

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

¿Es posible la elección de una jurisdicción más favorable para la indemnización, por daños causados en un accidente aéreo por error no humano?

Nicolás Alfonso Lasso Rojas
Director: Doctor Juan Carlos Pérez

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador

Quito, diciembre de 2014

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

¿Es posible la elección de una jurisdicción más favorable para la indemnización, por daños causados en un accidente aéreo por error no humano?

Nicolás Lasso Rojas

Dr. Xavier Andrade Cadena

Presidente del Tribunal e Informante

.....

Dr. Juan Carlos Pérez

Director de Tesis

.....

Dr. Dunker Morales Vela

Informante

.....

Dr. Luis Parraguez

Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, diciembre de 2014

© Derechos de autor

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: _____

Nombre: Nicolás Alfonso Lasso Rojas

C. I.: 171983185-9

Lugar: Quito

Fecha: 22 de Diciembre de 2014

Dedicatoria

El presente trabajo se lo dedico a todas las personas que de alguna manera me apoyaron durante este largo proceso.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad San Francisco de Quito, la Dirección General de Aviación Civil y demás entidades que permitieron el desarrollo de la presente investigación.

Resumen

El presente trabajo se centra en un análisis de las posibilidades existentes de acuerdo a la legislación nacional e internacional con la finalidad de determinar la posibilidad de que el afectado en un accidente aéreo o en defecto sus herederos, quienes serán los beneficiarios del derecho generado a partir del incidente, puedan elegir una jurisdicción que vele de mejor manera por sus derechos.

Así se realizó principalmente un análisis del Derecho aeronáutico, que se enfoca los derechos por indemnizaciones que se configuran con el accidente aéreo, se realizó un análisis de las diferencias que existen entre las distintas jurisdicciones.

Los conflictos de jurisdicciones a los que nos referimos en el trabajo responden a las diferencias que surgen de acuerdo a los convenios internacionales del que son signatarios los países. Así hacemos referencia al régimen del convenio de Varsovia, al igual que el convenio para la unificación de los tratados que contiene el Convenio de Montreal.

Posteriormente se procedió a realizar un análisis de comparación entre los conceptos de la teoría del daño en el derecho civil, como en la teoría del daño en el derecho aeronáutico. De esta manera se logra obtener un mayor entendimiento del caso en cuestión. Durante este segundo capítulo se realizó un análisis de las posibilidades a considerar en un caso generado a partir del derecho aeronáutico, sino también la razón por la cual no se debe confundir este caso con un problema directamente civil ya que existe un derecho y un estudio específico y desarrollado para manejar problemas jurídicos de ese calibre.

En un tercer capítulo planteamos el problema que se va a analizar para lograr responder la pregunta que nos hemos planteado, así realizamos un análisis de las distintas apreciaciones que mantienen las cortes y jurisdicciones distintas dependiendo de su estatus de aceptación de los reglamentos y normas de aviación, sea este el Convenio de Varsovia y sus subsecuentes modificaciones, como de las interpretaciones de las cortes anglosajonas al respecto de las disposiciones de estos.

En el último capítulo analizamos las posibilidades que tienen los afectados o los beneficiarios del derecho por compensación por la muerte o daños ocasionados en un accidente aéreo, primordialmente este análisis se realiza en base a lo expuesto en los anteriores capítulos del proyecto de tesis y no hace una aborde adicional de información al respecto. Así únicamente se intenta dar las posibilidades de respuesta a la incógnita que se pretende solucionar en base a las normas existentes y las posibilidades que nos brindan los principios de derecho internacional, aeronáutico y decisiones de cortes de ley.

Por último recalco que el presente estudio se centra únicamente a las posibilidades y se trata de un análisis de un caso en específico que intenta explorar las estrategias a utilizar para lograr una mayor contemplación de los derechos de las personas naturales que han sido afectadas en un accidente aéreo.

Abstract

This paper focuses on the analysis of the possibilities according to national and international law in order to determine the possibility of the affected in a plane crash or their heirs, who will be entitled to receive royalties generated from the incident, to obtain a better recognition of rights.

An initial analysis of air law, which primary dispositions focus on the severance terms that are configured according to the plane crash, as well as an analysis of the differences between jurisdictions and how they apply the previously stated laws and treaties.

Conflicts of jurisdictions to which we refer in this paper, respond to differences that arise according to international conventions and treaties, to which countries are signatories. So in this particular case we refer to the Warsaw Convention, as well as the Convention for the Unification of treaties, which contains the Montreal Convention regime.

We then proceeded to conduct a comparison analysis between the concepts of the theory of damages in civil law, as in the theory of damage in air law. In this way it is possible to obtain a greater understanding of the case. During the second chapter we analyzed the potential the considerations stated by law, but also the reason why you should not confuse in this type of cases the civil law and the air law as there is a specific study, developed to handle legal problems of that caliber.

In the third chapter we pose the problem to be analyzed in order to reach an answer to the question object of this project, so we conducted an analysis of the different assessments that keep the courts and different jurisdictions depending on their status of acceptance of the rules and regulations of aviation, this is the Warsaw Convention and its subsequent amendments, as well as the interpretations of Anglo-Saxon courts of the dispositions of this conventions.

In the last chapter we analyze the possibilities for affected beneficiaries, in order to exercise the right of compensation for death or damages occurred in the plane crash. This analysis is primarily based on the discussion established on previous chapters of this project and does not add additional information of the analysis. So I only focused on trying to provide with all the possible answers to the question, on the basis of current standards and the possibilities offered by the principles of international aviation and decisions of courts of law.

Finally I emphasize that this study focuses only on the possibilities and it is an analysis of a specific case that seeks to explore strategies to use for a greater benefit of the individuals who have been harmed in an aviation accident.

Tabla de contenido

Introducción	10
1. RELACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO CON EL DERECHO AERONÁUTICO	12
1.1. Definición de Derecho Aeronáutico	12
1.2. Principios y Características del Derecho Aeronáutico	13
1.3. Fuentes del Derecho Aeronáutico	16
1.4. La Teoría del Daño	19
1.4.1. <i>Derechos de los particulares</i>	27
1.4.2. <i>Responsabilidad e indemnizaciones</i>	30
1.5. Regímenes sujetos al Convenio de Varsovia de 1929	35
1.6. Nacionalidad de las aeronaves.....	37
2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO AERONAUTICO EN ECUADOR	41
2.1. Convenio de Varsovia y Límites a la Responsabilidad.....	45
2.2. Aplicación de Tratados internacionales	48
2.3. Principios del Derecho Aeronáutico.....	53
2.3.1. <i>Internacionalidad</i>	54
2.3.2. <i>Politicidad</i>	55
2.3.3. <i>Dinamismo</i>	56
2.3.4. <i>Plenitud</i>	58
2.4. Regímenes de responsabilidad	58
2.4.1. <i>Acuerdos comerciales</i>	59
2.4.2. <i>Elección de transportador</i>	61
2.4.3. <i>Sujetos</i>	62
2.4.4. <i>Terceros</i>	65
2.5. Intencionalidad.....	67
3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN OTRAS JURISDICIONES	69
3.1. Análisis de Tesis	69
3.2. Régimen Estadounidense.....	71
3.3. Teoría del daño en relación al afectado	76
3.4. Otros Regímenes	77
4. POSIBILIDADES DE RECURRIR A UNA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	79
4.1. Error no humano	80
4.2. Aerolíneas	81
4.3. Fabricantes y responsabilidad.....	87
4.4. Métodos Alternos de Resolución de Controversias.....	89
4.5. Nacionalidad del Afectado	90
4.6. Destino	92
4.7. Elección de la Jurisdicción	94
5. Conclusiones.....	95
Bibliografía	99

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar un análisis a fondo del derecho aeronáutico con la finalidad de comprender su significado y su diferencia con el derecho civil en lo que respecta al régimen de indemnización por daños y perjuicios, con el fin de determinar las posibilidades de elegir una jurisdicción más favorable a los intereses de un pasajero afectado en un accidente aéreo, ocasionado por un error no humano.

La mayor comprensión del derecho aeronáutico nos ayuda a realizar un análisis específico de las condiciones puestas por este, como derecho creado específicamente para regular la actividad de transporte aéreo y todas sus implicaciones y consideraciones. Así voy a determinar que a pesar de que existe una relación con el derecho civil, la interpretación por los jueces se centra con una base en los principios de esta rama del derecho.

En el análisis de esta tesina, se busca comprender la necesidad de crear una rama del derecho distinta a las tradicionalmente practicadas, una rama que evoluciona en conjunto con la actividad de transporte aéreo. Es entonces una rama del derecho especial que se analizará en base a sus principios que fueron creados para su aplicación y su mejor interpretación. Posteriormente realizaré un análisis de la teoría del daño en el derecho aeronáutico, con el fin de comprender los casos específicos donde se configura un régimen de responsabilidad, de manera que se proceda con las respectivas indemnizaciones por el daño ocurrido.

Posteriormente aplicaremos la teoría del daño en el derecho aeronáutico para comprender el régimen de responsabilidad que se puede dar en este derecho, el funcionamiento de los regímenes de responsabilidad respecto a lo establecido en las convenciones internacionales de aviación civil y su diferencia con lo establecido por la doctrina civilista.

Debido a que mi hipótesis es que si existe una posibilidad de elección de una jurisdicción más favorable para la indemnización por daños y perjuicios a pasajeros, como parte de un contrato de transporte aéreo, se aplicará este análisis dentro de un caso específico donde se aplicarán los conceptos para argumentarla.

Así el análisis se centra en el tema contractual, es decir la responsabilidad que nace de un contrato, al igual que la responsabilidad extracontractual y sus repercusiones. Posteriormente se planteará el caso en donde se especifica los límites a los que se va a referir el presente estudio, haciendo énfasis en los límites de responsabilidad y la comparación de diferentes jurisdicciones a nivel mundial, con la finalidad de determinar las diferencias existentes en las disposiciones legales de las mismas, así como las interpretaciones que han dado las cortes al respecto.

Analizaré también las posibilidades que nos provee el derecho aeronáutico en conjunto con la legislación nacional de los diferentes países para responder la pregunta, de si es posible la elección de una jurisdicción más favorable a los intereses y derechos del pasajero. Es importante recalcar que el error no humano es usado únicamente para el caso que se analiza con la finalidad de responder a la interrogante inicial de este trabajo.

Los argumentos para probar mi hipótesis serán expuestos en el desarrollo de la tesina, siendo estos principalmente las disposiciones del convenio de Varsovia y los casos en los que la legislación nacional permite la interpretación de las mencionadas disposiciones a favor de mi hipótesis.

1. RELACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO CON EL DERECHO AERONÁUTICO

1.1. Definición de Derecho Aeronáutico

El Derecho Aeronáutico es el conjunto de normas, tratados internacionales, jurisprudencia y reglamentos que regulan la actividad de transporte aéreo, ya sea este de carga, de pasajeros o en forma combinada; así como otro tipo de actividades relacionadas con el desarrollo de actividades aeronáuticas. Se trata de un derecho autónomo en el que se toma en cuenta varios principios del Derecho Civil y las condiciones en las que se desenvuelve esta actividad, para establecer los parámetros de su regulación.¹

En lo que respecta a las definiciones de este Derecho, Antonio Ambrosini² establece que el Derecho Aeronáutico es una rama independiente del Derecho, ya que se dedica a estudiar todos los factores que rodean a la actividad aeronáutica y en especial a la navegación aérea. Navegación aérea a su vez se refiere a la actividad, más el medio en el que ésta se desarrolla, la aeronave y en fin todas las relaciones jurídicas que nazcan del desarrollo de esta actividad, como por ejemplo los contratos de transporte aéreo principalmente, y de manera extendida, el área administrativa y demás.

Por su parte Sampaio de Lacerda, menciona que el derecho aeronáutico es “el complejo de normas jurídicas relativas a la navegación que se realiza por el aire”³, lo cual es una definición acertada, que sin embargo no estipula, ni rodea a las relaciones jurídicas que nacen de la actividad.

1 Meyer, Alex. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Editorial Atalaya, Buenos Aires. 1947.p6.

2 Ambrosini, Antonio. *Istituzioni di Diritto Aeronautico*. Citado por Tapia Salinas, Luis. “Curso de Derecho Aeronáutico”. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980., p. 10.

3 Sampaio, José. *Curso de Direito Privado da Navegacao*. Citado por Tapia Salinas, Luis. “Curso de Derecho Aeronáutico”. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980, p. 11.

1.2. Principios y Características del Derecho Aeronáutico

Existen una variedad de principios en los que se basa la aplicación del Derecho Aeronáutico, sobre esto Federico Videla Escalada en su obra titulada Manual de Derecho Aeronáutico dice que: “Son nociones básicas que sirven de punto de partida para todas las elaboraciones de la materia y, por la simple aplicación de reglas de pura lógica, dominan las normas a dictar y rigen los temas a través de las diversas soluciones”⁴. El autor referido establece a los principios como punto de partida para la interpretación y la aplicación del Derecho Aeronáutico, lo que demuestra la importancia de los mismos como fuentes para la interpretación y más aún al existir en muchas situaciones conflictos jurisdiccionales.

Felipe Rodríguez, en su presentación sobre Derecho Aeronáutico, encontrada en su página web, establece cinco principios de Derecho Aeronáutico fundamentales:

- Los Estados tienen soberanía exclusiva y absoluta sobre el espacio aéreo que cubre su territorio.
- Los derechos del propietario del suelo deben ceder en beneficio de la circulación aérea.
- La aeronave no debe permanecer inactiva.
- El viaje siempre debe realizarse.
- La responsabilidad contractual y extracontractual derivada de los hechos y actos vinculados con la actividad aeronáutica es limitada.⁵

Por otro lado el Derecho Aeronáutico, contiene caracteres exclusivos, a los que nos vamos a referir en varias ocasiones en el presente trabajo, con el fin de diferenciarlo de las otras ramas del Derecho y así, obtener una visión más entendible del Derecho Aeronáutico. Estos son como lo menciona Danilo Uribe Calderón en su publicación en línea: su carácter

4 Videla, Federico. *Derecho Aeronáutico*. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires. 1969, p. 18.

5 Rodríguez, Felipe. *Lecciones de Derecho Aeronáutico para Ingeniero Aeronáutico y Mecánico Aeronáutico*. Recuperado de <http://www.feliperodriguez.com.ar/presentaciones/DERECHO%20AERONAUTICO.pdf> el 16 de abril 2014.

comercial, su carácter político, la internacionalidad, la unificación de normativa y reglamentación, y por último el dinamismo en su desarrollo.⁶

La actividad aeronáutica, como característica principal es comercial, debido a la naturaleza del negocio, es básicamente una actividad que rodea la contratación y la comercialización de los boletos aéreos y servicios; es decir, la prestación de un servicio a favor de terceros.

En relación con el carácter político del Derecho Aeronáutico, es descrito por el profesor Ambrosini⁷ como una rama del Derecho que se encuentra fuertemente influenciada por las políticas internacionales, nacionales de cada uno de los países del planeta y por las condiciones político económicas y militares de los Estados. Todo esto se debe principalmente por el hecho de que el medio, por el que se realiza la actividad aeronáutica, que es la aeronave, es un medio de transporte, mediante el cual se trasladan pasajeros, sujetos del derecho y bienes muebles, a través de distintas jurisdicciones. Se trata de que la aeronave en algún punto va a traspasar la soberanía de uno u otro Estado de conformidad con la necesidad de la misma.

Este último punto claramente evidencia la existencia de una necesidad de interacción entre Estados y del ejercicio de políticas económicas de cooperación para que la actividad sujeta de esta rama del Derecho se pueda desarrollar de manera productiva y correcta. En esta característica se desenvuelven las disposiciones del Derecho público, en lo que respecta a la matrícula de la aeronave y por ende su registro, que determina su nacionalidad, lo que será importante para la cooperación entre dos países y lo que forzará a que un Estado tome una decisión de crear un cuerpo jurídico de cooperación.

⁶ Uribe, Danilo. *Derecho Aeronáutico y Espacial en Colombia*. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/astronomia/images/pdf/confe8.pdf> el 25 de octubre de 2014.

⁷ Ambrosini, Antonio. *Istituzioni di Diritto Aeronautico*. Citado por Tapia Salinas, Luis. “Curso de Derecho Aeronáutico”. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980, p. 9

Otro carácter político es la de la inmiscuidad estatal en la actividad aeronáutica. Resulta que los Estados establecen sus propios principios y requisitos para los procedimientos administrativos internos con el fin de proporcionar los permisos y derechos que establecen los tratados internacionales.

Otra característica de esta rama del Derecho es su carácter evolutivo, que se divisa ya que sin el desarrollo de la sociedad y de la regulación civil en este ámbito, demostró la necesidad de establecer un régimen jurídico exclusivo y especial, el cual requiere seguir desarrollándose. La necesidad de una evolución en este Derecho es evidente en cuanto la tecnología de la aviación avanza.

Por otro lado tenemos su carácter global, se entiende que la regulación aeronáutica tiene como objetivo que ésta actividad se “globalice“, tanto en lo comercial, como en lo legal, para que la operación aeronáutica se extienda por todos los Estados, estableciendo una política de “cielos abiertos“.

Sobre esta acotación el Ingeniero Ernesto Rois-Méndez estipula un listado de propósitos del concepto de cielos abiertos con el fin de:

(...) estimular la facilidad, la economía de las operaciones aéreas, pero también la seguridad de las mismas. Esto en sí, es lo que nos conlleva a la necesidad de tratados abiertos para poder facilitar las comunicaciones entre nuestros países.

Veamos los propósitos de “cielos abiertos“.

- Ideológicamente hablando, el propósito es que haya una apertura de ingresos a todas las rutas entre los países que conforman los acuerdos.
- Eliminar las restricciones de capacidad y frecuencia de todas las rutas(...)
- Otro de los propósitos es operar desde cualquier punto. En el caso de los tratados de cielos abiertos entre Estados Unidos y otros países, de cualquier punto de Estados Unidos a cualquier punto del otro país, incluyendo puntos intermedios en donde se pueda prestar para dar servicios a terceros países.
- Otro de los propósitos es operar desde cualquier punto(...)
- La flexibilidad en el establecimiento de tarifas, de manera que no estén regularizadas.
- La operación liberal de vuelos charter.
- Las operaciones liberales de cargo. (...)
- Abrir nuevas oportunidades de códigos compartidos.(...)⁸

⁸ Rois-Méndez, Ernesto. “La política de los cielos abiertos”. *Primeras Jornadas Académicas de Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico*. Editorial Asociación de Líneas Aéreas Internacionales, San José. 2000, pp. 54-55.

En el listado que nos da Rois-Méndez, notamos un interés de eliminar las restricciones en la generación de rutas, que surja una flexibilidad de tarifas, la operación liberal de vuelos y que se fomente facilidades para la existencia de acuerdos comerciales para que en un futuro, estos se conviertan en los nuevos principios de la aviación, o los puntos a tomar en cuenta en la redacción de los nuevos acuerdos internacionales de aviación.

1.3. Fuentes del Derecho Aeronáutico

Las fuentes del Derecho Aeronáutico provienen de un régimen jurídico que se creó a partir de las necesidades de la actividad aeronáutica, es decir que a pesar de la existencia de principios en común con el Derecho Civil, principalmente, y de las demás ramas del Derecho como el derecho comercial, económico y de daños, tiene muchas particularidades que solamente se encuentran en esta rama del Derecho.

Par empezar vamos a identificar sus fuentes principales en los cuerpos legales que aplican a esta actividad. En el Ecuador el artículo 1 del Código Aeronáutico establece:

Art. 1.- La aeronáutica civil en la República del Ecuador se rige por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República del Ecuador, así como por este Código, sus leyes especiales y reglamentos. En los casos no previstos en este Código, se aplicarán las demás leyes de la República y los principios generales del Derecho Aeronáutico.⁹

Dentro de esta definición vemos el carácter que el legislador le dio a la actividad de transporte aéreo para efectos del Ecuador, esto es “Civil“, Así los principios constitucionales utilizados por los temas civiles, serán los mismos que los del Derecho Aeronáutico, en referencia al tema contractual, responsabilidad y daños.

En Argentina, la regulación aeronáutica va incluso más allá tomando en cuenta a la costumbre como fuente secundaria a la regulación aeronáutica. Específicamente el Código Aeronáutico de este país establece que:

⁹ Código Aeronáutico. Registro Oficial Suplemento No. 435 de 11 de Enero de 2007.

Art.2.- Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea: y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común.¹⁰

Aquí podemos ver que la República Argentina también acepta la costumbre aeronáutica como fuente, lo que le da la apertura a la legislación para moldearse de conformidad con las necesidades de la misma, lo cual se relaciona con las políticas de espacio libre y con el desarrollo de esta actividad. Pero hasta qué punto puede llegar la costumbre a formar una fuente, pues esos límites se establecerán con la costumbre aeronáutica internacional, acercando la legislación nacional Argentina a la costumbre internacional.

Por otro lado tenemos las fuentes exclusivas del Derecho Aeronáutico, que son los tratados internacionales celebrados y ratificados por los Estados, los convenios internacionales se celebran por varios objetivos, entre estos se reflejan claramente las necesidades de la aviación civil. Una de las fuentes más conocidas es el Convenio de Varsovia¹¹, del que vamos a hablar en repetidas ocasiones en el desarrollo de este trabajo. Este estableció un parámetro generalizado para los países signatarios del mismo.

Hemos delimitado con claridad que el Derecho Aeronáutico, posee fuentes en común y fuentes exclusivas para su regulación lo cual demuestra que a pesar de que es una rama de derecho exclusiva, a la cual se la debe analizar en base a sus fuentes y no en comparación con otras ramas de Derecho.

Pero esta vinculación no solamente se limita a las fuentes del Derecho, sino que también se extiende hacia la aplicación de herramientas que tengan compatibilidad con el Derecho Aeronáutico y sus fuentes.

