

# Transporte aéreo y derechos del consumidor: la difícil relación en el derecho brasileño y aportes para un nuevo Código Aeronáutico argentino\*

JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA

\* Traducción de Martín H. Bertone

## Introducción

Tradicionalmente, la Justicia se representa como una mujer que tiene una espada en una mano, una balanza en la otra y los ojos vendados.

La venda en los ojos significa que la Justicia es ciega. La ceguera de la Justicia tiene múltiples sentidos. Uno de los más importantes es que la Justicia es única y uniforme. Poco importa si las partes son juzgadas por uno o por otro magistrado, la decisión será siempre la misma. En efecto, la distribución de la justicia se basa en el principio del juez natural: la parte no puede elegir al juez que la juzgará, de allí la presunción de que todos la juzgarán del mismo modo.

Sin embargo, esta ceguera de la Justicia es un mito propagado para satisfacer a la sociedad. La realidad es otra, en particular en materia de transporte aéreo.

La experiencia y la investigación demuestran la ausencia de cualquier criterio o uniformidad en las decisiones judiciales en materia de responsabilidad en el transporte aéreo, resultando en una seria imprevisibilidad en la aplicación del derecho aeronáutico, imponiendo costos a los pasajeros y a los transportistas.

Hasta principios de los años 1990, esta situación de imprevisibilidad no existía. La jurisprudencia aplicaba, de forma consistente y regular, tanto el Código Brasileño de Aeronáutica como los convenios internacionales vigentes en ese entonces: el Convenio de Varsovia y el Protocolo de La Haya<sup>244</sup>.

Sin embargo, en Brasil, con la entrada en vigencia del Código de Defensa del Consumidor, la situación se alteró profundamente. Pasada alguna vacilación inicial, los tribunales brasileños comenzaron a aplicar el Código de Defensa del Consumidor en lugar de la legislación aeronáutica nacional o internacional.

En sí misma, la aplicación de una norma en lugar de otra no es algo condenable. Los conflictos de normas y su resolución son hechos ordinarios del Derecho. Lo que es grave es el hecho de que los tribunales brasileños, al aplicar al transporte aéreo el Código de Defensa del Consumidor, no adopten ningún criterio uniforme, lo que genera una enorme inseguridad jurídica y económica, con graves consecuencias que pueden y deben ser evitadas en el nuevo Código Aeronáutico argentino.

Para demostrar la falta de criterios en la aplicación del Código de Defensa del Consumidor, el presente artículo, en su primera parte, examina dos casos

---

<sup>244</sup> En este sentido, ver Almeida, José Gabriel Assis de. *Jurisprudência brasileira sobre transporte aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

concretos: uno de demora de vuelo y otro de extravío de equipaje en transporte aéreo internacional.

En el caso de demora de vuelo, seis personas de la misma familia viajaban juntas en un mismo vuelo, que sufrió un retraso. Se iniciaron acciones iguales por cada uno de los pasajeros ante juzgados diferentes, pero los valores de las indemnizaciones variaron hasta un 50%.

En el caso de extravío de equipaje, tres personas viajaron en un mismo vuelo, con el mismo destino, y se extravió el equipaje de todas ellas. Siendo acciones iguales, y con dos ellas tramitando ante el mismo juzgado, se dictaron tres sentencias totalmente distintas (es decir, incluso el mismo juzgado dictó dos sentencias diferentes).

En esta primera parte, el método de investigación aplicado fue el análisis y revisión de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia en los dos casos concretos.

En una segunda parte, se analiza cómo la seguridad jurídica se ve afectada por la falta de uniformidad en las decisiones judiciales e interroga y propone respuestas para evitar que estas disparidades, generadoras de riesgo y, por lo tanto, de costo, sean resueltas. En este contexto, el texto hace algunas propuestas para que Argentina, a través de su nuevo Código Aeronáutico, no incurra en dichos riesgos y costos.

## **1. A la misma acción no siempre le corresponde la misma reacción**

Para probar las disparidades en la aplicación del Código de Defensa del Consumidor al transporte aéreo era necesario analizar un mismo vuelo, con un mismo punto de partida y un mismo destino, que fuera operado de forma regular y que reuniera pasajeros de las más diversas localidades brasileñas. En efecto, era necesario que los hechos invocados en las acciones judiciales fueran idénticos.

Así, se adoptó como campo de investigación las acciones judiciales propuestas por pasajeros transportados por la compañía aérea Etihad Airways. En efecto, en el período entre 2014 y 2017, la aerolínea Etihad Airways operó un vuelo regular entre San Pablo y Abu Dhabi. Este vuelo tenía una frecuencia diaria y despegaba siempre a la misma hora del aeropuerto de Cumbica. El vuelo reunía pasajeros de los más variados orígenes en Brasil.

Dentro de ese campo de investigación, se seleccionaron dos situaciones emblemáticas: una de demora en la entrega de equipaje (1.1) y otra de demora del vuelo (1.2).

### **1.1. La disparidad de decisiones para el mismo demora en la entrega de equipaje en transporte aéreo internacional**

Daniel Faria Almada, Luis Guilherme Elisei Almada y Matheus Andreazzi Fonseca contrataron un viaje San Pablo–Bangkok–San Pablo con Etihad Airways. Todos embarcaron en el mismo vuelo de ida y en el mismo vuelo de vuelta. En el regreso a Brasil, al llegar a San Pablo, el día 4/12/2015, constataron que, coincidentemente, el equipaje de los tres no se encontraba en la estera de devolución de equipajes. El equipaje se les entregó sólo el día 7/12/2015.

Los tres tenían un vuelo inmediatamente después, el día 5/12/2015, contratado de forma separada con otra compañía aérea, para viajar a Porto Seguro, donde alegaron que iban a participar del matrimonio de un familiar.

