciones sancionadas por otros órganos administrativos, distintos de aquellos que son autoridad de aplicación en materia aeronáutica, con las desventajas relativas que eso conlleva.

Luego de repasar el repertorio de normas y decretos así como de casos jurisprudenciales, Jessica L. Martínez colige que el actual sistema dista enorme-

mente de ser considerado ideal y protectorio de la salud del trabajador dedicado a la aeroaplicación. Contrariamente a lo podría esperarse, esa desprotección de su salud está compensada por sentencias que le han adjudicado al trabajador aéreo el derecho a un sistema indemnizatorio pleno, basado en las normas del Código Civil, y no en las laborales. Sin evaluar el acierto o desacierto de esas decisiones, la autora concluye que, de manera voluntaria o involuntaria, se ha abierto una puerta que, pasando de una dimensión jurídica a otra, permite — hoy — que el trabajador del aire goce de un beneficio que ni siquiera los terceros superficiarios poseen (ya que a éstos se le aplica un sistema de responsabilidad cuantitativamente limitado).

El quinto capítulo conduce al lector por el insospechado tema de gestión de calidad en la industria aeroespacial. Entendida como “valor crítico”, la calidad supone un “grado en el que el conjunto de características inherentes cumple con los requisitos”. Ese grado es medido por organismos gubernamentales, como el Instituto Argentino de Normalización y Certificación, IRAM, e incluso no gubernamentales, como la *International Standard Organization*, ISO.

Los productos aeroespaciales no escapan a este control y hoy día son evaluados por grupos de calidad inter-estatales, que si bien al principio actuaban independientemente, desde 1998 lo hacen a través del consorcio *International Aerospace Quality Group*, en el que intervienen las tres áreas geográficas de mayor relevancia en la industria aeroespacial (Europa, EE.UU., y Japón). Luego de describir las normas aplicables, los fundamentos y los beneficios de la gestión de calidad, Laura Beale, autora del trabajo, se concentra en tres modalidades, como la gestión de proyectos, la gestión de riesgo y la gestión de la configuración. Si bien no lo explicita, creemos que este “valor crítico” debe ensamblarse con las nociones de prevención y precaución, tan caras al derecho moderno, que exceden el marco del Derecho Ambiental para expandirse incluso al del Derecho Internacional Económico.

En el sexto capítulo, Elba Pescetti y Sergio Quinzano se detienen en el control del peligro aviario. Su trabajo se enfoca exclusivamente en el aeropuerto internacional El Plumerillo, de Mendoza. El peligro de colisión entre aves y aeronaves en las proximidades de los aeropuertos no es, solamente, un problema ambiental, sino que pone en jaque la seguridad misma del vuelo y de las personas y cosas que están a bordo. Como explican los autores, la mayoría de los aeropuertos del mundo trabaja sobre la base de Planes de Manejo, pero la Argentina no, sea porque los que pertenecen al Estado (nacional, provincial o municipal) carecen de presupuesto suficiente, sea porque los que han sido dados en concesión no tienen la obligación legal de proponerlo ni de ponerlo en marcha.

Ante tanta omisión, los autores proponen un Plan de Manejo de Control Aviario para el aeropuerto internacional El Plumerillo que toma en cuenta la variable ambiental, el riesgo y el cálculo de probabilidades ciertas de colisión.

Sobre la base de incidentes concretos acaecidos en varias provincias del país², en los que aves de distinto tamaño fueron succionadas por las turbinas de los aviones durante las fases de despegue o aterrizaje, provocando la rotura o paralización del motor y hasta la desestabilización del avión, los autores asientan su propuesta en un proyecto de investigación interdisciplinario en donde exponen los objetivos generales y específicos, la justificación o marco teórico en el que asientan su propuesta, la metodología de trabajo y evaluación de resultados, el cronograma de actividades y los indicadores que utilizarán para verificar el cumplimiento de los objetivos propuestos. A juicio de quien esto escribe, es un plan que se destaca por su rigor científico, por la novedad que implica (dada la omisión del Estado) y por el beneficio que su implementación reeditará para la sociedad civil y para industria aeronáutica.

El último capítulo, escrito por Gustavo Marón, ilustra, describe y reflexiona sobre la modificación artificial del tiempo atmosférico, y más particularmente, sobre la dinámica, las normas y los vacíos legislativos sobre el plan de defensa activa antigranizo que se desarrolla en la provincia de Mendoza. Entre las áreas de vacancia normativa, el autor identifica a las reglas de vuelo y operación general, los seguros aeronáuticos, la asistencia de radares y la actividad de los radaristas, y el régimen del personal aeronáutico afectado a estas tareas de riesgo.

La “modificación artificial del tiempo atmosférico” también exige del conocimiento interdisciplinario, pues en ella convergen la meteorología, la geografía, la física atmosférica, la química, la informática, y por supuesto, la aeronáutica. Se la denomina “modificación artificial” porque antropogénicamente se intervienen los procesos meteorológicos con el fin de aumentar la lluvia y las nevadas, o disipar la niebla, o disminuir y hasta suprimir el granizo alterando la mecánica de funcionamiento de las nubes. Tal intervención se realiza mediante el empleo de aeronaves.

Mendoza es pionera en el país en el desarrollo de esta actividad, que encuentra en la aviación a un aliado indispensable. Tal es la simbiosis generada, que, según explica Gustavo Marón, las compañías aseguradoras exigen la plena operatividad del sistema de lucha antigranizo como condición necesaria para la vigencia de la cobertura.

El concepto más provocativo desarrollado *in extenso* por el autor de este capítulo, que excede lo aeronáutico para insertarse en el dominio estrictamente civil, es el relativo a lo que él llama “acuífero atmosférico”, sobre el cual no nos detendremos porque excede el objeto de un volumen dedicado al Derecho Aeronáutico.

² El episodio más llamativo fue el ocurrido en 2001 en el aeropuerto de Neuquén, cuando alrededor de 5.000 ejemplares de gaviotas, gaviotines, cuervillos de cañada, garzas, avutardas y patos se adueñaron de las 120 hectáreas en las que se asienta la aeroestación.

Cerramos esta reseña con un detalle no menos importante. El libro fue sometido a arbitraje (*peer review system*) por la Universidad Nacional de Cuyo, uno de los editores de la obra junto a la prestigiosa editorial Eudeba. No es frecuente que en la Argentina se proceda de ese modo, pero le damos una calurosa bienvenida porque ello asegura la calidad de los trabajos publicados.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de noviembre de 2015
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