¹⁰ Código Aeronáutico. (Argentina) Ley 11.723. A-Z editora S.A. 2003.

¹¹ Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional Varsovia. Este convenio fue ratificado por el Ecuador el 1 de diciembre de 1969 y entró en vigencia para su legislación el 1 de marzo de 1970.

Al tratarse de un derecho especializado, existen diferentes fuentes a tomar en cuenta para su regulación y funcionamiento. El Dr. Alex Meyer en su *Compendio de Derecho Aeronáutico* menciona que “Las fuentes del Derecho Aeronáutico Internacional son en parte de naturaleza oficial y en parte no oficial. La actividad oficial se refleja en los acuerdos interestatales, completados por las leyes propias de los Estados, así como en la jurisprudencia.”¹²

Por esta razón podemos distinguir que el Derecho Aeronáutico, a pesar de ser un derecho independiente, goza también de un conflicto primordial, delimitado por las jurisdicciones y las diferentes fuentes que utiliza para su funcionamiento.

En el Ecuador, dentro de las fuentes del Derecho Aeronáutico, se encuentran los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, la normativa interna y la jurisprudencia.

El Ecuador ratificó el Convenio de Varsovia, tratado internacional de 1929, que en última instancia fue modificado en algunas cláusulas, en la Convención de Montreal en el año 1999, mediante la cual se modernizaron las disposiciones iniciales. Dicho Convenio establece que la responsabilidad respecto a daños, tenía que ser calculada con un límite, mas no ilimitadamente, lo que responde al daño real como funciona en los Estados Unidos.

Otra fuente esencial del Derecho Aeronáutico son las Condiciones Generales de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo IATA. Esta conferencia fue celebrada en Ginebra en el año 1971, y en ella se establecieron las Condiciones Generales de Transporte de Pasajeros.

Básicamente se trata de un instrumento internacional en el que se establecen los términos y definiciones para situaciones que se presenten con los usuarios del transporte aéreo como por ejemplo de los boletos aéreos, que al ser un contrato, acarrear varios efectos,

12 Meyer, Alex. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Editorial Atalaya, Buenos Aires. 1947, p. 22.

como la responsabilidad por daños, ya sea por pérdida de equipaje, cancelación de vuelos, etc. Así mismo se establece un sistema con características muy importantes en el ejercicio de la actividad aeronáutica como lo son la discrecionalidad, y la internacionalidad¹³, esto significa que se trata de condiciones que son aceptadas por los demás operadores aéreos, las cuales se han consolidado como normas uniformes que han obtenido por su práctica, un carácter supletorio para cualquier legislación que no ha sido signataria del mismo.

1.4. La Teoría del Daño

El daño en el Derecho Civil se calcula a partir del concepto “Responsabilidad”. La doctrina define a la responsabilidad de una manera muy clara, estableciendo los preceptos para la determinación de los casos donde opera la misma. Así se menciona que la responsabilidad en general es:

(...) la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ya ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el hecho no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder.¹⁴

Por otra parte, el profesor Charles Zeno Santiago en su publicación digital, sobre el daño y su reparación menciona que: “Daño es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra.”¹⁵

Muy objetivamente notamos que el concepto del daño es claro, se refiere a las afectaciones que se causan sobre una persona natural o jurídica, ya sea sobre su patrimonio o sobre el sujeto en sí. El daño debe ser causado por otro sujeto para que pueda surgir la responsabilidad del mismo. Es decir que la única forma de imputar la responsabilidad

¹³ Rossi, Edda *et al.* *Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico*. Publicado por Marcelo Nieto Di Biase en blog “Derecho Aeronáutico y Espacial”. Recuperado de <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> el 26 de mayo de 2014.

¹⁴ Corral, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2003, p.13.

¹⁵ Zeno, Charles. *Concepto del daño y su reparación*. Recuperado de http://www.derecho.inter.edu/inter/sites/default/files/profesores/charles_zeno_santiago/documentos/Concepto_del_Dano_y_su_Reparacion.pdf el 23 de marzo de 2014.

relacionada con un acontecimiento de afectación al patrimonio de las personas, es que tiene que necesariamente ser causado por otro sujeto.

Por último en el Derecho Civil, el daño ocurre con el incumplimiento de una obligación contractual, ya que al afectar un bien jurídico protegido, sería un delito.

Así establecemos que a teoría del daño necesariamente es una relación causa y efecto, para ese efecto la legislación debe establecer las causas y los efectos para que se pueda identificar cuando un daño puede ser considerado como tal. Bajo este precepto comprendemos que el daño y la responsabilidad se derivan de un negocio jurídico previo, o una relación contractual entre dos sujetos del derecho.

En el momento en que un sujeto se compromete en una relación contractual, ya sea comercial, o de servicios, se crea un vínculo delicado en el que tanto la una parte como la otra, asumen obligaciones mutuas y derechos que deben obligatoriamente de cumplirse con el fin de que el contrato sea satisfactorio y que por ende se logre satisfacer las necesidades de las partes.

Así el Código Civil¹⁶ establece que debe haber una declaración de voluntad, para que una persona se obligue para con otra, y dicho consentimiento no debe estar viciado. Este es el precepto principal para que pueda configurarse la Responsabilidad.

El doctor Rodrigo Jijón establece que “Para que un hecho genere obligación de reparar los daños y perjuicio que cause, es necesario que el hecho provenga o sea imputable a un ser humano; debe además, ser voluntario, y tiene que ser ilícito”¹⁷

Una vez que hemos determinado que la responsabilidad nace de una relación contractual, vamos a repasar los conceptos en jurisdicciones alternativas.

¹⁶ Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; [...].

¹⁷ Jijón, Rodrigo. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. 2012, p. 2.

Así, Richard Mann y Barry Roberts, dan una descripción de los regímenes de responsabilidad contractual en los Estados Unidos en su publicación en la que se establece lo siguiente:

When parties issue negotiable instruments, they do so with the expectation that they, either directly or indirectly, satisfy their obligation under the instrument. Likewise, when a person accepts, indorses, or transfers an instrument, he incurs liability for the instrument under certain circumstances. This chapter examines the liability of parties arising out of negotiable instruments and the ways in which liability may be terminated¹⁸

En principio el concepto de responsabilidad contractual es similar en todos los países, más aún dependerá de los tipos de responsabilidad que se desprenderán de la naturaleza del contrato. Por ejemplo en los Estados Unidos de América, la responsabilidad está establecida a partir de los principios de contratación, lo que nos demuestra que es un sistema basado más en los derechos de las partes y de lo que representa su voluntad en la celebración del contrato. El otorgamiento de derechos y el apareamiento de obligaciones contractuales, van a delimitar la responsabilidad por la que se debe responder en base al incumplimiento.

Una vez comprendido el concepto de responsabilidad civil, debemos aclarar el sistema de resarcimiento de daños, lo cual constituye la única diferencia con el régimen de responsabilidad en el derecho aeronáutico. Así nos limitaremos al concepto básico de resarcimiento por daños ocasionados, en base a lo establecido en el Código Civil del Ecuador¹⁹.

Para esto entendemos al lucro cesante como la ganancia que se dejó de percibir por la afectación causada, mientras que el daño emergente es el perjuicio real causado sobre el

18 Mann, Richard & Roberts, Barry. *Essentials of Business Law and the legal environment*. Cengage Learning 2012, p. 459. Recuperado de <http://books.google.com.ec/books?id=sFFR3y510R0C&printsec=frontcover&dq=essentials+of+business+law+and+the+legal+environment&hl=en&sa=X&ei=wNhBVMLIGveCsQTTrYHICw&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=essentials%20of%20business%20law%20and%20the%20legal%20environment&f=false> el 08 de marzo de 2014.

19 Código Civil, Libro IV. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

patrimonio del sujeto a partir del incumplimiento contractual. Así podemos determinar que la indemnización se realizará en base a un cálculo matemático (exceptuando el daño moral).

Por otro lado el daño moral se refiere directamente a aquella afectación que no se puede palpar, como por ejemplo un daño al interés de la persona o a la reputación de la misma. El daño moral como concepto es complicado de calcular, pero siempre se lo hará en base a la legislación civil, al menos que se haya cometido con dolo. Así el Código Civil, establece pautas específicas para definir el daño moral:

Art 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral²⁰

De esto podemos divisar claramente el problema principal de este tipo de indemnización, la prueba.

Ahora que hemos descrito brevemente el concepto de responsabilidad civil, vamos a delimitar las características de la responsabilidad en la actividad aeronáutica.

Como se estableció anteriormente, la responsabilidad aeronáutica no varía considerablemente con la responsabilidad civil en el tema conceptual, sino únicamente en los principios de resarcimiento de daños, que por su importancia económica, se requiere de la estipulación de límites en el resarcimiento de responsabilidad, y muchos países, han decidido establecer sistemas específicos para la responsabilidad contractual aeronáutica.

En algunos casos, estos regímenes se interponen a los derechos civiles de los particulares establecidos en las regulaciones nacionales. Los regímenes aeronáuticos son generalmente más abiertos a la protección de los derechos de los sujetos contractuales por encima de los intereses estatales y de la política internacional de cooperación, debido al principio de protección de la actividad.

20 Código Civil, Libro IV. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Por su parte el profesor Claudio Kipper establece uno de los preceptos esenciales en el derecho de daño, el cual es su objetivo principal y por el cual se realizan los mayores esfuerzos y discusiones para poder velar por todos los derechos de los sujetos que se ven envueltos en una situación que genera reparación de derechos. Así menciona que:

Una de las más relevantes características que exhibe el actual derecho de daños es su finalidad de prevención. Se asigna actualmente mayor importancia a evitar que el daño se cause que a la reparación posterior, ya se trate de hechos ilícitos o de incumplimiento contractual. Se procura dar una solución *ex post* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización).²¹

Esta apreciación, a pesar de ser relacionada con los principios de derecho civil aplica para el Derecho Aeronáutico debido a que justamente por esto nace la necesidad de establecer límites en el resarcimiento de daños, para poder prevenir un daño sustancial que afecte a la actividad aeronáutica. Pues toda la legislación aeronáutica trata de crear un ambiente operativo de seguridad y de control de todos sus procedimientos para evitar una situación de resarcimiento por daños causados a pasajeros.

Dentro de un juicio de daños existen pasos previos que legitimen la actuación de las partes del proceso. Es necesario entender cuando un sujeto se vuelve acreedor del derecho que le permite realizar un reclamo para obtener resarcimiento de sus derechos y justamente es esto lo que va a determinar su acceso al procedimiento de resarcimiento de daños.

El profesor Claudio Kiper menciona que esta característica, que se define como la legitimación de la parte es, “podemos afirmar que la legitimación es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso. En la mayoría de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídica sustancial”²². Y es justamente esto lo que se debe determinar para iniciar con un cálculo de los derechos de resarcimiento de daños. Uno de los factores para determinar la legitimación del sujeto frente a estos derechos es que

21 Kiper, Claudio. *Proceso de Daños*. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, p. 147.

22 Colombo, Carlos y Kiper, Claudio. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, La Ley, tomo III*. 2006, p.669

el mismo sea titular de un derecho, que se exista un daño real proporcionado por una parte hacia él.

De igual manera el sujeto se debe legitimar como un sujeto de derechos para poder reclamar los mismos. Parte de esta característica es encontrar los atributos de la personalidad, y más aún cuando los sujetos tienen diferente nacionalidad, lo que los ampara bajo sus leyes estatales y de cierta manera los diferencia en los derechos que la legislación contempla. Por ejemplo, en un caso de daño ocasionado por el accidente de una aeronave, se requerirá contemplar todos los atributos de la personalidad y de su carácter como sujeto de derecho para poder pasar recién a la legitimación.

Sin embargo en lo que respecta al Derecho Aeronáutico en sí, la legitimación no es mucho problema en lo que respecta a la víctima, porque el daño es sencillo de probar que ha ocurrido, a pesar de que la calculación del resarcimiento si se vuelve un problema, tomando en cuenta los límites de responsabilidad. Así en los casos de accidentes aéreos la legitimación del sujeto se la hace generalmente a los herederos de la víctima, es decir a los que sobreviven a su legado y que por tanto se vuelven dueños de su haber personal.

Antes de describir el funcionamiento de la legitimación debemos también entender que:

[...]tal legitimación no debe confundirse con la legitimación procesal, que tiene que ver sólo con la personería, con la aptitud para estar en juicio por sí o con la existencia de adecuada representación legal o convencional respecto de quien es el auténtico legitimado sustancial, es decir, aquel que es titular de la relación jurídica. Mencionamos a continuación algunos precedentes que diferencian con claridad los conceptos[...]²³

Con esto en claro debemos entender que la demanda de daños en el ámbito civil, va a ser presentada en cuanto el sujeto pueda legitimar su condición como heredero ante el juez que va a conocer la causa. Para esto se tienen que verificar los diferentes aspectos de la

23 Pages, Hernán. *Proceso de Daños*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía., p. 266.

legitimación sustancial activa. La teoría del daño, a través de lo que nos dice la doctrina, nos establece algunos aspectos sustanciales para poder continuar con este proceso.

En primer lugar tenemos a lo que ya habíamos mencionado anteriormente que es la referencia a la víctima del daño, o al damnificado. En segundo lugar debemos establecer que el daño es esencialmente de carácter personal, sobre esto se debe entender que a aquel que se le ha causado el perjuicio únicamente personalmente, no existe en ello una aplicación pura y simple de un gran principio, es decir que si no hay un interés legítimo en el derecho entonces no existirá la capacidad de acción.²⁴

El ejemplo claro que se relaciona con la actividad aeronáutica es lo mencionado por Hernán Pagés cuando menciona que,

Podemos inferir la existencia de un daño directo, que es –por ejemplo – el de la persona lesionada en el accidente de tránsito que reclama los perjuicios por la afrenta a su integridad física; y un daño indirecto, que se observa en la esposa y los hijos que han visto lesionados elípticamente o “de rebote” sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales.²⁵

Claramente parte de la legitimación, contiene el elemento indirecto hacia la propiedad de los bienes o del patrimonio correspondiente a la persona, y en el caso de la relación indirecta a las personas relacionadas con el damnificado, que para efectos de un accidente aeronáutico, generalmente es una persona que ha fallecido. Los principios establecidos por la teoría del daño son esencialmente los mismos que se utiliza para reclamar el resarcimiento de derechos.

Existe un supuesto que se debe tomar en cuenta en la aviación civil, debido a que uno de los requisitos para la operación de las aeronaves es que estas obtengan un seguro que no solamente asegure a las aeronaves, sino que también envuelva y pueda cubrir todo tipo de derechos económicos que surjan a partir de un hecho inesperado. Sin embargo esto siempre se va a limitar a lo calculable, es decir a los daños al patrimonio de los damnificados, lo cual

24 Mazeaud, Henri y León y Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, EJE. 1961, p. 385,

25 Pages, Hernán. *Proceso de Daños*. Buenos Aires. Fondo Editorial de Derecho y Economía, p. 268.

no va a aplicar necesariamente para una solicitud de daño moral, que pudiera ocurrir en los casos más extremos.

Pagés menciona también que en los casos de muerte de las personas, se las trata a las mismas como casos especiales, ya que:

Si se produce la muerte de la víctima, sus herederos pueden reclamar al sufrir un daño directo, caso en el cual se computa su situación, no la del muerto. Además, en ciertos casos pueden demandar aquellos que, sin ser herederos forzosos, sufran un daño indirecto.²⁶

Esto generalmente sucede si la situación de los que sobreviven al muerto, depende en su totalidad de un negocio o del trabajo del mismo, entonces se deberá tomar en cuenta esto para poder solicitar el resarcimiento, es decir que el daño directo será ínfimamente patrimonial y no podrá ser daño moral, por el hecho de que los derechos se transmiten a los derechos. Esto sucede tanto en la legislación argentina, como en la legislación ecuatoriana. Entonces he aquí la interrogante principal que nos plantea la teoría del daño civil en relación con los daños en un acontecimiento dentro de la actividad aeronáutica.

Por último se tiene que establecer la diferenciación que da la doctrina a la solicitud de indemnización individual, y la colectiva. Es así que en los casos de accidentes aéreos pueden verse afectados no solamente los sujetos del contrato de transporte aéreo, sino también terceros, y de todas maneras se ha dado casos en los que los familiares de las víctimas de un accidente aéreo se han unido para iniciar un procedimiento de resarcimiento de daños a una aerolínea.

José María Salgado nos dice que :

El origen de los conflictos en los que se afectan derechos colectivos responde a una unidad ontológica diversa. No es lo mismo la contaminación del medio ambiente, la protección del patrimonio cultural o la pretensión indemnizatoria de un grupo de consumidores[...]²⁷

26 Pages, Hernán. *Proceso de Daños*. Buenos Aires. Fondo Editorial de Derecho y Economía, pp. 272-273.

27 Salgado, José María. *Proceso de Daños. Tomo 2*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía., pp. 453-454.

Con lo que nos damos cuenta de que se diferencia claramente un reclamo colectivo cuando se ha vulnerado un derecho en común, por el interés o porque un colectivo tiene legitimación a un bien jurídico que se ha vulnerado y en su defecto cuando se vulnera un bien jurídico al que solamente un sujeto jurídico tiene interés legítimo en su reclamo. Este tipo de casos se puede dar cuando el accidente afecta a terceros en tierra como se dijo anteriormente o en el caso de un avión de carga, cuando se vulnera un bien jurídico por mercadería perteneciente a un colectivo.

Sin embargo este caso, aunque nos interesa para fines explicativos de la teoría del daño, no nos interesa para el caso en particular de análisis de esta tesis. En este supuesto tenemos que recalcar lo mencionado anteriormente sobre los derechos de los sujetos contratantes del contrato de transporte aéreo y de su derecho personal.

1.4.1. Derechos de los particulares

Los sujetos de derecho que han adquirido derechos y obligaciones, nacidos del contrato de transporte aéreo, tienen además de estos, los derechos que los cuerpos normativos nacionales e internacionales les otorgan.

En lo que respecta al Ecuador, la Constitución Política establece en su artículo 10 y siguientes que los derechos de los ciudadanos del Ecuador y de los extranjeros que se encuentran en el territorio ecuatoriano o que adquieren una relación con la jurisdicción ecuatoriana, un poco abriendo las puertas en el tema de la internacionalidad de los derechos, que al ser uno de los principios rectores en el derecho aeronáutico es indispensable para el caso en particular que nos encontramos investigando.

Los derechos de los humanos reconocidos por los tratados internacionales que favorecen a los Derechos Humanos, establecen derechos de las personas y son superiores en

la aplicación de los Derechos Aeronáuticos, en virtud al artículo 424 de la Constitución Política del Ecuador²⁸, por esta razón todo se debe construir en relación a estos.

En base a estos principios se debe establecer un régimen de regulación a la actividad aeronáutica pero que de igual forma siempre se fije en la protección de los derechos de las personas que en el fin, por más de que se trate de proteger la actividad aeronáutica, son el foco principal de esta actividad. Son los particulares los principales contratantes de los servicios de transporte aéreo y es por esto que deben ser protegidos de igual manera.

El usuario es entonces no solamente el contratante del servicio aéreo, sino que a la vez se vuelve objeto de la actividad en cuanto a que es este el que va a ser transportado en el caso del transporte aéreo de pasajeros. Por esta razón y por el hecho de que se considera a la actividad aeronáutica como una actividad de riesgo, a pesar de las estadísticas de accidentes se ha reducido considerablemente, al punto de que en la situación de que ocurra un accidente de transporte aéreo, será tan poco común que se escuchará a nivel mundial.

La página blog.ulises.com, en donde se realizan análisis comparativos de vuelos y de más actividades relacionadas con los destinos turísticos y costos de los mismos, para brindar una información más completa a los usuarios de aerolíneas establece que:

[...]el avión es el medio de transporte más seguro que actualmente existe es conocido por todos. Las cifras oficiales de la asociación internacional del transporte aéreo, la IATA (siglas en inglés), sostiene que de 2007 a 2008 la mortalidad en los accidentes aéreos bajó un 56% y la tasa de mortalidad descendió hasta el 0,13 por cada millón de pasajeros, diez puntos de diferencia respecto del año anterior.²⁹

Así mismo el usuario del transporte aéreo al ser no solamente una parte en el contrato de transporte aéreo, sino que también el objeto del contrato, adquiere una denominación principal, que es la más conocida, esto es pasajero. En el caso de investigación de este trabajo nos referimos especialmente al transporte aéreo de personas. Esta es considerada como la

28 Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

29 ULISES. *Vuela seguro: estadísticas de accidentes aéreos*. Recuperado de <http://blog.ulises.com/2009/10/vuela-seguro-estadisticas-de-accidentes-aereos/> el 14 de septiembre de 2014.

actividad principal de la actividad aeronáutica, y esto debido a las estadísticas de transporte aéreo internacional. Aquí entra en discusión si todas las personas que están siendo transportadas en un vuelo son pasajeros.

El Código Aeronáutico nos da una clara diferenciación de esto cuando menciona lo siguiente:

Art. 148.- Cuando el transportador acepte al pasajero sin la celebración expresa del contrato respectivo, o no expida boleto, o la prueba del mismo no pueda determinarse, se considerará que existe contrato con todas las obligaciones y responsabilidades enumeradas en este Código, sin que el transportador pueda ampararse en las disposiciones que excluyan o limiten su responsabilidad.³⁰

Sin embargo, este régimen aplica para pasajeros únicamente y no para los tripulantes o empleados de la aerolínea que van a bordo como tripulación, quienes por su naturaleza tienen otro tipo de relación con el Operador Aéreo.

Así en el caso específico del daño patrimonial, Christian Pettis nos da una apreciación muy explicativa de lo que estipula el código civil Argentino en su artículo 1068 cuando menciona que: “hay daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.”³¹, incluyendo directamente a los sujetos contractuales, como a los pasajeros.