Ante la demora del equipaje, los tres iniciaron acciones en el Juzgado Especial. La demanda Daniel Faria Almada recayó en la 4ª Unidad Jurisdiccional Civil de Belo Horizonte (proc. 9045230.41.2016.813.0024), la acción promovida por Luis Guilherme Elisei Almada también se radicó en el mismo juzgado: 4ª Unidad Jurisdiccional Civil de Belo Horizonte, y la tercera acción, iniciada por Matheus Andreazzi Fonseca, tramitó en uno de los Juzgados Especiales Civiles de Río de Janeiro (proc. 0051166-10.2016.8.19.0001).

En las tres demandas, los pasajeros pidieron indemnizaciones por daños materiales (correspondientes a los gastos de compra de ropa y productos diversos hasta la recepción de la valija llevada para el viaje a Bangkok) y por daño moral, relativo a los trastornos que supuestamente tuvieron.

En la acción propuesta por Daniel Faria Almada, se dictó una sentencia que desestimó en su totalidad el pedido de daños materiales y daño moral, porque el juez entendió que hubo mala fe del actor, ya que éste afirmaba haber comprado ropa y bienes de primera necesidad, pero, por no tener ropa, había tenido que volver a Belo Horizonte y no seguir directamente a Porto Seguro.

En la acción iniciada por Luis Guilherme Elisei Almada, se dictó una sentencia que aceptó en parte la solicitud de indemnización por daños materiales por un valor de R\$ 2.612,49 (gastos de ropa y objetos de uso personal de primera necesidad) y otorgó una indemnización por daño moral de R\$ 1.760,00.

En la demanda promovida por Matheus Andreazzi Fonseca, se rechazó el pedido de indemnización por daños materiales, porque el juez entendió que la ropa comprada no era de primera necesidad y acogió el pedido de indemnización por daño moral, que se fijó en R\$ 500,00.

No hubo recurso innominado en ninguna de las tres sentencias. Lo interesante de estas tres demandas son dos aspectos.

El primero, es que el juez del caso Luis Guillermo Elisei Almada acogió una parte sustancial del daño material, mientras que el juez del caso Matheus Andreazzi Fonseca, en una situación exactamente igual, rechazó dicha indemnización. En el primer caso, el actor alegaba haber gastado en ropa y objetos de uso personal y medicamentos. La sentencia expresó que “No puede la demandada pretender que los pasajeros cuyo equipaje fue extraviado permanezcan indefinidamente sin el mínimo de confort, ni cambio de prendas y práctica de hábitos de higiene personal [...]”. En la segunda sentencia, se dijo que “el autor afirmó en su petición inicial haber llevado toda su ropa en el viaje, lo que es difícil de creer, pues fue un viaje de 20 días. Aunque así lo fuera, los artículos comprados por el actor no configuran objetos de primera necesidad, ya que, por ejemplo, compraron bermudas y remeras en una de las tiendas más exclusivas de Río de Janeiro [...]”. Es decir, para un juez la ropa era normal y de primera necesidad; para otro, la ropa no lo era.

El segundo aspecto es que el daño moral -que era exactamente el mismo- fue indemnizado en la acción propuesta por Luis Guillermo Elisei Almada por más del triple del valor concedido en la acción propuesta por Matheus Andreazzi.

No hay ninguna justificación para esta diferencia entre las acciones. En la sentencia que concedió una indemnización de R\$ 1.760,00, este valor es presentado como razonable, “dado que el extravío del equipaje tuvo corta duración, y la acogida del valor requerido configuraría enriquecimiento indebido del actor”. En la sentencia que concedió una indemnización de R\$ 500,00, dicho valor fue considerado “justo y adecuado al caso, considerando que el autor ya había regresado a su casa y que el extravío duró sólo 3 días”.

## 1.2. La disparidad de las decisiones para la misma demora de vuelo en el transporte aéreo internacional

Seis personas de la misma familia contrataron un transporte aéreo en clase ejecutiva de San Pablo a Bangkok, con escala en Abu Dhabi.

Debido al mal tiempo, hubo una demora del vuelo. Después del regreso a San Pablo, cada una de esas personas promovió acciones por separado. Las demandas eran idénticas, todas las personas fueron patrocinadas por el mismo abogado y las peticiones eran iguales.

Cada una de las acciones se radicó en un juzgado diferente, conforme el cuadro que figura a continuación. Sorprendentemente, en cada una de ellas se dictó una sentencia que fijó una indemnización por daño moral con un valor diferente. Incluso, en una de las acciones, la solicitud de indemnización por daños morales fue juzgada improcedente:

**Cuadro 1: Indemnización por daño moral familia Diwan – sentencias**

Actor	Juicio	Número de proceso	Valor de indemnización por daño moral
Johnny Diwan	8a Jurisdicción Civil del Fuero Central de San Pablo - SP	1018148-14.2015.8.26.0100	R\$ 10.000,00
Alberto Diwan	31a Jurisdicción Civil del Fuero Central de San Pablo - SP	1018123-98.2015.8.26.0100	Pedido hallado improcedente
Jaky Diwan	22a Jurisdicción Civil del Fuero Central	1018225-23.2015.8.26.0100	R\$ 12.000,00

	de San Pablo - SP		
Maurício Diwan	11a Jurisdicción Civil del Fuero Central de San Pablo - SP	1018193- 18.2015.8.26.0100	R\$ 15.000,00
Lina Diwan	16a Jurisdicción Civil del Fuero Central de San Pablo - SP	1018219- 16.2015.8.26.0100	R\$ 10.000,00
Rafael Diwan	12a Jurisdicción Civil del Fuero Central de San Pablo - SP	1018208- 84.2015.8.26.0100	R\$ 14.000,00

Se podría argumentar que, en fase de recurso de apelación, habría una uniformización de los juicios por el Tribunal de Justicia de San Pablo. En efecto, una de las funciones de los tribunales de justicia, en las apelaciones, además de revisar las sentencias, es darles uniformidad a las decisiones de primera instancia, para que no existan decisiones dispares en un mismo Estado de la federación. Sin embargo, el cuadro siguiente prueba que no sucede así:

**Cuadro 2: Indemnización por daño moral familia Diwan – sentencias**

Actor	Juicio	Número de proceso	Valor de indemnización por daño moral
Johnny Diwan	29ª Cámara Extraordinaria de Derecho Privado	1018148- 14.2015.8.26.0100	R\$ 10.000,00
Alberto Diwan	15ª Cámara de Derecho Privado	1018123- 98.2015.8.26.0100	R\$ 15.000,00
Jaky Diwan	21ª Cámara de Derecho Privado	1018225- 23.2015.8.26.0100	R\$ 12.000,00
Maurício Diwan	38ª Cámara de Derecho Privado	1018193- 18.2015.8.26.0100	R\$ 15.000,00

Lina Diwan	21ª Cámara de Derecho Privado	1018219-16.2015.8.26.0100	La actora desistió del recurso, por lo que se mantuvo el valor de R\$ 10.000,00 fijado en la sentencia
Rafael Diwan	16ª Cámara de Derecho Privado	1018208-84.2015.8.26.0100	R\$ 14.000,00

En base a lo expuesto, es fácil constatar que, para una situación fáctica exactamente igual, las indemnizaciones variaron en un 50%. Sin embargo, nada justifica esta diferencia, ya que los hechos eran exactamente los mismos, descritos de la misma forma en idénticas peticiones.

## **2. Causas y consecuencias de la falta de criterios para la aplicación de la norma y aportes para el nuevo Código Aeronáutico argentino**

En esta segunda parte, cabe investigar las causas (2.1) y las consecuencias (2.2) de la falta de criterios para la aplicación del Código de Defensa del Consumidor y sugerir modestamente los aportes que la situación brasileña puede hacerle al nuevo Código Aeronáutico argentino (2.3).

### **2.1. Las causas de la falta de criterio en la aplicación de la norma: la ausencia de un parámetro legislativo y la explosión de los litigios aeronáuticos**

La principal causa de ausencia de criterio para la fijación de los valores indemnizatorios en materia de transporte aéreo parece ser la falta de parámetro indemnizatorio en el Código de Defensa del Consumidor, norma que los tribunales brasileños empezaron a aplicar en 1991.

En efecto, la legislación aeronáutica especializada está organizada en torno a un valor estándar.

Es incorrecto decir que este valor es un techo o un límite de responsabilidad. No hay límite de responsabilidad en la legislación aeronáutica. El sistema normativo aeronáutico es mucho más simple e inteligente: el sistema fija un valor estándar.

Si el valor del daño es inferior a dicho valor estándar, el damnificado no necesita probar el elemento subjetivo de la responsabilidad civil, es decir, la culpa o el dolo del transportista. Hasta ese valor estándar, el damnificado sólo necesita probar los elementos objetivos de la responsabilidad civil, es decir, (i) la producción de un daño, (ii) la existencia de un acto o hecho causante del daño y (iii) el nexo de causalidad entre el daño y el acto o hecho que lo causó, la llamada imputación del acto o hecho y del daño al transportador.

Si el valor del daño supera ese valor estándar, el damnificado también tiene derecho a recibir del transportista una indemnización correspondiente al valor total del daño. Para ello, el damnificado puede seguir dos caminos.

El primero -de carácter preventivo- es informar al transportista el valor que atribuye al bien que desea proteger. En cambio, el transportista puede cobrar del interesado, ya sea pasajero o expedidor de la carga, un incremento de valor.

El segundo camino para que el damnificado reciba más que el valor estándar -de carácter reparador- es demostrar la culpa o el dolo del transportador. Así, si el damnificado demuestra que está presente el elemento subjetivo de la responsabilidad civil del transportista, el damnificado tiene el derecho a indemnización por el valor total del daño, o sea, la indemnización integral.

Este sistema indemnizatorio –que fue bien concebido– fue totalmente descartado al aplicar los tribunales brasileños el Código de Defensa del Consumidor al transporte aéreo.

En efecto, el Código de Defensa del Consumidor prevé que la reparación de los daños sufridos por los consumidores debe ser integral. En este sentido, véase el art. 6º, inciso VI:

Son derechos básicos del consumidor:

VI - la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos;

En consecuencia, los tribunales brasileños empezaron a decidir que no se podía aplicar la legislación aeronáutica pues contrariaba el Código de Defensa del Consumidor, en la medida en que supuestamente impedía al consumidor damnificado recibir una indemnización integral, es decir, la reparación integral del daño:

1. La jurisprudencia pacífica de la Segunda Sección va en el sentido de que el transportista aéreo, ya sea en viaje nacional o internacional, responde (indemnización integral) por el extravío de equipaje y carga, aunque no haya accidente aéreo, mediante aplicación del Código de Defensa del Consumidor, siempre que el evento haya ocurrido en su vigencia, como sucede en el caso. Por lo tanto, queda excluida la incidencia del Convenio de Varsovia y, por consiguiente, la indemnización tarifada<sup>245</sup>. [...].

Es curioso que los tribunales brasileños no hayan prestado atención al hecho de que la legislación aeronáutica también prevé la indemnización integral.

En segundo lugar, el Código de Defensa del Consumidor también alteró la distribución de la carga de la prueba.

En ese sentido, por un lado, el Código de Defensa del Consumidor amplió las situaciones de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la responsabilidad por el hecho del producto o del servicio (que es la responsabilidad por los accidentes de consumo, o sea, por los actos o hechos que afectan la salud o la seguridad del consumidor) pasó a ser una responsabilidad objetiva. En este sentido va el art. 14<sup>246</sup> del Código de Defensa del Consumidor, sobre los servicios:

---

<sup>245</sup> AgRg en el AREsp 407.809/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4to Tribunal, fallo del 11/03/2014, DJe 19/03/2014.

<sup>246</sup> El art. 12, que trata de la responsabilidad por el hecho del producto, afirma: “El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados del diseño, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o

El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su goce y riesgos.