Esto nos da un ejemplo de cuál es el hecho generador para el derecho de reclamo del damnificado. Así nace un nuevo derecho del particular, no uno que se puede vulnerar sino uno que nace de la pérdida de la propiedad de un bien material dentro del patrimonio de la persona que sufrió el daño.

De igual manera la teoría del daño como bien conocemos nos da una pauta para el cálculo del daño patrimonial con los conceptos de daño emergente y lucro cesante. En el caso

30 Código Aeronáutico. Registro Oficial Suplemento No. 435 de 11 de Enero de 2007..

31 Pettis, Christian. *Proceso de Daños, Tomo 2*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía p. 225.

del Derecho Aeronáutico, el daño emergente, es decir el perjuicio efectivamente sufrido, se refiere al daño ocurrido en ese momento, que fuera causado por el operador de transporte aéreo, se refiere a lo que efectivamente se perdió dentro del mismo, se trata de un cálculo mucho más sencillo de realizar.

Por otra parte el lucro cesante es un concepto que se refiere a los beneficios que se pudieron percibir a futuro, lo cual se calcula en base a muchos factores determinante como el salario a percibir, o en el caso de un vuelo de carga, lo que se podía percibir por la venta de la mercadería. Aquí podemos ver la influencia de la fuente de Derecho Civil en el mundo de la aviación.

Christian Pettis nos da una explicación de lo relacionado con el lucro cesante cuando menciona que “el resarcimiento del lucro cesante futuro y cierto tendrá como base el grado de incapacidad subsistente al momento de la sentencia si no puede esperarse que continúe disminuyendo o que, incluso, llegue a cesar en su caso.”³²

Con esto hemos llegado a tener una apreciación más cercana a los derechos de los particulares frente a un contrato de transporte aéreo y un evento imprevisto que puede generar aún más derechos, tanto a terceros como a aquellos que legítimamente se hacen por así decir, “dueños” del derecho, como los herederos y los cónyuges de los fallecidos en el accidente.

1.4.2. Responsabilidad e indemnizaciones

El incumplimiento contractual es uno de los supuestos que permiten que se inicie un cálculo de responsabilidad por los daños ocasionados a cada uno de los contratantes en respuesta a dicho incumplimiento, luego de agotarse el proceso legal correspondiente.

³² Pettis, Christian. *Proceso de Daños, Tomo 2*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, p. 226.

Tomando esto como principio quisiera referirme a lo mencionado en la publicación *La Responsabilidad* (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, “Ante todo, el daño debe ser resarcible, que es como decir que debe tratarse de un daño jurídico, puesto que la víctima debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la carga de asumir el menoscabo que implica el daño. Si se trata, por ejemplo, de una consecuencia remota del incumplimiento, el daño no le es imputable al autor del hecho”³³). El autor intenta alejar todas las consecuencias del incumplimiento al momento de calcular la reparación de daños que haya nacido de la responsabilidad, centrándose en la obligación de resarcir todo daño ocasionado en razón de las actividades aeronáuticas.

La responsabilidad contractual, en el Derecho Aeronáutico, claramente es reconocida en el Derecho Ecuatoriano y más aún en los tratados internacionales que se han firmado respecto al derecho internacional privado, como lo son el de Varsovia, Chicago y por último el de Montreal. Asimismo, tanto el Código Aeronáutico como la Constitución han reconocido la existencia de los tratados internacionales, y disponen que se aplicarán los tratados internacionales de conformidad con la pirámide jurídica, así como en tanto y cuanto no contravengan principios constitucionales.

De igual manera, estos regímenes de responsabilidad no solamente aplican para los sujetos de los contratos que surjan de la actividad aeronáutica, sino también a terceros, lo cual constituye una de las materias más comunes en el régimen de responsabilidad aeronáutica, como se da en el caso de daños a terceros en la superficie.

Sobre esto el Dr. Edgar Benjamín Rivera Flórez menciona que “Aún hoy, la mayoría de los accidentes aéreos, por no decir que en su totalidad, producen en mayor o menor magnitud daños en la superficie, que en muchos casos deben ser asumidos por los explotadores con el

33 López, Roberto y Alterini, Atilio. “Limitaciones a la reparación íntegra del daño”. *La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*. LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1995..

concurso de sus aseguradores”³⁴. Por lo tanto si se quiere encontrar un régimen favorable para el resarcimiento de los daños, se debe analizar todos sus supuestos y los sujetos que pueden ser afectados por un accidente aéreo, incluso los daños que se causen a terceros.

Un ejemplo claro de esto podemos encontrar en el fallo³⁵ del señor Guillermo Maluendez en contra de Mexicana de Aviación, en donde el actor había comprado un ticket aéreo con anticipación, pero la aerolínea, ignorando este contrato que se había celebrado anteriormente, decidió sobrevender los vuelos, por lo que al momento en que el señor Maluendez pretendió ejercer su derecho, esto es, ser transportado, fue impedido y se ocasionó un daño por incumplimiento contractual.

El fallo referido establece que “La mencionada práctica responde, pura y exclusivamente, a los intereses comerciales de la empresa de aeronavegación y, a la vez, significa una práctica de total desconsideración hacia el pasajero que tiene sus pasajes reservados”³⁶. Por tal razón se decidió en este fallo que efectivamente existió un incumplimiento del contrato, ya que no se podría infringir las normas del mismo simplemente para prever una actitud de la otra parte.

Este ejemplo establece cómo serían los casos donde operaría el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados en este tipo de incumplimientos. El daño ahora debería llegarse a probar de la misma manera, o por lo menos muy similar a lo establecido comúnmente en el Derecho Civil, sin embargo, hay que considerar que a diferencia del derecho común, en el transporte aéreo existe una limitación en tal resarcimiento.

Y esta distinción se produce por el principio inicial de protección a la industria aeronáutica como lo menciona César Larripa:

El régimen jurídico supra mencionado, estableció en sus comienzos, un sistema subjetivo con montos límites de resarcimiento para personas, equipajes y mercancías que sufrieren

34 Rivera, Benjamín. “Daños en la superficie causados por aeronaves”. *Revista Aviación*, n.º 23, p. 17.

35 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 3ra Argentina, Maluendez Guillermo F. y otro v. Mexicana de Aviación, 28 de junio de 2007. (Argentina).

36 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 3ra Argentina, Maluendez Guillermo F. y otro v. Mexicana de Aviación, 28 de junio de 2007. (Argentina)

algún daño, como también para los casos de retraso o inejecución de contrato, sea la responsabilidad contractual o extracontractual.

Se intentó proteger a la industria aeronáutica surgente con estos topes indemnizatorios. Además, siendo otra característica de la aeronavegación la eventual dimensión del daño, también ello justificaba un sistema limitado de responsabilidad, en contraposición al derecho común, en el cual la misma consiste en una distribución del daño patrimonial entre los sujetos interesados, sin límite alguno.³⁷

Pero entonces, el hecho de que las operaciones aeronáuticas sean actividades de riesgo y que puedan causar un detrimento de la economía de las empresas de aviación, son justificativos para que se establezcan límites de responsabilidad. A diferencia que en los Estados Unidos el sistema es diferente ya que dicho país no formó parte del Convenio de Varsovia y subsiguientes reformas. Al respecto, el Dr. Mario Folchi menciona:

El sistema se compone de un conjunto de documentos internacionales, alguno vigentes y otros no. Entre los primeros están el Convenio de Varsovia de 1929, el Protocolo de La Haya de 1955, La Convención de Guadalajara de 1961, el Acuerdo de Montreal de 1966-este último aclaro, no es un tratado internacional, sino un acuerdo entre líneas aéreas ratificado u homologado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, pero que solucionó la crisis de 1965, cuando ese país denunció el Convenio de Varsovia de 1929 precisamente por considerar bajos los límites de indemnización previstos en el mismo[...]³⁸

Explicando la tendencia del sistema jurídico de los Estados Unidos que pretende una mayor protección, a pesar de que de alguna manera reconoce la necesidad de otorgar una protección al mercado aeronáutico, para precautelar la integridad y continuidad de las operaciones de las aerolíneas.

Bajo estos supuestos, un análisis de la realidad del daño ocasionado, puede determinar el monto real de indemnización y en cada caso concreto, determinar si el mismo se encuentra razonablemente ligado con el límite establecido por un los tratados internacionales mencionados anteriormente. Así se puede verificar que un sistema más liberal como lo es el de los Estados Unidos podría proteger los derechos y pretensiones del afectado.

37 Larripa, César. *Responsabilidad Aeronáutica*. Recuperado de www2.kennedy.edu.ar/departamentos/derecho/articulos/responsabilidadaeronautica.pdf el 12 de abril de 2014.

38 Folchi, Mario. "La Responsabilidad Civil en el Transporte Aéreo, Nuevas Tendencias en la Reforma del Sistema de Varsovia". *Primeras jornadas Académicas del Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico*. San José, Costa Rica. 1999, p. 299.

El convenio de Montreal establece un sistema de resarcimiento equitativo a las víctimas el cual no solamente se limita al resarcimiento por parte de las compañías aéreas como responsables del daño, de conformidad a lo mencionado anteriormente, sino que también se establece la posibilidad de resarcir mediante un fondo común.

Los lineamientos principales que establece el convenio respecto al resarcimiento por daños en relación con la responsabilidad son los siguientes:

- a) El uso de un derecho de resarcimiento en base a un Fondo Monetario Internacional, denominado Derecho Especial de Giro (DEG), el cual corresponderá a la unidad monetaria en reemplazo a los francos de oro que utilizaba el convenio de Varsovia anteriormente.
- b) En el artículo 21 del convenio se establece un sistema de Indemnización para el caso de muerte o lesiones de los pasajeros para reclamos de hasta 100,000 DEG por pasajero, lo cual significa que el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad. Este es un monto fijo.
- c) El artículo 24 del convenio establece una posibilidad de revisión mediante una cláusula de revisión, de la responsabilidad del operador aéreo, de hasta cinco años antes de que se sujete el reclamo, con la finalidad de tomar en consideración los factores económicos en el resarcimiento.
- d) El artículo 28 del Convenio establece que los Operadores Aéreos podrán realizar pagos adelantados sin demora a las personas si la legislación nacional del Estado de su bandera lo permite, con la finalidad de que los herederos o familiares de las víctimas puedan obtener una protección inmediata en relación a las necesidades económicas de los mismos. Este requerimiento no se considera como resarcimiento por responsabilidad frente al daño, pero si se declara la responsabilidad se lo puede tomar como tal.

- e) Este último artículo claramente nos demuestra el reconocimiento de la actividad aeronáutica como una actividad de riesgo, por esta razón el hecho de que se determinen pautas para su protección, nos demuestra la importancia que tienen los Operadores Aéreos para realizar sus actividades de forma responsable.
- f) El artículo 29 establece la existencia del derecho del pasajero a reclamar así como que los montos que se han entregado por parte del Operador Aéreo a las víctimas, solo pueden ser considerados como compensación.
- g) El convenio establece una “Quinta Jurisdicción”, con la cual se puede conocer los reclamos interpuestos por los pasajeros, por daños casados. Esta “Quinta Jurisdicción” es un tema complejo, por ejemplo en el supuesto de la existencia de una acción por daños por la muerte o daño físico de un pasajero puede presentarse en el Estado en el que este residió al momento del accidente, siempre que este sea un destino u origen en el que la aeronave opera, otorgando así las facilidades del caso en lo que respecta a jurisdicción.
- h) Por último otra de las adiciones en lo que respecta a la responsabilidad como se demuestra en estos casos es la obligación establecida en el artículo 50 del convenio, en el cual se establece que los Estados parte deben obligar a los operadores aéreos de su nacionalidad obtener y mantener vigente, un seguro de vuelo que cubra su responsabilidad ante los supuestos que puedan ocasionar un reclamo por responsabilidad.

En el caso del Ecuador, la Dirección General de Aviación Civil, mantiene una obligación de presentar y renovar la póliza de seguro, una vez al año. El incumplimiento de esta disposición originará una multa de acuerdo a lo establecido por la legislación ecuatoriana.

1.5. Regímenes sujetos al Convenio de Varsovia de 1929

Para realizar un análisis a fondo de los regímenes sujeto al Convenio de Varsovia, vamos primero a delimitar el tema de análisis, el cual para este análisis es el Régimen de Responsabilidad como lo está establecido en el Convenio de Montreal, que es la última adaptación del Convenio de Varsovia que fue signado y ratificado por varios países con el propósito de legislar y regular los resarcimientos de los daños.

Como explicamos anteriormente este sistema se reconoce con el fin de proteger los derechos de los pasajeros como a los derechos de los operadores aéreos.

Los regímenes jurídicos sujetos al Convenio de Varsovia, que posteriormente fue modificado con el Convenio de Montreal, el cual tomó los mismos principios de este convenio y le añadió nuevos temas, fue signado y posteriormente ratificado por muchos países, quienes a su vez introdujeron en su régimen jurídico, a esta legislación internacional como base de sus fuentes en lo que respecta al Derecho Aeronáutico.

Existen sin embargo excepciones a la ratificación de este convenio como por ejemplo Australia. Este tipo de Estados, sin embargo mantienen un sistema muy parecido a lo establecido por tema de costumbre, sin embargo en el tema de resarcimiento de daños, existen países que han considerado que los derechos de los pasajeros deben ser reconocidos ilimitadamente, y solamente de acuerdo a su hecho generador.

Profundizando en este tema nos referimos a lo mencionado en el anterior punto de este capítulo hablábamos de la “Quinta Jurisdicción”. Elisabeth Welch del Departamento de Transporte y Servicios Regionales (DOTARS) de Australia, menciona lo siguiente:

An example of the fifth jurisdiction being used would be of an Australian who wished to bring an action in a country where liability limits are significantly lower than they are in Australia. That person would have an opportunity to bring an action in Australia rather than in the country where the accident occurred [...]³⁹

39 Welch, Elisabeth. *Transcript of Evidence*, 7 March 2005, p. 7. Tomado de publicación del Parlamento de Australia. “Montreal Convention on International Carriage by Air”. Recuperado de http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Completed_Inquiries/jsct/8february2005/chapter5 el 11 de abril de 2014,

De conformidad con esto, establecemos que los Estados que se encuentran como signatarios del convenio tendrán su legislación sujeta a estas disposiciones, mientras que aquellos que no ratificaron, como es el caso de Australia o los Estados Unidos para algunas disposiciones, no tienen obligación de aplicar estas disposiciones, pero en teoría pueden ser sujetos de la responsabilidad, por otros factores.

En esto el campo de aplicación del Convenio de Varsovia que fue firmado en el año 1929, se limita a los países signatarios del mismo los cuales son en orden alfabético los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, China, Dinamarca, Islandia, Egipto, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Holanda, Polonia, Rumanía, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela y Yugoslavia. Ahora se deben considerar a aquellos Estados que han ratificado el convenio en sus posteriores versiones.

1.6. Nacionalidad de las aeronaves

Como lo establecí anteriormente, existe un factor muy importante que se toma en cuenta en el momento de identificar la responsabilidad de una aeronave, y que de hecho es un factor muy importante para efectos de jurisdicción en el Derecho Aeronáutico, esto es la Nacionalidad de las mismas, la cual se determina de acuerdo a su país bandera, que ha sido registrado en la Autoridad Aeronáutica del país en cuestión.

El artículo No. 49 del Código Aeronáutico Argentino establece lo siguiente:

Art. 49.- Las aeronaves son cosas muebles registrables. Solo podrán inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves los actos jurídicos realizados por medio de instrumento público o privado debidamente autenticado.⁴⁰

La calidad de bienes muebles registrables que les otorga la legislación aeronáutica argentina y al igual que la legislación aeronáutica ecuatoriana, responde a la necesidad de calificarlos de manera distinta a los otros bienes muebles, debido a su costo, a la importancia

40 Código Aeronáutico. (Argentina). Ley 11.723. A-Z editora S.A., Buenos Aires. 2003.

de los mismos en la actividad aeronáutica, determina su necesidad de registrarlos en su país de nacionalidad.

Una de las características principales del Derecho Aeronáutico es la Internacionalidad, la cual es una característica del mismo debido a la aplicación obligatoria de los tratados internacionales, por el hecho de que se reconoce que los espacios aéreos son parte soberana de los territorios de los Estados.

Las aeronaves al ser el bien inmueble principal, objeto de la actividad aeronáutica deben estar de alguna manera relacionados para que se puedan reconocer dentro de la legislación aeronáutica internacional y reconocidos por la legislación aeronáutica nacional de cada uno de los Estados, de aquí nace la necesidad de Registrar las mismas para poder llevar un control del tráfico internacional de pasajeros, carga y demás servicios aéreos que son objeto de la actividad aeronáutica.

Cuando la aeronave se ha registrado en un país, no para operación simplemente sino también para obtener la bandera del mismo, la aeronave adquiere una especie de “nacionalidad”, lo cual no es justamente una nacionalidad por el hecho de que esta es una característica de un sujeto de derecho en relación a su país y a su jurisdicción.

Como expliqué anteriormente la necesidad existente de fijar una nacionalidad para la aeronave, se relaciona directamente con la nacionalidad, para que todos los problemas jurídicos o no jurídicos que surjan se puedan perseguir ante una sola jurisdicción y no surjan conflictos entre jurisdicciones y por ende problemas jurídicos que no puedan ser resueltos, lo que pueda ocasionar el no reconocimiento ni resarcimiento de derechos de tanto personas naturales, como jurídicas, en el caso de las aerolíneas.

Parte muy importante en el ejercicio de la aviación civil es la cooperación interestatal para el fomento de las operaciones aeronáuticas. Es de suma importancia que se establezcan los principios en base a los cuales se debe autorizar a las aerolíneas internacionales para su

operación en un territorio en específico, muchas veces para esto se celebran tratados internacionales de cooperación para la inclusión de nuevas aerolíneas en el país al que se solicita.

La nacionalidad de la aeronave se mira en la matrícula de la misma que es la que se inscribe en el Registro Aeronáutico de cada país y es esta específicamente una especie de documento de identidad de la aeronave, con la que se la va a identificar a nivel internacional para efectos del transporte aéreo. Lo relevante de la nacionalidad de las aeronaves para efectos de la investigación actual es usarla, justamente como un punto de conexión de las jurisdicciones vinculadas en un evento de la aviación civil, como es el caso de un accidente aéreo, ocurrido en el ejercicio de la actividad de transporte aéreo.

Tal es su importancia, tanto para temas de la operación de transporte aéreo, como para la jurisdicción aplicable a cada una de estas, que se firmó el Convenio de Chicago en el cual se establecieron las pautas para el funcionamiento del sistema de nacionalidad de aeronaves.

El mencionado convenio establece la obligación de que las aeronaves obtengan sus matrículas y las registren en cada país, de igual manera se habla de los distintivos y de cómo esto debe funcionar, al igual se menciona que este registro es único y va a demostrar la nacionalidad de la aeronave para efectos de jurisdicción y regulación aeronáutica.

Concentrándonos en el caso objeto de análisis en esta tesis, si una aeronave se ha accidentado, se tendrá que analizar como uno de sus puntos de conexión a la nacionalidad, para saber a quién realizar el reclamo. En teoría este puede ser uno de los factores a tomar en cuenta para determinar la jurisdicción a la que se va a sujetar un reclamo por daños y perjuicios.

En el caso hipotético de que la matrícula de una aeronave esté fijada en Australia, y la nacionalidad de la víctima es ecuatoriana, se aplicaría el régimen que más beneficia a la víctima, es decir que se tomará en cuenta los límites de responsabilidad, sin embargo por

extensión, se podrá determinar la responsabilidad de los terceros envueltos en las causas del accidente. En este caso la nacionalidad de la aeronave será determinante para perseguir al responsable incluso a su nacionalidad, si existe una diferencia clara en las posibilidades de resarcimiento de acuerdo a cada uno de los regímenes, entonces se podrá sujetar a la más favorable a la víctima.

2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO AERONAUTICO EN ECUADOR

Hay que partir del hecho que las operaciones aéreas en sí constituyen una actividad de riesgo con connotaciones particulares, por lo que conllevan la aplicación de ciertas disposiciones ajenas a las del derecho común. Entre esto se encuentra la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad, en el cual se llegue a establecer las necesidades, tanto del mercado, como de la seguridad de los pasajeros. Enrique Mapelli López dice:

[...]1929 fecha de promulgación del Convenio de Varsovia, la aviación civil se encuentra en un momento titubeante, es una epifanía, una catástrofe aérea y en aquella época, por desgracia las había frecuentes. Si hubiera tenido el transportista que indemnizar la integridad de los daños que ocasionaba a sus viajeros, hubiera fenecido la economía de esa compañía y de cualquiera otras; por lo tanto, se estableció la protección de la limitación de responsabilidad.⁴¹

Del texto precedente se concluye la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad que, de alguna forma, pudiera evitar que el mercado aeronáutico se cayera, debido a una evidente ruina de las compañías aéreas; por tal razón se firmó dicho convenio que fijó los parámetros para el resarcimiento de las indemnizaciones correspondientes a daños causados a terceros, por el desarrollo de operaciones aeronáuticas.

Debido a que los tratados internacionales, no son de cumplimiento obligatorio, salvo para los países que los han suscrito y ratificado, y que las disposiciones sobre libertades del aire no son reconocidas de igual manera en los diferentes Estados, se entiende que existirán conflictos al determinar qué Derecho aplicaría en las diferentes situaciones en que se generen daños, en razón de la actividad aeronáutica. El profesor Javier Eleizalde Peña, nos pone un concepto muy claro sobre la responsabilidad en el Derecho Aeronáutico, al mencionar que:

En materia de transporte aéreo, la responsabilidad civil ha evolucionado desde la responsabilidad subjetiva, es decir la existencia de un hecho culposo que produce un daño, de lo que surge una relación de causalidad moral de carácter subjetivo entre el hecho

41 Mapelli, Enrique. "La Reforma del Sistema de Varsovia. Actualización desde la Conferencia de 1999". *Segundas Jornadas Académicas de Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico "Dr. Enrique Mapelli López"*. San José, Costa Rica. 2001., p. 50.

culposo que produce un daño, de lo que surge una relación de causalidad moral de carácter subjetivo entre el hecho culposo y el daño. Si no hay culpa, no hay daño y por ende, al no haber culpa no hay responsabilidad.⁴²

Respecto a la responsabilidad en el Derecho Aéreo, Tapia Salinas⁴³ menciona que la actividad de navegación aérea se encuentra integrada por una serie de actos, cuyos efectos son el cumplimiento de la actividad. Esta serie de actos o el ejercicio de cada uno de ellos podrá tener consecuencias, que terminarán como resultado en el daño para aquellos interesados en la actividad de transporte aéreo, o a aquellos objeto del contrato de transporte aéreo.

De estos riesgos en la actividad de transporte aéreo, se tienen que tomar en cuenta los diferentes tipos, como por ejemplo los riesgos propios de la navegación aérea. Estos son los que dé por sí se encuentran inmiscuidos en las consideraciones regulatorias y demás disposiciones del Derecho Aeronáutico y son aquellos que se toman en cuenta para definir a esta actividad como una actividad de riesgo, a pesar de que los accidentes y consecuencias son poco comunes.

Los riesgos propios de la navegación aérea a los que nos referimos son los fenómenos naturales, y aquellos acontecimientos que son imprevisibles por el ser humano, los cuales se pueden considerar como de mayor importancia para el ejercicio de la actividad de transporte aéreo. Sin embargo se vuelve obligatorio tomar en consideración la interacción humana en la navegación aérea, debido a que esta de por sí se realiza en base a los actos del ser humano en conjunto con los eventos impredecibles antes mencionados.

El riesgo, sin embargo, no solamente se remonta a las condiciones de la aviación, sino también al riesgo económico. La actividad aeronáutica cada día va creciendo y se han abierto las fronteras de la misma debido a las condiciones del derecho internacional. La tendencia de

42 Eleizalde, Javier. "Transporte aéreo de pasajeros, retraso, responsabilidad y daños". *Liber amicorum en homenaje al profesor Ernesto Vásquez Rocha*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2008, pp. 100-101.

43 Tapia Salinas, Luis. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980, pág. 525.

este Derecho a englobar todas las condiciones y disposiciones del derecho extranjero y la tendencia a la cooperación internacional para obtener relaciones ganar ganar, se han vuelto determinantes en la Actividad de Transporte Aéreo Internacional.

Por esta razón el soporte económico de la actividad aeronáutica es algo muy importante, por lo que los Estados han acordado su protección y han promulgado su apoyo económico a las aerolíneas mediante la firma del Convenio de Varsovia y sus posteriores acuerdos en lo que respecta a los límites de responsabilidad.

Así por ejemplo, en los accidentes aéreos, es muy común que como resultado se produzca la destrucción total de las aeronaves. La aeronave, como instrumento para el ejercicio de la actividad de transporte aéreo, es un equipo costoso y de especificaciones muy técnicas, lo que hace que la pérdida de la misma sea un problema que repercute altamente en la economía de la aerolínea.

Otro problema y riesgo en la operación aérea es que en los accidentes desaparezcan los pasajeros y la tripulación de la aeronave, lo que ocasiona que en el caso de un accidente aéreo se pueda producir no solamente la necesidad de cubrir el costo de la aeronave que se ha destruido, sino también el resarcimiento de daños a terceros, lo cual por la cantidad de pasajeros y tripulantes ocasiona casi un certero quiebre de la compañía de aviación, por lo cuantioso del resarcimiento. Esto genera la necesidad de establecer límites de responsabilidad que no causen la terminación de la actividad aeronáutica y por ende se brinde una protección real a este negocio.

Tenemos entonces diferentes tipos de responsabilidad en lo que respecta a cada una de las materias de análisis en el Derecho Aeronáutico, así tenemos a la Responsabilidad Penal, la Responsabilidad Administrativa, y Responsabilidad Civil.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, siempre va a existir, cuando se haya vulnerado un derecho de una persona y cuya intención de hacer el daño se pruebe. En base a

los principios del Derecho Penal, se debe comprender que se debe aplicar la legislación correspondiente al caso en específico. Se deberá verificar los requisitos de los mismos como lo son la existencia de Dolo, la verificación del tipo penal, un bien jurídico vulnerado que cumpla con los principios establecidos en el tipo. Como este es el sistema que se aplica en Ecuador, no se lo puede aplicar en otros países, y dependerá de las disposiciones de cada Estado.

En lo que respecta a la responsabilidad administrativa, surge en vista de las vulneraciones a la reglamentación de la Autoridad Aeronáutica. Se trata de sanciones establecidas en la legislación nacional de cada país. La legislación aeronáutica establece en forma de multas, la responsabilidad de una aerolínea que incumpla una de estas regulaciones.

En lo que respecta a la responsabilidad aeronáutica, una vez que se produce un daño, nace la responsabilidad contractual y extracontractual derivada del contrato de transporte aéreo, lo que obliga al responsable a indemnizar los daños y perjuicios ocurridos, con la finalidad de repararlos y resarcir el derecho afectado del tercero.

En concordancia con la responsabilidad civil, en la responsabilidad aeronáutica tenemos dos tipos de responsabilidad. La primera es la responsabilidad contractual, la que se deriva del cumplimiento del contrato y de los efectos del mismo en relación con los usuarios de la actividad de transporte aéreo.

La segunda es la responsabilidad extracontractual, la cual se va a aplicar cuando existe la producción de un daño a un tercero que no tiene relación directa con el transporte que se está ejecutando, como por ejemplo, terceros en la superficie, por un hecho que ha sucedido en el transporte aéreo. Generalmente este tipo de responsabilidad se va a basar en la teoría del riesgo objetivo. Existe un tratado internacional específico para la estos casos, que es la Convención de Roma celebrada en el año 1952 sobre la responsabilidad de daños a

terceros en la superficie, el cual no es objeto de este estudio, por lo que no se va a analizar a profundidad.

2.1. Convenio de Varsovia y Límites a la Responsabilidad

En lo que respecta a la responsabilidad contractual en los contratos de transporte aéreo internacional. Debido a todo lo expuesto en el punto anterior, se celebra el Convenio de Varsovia en el año 1929, sin embargo posteriormente existió un problema serio respecto a la interpretación que debió aclararse con la evolución del derecho.

El parlamento de Australia a través de su comité de la Casa de Representantes nos da un análisis de las diferencias entre el Convenio de Varsovia y de la Convención de Montreal, que nos demuestra la importancia que esta tiene para el establecimiento de la responsabilidad, que es un término que en inglés lo conocemos como “liability”. Así la Casa de Representantes nos menciona que:

Under the Warsaw system, an international carrier is liable for the death or injury of a passenger caused by an event that occurs on board the carrier’s aircraft or in the course of embarking or disembarking. The carrier is also liable for damage to cargo and registered baggage caused by an occurrence on their aircraft during international carriage. It is not necessary for the plaintiff to prove fault, such as negligence. However, the carrier is not liable if it can prove that it took all necessary measures to avoid the damage or that it was impossible to take such measures.⁴⁴

Así el parlamento nos pone en claro las falencias y temas que nos hacían falta bajo el sistema de la Convención de Varsovia para poder verificar todas las necesidades legales de los sujetos responsables de transporte aéreo. Sucede que Australia consideró en este informe que el Convenio de Varsovia establecía claros derechos que se apegaban a la época en la que el Convenio de Varsovia fue firmado, sin embargo menciona la existencia de una necesidad de reformar los principios establecidos en este Convenio y por tanto la necesidad de que se

44 Parliament of Australia. *Montreal Convention on International Carriage by Air*. Regulation Impact Statement (RIS), para. 1.3. Recuperado de <http://www.aphref.aph.gov.au-house-committee-jsct-8february2005-report-chapter5.pdf> el 8 de marzo de 2014.

tome en cuenta la Convención de Montreal para la nueva fijación de regímenes de responsabilidad para el transportador aéreo.

Así los principales objetivos del Convenio de Montreal fueron, la fijación de montos equitativos para la compensación por muerte o lesiones graves a los pasajeros, al igual que los daños ocasionados a la carga, que pudieran ocurrir en durante las actividades de transporte aéreo. En segundo lugar se propició el establecimiento de un sistema amigable para facilitar las operaciones de transporte aéreo de pasajeros y carga. Esto en concordancia con las necesidades actuales de la actividad de aviación en el mundo y de conformidad con el desarrollo que la misma se encuentra pasando en estos momentos.

Entonces la interrogante es si con la celebración del Convenio de Montreal, que modifica a lo estipulado en la antigua Convención de Varsovia, se pretende incrementar la protección de los operadores aéreos o en su defecto se pretende realizar un mayor reconocimiento a los derechos de los usuarios de este servicio. Sobre esta interrogante Stephen Bogiatzis nos estipula que “The most practical effect of accession to the Montreal Convention is the increase in compensation limits for victims of air accidents.”⁴⁵, lo que nos demuestra que el interés de los países de tradición anglosajona, han preferido el reconocimiento de los derechos de los usuarios a la protección de la actividad aeronáutica.

Debemos recordar que este tipo de países tienen una tradición de common law, es decir de que el derecho se va forjando conforme a la costumbre y en relación a las tendencias que se dan con las resoluciones de casos. Muchas veces se ha visto que los juicios de daños, por esta razón y por la cultura de la gente, se han convertido muchas veces en excusas para el abuso de los derechos y del sistema y apreciación de los jueces frente a los derechos, sin

45 Bogiatzis, Sthephen. *Transcript of Evidence*. 2005. Recuperado de http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Completed_Inquiries/jsct/8february2005/chapter5 el 11 de abril de 2014, p. 5.

embargo es también evidenciable la protección de estos países a los derechos de los particulares, y en el caso de los usuarios de un servicio, de los usuarios del mismo.

En la convención de Varsovia se establecieron principalmente, los derechos especiales de giro (DEG) como una alternativa al problema de las variaciones de valor existentes a las monedas de los distintos países del mundo, así se puso como fondo para resarcimiento, y en general un fondo de dinero que sirva como garantía de los mismos en base a lo francos de oro. Este problema se solucionó a futuro con la creación de un fondo monetario de derechos de giro que en inglés se los nombra “International Monetary Fund’s Special Drawing Right (SDR)” o DEG en base al Fondo Monetario Internacional (FMI). Estos derechos especiales de giro se establecen en dos etapas.

En primer lugar se establece la devolución de derechos por responsabilidad en el caso de muerte del pasajero, y principalmente debido a que el presente trabajo se centra en la responsabilidad de un pasajero y no en lo que rodea a la carga, la Casa de Representantes de Australia nos ha mencionado que:

[...] a two-tiered system of liability for the death of, or bodily injury to, an aircraft passenger. The first tier, for claims of up to 100,000 SDRs (\$A212,000), is based on strict, or no-fault, liability, and cannot be reduced or excluded except in the case of contributory negligence of the passenger. The second tier, for claims in excess of 100,000 SDRs, is unlimited in amount but is fault-based. However, the plaintiff is not required to prove fault; the carrier is liable unless it proves that the damage was not due to negligence or any other wrongful act or omission of the carrier [...]⁴⁶

Y esto es solamente sobre la responsabilidad de las aerolíneas frente a la muerte de un pasajero, sin tomar en cuenta todas las demás “mejoras” del Convenio de Varsovia, en lo que respecta a los derechos de los pasajeros y usuarios. Pero esta aproximación a la protección de los derechos no solamente obedece a los principios de resarcimiento de daños civiles, sino que también obedece al cumplimiento de la legislación internacional respecto a los derechos del consumidor.

46 Parliament of Australia. *Montreal Convention on International Carriage by Air*. Recuperado de <http://www.aphref.aph.gov.au-house-committee-jsct-8february2005-report-chapter5.pdf> el 8 de marzo de 2014, p 26

Los derechos especiales de giro a su vez son definidos por el Fondo Monetario Internacional como se mencionó anteriormente. La conversión de estos derechos se tiene que hacer al valor de la moneda al momento de la sentencia, que define los derechos del pasajero, esto como ejemplo de los casos de procesos judiciales que una vez que se ha iniciado un reclamos se declaran los derechos en base a la sentencia.

Al ser el Ecuador un país miembro del FMI, se sujeta a los valores de los derechos especiales de giro fijados por el FMI, valores que se publican en su página WEB. Así aplicarán los valores vigentes al momento de que se dictó la sentencia que declara derechos. Esto se encuentra estipulado no solamente en ya tantas veces mencionado Convenio de Varsovia ni sus posteriores acuerdos, sino también al Convenio Para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, el cual es el nombre del convenio que incluye las modificaciones del Convenio de Montreal.

2.2. Aplicación de Tratados internacionales

En esta sección no solamente nos vamos a referir a los tratados internacionales que ampliamente hemos mencionado en el desarrollo de este trabajo, sino también de los acuerdos comerciales y contratos que vinculan a los operadores aéreos y demás sujetos que forman parte de la actividad aeronáutica. Un ejemplo de este tipo de acuerdos comerciales que permiten la operación en diferentes países de conformidad.

Lo relevante de este tipo de acuerdos es que los mismos al tener efectos en diferentes países, pueden llegar a vincular las jurisdicciones para su aplicación y relevancia en casos de accidentes que podrían aplicar las disposiciones internas de los países.

En lo que respecta al Ecuador, la Constitución Política de la República del Ecuador, menciona en su artículo 417 que los tratados internacionales que sean ratificados por el Ecuador, deben sujetarse a las disposiciones de la misma Constitución, lo que no significa que exista una sujeción de los mismos a la Constitución en su totalidad, ya que existe en la

misma disposición la importancia a los tratados internacionales favorables a los derechos de los seres humanos.⁴⁷

Esto significa que la aplicación de los mismos siempre va a estar sujeta a las disposiciones de nuestra norma suprema, sin embargo la misma no ha puesto limitaciones a la aplicación del Convenio de Varsovia y se han celebrado tratados internacionales reconociendo el régimen de responsabilidad establecido en el mismo, con sus serias adaptaciones a la legislación comunitaria latinoamericana. Este es el caso del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional.

La Constitución nos menciona claramente en su artículo 417 que la aplicación de los tratados internacionales, siempre que estos sean ratificados por el Gobierno de la República del Ecuador, se la realizará de conformidad con las disposiciones de la Constitución a excepción de los casos en los que los tratados internacionales sean favorables a los derechos humanos, en donde se aplicará el principio pro ser humano. Entonces se tiene, por obligación constitucional, acatar aquellos tratados que velen por los derechos del ser humano.⁴⁸

Así la misma Constitución nos menciona los procedimientos para la aplicación de los tratados internacionales. El artículo 421 nos menciona específicamente que la aplicación de los tratados internacionales comerciales, no puede menoscabar o quitar importancia a las disposiciones constitucionales de interés público, como por ejemplo los derechos de salud, y demás derechos que son impulsados por el Estado para la protección de los principios internacionales de derechos humanos.

47 Constitución Política de la Republica del Ecuador, 2008, Registro Oficial No. 449 de 20-oct-2008 Estado Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

48 Constitución Política de la Republica del Ecuador, 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Estado Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

En concordancia con la Constitución, el convenio mencionado fue incluso publicado en el Registro Oficial de la República del Ecuador, por tanto se convierte en uno de los cuerpos legislativos de aplicación prioritaria de conformidad al Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador⁴⁹ que establece la supremacía constitucional y el orden jerárquico nacional.

Así la aplicación de los tratados internacionales, puede ser invocada en cualquier momento en un proceso judicial, ya que los mismos se encuentran reconocidos por la Constitución.

La aplicación de los tratados internacionales en las diferentes jurisdicciones, depende principalmente de que los Estados hayan ratificado los mismos o que en su defecto formen parte de los mismos. Lo que nos ayuda a entender que el sistema de aplicación puede variar dependiendo en lo que cada una de sus legislaciones permita.

En el caso de los países anglosajones, la aplicación varía dependiendo de los casos que se han presentado en cada uno de los sistemas jurídicos. La importancia de que la legislación local permita la aplicación de los mismos, es que la misma va a reflejar las políticas internacionales del Estado en cuestión.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, tenemos una aplicación más parecida a los países como Ecuador. Así pueden surgir conflictos jurisdiccionales en la aplicación de los tratados internacionales, como lo menciona el profesor Fernando Serrano al mencionar que “[...] es natural anticipar la existencia de conflictos originados por esta diversidad jurídica y la negativa de los Estados y los particulares de no someterse a la jurisdicción de otros

49 Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Estado Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

países”⁵⁰. Por esta razón se requiere que existan convenios de aplicación de los tratados además de la sola demostración de interés por ratificar uno u otro convenio.

El principio de soberanía también se muestra como un problema a la aplicación de los mismos por lo que se vuelve necesario que se habilite la legislación para que exista concordancia con el tratado internacional para habilitar los efectos de los mismos en la actividad comercial, económica y de negocios jurídicos que se tratan de regular. Así se concluye que la actividad aeronáutica es una de las que más requiere las convenciones internacionales para que se puedan satisfacer las necesidades de protección de los derechos internacionales y de protección a la economía de la actividad.

Así por ejemplo el profesor Jorge Antonio Cruz Ramos nos menciona que:

[...]en la medida en que las relaciones de México con el exterior se han tornado más activas, consecuencia obligada de la globalización económica, las acciones propuestas ante los órganos jurisdiccionales, concretamente de la Federación, han ido también en aumento, de tal forma que los asuntos que se presentan no son sólo ya los concernientes a la aplicación o interpretación de normas internacionales sobre marcas, patentes, nombres comerciales o franquicias (Convenio de París)[...] ⁵¹

Este es uno de los ejemplos en donde se puede ver la necesidad de lograr que la legislación salga de las fronteras que son establecidas por los países, se trata de un caso de necesidad para agilizar los procedimientos que permitan el desarrollo de las actividades reguladas por los tratados internacionales. Esta necesidad es respondida mediante la cooperación interestatal en la aplicación y la firma y preparación de nuevos convenios o acuerdos de cooperación internacional en los que se contemplen los diferentes aspectos referentes a la actividad aeronáutica y en general a cualquier otra actividad que la costumbre exija.

50 Serrano, Fernando. *El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/966/5.pdf> el 26 de mayo de 2014.

51 Cruz, Jorge. *La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales judiciales*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/950/12.pdf> el 26 de mayo de 2014. p. 162.

Así por ejemplo tenemos los Acuerdos de Entendimiento, en los cuales los países acuerdan un tipo de operación específicamente para lo mencionado en los mismos. Estos acuerdos los conocemos como los Memorandum of Understanding (MOU), donde ya respectivamente a la actividad aeronáutica se refieren específicamente a los acuerdos de aceptación y de fijación de aerolíneas de nacionalidad de uno de los países para operar en el otro, estos de igual manera son convenios bilaterales que fijan y establecen una pauta para la aplicación de los instrumentos internacionales.

Se trata de acuerdos en donde los países signatarios cooperan en el otorgamiento de frecuencias de vuelo, rutas específicas o futuras autorizaciones que permitan estrechar las relaciones entre estos países, ya sea en lo referente a los temas negociables, como en lo referente a la conexión de los mismos mediante la operación aeronáutica.

Tal es el caso del memorando de entendimiento entre los Emiratos Árabes Unidos y la República del Ecuador en el que se discutieron varios temas relacionados a los servicios aéreos y su ejecución⁵². En este memorando se estableció que la aerolínea Emirates, es la designada por el gobierno de los Emiratos Árabes Unidos como la aerolínea para operar en una serie de rutas y con derechos de tráfico establecidos en dicho convenio de participación. En este tipo de convenios se observan además los intereses mutuos de los países pero todo esto nos permite que la aplicación de los tratados internacionales de Derecho Aeronáutico sean más efectivos.

La jurisprudencia nos enseña que la aplicación de los instrumentos internacionales en Ecuador, opera de manera indistinta, siempre que exista un instrumento legal que permita su aplicación de una manera efectiva. Un ejemplo de esto es la sentencia de casación emitida por la Corte Nacional de Justicia, específicamente la sala de lo civil, mercantil y familia el 30

52 Memorandum de Entendimiento para Servicios Aéreos entre las Emiratos Árabes Unidos y la República del Ecuador. Celebrado el 30 y 31 de mayo de 2006. Reposo en los archivos de la Cancillería del Estado.

de noviembre de 2009 en donde se evidencia la aplicación de un instrumento internacional, cuando se describe las disposiciones relevantes de la Convención de Roma, frente a la necesidad de que se tome en consideración los artículos de la misma en lo que respecta a la prescripción de un derecho de responsabilidad de operador, en lo que corresponde a una colisión en tierra de una aeronave, con otra⁵³. Aquí claramente el órgano superior del poder judicial del Ecuador ha aplicado un instrumento internacional en el cual se ha basado para tomar una decisión, como la de no casar una sentencia.

2.3. Principios del Derecho Aeronáutico

Para entender el origen de los principios del Derecho Aeronáutico, debemos entender que la actividad aeronáutica comercial, es definida por el diccionario de la real academia de la lengua como “la ciencia o arte de la navegación aérea”, lo que nos da un ámbito de aplicación de un área del conocimiento y del desarrollo económico que nos permite establecer ciertas pautas o base para su aplicabilidad y su regimiento.

En el primer capítulo de este estudio definimos brevemente los principios del Derecho Aeronáutico para entender cuáles de estos nos van a amparar para el análisis de la presente tesis. Así nos referimos a la ya analizada doctrina argentina, debido a que la cantidad de análisis realizados al respecto de Latinoamérica siempre se centran en el derecho argentino. En primer lugar tenemos la internacionalidad, en segundo lugar tenemos la politicidad, el dinamismo, y la plenitud.