Por otro lado, el Código de Defensa del Consumidor creó la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor damnificado. Mientras los hechos narrados por ese consumidor sean verosímiles, el tribunal puede invertir la carga de la prueba. Es lo que determina el art. 6, VIII, del Código de Defensa del Consumidor:

Son derechos básicos del consumidor:

VIII - la facilitación de la defensa de sus derechos, incluso con la inversión de la carga de la prueba, a su favor, en el proceso civil, cuando, a criterio del juez, sea verosímil la alegación o cuando sea hiposuficiente, según las reglas ordinarias de la experiencia;

En consecuencia, el consumidor damnificado no necesitará probar, y el proveedor deberá probar (i) que los hechos narrados son incorrectos o (ii) la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho reclamado por dicho consumidor.

Aunque estas dos reglas ya son de gran amplitud, los tribunales brasileños pasaron a aplicar la responsabilidad objetiva a todas las situaciones de supuesta violación de derechos del consumidor.

Así, en un cambio de la jurisprudencia, la responsabilidad del proveedor por el vicio del producto o del servicio pasó a ser también una responsabilidad objetiva, aunque el Código de Defensa del Consumidor no dice nada al respecto.

En este sentido, se observa que el art. 20 del Código de Defensa del Consumidor no establece la responsabilidad independiente de culpa, a diferencia de lo que afirma claramente el art. 14 de dicho Código:

El proveedor de servicios responde por los vicios de calidad que los hacen inapropiados al consumo o les disminuyen el valor, así como por los derivados de la disparidad con las indicaciones contenidas en la oferta o el mensaje publicitario, [...]

La responsabilidad por el vicio se distingue de la responsabilidad por el hecho, pues en ella el defecto en el producto o en el servicio no pone en riesgo la salud o la seguridad del consumidor damnificado. En la responsabilidad por el vicio existe sólo un vicio de calidad, de cantidad o de información, que no llega a poner en riesgo la salud o la seguridad del consumidor.

En otro cambio, la jurisprudencia comenzó a admitir que la inversión de la carga de la prueba era la regla y que el consumidor damnificado no tenía nada que probar, salvo el hecho, pues el daño pasó a ser considerado *in re ipsa*, o sea, transcurre necesariamente de hecho, sin necesidad de la prueba de su existencia

---

acondicionamiento de sus productos, así como por información insuficiente o inadecuada sobre su utilización y riesgos”.

o extensión. Un buen ejemplo es esta sentencia del Superior Tribunal de Justicia<sup>247</sup>:

1. Se ocupa de la acción por daños morales promovida por el consumidor desamparado por la compañía aérea transportista que, al demorar irrazonablemente el vuelo, sometió al pasajero a toda suerte de humillaciones y angustias en el aeropuerto, en el que se quedó sin asistencia o información sobre las razones del motivo demora durante toda la noche.
2. El contrato de transporte constituye una obligación de resultado, configurando la demora manifiesta una prestación inadecuada.
3. La postergación del viaje mayor a cuatro horas constituye un error en el servicio de transporte aéreo contratado y genera el derecho a la debida asistencia material e informativa al consumidor damnificado, independientemente de la causa originaria de la demora.
4. El daño moral resultante de la demora del vuelo prescinde de la prueba y la responsabilidad de su causante se efectúa *in re ipsa* en virtud del malestar, de la aflicción y de los trastornos soportados por el pasajero.

El resultado de este cambio fue que la legislación aeronáutica se dejó completamente de lado. Los tribunales brasileños ni siquiera se preocuparon por interpretar las normas especiales de la legislación aeronáutica a la luz del Código de Defensa del Consumidor.

Los tribunales podrían, por ejemplo, haber considerado que se aplicaba el Código Brasileño de Aeronáutica, pero que había una presunción de dolo o culpa del transportista aéreo, que permitiría al damnificado pedir una indemnización mayor al valor estándar.

Sin embargo, no fue así. Los tribunales rechazaron, en bloque, la legislación aeronáutica, como se ve en la siguiente sentencia<sup>248</sup>:

[...]

3. El Superior Tribunal de Justicia entiende que la responsabilidad civil de las compañías aéreas por extravío de equipaje, después del advenimiento de la Ley nº 8.078/90 ya no está regulado por el Convenio de Varsovia y sus posteriores modificaciones (Convenio de La Haya y Montreal), ni tampoco por el Código Brasileño de Aeronáutica, aplicándose en tales casos el Código de Defensa del Consumidor.

[...]

A lo expuesto, se añade una segunda causa que contribuyó a la constatación de que no existía ningún criterio o uniformidad en las decisiones judiciales en materia de responsabilidad en el transporte aéreo: el aumento vertiginoso de los litigios en materia aeronáutica.

Es preciso aclarar, de entrada, que esta explosión en la cantidad de procesos judiciales no es sólo un privilegio de los litigios de responsabilidad civil aeronáutica.

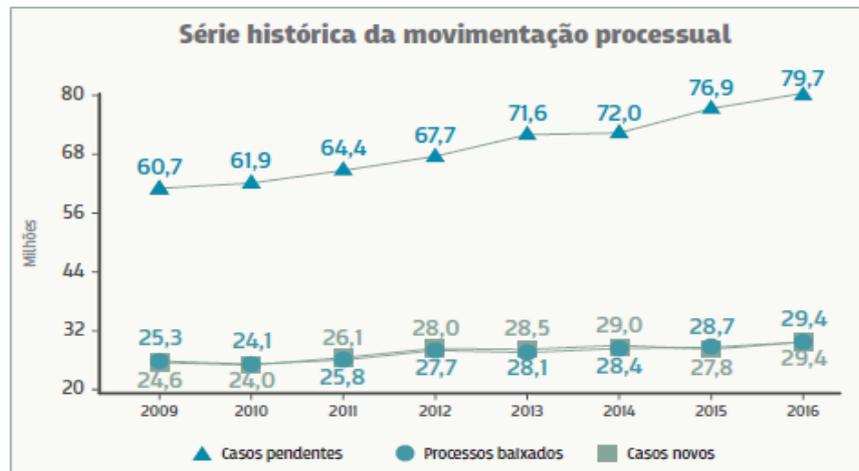
---

<sup>247</sup> REsp 1280372/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3er Tribunal, fallo del 07/10/2014, DJe 10/10/2014.

<sup>248</sup> AgInt en el AREsp 874.427/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4to Tribunal, fallo del 04/10/2016, DJe 07/10/2016.