Los autores Edda Rossi, Omar Bernabé Ávila, Vicente López y Adrián Caglioglo en un análisis realizado para la Universidad Nacional de la Patagonia, que fuera publicada por Marcelo Nieto Di Biase en su blog Derecho Aeronáutico y Espacial, nos mencionan los

53 Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 319 de 01 de agosto de 2012.

principios referidos anteriormente debido a sus efectos en el desarrollo de la actividad aeronáutica.

2.3.1. Internacionalidad

En lo que respecta a la internacionalidad los referidos autores nos dicen que debido a que el avión es un medio de transporte que esencialmente tiene movilidad de larga distancia, entonces esto lo posesiona ya como un bien que genera la necesidad de que las relaciones jurídicas que envuelven a la operación sean de carácter internacional, esto nos da como efecto principal que se generen varias circunstancias en las que se debe acordar la coexistencia de jurisdicciones. Tal es el caso que los Estados han encontrado maneras para:

[...]adoptar, por la vía de acuerdos multilaterales, normas uniforme tendientes a regular la navegación aérea y las relaciones jurídicas que de la misma pudieran derivar, como también eliminar los conflictos de leyes que podrán surgir entre los países sobrevolados por las aeronaves.⁵⁴

Esto significa que este principio es esencial para el Derecho Aeronáutico ya que se remite a los conflictos de jurisdicciones, sujetos contratantes, diferencias de nacionalidades y sobre todo la cooperación internacional. Bajo este principio los Estados han empezado a forjar sus legislaciones ya que las consideraciones actuales en lo que se refiere a la aplicación de los tratados, o simplemente a la compaginación de legislaciones para la protección de la actividad, han hecho de este principio la primera pauta a tomar en cuenta para la renombrada actividad.

A tal alcance llega la internacionalidad que incluso se realizan trámites esencialmente administrativos entre autoridades aeronáuticas para lograr que las actividades de una aerolínea, se regularicen a las disposiciones estatales de otro Estado. Así las autoridades aeronáuticas pueden llegar a cooperar con las aerolíneas y estas a su vez con otras

54 Rossi, Edda *et al.* *Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico*. Publicado por Marcelo Nieto Di Biase en blog "Derecho Aeronáutico y Espacial". Recuperado de <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> el 26 de mayo de 2014.

autoridades aeronáuticas para lograr la regularización de la actividad, siempre en base a este principio.

2.3.2. Politicidad

En segundo lugar vamos a mencionar brevemente el principio de Politicidad, en el cual se revisa claramente que,

[...]los factores de orden político influyen fuertemente en la elaboración de las normas aeronáuticas; el avión en tiempo de guerra se transforma en una terrible arma destructora y en tiempos de paz es un instrumento de prestigio de política internacional y económica.⁵⁵

De lo que refiere que este principio es rector en el Derecho Aeronáutico ya que a diferencia de otros derechos, uno de los actores influyentes para la permisión de la operación aérea, es esencialmente el Estado. Para entender a cabalidad lo mencionado nos vamos a referir a la explicación realizada respecto a los MOU.

Para poner un ejemplo concreto nos vamos a volver a referir al Ecuador. El MOU celebrado por el Ecuador y la Federación Rusa, nos demuestra como los intereses políticos interestatales pueden ser cultivados y protegidos mediante un Acuerdo de Entendimiento, o ya posteriormente un Acuerdo Comercial entre compañías de distinta nacionalidad.

Así desde el acrecentamiento en las relaciones entre Ecuador y la Federación Rusa, se firmó el memorando de entendimiento entre estas dos naciones el 16 de marzo del 2010, en Moscú, donde se establecieron rutas y frecuencias a operar por parte de las aerolíneas designadas por Rusia y Ecuador. Así mismo se deja abierta la posibilidad de la negociación posterior para que se amplíen las operaciones y que se pueda lograr que los dos Estados se vean beneficiados.

Como podemos verificar, se trata de un tema netamente político, y que se repite varias veces en la operación comercial de la aviación civil. Otro ejemplo son los acuerdos

55 Rossi, Edda *et al.* *Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico*. Publicado por Marcelo Nieto Di Biase en blog "Derecho Aeronáutico y Espacial". Recuperado de <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> el 26 de mayo de 2014.

comerciales, muchos de los cuales pasan por el Departamento de Política Aeronáutica de la Dirección General de Aviación Civil, y esto debido a que es necesario que se haga un análisis profundo de los efectos políticos que los mismos pueden tener.

Un tipo de acuerdo comercial, muy común en la actividad aeronáutica son los códigos compartidos. La doctrina nos menciona en este caso, que:

Hemos definido y caracterizado el acuerdo, enmarcándolo en el ámbito de la colaboración empresarial para la explotación de derechos de tráfico, de donde surge que no se trata de un mero acuerdo de mercadeo, sino que es eso y algo más, ya que se pacta sobre el ejercicio de derechos que pertenecen primariamente al Estado y, por ello, concluimos, en que, a falta de regulación internacional (multi o bilateral) por aplicación de diversas normas de la Convención de Chicago, los Estados tienen derecho a intervenir en la aprobación de estos acuerdos.⁵⁶

Así se trata de un tema político no solamente de incidencia en cuanto a la cooperación y a la firma de tratados de cooperación internacional, sino que también nos estamos refiriendo a un tema político directo, es decir que el Estado, y más aún el gobierno de turno puede influir en la aprobación de un contrato privado entre dos aerolíneas, lo que nos pone la interrogante de que si esta intervención obedece más al principio de politicidad del derecho aeronáutico o solamente se refiere a un derecho soberano del Estado por la característica de internacionalidad de la actividad aeronáutica.

Pues es el Convenio de Chicago, el que nos da una respuesta a esta interrogante, cuando menciona que se permite al Estado realizar el control necesario, e influir cuando un acuerdo se refiere a los derechos de aviación comercial. Al respecto, el referido convenio establece en su artículo 1, la necesidad de la intervención estatal, su principio y su relación con el principio de politicidad.

2.3.3. Dinamismo

⁵⁶ Presto de Gonzales, Alicia *et al.* *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. *El Código Compartido*. 1998, p. 34.

En lo que respecta al dinamismo entendemos a este principio como fundamental, debido a la característica de la actividad aeronáutica de evolucionar y cambiar de conformidad a las necesidades inmediatas por parte de los usuarios y demás contratantes de este sistema. Sobre esto los autores antes mencionados nos dicen lo siguiente:

Es una característica del Derecho Aeronáutico por la rapidez de su formación y la necesidad de su constante actualización. Ello es así por las transformaciones que sin cesar experimenta la aeronáutica en sus aspectos técnicos, que exigen una continua revisión de las normas que la rigen.⁵⁷

Así el dinamismo nos va a acercar al tema central de esta tesis que es la responsabilidad, ya que a pesar de que con los años se ha logrado establecer una teoría de aplicación y una relación para su cálculo en relación con derechos contemplados dentro del derecho aeronáutico, estos siguen evolucionando de conformidad a las necesidades actuales de este derecho.

Tal es así que como ejemplo vamos a revisar la capacidad de las aeronaves para transportar pasajeros, y las variaciones económicas que se han dado en el mundo y en los ingresos de las personas y sobre todo el crecimiento en el número de personas que se trasladan por vía aérea a diario. Solamente en el Ecuador la necesidad de transporte es tan alta, que regularmente se modifican concesiones y permisos de operación para incluir nuevas rutas y frecuencias que cubran con las necesidades de transporte aéreo.

Esto ha generado la necesidad en la reforma al Convenio de Varsovia y la ampliación de los horizontes en lo que respecta al resarcimiento de daños, ya que a pesar de que la aviación es un sistema de transporte de riesgo, las personas han ponderado sus derechos a los estipulados en el contrato de transporte aéreo para poder determinar la real aproximación a la realidad contractual de la aviación.

⁵⁷ Rossi, Edda *et al.* *Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico*. Publicado por Marcelo Nieto Di Biase en blog "Derecho Aeronáutico y Espacial". Recuperado de <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> el 26 de mayo de 2014.

2.3.4. Plenitud

Por último vamos a enunciar el principio de plenitud, ya que el mismo nos habla de la necesidad de incorporar en el derecho aeronáutico todos los demás derechos, por englobar normas de derecho público (intervención gubernamental) y derecho privado.

En lo que respecta al derecho público tenemos la celebración de convenios bilaterales, como por ejemplo el convenio de Chicago, entre otros que incluyen al país dentro de un régimen común. Mientras que en el derecho privado, se debe considerar los acuerdos comerciales y contractuales entre aerolíneas, sujetos y en general del contrato de transporte aéreo.

Ya que hemos realizado un análisis de los principios del derecho aeronáutico, vamos también a analizar su influencia en el contrato de transporte aéreo de pasajeros. Principalmente este tipo de contrato es un contrato, que como cualquier otro de naturaleza civil, genera derechos y obligaciones. Tiene su origen en la normativa internacional y nacional, por lo que existen pasos previos que se deben considerar en el mismo antes de que este sea celebrado. Como lo son por ejemplo las regulaciones en el mantenimiento del equipo de aviación, las precauciones y demás que obedecen directamente a la Teoría del Riesgo. De igual manera se debe tener como concepto previo que este contrato es un contrato aeronáutico.

2.4. Regímenes de responsabilidad

Los regímenes de responsabilidad aplicables a cada uno de los casos según lo estipulado en el presente trabajo y de acuerdo a lo necesario para cada caso en particular, se configuran de acuerdo a las características del sujeto, como por ejemplo sus atributos de la personalidad, como por ejemplo la nacionalidad de la víctima, la relación que mantenía con el prestador del servicio de transporte aéreo, y de acuerdo a las disposiciones de indemnización de bienes por daños causados.

El cálculo de las indemnizaciones para cada víctima en el derecho civil, va a variar de conformidad con cada situación, sin embargo el Convenio de Varsovia limitó los montos de indemnización de acuerdo. Sin embargo esto en su aplicación no es común, debido a que siempre se considera el estado de los herederos y otros factores que dependerán de la legislación nacional de cada país.

2.4.1. Acuerdos comerciales

Un ejemplo de los regímenes de responsabilidad es el de los acuerdos comerciales, ya que al ser estos acuerdos mediante los cuales una aerolínea se puede comprometer a cumplir los contratos que mantenga otra aerolínea, existe un conflicto respecto de quién es el responsable. Para esto vamos a explicar este tipo de acuerdos.

El profesor Mario Folchi nos menciona en una de sus obras que:

Los Acuerdos de Código Compartido han llegado a ser la forma más popular de cooperación. El término (C.C.A.) se refiere a los arreglos o acuerdos comerciales entre dos transportistas, bajo los cuales una parte opera un determinado servicio con su código o bajo un código combinado, y permite a la otra parte ofrecer el mismo servicio al público con el mismo código o con su propio código sin operar el servicio.⁵⁸

Se trata de una actividad en la que dos operadores aéreos comparten la operación aérea en una misma aeronave, lo cual nos lleva a pensar de que en el caso de que exista un accidente aéreo, en la operación basada en un código compartido, se podría de igual manera compartir la responsabilidad que surge de la misma, debido a que no solamente un operador aéreo se encuentra envuelto en la operación de la aeronave.

Como ejemplos de la ejecución de los acuerdos de códigos compartidos podemos citar ejemplos en su ejecución, como por ejemplo la misma operación de la aeronave. Las aerolíneas pueden no venir al país sino compartir en la venta de los boletos, o la ayuda en la promoción de los vuelos para que una de las compañías pueda llevar a los pasajeros de otra

58 Folchi, Mario y Otros. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998, p. 2.

compañía a cambio de un monto establecido en el acuerdo comercial. Dicho acuerdo debe ser registrado ante la Dirección General de Aviación Civil.

En este sentido, la Doctora Marina Donato, nos menciona que:

En materia de responsabilidad por daños acontecidos respecto del pasajero, en el transcurso de un servicio aéreo internacional está cubierto por el Convenio sobre la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional suscripto en Varsovia en el año 1929 conjuntamente con un complemento de instrumentos que reciben el calificativo de Sistema de Varsovia, consagrando una responsabilidad de base subjetiva y con un régimen de limitación en materia resarcitoria.⁵⁹

Así la Doctora Donato nos expone la posibilidad de que un código compartido sea suficiente para extender la responsabilidad de manera subjetiva a la aerolínea con la que se ha acordado la operación conjunta. Siendo así, el régimen de responsabilidad al que se va a sujetar la aerolínea que opera bajo un código compartido es esencialmente el del país bandera de la aeronave, sin embargo esto nos plantea otra interrogante.

Si el accidente ocurrió por un error no humano, del cual se haya probado la responsabilidad en el responsable del mantenimiento de la aeronave, se puede considerar atar la responsabilidad que nazca de un contrato de prestación de servicios aeroportuarios, podría operar en base a la nacionalidad de la compañía, cuestión que no sería relevante en el contrato de transporte aéreo.

Marina Donato nos establece una diferenciación para los dos tipos de aerolíneas que se ven envueltas en un conflicto de responsabilidad que surja por un código compartido. Así nos menciona que el operador aéreo que realiza físicamente la operación del vuelo, será llamado el “transportador de hecho”, mientras que aquella aerolínea que realiza su actividad solamente por el código compartido, la llamamos el “transportador contractual”.⁶⁰

59 Donato, Marina. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998, pp. 11-12.

60 Donato, Marina. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998, pp. 12-13.

Por su parte el Convenio de Varsovia establece algunos supuestos para que se configure este régimen, por ejemplo con la definición de los vuelos sucesivos. Dicha definición caerá en aplicación cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el convenio, como por ejemplo que la aerolínea que ha sufrido el percance reconozca que la operación fue única, o que los operadores aéreos sean internacionales y cuenten con los permisos respectivos para transportar.

Respecto a la aerolínea que no está físicamente operando la aeronave, será responsable si el percance ha ocurrido en la ejecución del acuerdo comercial que lo envuelve en la operación aérea. De lo que podemos deducir que efectivamente una aerolínea va a ser responsable en un vuelo si el avión sufre un accidente y los pasajeros han contratado el servicio de transporte aéreo a través de esta.

2.4.2. Elección de transportador

Hoy en día la actividad aérea ha sufrido una evolución importante en lo que respecta a la elección del transportador, por lo que cito a Enrique Mapelli en su explicación de la nueva tendencia en la actividad aeronáutica.

El desarrollo del transporte aéreo y la utilización del mismo por grandes masas de viajeros, ha determinado que la elección de la compañía en la que va a realizarse un vuelo en concreto caya, cada vez más acentuadamente, desdibujándose. Pasaron los tiempos en los que llegaba el presunto pasajero incluso a solicitar el nombre del comandante que había de conducir la aeronave.⁶¹

De esto podemos verificar que existe otro problema muy grande referente a los derechos del usuario cuando el mismo adquiere un boleto aéreo, muchas veces sin saber quién es el que va a operar la aeronave, lo que resulta en que no se conozca el que realmente

61 Mapelli ,Enrique. “Consideraciones sobre el Código Compartido”. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998, p. 59.

está prestando el servicio, y es justamente esto lo que ocurre en las operaciones aéreas que se realizan mediante la aplicación de un código compartido.

Así la legislación internacional establece cual es el resarcimiento para los sujetos parte del contrato a celebrarse y posteriormente un régimen para los terceros en el accidente aéreo. Sin embargo aquí surge la incógnita de si la afectación de los derechos es distinta en tierra que en aire, y por esto cual es realmente la verdadera extensión de la responsabilidad.

2.4.3. Sujetos

En lo que respecta a los sujetos parte del contrato, en este caso nos vamos a referir únicamente a los pasajeros y no a los exportadores e importadores, debido a la relevancia del estudio. Obviamente también son sujetos las aerolíneas que vienen a cumplir el rol de transportadores.

Así podemos identificar en primer lugar que los sujetos de un contrato de transporte aéreo, quienes de conformidad a lo estipulado en la legislación y también en el contrato de transporte aéreo, tienen una serie de derechos y obligaciones que deben cumplir en relación al transporte aéreo.

En este sentido, la prevención es una de las principales razones por las que la legislación aeronáutica establece tantos requisitos para la operación, como lo son la autorización de un estado, el constante mantenimiento, e incluso las condiciones de la aeronave ya que se considera que la actividad aeronáutica es una actividad de riesgo.

Siendo así la misma tiene que ser analizada desde este precepto y para eso debemos entender la teoría del riesgo en el derecho aeronáutico. El Doctor Homero Martínez Almeida nos menciona en su obra que:

La teoría que inicialmente fue acogida por el derecho laboral, también fue aceptada por el derecho aeronáutico, bajo el criterio de que el elemento que motiva a un sistema reparador es

el hecho dañoso que puede originarse ya en la conducta del actor, ya en el malfuncionamiento de una cosa o en la combinación de ambos elementos.⁶²

Así vemos que no es una apreciación que carece de lógica, sino que esencialmente está llena de ella, que va a contener elementos que configuren su operación. En primer lugar se debe verificar que la actividad involucre un riesgo o que genere peligrosidad en su ejercicio. En segundo lugar, el ejercicio de dicha actividad debe otorgar un beneficio a la persona que la ejerce. En tercer lugar tiene que haber existido un daño para que se pueda crear la necesidad de resarcimiento.

Una vez que hemos comprendido estos aspectos, vamos a ir hacia el análisis de los sujetos contractuales y sus obligaciones. En primer lugar tenemos al transportista, quien como tal tiene como obligación principal, la de transportar al pasajero de un lugar a otro. La segunda obligación va a ser la de expedir las condiciones del billete aéreo y el billete como tal, ya sea electrónico o físico, que en el caso de la actividad aeronáutica representa directamente el contrato de transporte aéreo. La tercera obligación es cumplir con las estipulaciones del referido contrato como por ejemplo la de velar por la seguridad del pasajero, que se ve con el estricto cumplimiento de las disposiciones aeronáuticas. Tenemos también aquellas obligaciones que no son de tanta importancia como lo son la de transportar el equipaje del pasajero.

Por último vamos a tomar en cuenta una de las obligaciones más importantes, que es la de restituir lo pagado y resarcir por los daños ocasionados que se derivan del incumplimiento del contrato de transporte aéreo. Se tiene que considerar que en el caso de que exista un accidente aéreo, el pasajero no llegó a su destino, es decir que si el contrato establecía que se debía transportar al pasajero de un punto A a un punto B, y se estrelló en el

62 Martínez, Homero. *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional*. Aldus Editores. Quito. 1992, p. 234.

intermedio, existe un real incumplimiento del contrato y como tal merece que se inicie un resarcimiento de los daños causados en la celebración del mismo.

Por otro lado tenemos al pasajero, quien es el adquiriente de los servicios de transporte aéreo. Así ellos pasan a ser sujetos de la aviación, verdaderas personas, reconocidas por el derecho aeronáutico con la simple transacción del dinero por el servicio y en el caso de no adquirir el boleto y ser transportados, igual son sujetos en este sentido. También adquiere una serie de derechos ulteriores que vamos a mencionar a continuación.

En primer lugar tenemos la obtención del billete de viaje. Es el derecho directo que nace de la transacción para la prestación del servicio de transporte aéreo. El billete se convierte no solamente en el contrato escrito de transporte aéreo, sino que también el mismo refleja la obligación del transportista a proveer el servicio. Además el boleto de transporte aéreo, va a ser la prueba física de los demás derechos que adquiere el pasajero. Sin embargo la carencia del mismo no significa que no existe una relación contractual con el transportador.

El segundo derecho que adquiere el pasajero es el de la reserva de un asiento en el vuelo, es decir que cuando va a darse el servicio de transporte aéreo, el pasajero debe solicitar el cumplimiento de este derecho de conformidad con lo que adquirió, de no ser así entonces el transportista debe reparar esto al monto de lo que se ha contratado.

En tercer lugar tenemos el derecho a exigir la seguridad en el transporte, de conformidad con las regulaciones aeronáuticas. Otro derecho que podemos tener es que se realice la transportación de su equipaje y no solamente de el, generalmente esta disposición está contemplada en el boleto aéreo y el pasajero debe estar informado del peso que puede transportar sin ningún costo adicional al del costo del vuelo.

De igual manera como surgen derechos que pueden ser sujetos a reparación por parte del transportista, surgen obligaciones que el pasajero debe cumplir con el objetivo de que este

no sea el causante de un incumplimiento del contrato o en su defecto que surjan obligaciones adicionales a las que acordó.

El Doctor Homero Martínez Almeida nos estipula un listado de las obligaciones de los pasajeros frente a la aerolínea en relación con el contrato de transporte aéreo de pasajeros.

Así nos dice lo siguiente:

1. Pagar el precio convenido; 2. Presentarse al aeropuerto el día y la hora determinados; 3. Cumplir las normas administrativas referidas al viaje; 4. Observar los reglamentos del transportista y acatar las instrucciones del comandante de la nave y su tripulación; 5. Indemnizar al transportista por los daños ocasionados por su culpa.⁶³

Con esta información podemos apreciar que al pasajero se le exige simplemente un buen comportamiento, acatando así el reglamento del servicio con el objetivo de que se produzca un vuelo sin inconvenientes. Se trata de una manera de encontrar un equilibrio en la ejecución del contrato, pero siempre que exista una amenaza por parte de un pasajero, va a ser responsable penalmente y la responsabilidad civil a favor de los terceros, es decir los demás pasajeros que se encuentran en el vuelo, se tendrá que calcular en los distintos procesos judiciales que surjan.

2.4.4. Terceros

Los terceros juegan un papel muy particular, debido a que ellos solamente pasan a ser considerados en el análisis de indemnización por daños, cuando se vean afectados directamente. Un ejemplo de esto es cuando una aeronave cae en un terreno determinado, o en la propiedad de un sujeto en tierra. Otro ejemplo de esto, es la caída de un avión mientras se encuentra despegando. Esto sucedió en el antiguo aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, que al ser un aeropuerto ubicado en el medio de una ciudad, cuando el avión salió de la pista y se estrelló, se llevó consigo propiedades enteras, afectando a terceros que no tenían nada que ver con el contrato de transporte aéreo.

63 Martínez, Homero. *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional*. Aldus Editores. Quito. 1992, pp. 125-126.

En el Ecuador se han dado varios casos de reclamos por daños ocasionados por la actividad aeronáutica. La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, nos da un criterio de aplicación de legislación internacional que nos deja como precedente un criterio de la corte y otras consideraciones de la legislación interna para no casar una sentencia, en la que se reconoce el derecho de la compañía KLM Compañía Real Holandesa de Aviación, en contra de la compañía Servicios Aéreos Avensa S.A.⁶⁴

Otro ejemplo, son los daños que se pueden ocasionar en la operación de la actividad aeronáutica como por ejemplo la contaminación aérea. Esto se encuentra regulado en el Convenio de Viena de 1985 y en el protocolo de Montreal de 1987. En primer lugar, el Convenio de Viena se celebró a raíz del descubrimiento de los compuestos que podían destruir la capa de ozono, frente a lo cual se celebra este convenio para que los Estados puedan, en cooperación, tomar las medidas necesarias para la protección de la capa de ozono.

Este tipo de daño ambiental, se entiende que es un daño intangible que no tiene efectos por el momento en los seres humanos, pero del cual las aerolíneas son responsables por la emisión de gases de sus equipos. La doctrinaria Griselda D. Capalo, nos dice lo siguiente:

[...]la aeronavegación es una actividad lícita que descansa sobre un frondoso lecho de reglamentaciones y normas que regulan el transporte, la circulación y el tránsito aéreos, tanto de orden interno como internacional y propias del derecho público como del privado. Se trata, entonces, de una actividad (conjunto de hechos y actos jurídicos) no prohibida por el derecho internacional[...]⁶⁵

Aquí nos pone una explicación de porqué la aeronave va a cumplir un cometido mientras ejerce su actividad, sin embargo esto no significa que los daños que se encuentran ocasionados en la capa de ozono o en general en el medio ambiente, sean producto de una actividad ilícita que conlleve responsabilidad mayor que la civil. Para esto Griselda Capalo

64 Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 319 de 01 de agosto de 2012.

65 Capalo, Griselda. *Daño ambiental y Derecho Aeronáutico*. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1997, p. 142.

hace un extenso análisis donde considera las razones por las que este es un daño real y no eventual.

La aviación, en efecto, inyecta en la atmósfera una variedad de gases nocivos durante todo el transcurso de sus operaciones normales de vuelo, esto es, desde que aplica la fuerza motriz para despegar hasta que concluye el recorrido del aterrizaje.⁶⁶

Así vemos que el daño ocurre y puede relacionarse a una escala mayor, o simplemente a la afectación directa de un tercero lo cual es lo que más se aproxima al caso de análisis, es decir en el caso de un accidente aéreo, cuyos efectos se han extendido y han causado daño de carácter extracontractual a terceros que no se encuentran relacionados con la actividad aeronáutica, tal y como lo miramos en el caso citado.

2.5. Intencionalidad

La intencionalidad es un principio que se evidencia claramente en el ejercicio de la actividad aeronáutica y que de hecho da origen a la responsabilidad, por tanto es determinante en lo que respecta a la aplicación de los límites de la responsabilidad. La intención se define con la palabra dolo, y este es el factor determinante en la existencia de la intencionalidad.

En el artículo 25 del convenio de Varsovia se establece la posibilidad de no aplicar los límites de responsabilidad, en el caso en que se pruebe que el daño es resultado de acción u omisión del transportador, con intención de causar el daño, es decir que si existió dolo en el acontecimiento, entonces se deberá aplicar lo estipulado en la legislación nacional penal y se configurará la responsabilidad penal. Por supuesto las legislaciones de los países signatarios del convenio de Varsovia, se deben apegar a las disposiciones de dicho convenio por lo que se vuelve completamente necesaria la implementación de esta disposición en las legislaciones

66 Capalo, Griselda. *Daño ambiental y Derecho Aeronáutico*. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1997, p. 142.

aeronáuticas de los países, como por ejemplo la ley española, venezolana, ecuatoriana, colombiana, entre otras.

La intencionalidad sin embargo, desaparece y no existe cuando se puede probar la culpa. Así en lo que respecta al desarrollo de esta tesis, no vamos a concentrarnos en determinar la razón o motivo del accidente, es decir no sobre la prueba, ni tampoco en el evento de que exista en sí dolo, debido que se tiene que verificar el supuesto de que no existe una intención de causar el daño, ni tampoco que ha existido un caso de error humano, sino específicamente de la existencia de la responsabilidad en base al incumplimiento del contrato por un accidente aéreo causado por un error no humano.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN OTRAS JURISDICCIONES

3.1. Análisis de Tesis

El presente trabajo contiene un análisis de la responsabilidad del transportista en el Derecho Aeronáutico; es por esta razón que se debe plantear nuestra incógnita de si es posible la elección de una jurisdicción más favorable para la indemnización, por daños causados en un accidente aéreo por error no humano. Así plantearé un caso hipotético que pueda usar como guía en el desarrollo de la respuesta de esta interrogante. En primer lugar, tenemos a un accidente aéreo ocurrido en el vuelo de la Línea Aérea X, de nacionalidad ecuatoriana, que transportaba pasajeros en la ruta Quito – Tulcán – Bogotá. Así el avión se ha estrellado en tierra, resultando en la muerte de todos sus pasajeros y de su tripulación. En el presente caso nos vamos a centrar en el caso de 2 pasajeros el primero siendo de nacionalidad española y el segundo de nacionalidad estadounidense.

En la investigación sobre el accidente, se ha determinado que existió un error no humano, es decir, una falla técnica en la aeronave, provocada por una clara negligencia en el chequeo por parte de los responsables de la aerolínea, el equipo de la aeronave fue construido por una tercera compañía, la cual simplemente mantuvo un contrato de compraventa, donde se especificaba una cláusula de garantía del funcionamiento del equipo; así partimos del supuesto de que ya se ha comprobado que ha existido una negligencia por parte de la aerolínea que finalmente ha resultado en que la aeronave se estrelle y en la muerte de las personas a bordo de la misma.

De conformidad con lo estipulado, se debe recalcar que en el presente caso, y en general en la presente investigación no se pretende determinar como se realiza la prueba, sino únicamente la existencia del caso en específico.

En este supuesto, se podría establecer la existencia de varios responsables por el accidente aéreo, ya sean estos solidariamente responsables o directamente responsables, viendo el caso del personal de mantenimiento de la aeronave, como de los prestadores de los servicios aeroportuarios. Como hemos analizado, y de conformidad con la legislación internacional y del Ecuador, el transportista es responsable por los pasajeros en vuelo, es decir que responderá por los daños y perjuicios que ocurran a estos, siempre que el accidente ocurra en la ejecución del contrato de transporte aéreo. Así, a pesar de que exista un incumplimiento comprobado, por parte del personal de mantenimiento de la aeronave ya sea esta una compañía tercera o la misma aerolínea, de un contrato de servicios aeroportuarios, como por ejemplo uno de ground handling, no limita la posibilidad de que la aerolínea sea la que responda, por disposición directa de los instrumentos internacionales correspondientes.

Es decir que en el caso concreto, el pasajero iniciará una acción en contra de la aerolínea sin importar el resto de causas que se pudieran haber generado el accidente, debido a que la responsabilidad por ley específica es directa a la línea aérea. En el caso de que hubiera existido negligencia por parte de un tercero que, en base a un contrato de handling, tuviera que haber asumido la responsabilidad del mantenimiento, se trataría de una posibilidad de iniciar un reclamo en otro juicio distinto y por ende se aleja de nuestro análisis.

Basándonos en este supuesto, debemos considerar que en este caso, la aerolínea en cuestión, es una aerolínea que opera con un permiso de operación para la operación regular internacional de pasajeros. Así la nacionalidad de la aerolínea es uno de los factores a considerar para efectos del análisis de los regímenes de responsabilidad que pudieran aplicarse. La aeronave accidentada, es una aeronave de la misma nacionalidad de la aerolínea.

Por último, debemos considerar que la nacionalidad de los pasajeros es extranjera, es decir que pertenecen a una nacionalidad distinta a la de la aerolínea, lo que significa que se

abren incluso mayores posibilidades debido a la protección de los derechos de los ciudadanos de estos Estados que por razones y a efectos legales de la ciudadanía del sujeto del derechos se abre una protección adicional, establecida en el régimen jurídico y aeronáutico del Estado.

Un último punto a considerar y que en varias ocasiones puede no ser tomado en cuenta con la importancia que se merece es, el destino. La aeronave iba a operar en una ruta desde el Ecuador hacia Colombia, y a la final termina estrellándose en Colombia, lo que nos abre una posibilidad de jurisdicción, distinta a la nacionalidad de la aerolínea, y los pasajeros, por ende una nueva posibilidad.

3.2. Régimen Estadounidense

Ahora que hemos expuesto las razones y condiciones en las que nos basamos para el análisis y conocemos las bases legales para comprender el funcionamiento del sistema de responsabilidad aeronáutica, vamos a analizar necesariamente el régimen que opera en los Estados Unidos y posteriormente en otros países, con la finalidad de realizar una comparación y ejemplificación de las posibles diferencias de jurisdicciones para determinar las posibilidades de jurisdicciones a elegir por una víctima de un accidente aéreo y en general de todos aquellos que se han visto afectados por el incumplimiento de un contrato de aviación.

En primer lugar tenemos que determinar el nivel de aceptación de los Estados Unidos de América al Convenio de Varsovia y por ende un posterior análisis en lo que respecta a la modificación del Convenio de Montreal, para determinar la fijación de límites de responsabilidad y consideraciones adicionales. Así tenemos que los Estados Unidos se han establecido como uno de los países que menos han demostrado la completa cooperación para la firma de convenios, esto significa que siempre los Estados Unidos han considerado sus costumbres legales, al igual que los intereses de sus políticas de estado, en lo cual se considera mucho los derechos de los particulares frente a un servicio prestado.

En este caso el servicio de transporte aéreo, nos hemos centrado en el análisis específico de los regímenes de responsabilidad, para lo que debemos tomar en cuenta muchas decisiones de las cortes de los Estados Unidos para verificar si ellos han aplicado lo establecido en el Convenio de Montreal, o lo que dicta la costumbre en cuanto al reconocimiento de los valores correspondientes al daño emergente y al lucro cesante, incluso para el derecho aeronáutico.

Para tener una pauta de donde iniciar, vamos a analizar lo acordado por los Estados Unidos en lo que respecta a la aplicación del mencionado convenio. Así los Estados Unidos ratifican el convenio en sus cláusulas en el año 2003, debido al cambio radical que ha sufrido la intención por la que se crea esta convención de unificación de las disposiciones para la protección de lo derecho de los pasajeros al resarcimiento por daños ocasionados y no solamente a la protección directa de la industria aeronáutica, en lo que respecta al artículo 21⁶⁷ donde se establece el régimen de responsabilidad en el caso de muerte o lesiones de los pasajeros.

En primer lugar vamos a remontarnos a los orígenes del mismo en el convenio de Varsovia, con la finalidad de comprender el concepto de lesiones o como lo mencionan los autores estadounidenses, el concepto de “bodily injury”. Siendo así cuando en el año 1929 se intentó unificar las legislaciones aeronáuticas con el establecimiento de las disposiciones para el reconocimiento de los daños a los pasajeros, el concepto de “bodily injury” fue utilizado como un limitante a los derechos de los particulares, con la finalidad de brindar una mayor

67 Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional – Montreal 1999. “Art.21.- Indemnización en caso de muerte o lesiones de los pasajeros.; 1. Respecto al daño previsto en el párrafo 1 del Artículo 17 que no exceda de 100.000 derechos espaciales de giro por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad.; 2. El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del Artículo 17 en la medida que exceda de 100.000 derechos espaciales de giro por pasajero, si prueba que: a) el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero.”

protección a los derechos de las líneas aéreas y de por sí a la actividad aeronáutica, como ampliamente lo he explicado en el desarrollo de la presente tesis.

Mckay Cunningham⁶⁸ nos menciona que los Estados Unidos, tuvieron problemas muy serios cuando en la época de la vigencia del Convenio de Varsovia se establecieron consideraciones limitantes en su artículo 17⁶⁹, como por ejemplo lo es la mención de que se trata de un daño en lo que respecta a una lesión corporal, esto quiere decir que dejó fuera del cálculo a la responsabilidad por daño moral, esto de acuerdo a los jueces estadounidenses. Así de acuerdo a la interpretación y definición dada por el sistema casuístico de los Estados Unidos interpretó el concepto de daño corporal (*bodily injury*) y del daño moral como aquel daño que se ha causado al cuerpo de un sujeto al que se le han causado lesiones reales y directas, en lo que el daño moral solamente puede ser causado a partir de una lesión o muerte, que se haya causado a partir de un accidente de una aeronave⁷⁰.

Como sabemos el daño moral es algo personal, es decir que solamente se podría reclamar en el caso de que la víctima haya sobrevivido a un accidente. Así esto ha sido ampliamente solicitado, en los Estados Unidos, y por la limitación del Convenio de Varsovia, los magistrados Estadounidenses decidieron seguir esta tendencia planteada en el caso mencionado. Y se empezó a causar un revuelo debido a los jueces sentaron un precedente que no se había mencionado en el Convenio de Varsovia, así se afectó la unidad de las disposiciones del mismo, y se causó que el sistema estadounidense se aleje de lo practicado literalmente por sistemas legalistas.

En lo que respecta a la historia del Convenio de Varsovia, este convenio se generó en una época en la que la aviación comercial no era tan común y lo que funcionaba más

⁶⁸ Cunningham, McKay. *The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries?*. Recuperado de <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/cunningham.pdf> el 28 de Mayo de 2014.

⁶⁹ Convenio de Varsovia – 1929. “Art. 17.- El porteador es responsable del daño ocasionado, que en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque.”

⁷⁰ U.S. Supreme Court. *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*. 499 U.S. 530. 1991. (Estados Unidos)

comúnmente era la aviación militar. Con ese precepto se crearon estas disposiciones del Convenio de Varsovia, con la finalidad de cubrir las necesidades existentes en esa época. Los Estados Unidos en esta época no eran miembros de la Liga de Naciones por lo que no fue parte de la elaboración de dicho documento. Por esa razón este país se adhirió posteriormente a las disposiciones del Convenio, únicamente en lo que consideraron razonable.

Con el transcurrir de los años se realizaron múltiples intentos de modernizar las disposiciones caducas del Convenio de Varsovia, de lo que Mckay Cunningham nos explica lo siguiente:

Additional amendments to the Warsaw Convention – seven in total – reflected the international community’s repeated attempts to modernize the original agreement. In 1965, dissatisfied with the liability limits, the United States threatened to denounce Warsaw but withdrew notice of denunciation when all major foreign and U.S. carriers privately agreed that accident victims on flights to or from the United States could receive compensation of up to USD \$75,000 per passenger.⁷¹

Así Cunningham nos enseña la tendencia de los Estados Unidos de unirse a una convención internacional de unificación de legislación, únicamente cuando se ha cumplido con el reconocimiento de los derechos de los pasajeros por encima de la protección, y de cómo esto fue así desde los orígenes del Convenio de Varsovia.

Posteriormente se firmó el Convenio de Montreal para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, y los Estados Unidos, se encuentran de acuerdo con el mismo, sin embargo se ratifican en todas las disposiciones, con excepción con las de reparación de indemnizaciones, pues de acuerdo a sus preceptos jurisprudenciales y la costumbre jurídica de esta nación, era inaceptable que se limite tanto la indemnizaciones poniendo por encima los esfuerzos estatales y de cooperación para limitar los derechos de los particulares.

71 Cunningham, Mckay. *The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries?*. Recuperado de <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/cunningham.pdf> el 28 de Mayo de 2014.

Uno de los principales pilares del análisis de la historia del régimen de responsabilidad en los Estados Unidos, fue precisamente la decisión que se tomó en el caso iniciado por *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*⁷², en el que se marcó el fraccionamiento de los Estados Unidos a la aplicación del Convenio de Varsovia, fue justamente el criterio principal, por el que se basaron la mayoría de cortes en los Estados Unidos para determinar las indemnizaciones por daños morales.

Otro ejemplo fue el caso *Husserl v. Swiss Air Transport Co.*,⁷³ en el que unos terroristas secuestraron un avión que se dirigía hacia Nueva York, entonces los terroristas lo redirigieron hacia un desierto cerca de Amman en Jordán. Los pasajeros tuvieron que estar ahí retenidos por aproximadamente un día hasta que pudieron ser transportados hacia Nueva York en última instancia. Ya en Nueva York, la demandante reclama daño moral que sufrió durante el secuestro de la aeronave, lo que en última instancia llegó a causarle serios daños psicosomáticos.

Así la corte en este caso realizó una interpretación del Artículo 17 del Convenio de Varsovia y concluyó que los dos conceptos de daño moral y lesiones, se juntaría bajo la denominación del Convenio de Varsovia. Esto se realizó bajo la interpretación de otro instrumento que es el Protocolo de la Ciudad de Guatemala y establecieron que en el idioma Inglés no existe una diferenciación entre daño físico y daño mental.

Posteriormente se realizó una apreciación de un análisis más a fondo de lo que respecta al daño moral y al daño físico en el caso *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*⁷⁴ en el que existió una falla técnica de uno de los motores, debido a la pérdida de presión de aceite en tres de los motores de la aeronave. En este caso los pilotos tuvieron que apagar los motores, sin embargo los motores sufrieron una falla. Entonces mencionaron a los pasajeros que

⁷² U.S. Supreme Court. *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*. 499 U.S. 530. 1991. (Estados Unidos)

⁷³ U.S. District Court for the Southern District of New York 351 F. Supp. 702. 1972. (New York)

⁷⁴ U.S. Supreme Court. *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*. 499 U.S. 530. 1991. (Estados Unidos)

debían realizar un aterrizaje de emergencia, lo que generó reclamos en base a los antecedentes mencionados en este capítulo, sin embargo sin la existencia de un daño físico.

Sobre esto la corte realizó un análisis al Convenio de Varsovia y a las negociaciones interestatales que llevaron al mismo para determinar que no existía una posibilidad de interpretar el daño moral por sí solo, sino que se debía también tomar en cuenta la existencia previa de un daño físico para que se pueda calcular los daños morales para su resarcimiento.

Habiendo aclarado esto debemos pasar a analizar precisamente lo ocurrido con el Convenio de Montreal. Los Estados Unidos solicitaron fervientemente la inclusión de un concepto como el daño moral, de manera distinta al concepto anterior de lesión. Sin embargo la interpretación errónea realizada por las Cortes en Estados Unidos, fueron uno de los puntos principales para que no se logre cambiar el texto antiguo del Convenio de Varsovia, es decir, que se mantuvo únicamente los daños físicos.

Existió entonces un análisis muy importante sobre los efectos de que los daños físicos ya contengan el elemento del daño moral, en contraste a la interpretación de las negociaciones previas a la aprobación del Convenio de Varsovia en el año 1929, nos permite darnos cuenta que los Estados Unidos es un país que siempre ha estado orientado al reconocimiento mayor de los derechos de los particulares, por encima de los derechos de las aerolíneas, y por tanto ha puesto en primer lugar los recursos para interpretación de los convenios con la finalidad de lograr establecer esta protección. Sin embargo los Estados Unidos no han estado muy de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Montreal a pesar justamente por su falta de apreciación a un resarcimiento mayor de las indemnizaciones por daños.

3.3. Teoría del daño en relación al afectado

La teoría del daño en base a lo que explicamos anteriormente va a establecer cuándo se puede generar el derecho para el reclamo de daños y perjuicios sucedidos por una acción

tomada por un sujeto de derechos. Si no existe intención ni dolo en el cometimiento de daño, sino simplemente culpa, que se debe comprobar a través del proceso. Sin embargo como establecimos anteriormente, en el derecho aeronáutico se presume la culpa, debido a que el hecho es decir el accidente o circunstancia que lleva al establecimiento de la misma, va a realizarse en ejecución del contrato es decir durante la operación comercial.

Ahora que hemos comprendido esto, debemos relacionar con lo referente al sujeto afectado, es decir los hechos que le dan la capacidad para comparecer a reclamo. Como hemos establecido anteriormente el afectado va a ser aquella persona que ha sufrido el daño directamente, ya sea que se refiera lesiones físicas como a daño moral, y a sus herederos en el caso de muerte del pasajero.

Para configurar al sujeto afectado vamos a requerir. Que existan estos factores, es decir una acción u omisión que afecte directamente a una persona, ya sea en sus derechos inherentes como ser humano, como en sus derechos adquiridos por una relación contractual. En este caso, el daño se va a comprender con el hecho que se ha ocasionado, debido a la “negligencia” u omisión por parte de la aerolínea o los responsables que últimamente resultó en el accidente aéreo.

3.4. Otros Regímenes

Para efectos del entendimiento del procedimiento para el resarcimiento de daños y perjuicios en las distintas jurisdicciones vamos a mencionar otros países, como lo es Argentina o en el caso de Australia en donde se encuentra totalmente diferenciada la motivación principal por la cual se debe acudir ante una jurisdicción, especialmente como lo es el caso de la visión política de los países anglosajones, como lo hemos demostrado en la descripción del régimen de resarcimiento en los Estados Unidos. Para esto vamos a recapitular temas ya mencionados anteriormente en el desarrollo de esta tesis, y los vamos a

relacionar con el tema de tesis principalmente al igual que su comparación con otros regímenes anglosajones y el Ecuador.