En realidad, Brasil asistió, desde 1988, a la multiplicación de los litigios. El anuario *Justiça em números*<sup>249</sup> muestra que, en 2016, tramitaban en Brasil 79,7 millones de juicios. En promedio, cada 100 mil habitantes, se promovieron 12.907 acciones judiciales en el año 2016. Sólo en 2016 hubo 29,4 millones de nuevos juicios, lo que representa un aumento del 5,6% respecto de 2015.

El cuadro siguiente, tomado de ese mismo anuario, muestra la evolución<sup>250</sup>:



No se conocen datos estadísticos específicos de la cantidad de procesos judiciales derivados de la responsabilidad civil aeronáutica, pero -como se verá a continuación- la ANAC informa las consecuencias económicas de estos procesos, que también son impactantes.

Este brote repentino de litigios es el resultado del movimiento de garantía de derechos personales, iniciado tras el fin del régimen militar y reforzado con la Constitución Federal de 1988, cuando se facilitó el acceso de todos a la justicia.

<sup>249</sup> Fuente: sitio web del Consejo Nacional de Justicia <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> (consultado el 7/11/2017).

<sup>250</sup> Sumario ejecutivo del Anuario de *Justiça em números* 2017, en el sitio <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> (consultado el 7/11/2017).

Así, primero fueron creados los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas por Ley n° 7.244/84, transformados posteriormente en Juzgados Especiales Civiles por Ley n° 9.099/95.

Ninguna de estas causas, en sí misma, tendría mayor impacto en el transporte aéreo. Por ejemplo, si la legislación aeronáutica se hubiese aplicado, pero la cantidad de procesos judiciales no hubiera aumentado, sería bajo el impacto del transporte aéreo de la imprevisibilidad a causa de la falta de criterios uniformes para medir la responsabilidad del transportista aéreo. Del mismo modo, si la cantidad de procesos hubiera aumentado, pero se siguiese aplicando la legislación aeronáutica, con un sistema de valor estándar, no habría ningún impacto en el transporte aéreo, pues las consecuencias del aumento de la cantidad de procesos judiciales serían totalmente previsibles y cuantificables.

El problema surge cuando se conjugan la falta de criterios uniformes para definir la indemnización en casos de responsabilidad civil aeronáutica con la explosión de la cantidad de procesos judiciales donde esa responsabilidad es evaluada por criterios sin uniformidad. Este es el aspecto que se va a examinar.

## **2.2. La consecuencia de la falta de criterios uniformes en la aplicación de la norma por los tribunales brasileños**

Son varias las consecuencias de la falta de criterios uniformes en la aplicación de la norma por los tribunales brasileños

En primer lugar, la situación actual da un incentivo equivocado al que fue civilmente dañado como consecuencia del transporte aéreo de pasajeros o carga. Por un lado, el damnificado no está seguro de cuál es el valor máximo que puede obtener mediante una acción judicial. Por otro lado, está seguro de que recibirá al menos el valor estándar previsto en la legislación aeronáutica.

En efecto, al promover una acción, el damnificado sabe que existen sólo dos opciones: la primera, el tribunal aplicará la legislación aeronáutica, en cuyo caso el lesionado recibirá el valor estándar, pues no tendrá dificultad en probar los elementos objetivos de la responsabilidad civil, es decir, el daño, el acto que lo causó y el nexo causal entre el daño y el acto y su imputación al transportista aéreo. La otra opción es que el tribunal aplique el Código de Defensa del Consumidor, en cuyo caso el damnificado tiene la posibilidad de recibir un monto mayor que el valor predeterminado.

Un aspecto importantísimo es que la iniciación de acciones en los Juzgados Especiales fue y está exenta del pago de costas, tasas o gastos en primera instancia<sup>251</sup>.

A esta exención del pago de costas y gastos se sumó la práctica de los abogados de cobrar sus honorarios exclusivamente en base a la *cuota litis*, o sea un porcentaje -normalmente 1/3- del resultado de la demanda judicial.

Las acciones de responsabilidad civil de los transportistas aéreos se convirtieron en procesos con resultado cierto, donde el damnificado no tiene posibilidad de perder, pues al menos tiene garantizado el valor y no tiene costo. Así, la elección económica lógica y racional para el damnificado es promover una

---

<sup>251</sup> Art. 51 de la Ley n° 7.244/84 y art. 54 de la Ley n° 9.099/95.

acción y no buscar una solución extrajudicial y negociada con el transportista aéreo.

En segundo lugar, la situación actual también da los incentivos erróneos a los transportistas aéreos, por dos motivos.

Por un lado, si los transportistas aéreos tuviesen certeza sobre los valores que deberían pagar como consecuencia de actos de responsabilidad civil aeronáutica, los transportistas aéreos pagarían en forma automática, en un entorno extrajudicial, tan pronto como se enfrentasen a la solicitud (siempre y cuando esta solicitud se acompañase con la prueba mínima necesaria). En efecto, sería mucho más barato y eficiente para los transportistas aéreos pagar, extrajudicial e inmediatamente, el valor correcto y predeterminado que el costo de la gestión de un contencioso aeronáutico, a los que además hay que sumar el daño a su imagen, por litigar con un cliente.

Por otro lado, la falta de criterio uniforme para cuantificar la responsabilidad del transportista aeronáutico representa un riesgo para el transportista aéreo. Éste no puede determinar *a priori* cuánto costará su operación. El buen emprendedorismo establece que el emprendedor debe cuantificar adecuadamente el costo de su actividad. Sin embargo, en el caso del transporte aéreo, el transportista no tiene cómo cuantificar previamente el valor de su contencioso de responsabilidad civil, pues las decisiones de los tribunales no tienen una cuantificación uniforme.

Para tener una idea de los valores en cuestión, los datos estadísticos de la ANAC<sup>252</sup> muestran que, en 2016, el ingreso total de las compañías aéreas regulares brasileñas fue de R\$ 35,6 mil millones, con un perjuicio de R\$ 1,6 mil millones. En 2016, las condenas judiciales derivadas de la prestación de servicios de transporte aéreo correspondieron al 0,8% de los costes y gastos de los servicios aéreos. Este porcentaje aumentó más del 50% con respecto a 2015, ya que fue del 0,5<sup>253</sup>.