En el caso Australiano se siguió la tendencia de lo establecido en el caso de Floyd que se mencionó en el capítulo explicativo de los regímenes históricos de los Estados Unidos, así la Corte de South Wales, tomó como referencia las disposiciones y análisis realizados en el caso de Floyd, con la finalidad de determinar que no se puede indemnizar a un reclamante que solicita solamente el resarcimiento por daño moral, nacido a partir de un accidente aéreo, o incidente ocurrido en la operación de transporte aéreo.⁷⁵

Ahora, si es así, vamos a comprender que aquellas jurisdicciones que reconocen al daño moral como un caso excepcional y distinto al del daño físico, van a tener un resarcimiento más favorable en lo que respecta al resarcimiento monetario y de derechos vulnerados en base a los daños ocasionados por un accidente aéreo, independientemente de lo que se estipule en el Convenio de Montreal, esto se debe no solamente a que un país sea signatario del mismo o no, como en un inicio de comprendía, sino también por el ámbito de aplicación que tienen las cortes respecto al alcance de las disposiciones del Convenio de Montreal y Varsovia.

75 The Supreme Court of New South Wales Court of Appeal. *Kotsambasis v. Sing. Airlines Ltd* (1997) 140 F.L.R. 318, 323 (Australia). Tomado el 11 de agosto de 2014 de http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct/1997/303.html (Australia).

4. POSIBILIDADES DE RECURRIR A UNA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Se vuelve necesario que se comprenda que existen varios puntos por los cuales se puede perseguir a una jurisdicción para tomarla como el sistema que se va a aplicarse para la resolución del caso en cuestión. En primer lugar podemos considerar que se configuren ciertos puntos de las características de la personalidad. Es decir, si el pasajero fallece en territorio colombiano, pero su nacionalidad es española, y la aerolínea es estadounidense, entonces se entiende que por cuestiones de la bandera de la aeronave, ocurrió en territorio estadounidense, sin embargo se podrían tomar en consideración otros factores para considerar la jurisdicción más favorable al afectado para iniciar cualquier acción judicial con el fin de obtener el reconocimiento de los derechos del afectado. Esto en base al principio *pro homine*.

En primer lugar vamos a analizar lo referente a la nacionalidad por lo que se debe además de esto considerar que estas características, en base a los principios de derecho internacional privado pueden ser utilizados como puntos de conexión entre jurisdicciones, lo que justamente los junta y relaciona en base a los derechos aplicables o que por lo menos son titulares las personas que están envueltas en el incidente.

Antes de proceder con el análisis en cuestión es necesario que se considere los diferentes aspectos del derecho internacional privado que incumben para el análisis del derecho internacional privado relevante al presente caso.

Nicolás François Andreoli⁷⁶ nos expone en su investigación para maestría que para entender la aplicación de esto se debe considerar las tres escuelas del derecho internacional privado, que son:

76 Andreoli, Nicolás. *Concepto del Derecho Internacional Privado. Presupuestos. Objeto. Contenido. Conflictos de jurisdicción y conflictos de Leyes. Las Normas. Características. Estructura y Funcionamiento. Clasificación. Métodos de regulación del Derecho Internacional Privado. Autonomía científica. Codificación*. Universidad Notarial Argentina. 2010. Recuperado de http://www.unav.edu.ar/trabajos_alum/DCHO_INT_PRIV_%202010_ANDREOLI.pdf el 22 de septiembre de 2014.

1. Escuela latina: teoría más antigua, donde se toma en cuenta un orden de prioridad para la interpretación y la resolución de conflictos de jurisdicción. Estos son: la nacionalidad, el trato al extranjero y el conflicto de leyes. Esta es la escuela que aplica en el Ecuador por el tipo de gobierno independiente que se tiene, a diferencia de Europa.
2. La escuela anglosajona por su parte, dice que el objeto del conflicto de leyes y jurisdicciones será resuelto por el juez ya que es la facultad de este determinar la competencia en el caso en particular.
3. La escuela germánica por su parte menciona que se debe determinar en sí cual es la ley más apegada al caso para aplicar ya que el objeto del derecho internacional privado es justamente la existencia de leyes que chocan entre sí al momento de la aplicación.

La teoría que he utilizado para este análisis es la clásica ya que así se puede atar la responsabilidad de un tercero a distintas jurisdicciones sin tomar en cuenta la posibilidad de una salida por parte de la interpretación. Sin embargo se tendrá que considerar cada uno de los casos específicos y la interpretación que puede tener cada juez.

4.1. Error no humano

Un error no humano, es una situación poco común en la operación de la aviación civil, generalmente debido a la dificultad de probar la existencia del mismo, esto porque las aeronaves al estrellarse generalmente se destruyen por completo.

Otro factor que influye en el hecho de que no se pueda determinar un fallo técnico en la aeronave es que generalmente estos errores o fallas son detectados por las computadoras de las aeronaves, entonces el hecho de ignorar una de estas fallas técnicas, también puede ser considerado como negligencia por parte de los operadores de la aeronave. Sin embargo en el evento de que ninguno de estos criterios se hayan tomado en cuenta, por cualquiera sea la

razón, entonces se considerará que ha existido un error no humano, o un accidente causado por una falla técnica.

Se vuelve complicado encontrar una definición exacta que describa esta circunstancia particular en la doctrina, sin embargo se entiende que este es el evento que ocurre cuando en su totalidad no existe un tipo de responsabilidad de error humano en la operación. De igual manera, tenemos que considerar que se trataría de un error imprevisto, de algo que no se tomó en cuenta pero que por concepto de negligencia puede ser atado a la responsabilidad de la aerolínea.

En base a esto podemos llegar a la conclusión de que efectivamente, a pesar de que exista un error no humano, que es considerado como una falla técnica, de igual manera se va a atar la responsabilidad a la aerolínea, solo que simplemente nos conviene en el análisis del presente caso, debido a que elimina la posibilidad de que exista el dolo u otro factor que pueda de alguna manera influir en el caso.

4.2. Aerolíneas

En este punto nos vamos a referir a las aerolíneas en base a lo que hemos expuesto anteriormente, como por ejemplo, la nacionalidad de las aeronaves, de las compañías aéreas o líneas aéreas, y la manera en que estas nos pueden guiar hacia una jurisdicción extranjera.

Generalmente el principio por el que iniciamos realizando el análisis, corresponde a los derechos de perseguir a una aerolínea o a una persona jurídica a través de la jurisdicción que más beneficie al afectado. O para ser más claros aún, el uso de los puntos de conexión, que son las ataduras de una persona a su jurisdicción.

El concepto de puntos de conexión es entendido por la doctrina del derecho internacional privado desde un inicio en lo que respecta a los estatutos que se rigen, ya sea el estatuto personal del sujeto, el estatuto real que se refiere al objeto en cuestión y por último la ley aplicable a las estipulaciones contractuales que versan sobre los efectos de un contrato.

Viéndolo así, cada una de estas fuentes, nos permitirán perseguir al sujeto vinculado de conformidad al Estatuto que lo vincula en una relación contractual o en un acto.

El autor Antonio Boggiano, nos menciona que los puntos de conexión pueden ser definidos como conceptos que como consecuencia de lo establecido en la norma que se encuentra en conflicto, determina y establece el derecho aplicable en el tipo legal, relacionado con el acto ocasionado⁷⁷. Así podemos entender que estos son conceptos que nos ayudan a solucionar los conflictos materiales que se suscitan en los conflictos legales.

De conformidad con el autor Haroldo Texeiro Valladao los puntos de conexión van a variar en el espacio y el tiempo, debido a que los puntos de conexión pueden ser considerados como un medio técnico que se usa por la norma conflictual para designar cual es la ley material aplicable.⁷⁸ Es decir que se tratarían de directrices establecidas para acceder ante una jurisdicción que de carecer de puntos de conexión, no sería accesible. Siendo así los puntos de conexión son también una especie de llaves, que abren los caminos al ingreso de una nueva jurisdicción.

El mencionado autor nos pone en conocimiento de la variación del espacio y tiempo, lo cual se explica de una manera sencilla con la explicación de José Luis Marín Fuentes quien nos lo explica en base a clasificaciones que nacen de los sistemas positivos que nacen del derecho internacional privado⁷⁹. Estas son:

1. Personales: Nacionalidad de la persona, ya sea esta jurídica o natural. Este es un punto de conexión que generalmente responde a un atributo a la personalidad, sin embargo tenemos también que tomar en cuenta los aspectos que no son tan claros como lo son, la religión, la raza, domicilio, residencia, y

77 Boggiano, Antonio. *Curso de derecho Internacional Privado*. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 2000, p. 199.

78 Texeiro, Haroldo. *Derecho Internacional Privado, Parte General*. Editorial Trillas, México D. F. 1987, p. 326.

79 Marín, José. *Derecho internacional privado*. Universidad de Medellín, Medellín. 2014, pp. 46,47.

directamente los que recaen sobre la nacionalidad como lo es la intención de la persona a pertenecer a una nacionalidad.

2. Reales: En segundo lugar los reales en los que el autor se refiere básicamente a lo que respecta a la cosa, como por ejemplo el estado de la aeronave, si se trata de una aeronave de nacionalidad tal o cual, o en su defecto si se trata de un lugar donde se ejecuta el acto que genera el conflicto de jurisdicciones. Así mismo se identifica dentro de esta definición al lugar de domicilio habitual o por un tiempo del individuo.
3. Relativos a los actos: Se trata de una aproximación más en concreto al lugar del cometimiento del acto que tiene efectos jurídicos, o como lo plantea el autor, como el negocio jurídico, o donde debe cumplirse una obligación.
4. Lugar elegido por las partes: Esto se trata a la convención de la cual vamos a hablar más adelante.
5. Institucionales: Específicamente hablando de la nacionalidad de la aeronave, al igual que la circunstancia de registro de su matrícula o en su defecto del sitio donde se ha conocido un caso.

De acuerdo a lo planteado podemos verificar que muchos de estos puntos planteados por el autor, se juntan en varios momentos, sin embargo el juego de los puntos de conexión es de igual manera poco definido a nivel de doctrina y se entiende que un concepto jurídico va a atar al sujeto de derecho a una jurisdicción en específico, entendiéndose de igual forma que estas clasificaciones pueden de igual manera dividirse de conformidad al análisis específico de la circunstancia o hecho que se dé para cada caso en particular.

Englobando estas circunstancias, podemos ver la posibilidad de conseguir vincular una jurisdicción en conflicto, de conformidad a los intereses del afectado, sin embargo se debe también determinar que exista un conflicto de jurisdicciones que permita la apertura de

una cuestión que pueda chocar con una jurisdicción aplicable a cada caso. Es importante recalcar que esto puede surgir muy comúnmente en un caso de aviación por el hecho de que se puede identificar de acuerdo a lo mencionado por José Luis Marín.

Para comprender de una mejor manera este punto vamos a poner los puntos de conexión que pueden conectar jurisdicciones, en lo que respecta a las aerolíneas. En primer lugar ya hemos expuesto que la responsabilidad de acuerdo a las interpretaciones de las cortes en relación con los convenios internacionales, recae sobre la aerolínea. Por esta razón se puede tomar en consideración que la nacionalidad de la aerolínea, al igual que la del pasajero juegan un papel importante en el caso, sin embargo lo que más va a importar en este caso es la nacionalidad de la aeronave, lo cual nos incluye también a la jurisdicción nacional de la bandera de la aeronave como se explicó anteriormente.

En este caso la nacionalidad es un punto de conexión que puede ser identificado como un punto de conexión “mutable” ya que puede cambiar dependiendo en los distintos factores característicos de la personalidad o directamente de la naturaleza de los bienes⁸⁰. En este caso si el accidente ocurre en una aeronave con país bandera distinto al territorio donde cae, entonces existe un conflicto de jurisdicción en los daños a terceros ocasionados por el estrellido de la aeronave a tierra de un Estado soberano.

Así mismo el conflicto de leyes es tan complicado que está sujeto a las maneras que se identifican y se interpretan por parte de cada una de las jurisdicciones y de los ordenamientos jurídicos que se encuentran en conflicto. Esto por ejemplo rodea a la interpretación de estos conceptos jurídicos como características de la personalidad, la cual se va a realizar de acuerdo a la *lex causae* o la *lex fori*.

80 Míaja de la Muela, Adolfo. *Derecho Internacional privado, Tomo I*. Séptima Edición, Lope de Vega, Madrid. 1976, p. 267.

Pero esto no significa que la normativa se va a aplicar de acuerdo a una decisión arbitraria de la corte sino como consecuencia de la política legislativa, un ejemplo de esto lo podemos entender de acuerdo al análisis de cuatro directrices básicas expuestas por José Luis Marín⁸¹ que son:

- a. Directriz de proximidad: se refiere al derecho que con mayores puntos se vincula con la situación, es decir aquel derecho se puede aplicar con una mayor previsibilidad a la situación;
- b. Directriz interés general: Se refiere a que se debe aplicar el derecho que en mayor parte pueda contemplar los intereses generales, es decir que en mayor cantidad prevea la protección de los derechos de las partes involucradas;
- c. Directriz autonomía de la voluntad: Se refiere a la jurisdicción que escojan la partes ya sea de mutuo acuerdo al momento de la presentación del incidente o porque ya se habría acordado previamente como lo es en el caso de la fijación de jurisdicción arbitral, de lo que se va a hablar a futuro;
- d. Directriz material: Se refiere a que el punto de conexión tiene que satisfacer el objetivo material del negocio jurídico, es decir que se verificará que el mismo se relacione directamente con el objeto;
- e. Directriz soberanía: esto se refiere directamente a la revisión del derecho del Estado donde se tiene que aplicar los puntos de conexión. Esto va a depender de los elementos legales que se encuentren en el ordenamiento jurídico del Estado.

Bajo este concepto entonces se tienen que considerar las leyes internas del Estado al igual que la existencia de acuerdos bilaterales o multilaterales que han sido firmados y

81 Marín, José. *Derecho internacional privado*. Universidad de Medellín, Medellín. 2014, p. 48.

reconocidos por el Estado, de manera que se pueda determinar la existencia de lagunas legales dentro de los ordenamientos jurídicos que se encuentran en conflictos legales.

Una vez que se analizan todos estos puntos, se tiene que proceder a un paso que es el de calificación, el cual es justamente relacionar el punto de conexión, con su categoría específicamente de acuerdo a lo que hemos mencionado anteriormente. Jose Luis Marín nos dice al respecto que:

En otras palabras, cuando se pretenda determinar cuál ley será la aplicable a una situación privada internacional dada, será preciso que esta última se subsuma en el supuesto de hecho de una norma de conflicto concreta. Por ello, el proceso de calificación consistirá en averiguar la naturaleza jurídica de la situación privada internacional de que se trate.⁸²

Así se va a proceder a identificar la situación en el supuesto de hecho que prevé la norma jurídica en conflicto. Esta clasificación se hace en base a los principios de la *lege fori* y de la *lege causae*, la primera refiriéndose a la ley del sitio, o mejor dicho al objetivo de la disposición legal del sitio donde se va a aplicar. Por último la *lege causae* se refiere básicamente a lo que la ley extranjera defina para este hecho jurídico.

De lo mencionado tenemos que comprender que existen muchas maneras para determinar que la ley aplicable es distinta cuando existen normativa en conflicto, tomando en cuenta que los accidentes aéreos son precisamente ejemplos de situaciones en las que distintos derechos chocan, no solamente en disposiciones, en los casos donde se acepta el Convenio de Varsovia y en los casos donde se firma el Convenio de Montreal, sino también dependiendo de la interpretación que cada Estado pueda dar a sus disposiciones legales.

Concentrándonos ahora en el caso de obtener protección de una jurisdicción más favorable, se puede utilizar los puntos de conexión para referirse a la nacionalidad de la aerolínea, quién a su vez como afectado (en el específico caso de responsabilidad por negligencia en un accidente por error no humano) puede repetir en contra del proveedor de

82 Marín, José. *Derecho internacional privado*. Universidad de Medellín, Medellín. 2014, p. 49.

servicios, en base a los contratos de prestación de servicios aeroportuarios, tales como los ground handling y los de mantenimiento.

Es precisamente estas consideraciones las que permiten que en base al principio de extraterritorialidad se pueda atar a otra jurisdicción, no solamente por la aerolínea como la responsable sino ya en el caso de que la misma pueda repetir en contra del verdadero responsable.

4.3. Fabricantes y responsabilidad

En el caso de los fabricantes, van a incluirse en este trabajo debido a que debemos entender la razón por la cual su relación contractual con una aerolínea, no va a tener relación con el caso en cuestión. Para esto tenemos en primer lugar las nacionalidades de los mismos, que en el caso de las aeronaves, poco se puede decir ya que nos debemos referir directamente a los que posteriormente adquieren la aeronave y al cumplimiento de los reglamentos y estipulaciones legales de las normativas en donde se establecen los parámetros de cumplimiento de las aerolíneas como por ejemplo los horarios de vuelo, itinerarios por cumplir y el mantenimiento que se tiene en los casos de arrendamiento de una aeronave.

Así mismo no podemos dejar de considerar que los puntos de conexión que atan a estos son en esencia personales, ya que son directamente relacionados con la persona en cuestión. Tanto como el domicilio y otros atributos de la personalidad, la personalidad ata a la persona a una jurisdicción bajo la que se encuentra protegido.

La doctrina nos expone en pocas palabras la importancia que tiene el régimen jurídico de un Estado en especial, y en este caso nos referimos al Estado del que es ciudadano la persona jurídica. Así José Corriente dice que “El vínculo de nacionalidad es a un tiempo instrumento y consecuencia del ejercicio de las competencias de los Estados sobre el

elemento población.⁸³ Justamente es esta relación directa y de carácter Estatal, la que nos permite que podamos vincular al responsable con una jurisdicción en particular.

Para esto es necesario que se pueda configurar la nacionalidad, antes de poder atarla. Por esta razón es necesario entender cómo se debe atar la nacionalidad a la persona y a la jurisdicción para ello se requiere el análisis de competencias. Para esto existen varios instrumentos que utiliza el derecho internacional privado, como lo es el reenvío. Sobre el cual vamos a hacer una breve referencia con el objetivo de entender el nuestro caso en particular, mas no vamos a ahondar en el análisis del mismo.

El reenvío es un mecanismo legal creado con la finalidad de lograr solucionar los conflictos legales que surjan de la aplicación de una norma en una relación jurídica internacional. Inicialmente se trata de la remisión que sucede por parte de una jurisdicción a otra, por conflicto de foro competente. Ocurre el reenvío entonces cuando un foro envía a un ordenamiento jurídico la totalidad de la aplicación de la ley nacional para poder lograr solucionar un conflicto.⁸⁴

La interrogante en el caso planteado en esta tesis es respecto de un contrato de transporte aéreo, relación que ata al afectado con la aerolínea, por lo que la responsabilidad directa del fabricante, va a ser consecuencia de otro tipo de contrato. De igual manera debido a las disposiciones del Convenio de Varsovia, el afectado reclamará ante la aerolínea en cualquier caso.

Pues efectivamente el pasajero, o persona natural afectada, ya sean los herederos de un difunto, tendrán que repetir en contra de la aerolínea. La persecución de una jurisdicción más favorable se realizará únicamente hacia la nacionalidad de la aerolínea, la legislación

83 Corriente, José. *La Nacionalidad de las Personas Físicas ante el Derecho Internacional*. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://dSPACE.unav.es/dSPACE/bitstream/10171/19873/1/ADI_I_1974_08.pdf el 25 de septiembre de 2014.

84 Pérez, Yvan. *El Reenvío como una técnica de solución de conflictos de leyes: Propuesta modificatoria del artículo 2048 del Código Civil Peruano*. Recuperado de http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2013/06/2013-I_Doctrina_Yvan_Pavel_Perez.pdf el 25 de septiembre de 2014.

aplicable en el destino internacional de una ruta o en el caso de que la jurisdicción sea más favorable, la de su propio país.

Ahora en lo que respecta a la relación contractual entre una aerolínea y los fabricantes, la posibilidad de elección de jurisdicciones más favorables se ve limitada, a dos opciones, no es elección del afectado ir a una instancia judicial, sino por un reclamo por parte de la aerolínea, donde aún más efectivamente se deberán aplicar los principios de derecho internacional privado.

En todo caso un juicio iniciado en contra de un fabricante, será específicamente por un incumplimiento contractual de las obligaciones que este tenía al momento de transferir una aeronave o de realizar el mantenimiento de la misma. Ocurre que en este caso será un litigio con base en la jurisdicción aeronáutica y civil, pero nacido de un contrato de servicios aéreos y no de un contrato de transporte aéreo. Estas repercusiones serían graves, ya que incluso existiría un incumplimiento de las regulaciones aeronáuticas internas que controlan el real mantenimiento, y existirá un respaldo nacional, de donde la aeronave opera, en este caso nos referiríamos a la base de operaciones de la aerolínea.

4.4. Métodos Alternos de Resolución de Controversias

En el mundo de la aviación civil, no existe una amplia aplicación de los regímenes de solución de controversias, debido a que generalmente el contrato de transporte aéreo se lo ejecuta en base a un estándar que se registra ante la aviación civil y que se encuentra protegido por la legislación internacional. Lo mismo sucede para los contratos entre aerolíneas y los ya varias veces mencionados, Acuerdos Comerciales.

Sin embargo existen casos como el de los acuerdos comerciales donde se pueden fijar como jurisdicción a un tribunal de arbitraje. Esto significa que no se puede pactar una jurisdicción arbitral en una relación, pasajero-transportador, ya que las condiciones del boleto aéreo, generalmente son estándar. Sin embargo, cuando exista un accidente por el pasajero

demandará a la aerolínea y si existe una falla en la ejecución de un contrato de mantenimiento, entonces la aerolínea podría repetir en una jurisdicción más favorable como sería en un caso de responsabilidad civil, que no nos compete analizar en el presente trabajo.

A pesar de lo mencionado es importante comprender que se puede pactar una cláusula arbitral entre la aerolínea y un cliente de carga, en un contrato específico, excluyendo esta posibilidad al transporte aéreo de pasajeros.

4.5. Nacionalidad del Afectado

De acuerdo a las regulaciones aeronáuticas existentes en el Convenio de Varsovia y de Montreal, adicionalmente a la legislación internacional y los principios de derecho internacional privado, es potestad del demandante escoger la jurisdicción que más le convenga y la nacionalidad en el derecho internacional es una de las disposiciones legales que le permiten atar a la jurisdicción.

En el caso en particular los herederos de la pasajera fallecida, tienen la oportunidad de escoger la jurisdicción española, para solicitar un reembolso, pero no necesariamente por la nacionalidad, sino más por el hecho de que la pasajera residía en dicho país. Así el artículo 116 de la Ley 48/1960 de España establece que el transportista es responsable del daño o perjuicio causado durante el transporte, por muerte, lesiones y en general cualquier tipo de pérdida y daño físico que sufra durante el transporte aéreo. Y se establece un resarcimiento por muerte, de tres millones quinientas mil pesetas, lo cual debe ser transformado a Euros. Lo cual nos da una buena posibilidad de resarcimiento.

Es posible de acuerdo a la legislación internacional de la que ha sido signatario el Estado español, solicitar que se aplique la jurisdicción del país del pasajero de conformidad al artículo 33 del Convenio de Montreal del cual es signatario el Estado español. Este artículo estipula lo siguiente:

Artículo 33. Jurisdicción.-

1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino.
2. Con respecto al daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, una acción podrá iniciarse ante uno de los tribunales mencionados en el párrafo 1° de este artículo, o en el territorio de un Estado Parte en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial.
3. Para los fines del párrafo 2°.
 - a) “Acuerdo comercial” significa un acuerdo, que no es un contrato de agencia, hecho entre transportistas y relativo a la provisión de sus servicios conjuntos de transporte aéreo de pasajeros;
 - b) “Residencia principal y permanente” significa la morada fija y permanente del pasajero en el momento del accidente. La nacionalidad del pasajero no será el factor determinante al respecto.
4. Las cuestiones de procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce el caso.⁸⁵

85 Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Montreal 1999. Ratificado por el Ecuador el 27 de junio de 2006 y entrado en vigencia para el Ecuador el 26 de agosto de 2006.

Entonces es claro que la nacionalidad va a vincular, siempre y cuando el pasajero afectado ha tenido o mantiene una residencia habitual en dicho país. Entonces a pesar de que por principios de derecho internacional, se podría utilizar la nacionalidad, que siempre va a proteger a sus ciudadanos, la residencia es la determinante en cuanto a lo que se trata directamente en este caso.

La Ley Aeronáutica Española en su artículo 121 tiene la misma característica descrita en el convenio de Varsovia de que en el caso de que exista dolo o intencionalidad no aplican los límites de responsabilidad, lo cual permite que se excedan los derechos por indemnizaciones.

4.6. Destino

El destino final en la ruta planteada en el caso que se está analizando se encuentra en Colombia. Así el convenio de Varsovia del cual es signatario Colombia se establecía en su artículo 28 que establece

[...]la acción de responsabilidad deberá suscitarse, a elección del demandante, en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, ya ante el tribunal del domicilio del porteador, del domicilio principal de su explotación o del lugar donde posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido ultimado el contrato, ya ante al tribunal del lugar de destino.⁸⁶

Esto brindaba la posibilidad directamente de elegir la jurisdicción en el país donde era el destino del contrato de transporte aéreo. Incluso en lo dispuesto por el Convenio de Montreal del cual también es signatario este país, en el artículo número 33 que fue citado anteriormente, establece la posibilidad de elegir la jurisdicción aplicable al lugar del destino cuando se menciona que “[...]Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a

⁸⁶ Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional Varsovia. Este convenio fue ratificado por el Ecuador el 1 de diciembre de 1969 y entró en vigencia para su legislación el 1 de marzo de 1970.

elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino”⁸⁷, por resarcimiento de daños y perjuicios.

En este caso como ya hemos mencionado anteriormente ocurrió la muerte de la pasajera, lo que obligatoriamente asocia a la aerolínea para realizar el resarcimiento por indemnización a los herederos del afectado. Si se inicia un procedimiento en Colombia por ley se tiene derecho al resarcimiento conforme a los límites de responsabilidad, sin embargo de acuerdo a la misma legislación de Varsovia en su artículo 22 se establece que se puede sobrepasar el límite de responsabilidad cuando se puede reprochar al dolo cuando menciona que “[...]por dolo o por faltas que con arreglo a la ley del tribunal que entiende en el asunto, se consideren como equivalentes a dolo[...]⁸⁸ o por “[...]dolo de uno de sus agentes obrando en ejercicio de sus funciones[...]⁸⁹.

Aún si nos referimos a la Convención de Montreal, el artículo 21 donde se describe los límites de responsabilidad en el caso de indemnización en caso de muerte o lesiones de los pasajeros, así se establece que siempre que ocurra este daño y que no exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, el transportista no puede excluir ni limitar su responsabilidad. De esta manera se establece un límite de responsabilidad que pretende proteger a la aerolínea, sin embargo, la legislación interna para la interpretación que es considerada por los países que tienen legislación interna vigente refleja que ciertas disposiciones de Montreal no son consideradas por los Estados para protección de los ciudadanos.

87 Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Montreal 1999. Ratificado por el Ecuador el 27 de junio de 2006 y entrado en vigencia para el Ecuador el 26 de agosto de 2006.

88 Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional Varsovia. Este convenio fue ratificado por el Ecuador el 1 de diciembre de 1969 y entró en vigencia para su legislación el 1 de marzo de 1970.

89 Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional Varsovia. Este convenio fue ratificado por el Ecuador el 1 de diciembre de 1969 y entró en vigencia para su legislación el 1 de marzo de 1970.

4.7. Elección de la Jurisdicción

Así limitándonos únicamente al caso en cuestión y al objeto de la presente tesis, podemos ver que las mismas legislaciones permiten que se pueda elegir una legislación donde iniciar un reclamo, y por tanto el afectado, podrá velar por sus mayores intereses a pesar de que por su estado como sujeto de derecho, lo protege bajo la legislación nacional.

Así, si el Estado al que pertenece el afectado, tiene una legislación limitativa para el resarcimiento de los derechos, ya sea por cuestiones económicas o simplemente porque la posibilidad de elección de jurisdicción se aproxima en mayor grado a sus intereses. Incluso de acuerdo a lo explicado a lo largo del desarrollo del presente trabajo, existen interpretaciones distintas por parte de cada corte de los estados, lo que da una amplia gama de posibilidades y doctrinas que toman los Estados para aplicar los tratados internacionales.

Así no solamente un juez puede considerar aplicar la legislación, en base a los principios civiles y procesales de su propio país, sino que también se encuentra facultado, por la legislación aeronáutica que específicamente da la posibilidad que este tipo de elecciones ocurra. Así para la hipótesis y el caso planteado, el mayor resarcimiento podría venir directamente de las disposiciones colombianas, cuestión que podía beneficiar en mayor situación a los herederos del afectado.

Generalmente cuando ocurrían estos casos, y la aerolínea veía que efectivamente se puede aplicar lo mencionado, entonces comúnmente se prefiere realizar un cálculo para llegar a un acuerdo extrajudicial por parte de la aerolínea y resarcir. Esto demuestra que efectivamente la aerolínea reconoce su responsabilidad en estos casos y por otro lado reconoce la posibilidad de elección del centro.

5. CONCLUSIONES

La pregunta planteada en el presente trabajo es si existe la posibilidad de que un pasajero elija una jurisdicción más favorable a sus intereses económicos en el caso de un accidente aéreo ocasionado por un error no humano. Después del análisis exhaustivo sobre los conceptos del derecho aeronáutico y las razones por las cuales se puede considerar al mismo como un derecho autónomo, pude determinar que mi hipótesis, mencionada en la introducción de la tesina, de que si es posible la elección de una jurisdicción más favorable para la indemnización por daños ocasionados en un accidente aéreo ocasionado por un error humano, es viable en base a las siguientes conclusiones.

Una vez que realicé el análisis correspondiente al problema planteado, pude determinar que gracias a las disposiciones del convenio de Varsovia, sus enmiendas y la legislación nacional de los países donde se va a sustentar el reclamo, se abre una gama de posibilidades al afectado para iniciar una demanda, la cual puede significar una mayor indemnización si su legislación nacional lo permite. En el caso específico analizado, tanto la legislación de Colombia como la de España permiten y consideran casos en los que se podría sobrepasar los límites de responsabilidad establecidos.

En el caso mencionado, la legislación colombiana, permite que exista una mayor indemnización, cuando ha existido dolo en el cometimiento del acto que causa un derecho de indemnización, o cuando la aerolínea no ha podido probar la inexistencia del mismo, lo cual extiende la responsabilidad. En este caso como mencionamos la carga de la prueba recae sobre la aerolínea por ser el prestador del servicio, razón por la cual cuando se presentan estos casos, generalmente las aerolíneas prefieren llegar a un arreglo económico.

De igual manera siguiendo los principios de derecho aeronáutico contemplados en la legislación nacional ecuatoriana, como en los convenios internacionales de aviación civil

mencionados ampliamente en la presente tesina, se puede solicitar una elección de la jurisdicción en base a la nacionalidad, destino y otros factores analizados en el capítulo 4.

Así, existen muchas maneras de elegir el sometimiento a una jurisdicción internacional para la mayor protección de los derechos, siempre que se cumpla con los requisitos que se han establecido en los últimos capítulos de esta tesis, ya sea por los conceptos del derecho aeronáutico como por los de responsabilidad civil, penal y demás conceptos que se deriven de la teoría del daño.

Por último es sumamente necesario considerar que este estudio se limita únicamente a los conceptos que rodean la responsabilidad contractual, nacida de un contrato de transporte aéreo de pasajeros. No relacioné esta tesis con los casos de transporte aéreo de carga, a pesar que para estos casos hay mayor posibilidad de extender los límites de responsabilidad.

De igual manera me limité a determinar la posibilidad legal en un caso hipotético, planteado, mas no consideré los aspectos de la prueba del juicio. Así pude determinar una situación, donde efectivamente se configuró la responsabilidad de la aerolínea a indemnizar al pasajero afectado. Una vez que se consideran estas premisas, únicamente queda la cuestión de determinar, bajo qué jurisdicción se puede lograr una mejor protección de los derechos e intereses del afectado, cuestión que se realiza con asesoría legal a los herederos del pasajero en el caso de muerte, posterior al accidente y que comúnmente conlleva a la propuesta de un acuerdo indemnizatorio.

Por otro lado el análisis realizado en los primeros capítulos de esta tesina, permite tener un mayor entendimiento del caso que se analizó y comprender las razones por las cuales en un inicio se consideró tan necesario el establecimiento de límites de responsabilidad para velar por los intereses de la aún joven y creciente actividad de transporte aéreo de pasajeros. Sin embargo los derechos humanos van tomando fuerza y se ve una tendencia de proteger los

derechos de las personas y sus intereses económicos a pesar de la modernización que se vio en el Convenio de Montreal donde se estipuló lo contrario.

Es así que por ejemplo, en Colombia los jueces tienden a aplicar el derecho civil y comercial cuando se presentan los casos de responsabilidad, no por contradecir el convenio de Montreal sino en aplicación del convenio de Varsovia, del cual se tomaron las primeras interpretaciones en las cortes colombianas. Así no solamente existe la posibilidad de exceder los límites de responsabilidad alegando la existencia de dolo, sino que incluso la legislación colombiana reconoce que este puede ser considerado no solamente, como la intención de ocasionar un daño, sino también por negligencia del responsable.

Siempre es necesario recordar que el cálculo de los montos que van a ser restituidos se realiza en base a lo que dispone el FMI, razón por la cual se calcula en un estándar de derechos especiales de giro, que posteriormente se verá convertido a la moneda local de la jurisdicción donde se realiza el reclamo, con lo que se pretendió estandarizar los montos de indemnización, sin embargo las costas procesales y demás cálculos, muchas veces varían dependiendo de las interpretaciones de los jueces por lo que se vuelve un tema que lejos de ser subjetivo, varía para cada jurisdicción.

Luego de haber estudiado todas las posibilidades, conceptos y limitaciones que nos brinda la aplicación del derecho aeronáutico, he llegado a la conclusión de que la jurisdicción ecuatoriana o internacional, efectivamente permite a los pasajeros que han sido afectados en el accidente aéreo de una aeronave, elegir una jurisdicción que más se apegue a sus intereses, respecto a la indemnización por daños.

Se comprende que estas disposiciones se deben a que, al ser la aviación civil una actividad de riesgo, el servicio de transporte aéreo debe ser proveído en base a un estándar de calidad, establecido en las regulaciones aeronáuticas internas, que no permita la negligencia

ni los errores en su ejecución. De esta manera se puede garantizar la provisión de un servicio seguro, que día a día va creciendo en su número de usuarios.

Finalmente, el objetivo del derecho aeronáutico es lograr proteger tanto la actividad de transporte aéreo, como a sus usuarios. En relación a la protección de sus usuarios, el derecho aeronáutico permite que la simple aplicación de las disposiciones de convenios internacionales, otorgue al pasajero afectado, la posibilidad de realizar sus reclamos en distintas jurisdicciones de acuerdo a sus propios intereses respecto a la indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Ambrosini, Antonio. *Istituzioni di Diritto Aeronautico*. Citado por Tapia Salinas, Luis. “Curso de Derecho Aeronáutico”. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980.
- Andreoli, Nicolás. *Concepto del Derecho Internacional Privado. Presupuestos. Objeto. Contenido. Conflictos de jurisdicción y conflictos de Leyes. Las Normas. Características. Estructura y Funcionamiento. Clasificación. Métodos de regulación del Derecho Internacional Privado. Autonomía científica. Codificación*. Universidad Notarial Argentina. 2010. Recuperado de http://www.unav.edu.ar/trabajos_alum/DCHO_INT_PRIV_%202010_ANDREOLI.pdf el 22 de septiembre de 2014.
- Boggiano, Antonio. *Curso de derecho Internacional Privado*. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 2000.
- Bogiatzis, Sthephen. *Transcript of Evidence*. 2005. Recuperado de http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Completed_Inquiries/jsct/8february2005/chapter5 el 11 de abril de 2014.
- Capalo, Griselda. *Daño ambiental y Derecho Aeronáutico*. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1997.
- Colombo, Carlos y Kiper, Claudio. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, La Ley, tomo III*. 2006.
- Corral, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2003.
- Corriente, José. *La Nacionalidad de las Personas Físicas ante el Derecho Internacional*. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19873/1/ADI_I_1974_08.pdf el 25 de septiembre de 2014.
- Cunningham, Mckay. *The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries?*. Recuperado de <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/cunningham.pdf> el 28 de Mayo de 2014.
- Cruz, Jorge. *La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales judiciales*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/950/12.pdf> el 26 de mayo de 2014.
- Donato, Marina. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998.

- Eleizalde, Javier. “Transporte aéreo de pasajeros, retraso, responsabilidad y daños”. *Liber amicorum en homenaje al profesor Ernesto Vásquez Rocha*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2008.
- Folchi, Mario. “La Responsabilidad Civil en el Transporte Aéreo, Nuevas Tendencias en la Reforma del Sistema de Varsovia”. *Primeras jornadas Académicas del Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico*. San José, Costa Rica. 1999.
- Folchi, Mario y Otros. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998.
- Jijón, Rodrigo. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. 2012.
- Kiper, Claudio. *Proceso de Daños*. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires.
- Larripa, César. *Responsabilidad Aeronáutica*. Recuperado de www2.kennedy.edu.ar/departamentos/derecho/articulos/responsabilidadaeronautica.pdf el 12 de abril de 2014.
- Mann, Richard y Roberts, Barry. *Essentials of Business Law and the legal environment*. Recuperado de <http://books.google.com.ec/books?id=sFFR3y510R0C&printsec=frontcover&dq=essentials+of+business+law+and+the+legal+environment&hl=en&sa=X&ei=wNhBVMLIGveCsQTTTrYHICw&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=essentials%20of%20business%20law%20and%20the%20legal%20environment&f=false> el 08 de marzo de 2014.
- Mapelli, Enrique. “La Reforma del Sistema de Varsovia. Actualización desde la Conferencia de 1999”. *Segundas Jornadas Académicas de Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico “Dr. Enrique Mapelli López”*. San José, Costa Rica. 2001.
- Mapelli, Enrique. “Consideraciones sobre el Código Compartido”. *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. 1998.
- Marín, José. *Derecho internacional privado*. Universidad de Medellín, Medellín. 2014.
- Martínez, Homero. *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional*. Aldus Editores. Quito. 1992.
- Mazeaud, Henri y León y Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, EJE. 1961.
- Meyer, Alex. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Editorial Atalaya, Buenos Aires. 1947.
- Miaja de la Muela, Adolfo. *Derecho Internacional privado, Tomo I*. Séptima Edición, Lope de Vega, Madrid. 1976.
- Pages, Hernán. *Proceso de Daños*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía.

- Parliament of Australia. *Montreal Convention on International Carriage by Air*. Regulation Impact Statement (RIS), para. 1.3. Recuperado de <http://www.aphref.aph.gov.au/house-committee-jsct-8february2005-report-chapter5.pdf> el 8 de marzo de 2014.
- Pérez, Yvan. *El Reenvío como una técnica de solución de conflictos de leyes: Propuesta modificatoria del artículo 2048 del Código Civil Peruano*. Recuperado de http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2013/06/2013-I_Doctrina_Yvan_Pavel_Perez.pdf el 25 de septiembre de 2014.
- Pettis, Christian. *Proceso de Daños, Tomo 2*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Presto de Gonzales, Alicia *et al.* *Los Acuerdos de Código Compartido*. Universidad Argentina de la Empresa – Asociación Latinoamericana del Derecho Aeronáutico. *El Código Compartido*. 1998.
- Rivera, Benjamín. “Daños en la superficie causados por aeronaves”. *Revista Aviación*, n.º 23, p. 17.
- Roberto López y Atilio Alterini. “Limitaciones a la reparación íntegra del daño”. *La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*. LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1995.
- Rodríguez, Felipe. *Lecciones de Derecho Aeronáutico para Ingeniero Aeronáutico y Mecánico Aeronáutico*. Recuperado de <http://www.feliperodriguez.com.ar/presentaciones/DERECHO%20AERONAUTICO.pdf> el 16 de abril 2014.
- Rois-Méndez, Ernesto. “La política de los cielos abiertos”. *Primeras Jornadas Académicas de Transporte Aéreo y Derecho Aeronáutico*. Editorial Asociación de Líneas Aéreas Internacionales, San José. 2000.
- Rossi, Edda *et al.* *Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico*. Publicado por Marcelo Nieto Di Biase en blog “Derecho Aeronáutico y Espacial”. Recuperado de <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> el 26 de mayo de 2014.
- Salgado, José María. *Proceso de Daños. Tomo 2*. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Sampaio, José. *Curso de Direito Privado da Navegacao*. Citado por Tapia Salinas, Luis. “Curso de Derecho Aeronáutico”. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980.
- Serrano, Fernando. *El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/966/5.pdf> el 26 de mayo de 2014.
- Tapia, Luis. *Curso de Derecho Aeronáutico*. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1980.

Texeiro, Haroldo. *Derecho Internacional Privado, Parte General*. Editorial Trillas, México D. F. 1987.

ULISES. *Vuela seguro: estadísticas de accidentes aéreos*. Recuperado de <http://blog.ulises.com/2009/10/vuela-seguro-estadisticas-de-accidentes-aereos/> el 02 de septiembre de 2014.

Uribe, Danilo. *Derecho Aeronáutico y Espacial en Colombia*. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/astronomia/images/pdf/confe8.pdf> el 25 de octubre de 2014.

Videla, Federico. *Derecho Aeronáutico*. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires. 1969.

Welch, Elizabeth. *Transcript of Evidence*, 7 March 2005, p. 7. Tomado de publicación del Parlamento de Australia. "Montreal Convention on International Carriage by Air". Recuperado de http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Completed_Inquiries/jsct/8february2005/chapter5 el 11 de abril de 2014,

Zeno, Charles. *Concepto del daño y su reparación*. Recuperado de http://www.derecho.inter.edu/inter/sites/default/files/profesores/charles_zeno_santiago/documentos/Concepto_del_Dano_y_su_Reparacion.pdf el 23 de marzo de 2014.

Legislación

Código Aeronáutico. Registro Oficial Suplemento 435 de 11 de Enero de 2007.

Código Aeronáutico. (Argentina). Ley 11.723. A-Z editora S.A., Buenos Aires. 2003.

Código Civil, Libro IV. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional Varsovia. 1969.

Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Montreal 1999.

Memorandum de Entendimiento para Servicios Aéreos entre las Emiratos Árabes Unidos y la República del Ecuador. Celebrado el 30 y 31 de mayo de 2006.

Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 3ra Argentina, Maluendez Guillermo F. y otro v. Mexicana de Aviación, 28 de junio de 2007. (Argentina).

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Registro Oficial Suplemento 319 de 01 de agosto de 2012.

The Supreme Court of New South Wales Court of Appeal. *Kotsambasis v. Sing. Airlines Ltd* (1997) 140 F.L.R. 318, 323 (Australia). Tomado el 11 de agosto de 2014 de http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct/1997/303.html (Australia).

U.S. Supreme Court. *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*. 499 U.S. 530. 1991. (Estados Unidos)

U.S. District Court for the Southern District of New York, *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.* 351 F. Supp. 702. 1972. (New York)