Este valor es mayor que el de las compañías aéreas con asistencia a pasajeros e indemnizaciones extrajudiciales, que fue del 0,7% de los costos y gastos de los servicios aéreos. Gastar más con condenas judiciales que con acuerdos extrajudiciales demuestra claramente que la situación es disfuncional.

Cabe señalar que la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal, que las convenciones internacionales no pueden dejar de aplicarse en beneficio del Código de Defensa del Consumidor no cambia esta situación. En el juicio iniciado en mayo de 2014, interrumpido por la petición de vista de una ministra, reanudado y concluido el 25 de mayo de 2017, el Supremo Tribunal Federal se expidió, sin dejar margen a dudas, a favor de la preponderancia de los convenios

---

<sup>252</sup> Ver en <http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/painel-de-indicadores-do-transporte-aereo>. Ver, también, los datos del Anuário de Transporte Aéreo, publicado por la ANAC en <http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo> (en ambos casos, consultados el 2/11/2017).

<sup>253</sup> No se conocen datos anteriores a 2015, ya que la ANAC comenzó a divulgar esta información en 2016, respecto de 2015.

internacionales en materia de transporte aéreo sobre el Código de Defensa del Consumidor<sup>254</sup>.

Esta decisión se adoptó en el marco del proceso de repercusión general. La repercusión general es uno de los requisitos para que el Supremo Tribunal Federal juzgue los recursos extraordinarios. La repercusión general exige que el tema discutido en el recurso extraordinario tenga relevancia y trascendencia, es decir que el tema sea relevante desde un punto de vista económico, político, social o jurídico, que trascienda el interés individual de las partes del caso en concreto, y que afecte a un colectivo de personas. La repercusión general permite al Supremo Tribunal Federal fijar una tesis que debe ser seguida por todos los demás tribunales brasileños.

La tesis aprobada por el Supremo Tribunal Federal es la siguiente:

En virtud del artículo 178<sup>255</sup> de la Constitución Federal, las normas y tratados internacionales limitadores de la responsabilidad de las compañías de pasajeros, especialmente los Convenios de Varsovia y Montreal, prevalecen en relación con el Código de Defensa del Consumidor<sup>256</sup>.

En el juicio conjunto del Recurso Extraordinario (RE) 636331 y del RE con Agravio (ARE) 766618. En el RE 636.331 / RJ, con repercusión general reconocida, el litigio era sobre el límite de indemnización por daños materiales como consecuencia de extravío de equipaje en vuelos internacionales. En el ARE 766.618 / SP, el conflicto era sobre la aplicación del plazo prescriptivo para fines de la acción de responsabilidad civil por demora en un vuelo internacional. En ambos procesos se discutía relación de consumo en el transporte aéreo internacional de pasajeros.

Las sentencias aún no se publicaron, pero de la sesión pública de la sentencia y de lo que fue publicado en el informativo del Supremo Tribunal Federal<sup>257</sup> se deriva que el Supremo Tribunal Federal fundó su decisión en los argumentos que se expresan a continuación.

En el RE 636.331/RJ, el relator, Min. Gilmar Mendes, presentó como fundamentos: (i) la protección al consumidor no sería la única directriz a orientar en el orden económico, (ii) el propio texto constitucional, desde su redacción originaria, en el art. 178, la observancia de los acuerdos internacionales en cuanto a la ordenación del transporte aéreo internacional (iii) no existe diferencia

---

<sup>254</sup> Los fallos, expresados en el Recurso Extraordinario (RE) 636331 y en el RE con Agravio (ARE) 766618, todavía no habían sido publicados al momento de la redacción de este texto.

<sup>255</sup> El art. 178 de la Constitución de la República está redactado de esta manera: "La ley dispondrá sobre la ordenación del transporte aéreo, acuático y terrestre; en cuanto a la ordenación del transporte internacional, observará los acuerdos firmados por la Unión, atendiendo el principio de reciprocidad".

<sup>256</sup> Conforme la redacción que figura en el sitio del Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530> (consultado el 6/11/2017).

<sup>257</sup> Ver en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo866.htm> (consultado el 6/11/2017).

de jerarquía entre el Código de Defensa del Consumidor y las convenciones internacionales, ambos tienen nivel de ley ordinaria, por lo que la aparente antinomia entre lo dispuesto en el Código de Defensa del Consumidor y los convenios internacionales se resolvería por el análisis de los criterios cronológicos y de la especialidad (iv) por el criterio cronológico, los convenios internacionales son más recientes que el Código de Defensa del Consumidor (v) por el criterio de la especialidad, los convenios internacionales son normas especiales en relación con el Código de Defensa del Consumidor, pues disciplinan la modalidad especial de contrato, es decir, el contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros (vi) en consecuencia, siendo una regla general y otra específica, concluyó que debería ser de conformidad con el párrafo 2 del art. 2º de la Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño.

En el ARE 766.618 / SP, el relator, Min. Roberto Barroso, usó como argumentos (i) el texto del art. 178 de la Constitución, debido a lo cual, en caso de conflicto, las normas de los convenios que rigen el transporte aéreo internacional sustituyen al Código de Defensa del Consumidor y (ii) el hecho de que el art. 178 de la Constitución de la República prevé un parámetro para la solución de ese conflicto, de modo que los convenios internacionales deben prevalecer.

Sin embargo, esta decisión no debe alterar el marco fáctico de la falta de criterio en la evaluación de la responsabilidad civil aeronáutica pues en ambos recursos, el Supremo Tribunal Federal decidió que la "limitación" indemnizatoria abarca solamente la reparación por daños materiales, y no morales y que estas decisiones sólo se refieren al conflicto entre el Código de Defensa del Consumidor y las convenciones internacionales, pero no al conflicto entre el Código de Defensa del Consumidor y las normas aeronáuticas nacionales brasileñas.

Al dejar el daño moral fuera del ámbito de los convenios aeronáuticos internacionales, el Supremo Tribunal Federal mantuvo la posición adoptada en 1997, cuando consideró que la indemnización por daños morales, derivada del transporte aéreo, no estaba sujeta a ninguna limitación<sup>258</sup>. La razón adoptada por el Supremo Tribunal Federal para ello es que, en el derecho brasileño, la Constitución Federal asegura, sin limitación en cuanto al monto, el derecho a la indemnización por daño moral<sup>259</sup>. Así, si un convenio internacional en materia de transporte aéreo establece, de cualquier forma, una limitación al ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral, este convenio estaría en conflicto con la Constitución y, por ese simple hecho, su aplicación sería inconstitucional. Véase el sumario de este fallo:

INDEMNIZACIÓN - DAÑO MORAL - EXTRAVÍO DE VALIJA EN VIAJE AÉREO - CONVENCIÓN DE VARSOVIA - OBSERVACIÓN MITIGADA - CONSTITUCIÓN FEDERAL - SUPREMACÍA. El hecho de que el Convenio de Varsovia revele, por regla general, la indemnización tarifada por daños materiales no excluye la relativa a los daños morales. Configurado por estos sentimientos de incomodidad, vergüenza,

<sup>258</sup> RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, Segundo Tribunal, DJ 21.2.1997

<sup>259</sup> En este sentido, ver el inciso V del art. 5 de la Constitución de la República: "V - se garantiza el derecho a réplica, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen";

enojo y humillación que resulta del caso de la pérdida, debe tenerse en cuenta la Carta de Política de la República - secciones V y X del artículo 5, que se solapa con los tratados y convenciones ratificados por Brasil.

Este punto es de mayor relevancia, pues la experiencia demuestra que, ordinariamente y salvo en caso de accidente aeronáutico, el valor de la indemnización por daño material es relativamente bajo y normalmente es inferior al valor estándar fijado por la legislación aeronáutica. Más aún, por su naturaleza, el valor de la indemnización por daño material varía de un caso a otro y, por lo tanto, es imprevisible.

Así, la ganancia en previsibilidad radicaría precisamente en el establecimiento de un parámetro para la indemnización por daño moral en materia de responsabilidad civil aeronáutica.

Cabe señalar que el daño moral es una realidad relativamente reciente en el derecho brasileño. La discusión sobre su admisibilidad se inició hace unos cuarenta años y hace unos treinta fue positivado en la Constitución de la República (art. 5º, inciso X, transcrito más arriba).

Hasta la fecha, ni el legislador ni los tribunales fijaron un techo o parámetro general para determinar el valor de la indemnización por daño moral. Los dos casos estudiados en la primera parte de este artículo versaron precisamente sobre el daño moral y demostraron los dos aspectos graves de las decisiones judiciales. El primero es su disparidad. El segundo es la importancia de la divergencia: entre las decisiones en el primer estudio (extravío de equipaje) fue de más del 300% y en el segundo estudio (demora de vuelo) la divergencia fue del 50%.

Por último, hay una consecuencia que, en términos institucionales, es mucho más grave que las dos primeras. La discrepancia de las decisiones judiciales en materia de responsabilidad civil aeronáutica demuestra que el sistema judicial brasileño no es uniforme. Es decir, hay una diferencia real entre ser juzgado por un magistrado o por otro magistrado.

Esta consecuencia es gravísima, pues trae desconfianza en el Poder Judicial y en la capacidad del Estado para juzgar las causas, poniendo en riesgo la regla del juicio natural. Una de las garantías constitucionales brasileñas es la del juicio natural, previsto en el artículo 5, incisos XXXVII y LIII, de la Constitución de la República, según los cuales:

XXXVII - no habrá juicio o tribunal de excepción;

LIII - nadie será procesado ni sentenciado sino por la autoridad competente;

La regla del juicio natural significa que el juzgado competente para dirimir un conflicto será elegido o determinado según reglas generales y abstractas previamente establecidas, o sea, de acuerdo con criterios impersonales, objetivos y previos al litigio.

Desde el momento en que los tribunales dejan de juzgar de modo uniforme, la relación entre el ciudadano que recurre a la justicia y el Estado queda comprometida por falta de confianza. La consecuencia es que los litigantes tratarán de su caso ante un tribunal que ellos crean que es más favorable para ellos.

Se puede decir que esta realidad se conoce en el derecho internacional hace mucho tiempo. Se llama “fórum shopping” y es un mecanismo por el que las partes eligen el tribunal del país cuyo derecho podrá dirimir mejor un conflicto.

En el Derecho interno, también se conoce desde hace mucho tiempo la estrategia de incluir en los contratos una cláusula atribuible de foro a un determinado tribunal, con el propósito de dificultar la participación de la parte contraria en el proceso.

Sin embargo, lo que queda claro es algo mucho más grave: se crea un incentivo para elegir al juez que falle mejor (o lo haga en forma menos mala).

### 2.3. Aportes para el nuevo Código Aeronáutico argentino

A la luz de todo lo dicho, ¿cuáles son los aportes para el nuevo Código Aeronáutico argentino que se pueden extraer de la relación entre transporte aéreo y derecho del consumidor en Brasil?

El primero –y más importante de todos– dar previsibilidad a la responsabilidad civil aeronáutica. Hay sólo un medio para ello: fijar un valor o parámetro único para el importe del daño moral y adoptar el sistema de valor predeterminado para el daño material.

Establecer un valor o parámetro único para fijar el importe del daño moral no es injusto. Es cierto que el daño moral puede variar de persona a persona, pues el sufrimiento y la angustia de dos personas ante la misma situación pueden ser diferentes. Sin embargo, la evolución del instituto del daño moral en Brasil demostró que el daño moral ya no está destinado a reparar el padecimiento como consecuencia de aflicción, angustia o inquietud. En la actualidad, el daño moral tiene como fundamento la compensación por la privación de un bien jurídico sobre el que la víctima tendría un interés reconocido jurídicamente<sup>260</sup>.

Kenneth Feinberg fue el administrador (denominado *special master*) del *September 11th Victim Compensation Fund*, creado por ley en EE.UU. para compensar a las víctimas de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Estuvo encargado de tomar las decisiones sobre cuánto iban a recibir las familias de las víctimas. Tiempo más tarde, Feinberg escribió un libro donde indicó que le hubiera parecía más justo si el valor hubiera sido uniforme para todos<sup>261</sup>.

El segundo aporte es definir con claridad absoluta las relaciones entre el Código Aeronáutico y las demás normas, en especial las normas de defensa del consumidor. En cuanto a la solución de conflictos de leyes, se hace referencia a las reglas de la cronología (la norma anterior es revocada por la norma posterior) y la especialidad (la ley especial no es derogada por la ley general).

---

<sup>260</sup> En este sentido, ver Silva, Américo Luis Martins da. *Dano moral e sua reparacão civil*. 5ª edición, versión Kindle, tomado de <http://www.amazon.com/>

<sup>261</sup> Feinberg, Kenneth. *What is life worth? The inside story of the 9/11 fund and its effort to compensate the victims of September 11th*. ISBN 9781586484514, versión Kindle, tomado de <http://www.amazon.com/>

Sin embargo, estas reglas están fijadas en una ley general, la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño<sup>262</sup>, que entró en vigencia en 1942. Así, desde la entrada en vigencia del Código de Defensa del Consumidor empezó la discusión sobre cómo interpretar las reglas en conflicto. Esta discusión sólo se cerró con la decisión del Supremo Tribunal Federal de 2017, antes mencionada. Es probable que muchos conflictos sean evitados si el nuevo Código Aeronáutico argentino afirma, de forma clara, cómo dirimir eventuales conflictos entre éste y las demás normas argentinas.

Un tercer aporte es el establecimiento de una clara diferencia entre el transporte de carga y el de pasajeros y decir que el primero no es una relación de consumo, de modo que, en cualquier caso, el transporte de carga quede fuera del alcance del derecho del consumidor.

En Brasil, la aplicación del Código de Defensa del Consumidor no se limitó al transporte aéreo de pasajeros. Los tribunales brasileños fueron más allá y lo aplicaron también al transporte aéreo de carga<sup>263</sup>.

Después de años de conflicto para intentar hacer prevalecer la legislación aeronáutica, finalmente los tribunales brasileños excluyeron el transporte aéreo de carga del ámbito de aplicación del Código de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, el fundamento de dicha exclusión no tuvo nada que ver con el derecho aeronáutico o con la preponderancia del derecho aeronáutico sobre el derecho del consumidor. La causa de la exclusión sólo se debió al hecho de que los tribunales consideraron que el transporte aéreo de carga no representaba una relación de consumo.

Para evitar que ocurran este tipo de conflictos, es importante que en la norma quede claro que el transporte aéreo de carga no es una relación de consumo.

## **Conclusión**

En razón de todo lo anterior, es fácil concluir que las relaciones entre transporte aéreo y derecho del consumidor en Brasil en los últimos veinticinco años fueron conflictivas. El conflicto es siempre malo, tanto para el derecho como para la actividad económica, pues crea un clima de incertidumbre.

En el caso concreto, esta relación conflictiva llevó a la pérdida de cualquier parámetro uniforme para definir el importe de la indemnización en los casos de responsabilidad civil aeronáutica. La falta de dichos parámetros tiene dos consecuencias.

La primera es el impacto en los costos del transporte aéreo. Se demostró que el costo de las condenas judiciales no es despreciable y está en alza. Naturalmente, este costo no es absorbido por los transportistas aéreos, sino que se transfiere a todos los usuarios de los servicios de transporte aéreo, en forma de aumento (o reducción menos acentuada) de los valores que pagan por el

---

<sup>262</sup> Decreto-ley nº 4.657, del 4 de septiembre de 1942.

<sup>263</sup> Para una visión más desarrollada de esta cuestión, ver Almeida, José Gabriel Assis de y Sant'Anna, João Marcelo, El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores. Revista Jurídica de Buenos Aires (1985), volumen 2015-1, p.37 - 70, 2015.

transporte aéreo. En consecuencia, el costo de la falta de criterios uniformes para la evaluación de la responsabilidad civil aeronáutica es abonado por los propios pasajeros y expedidores o consignatarios de la carga aérea.

La segunda –y más importante– es el riesgo que trae la falta de parámetros uniformes a la actividad de transporte aéreo. Para los empresarios (empresarios individuales y sociedades comerciales) no importa tanto el costo, sino el riesgo. Dicho de otro modo, si el costo es previsible, el empresario podrá determinar si le interesa o no ejercer la actividad de transporte aéreo y, si la ejerce, podrá determinar con mayor exactitud el costo de esa actividad y, en consecuencia, el valor que cargará al usuario del transporte aéreo. A partir del momento en que el empresario entiende que la actividad de transporte aéreo tiene un riesgo que no es posible prever -porque no hay uniformidad en las decisiones relativas al valor indemnizatorio en el transporte aéreo- el empresario está obligado a prevenir ese riesgo. La única forma correcta para ello es crear una reserva, a través del aumento del valor que pagan los usuarios del transporte. La otra forma, que consiste en correr el riesgo, sólo servirá para contribuir a aumentar los perjuicios del empresario, poniendo en peligro la actividad empresarial y a todos los que dependen de ella.

## **Bibliografía**

- Almeida, José Gabriel Assis de. *Jurisprudência brasileira sobre transporte aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- Almeida, José Gabriel Assis de y Sant'Anna, João Marcelo, El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores. *Revista Jurídica de Buenos Aires* (1985), volumen 2015-1, p.37 - 70, 2015.
- Feinberg, Kenneth. *What Is Life Worth? The unprecedented effort to compensate the victims of 9/11*, Nueva York, PublicAffairs, 2005.
- Silva, Américo Luis Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 2002.

## **Legislación**

- Constitución de la República Federativa de Brasil (1988).
- Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley nº 8.078, del 11/9/1990).