
La falta de operatividad de las convenciones por ausencia de reglamentación interna. El pago adelantado de indemnizaciones.

Autor: **Fabián Pablo Schinca**¹

SUMARIO: I. Introducción. – II. El convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Montreal, 28 de mayo de 1999) y los pagos adelantados de indemnizaciones. – III. *De lege ferenda*

RESUMEN

El Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Montreal, 28 de mayo de 1999), entre las novedades que introduce, establece para el caso de accidentes de aviación del que resulte la muerte o lesión de pasajeros, pagos adelantados a quien tenga derecho a reclamar la indemnización, sin demoras, para satisfacer sus necesidades económicas inmediatas, siempre que así lo exija una ley nacional. Agrega que esos pagos no constituirán un reconocimiento de responsabilidad y que podrán ser deducidos de toda cantidad pagada posteriormente como indemnización.

En este trabajo analizo el alcance de esa exigencia, con arreglo a normas internas e internacionales de derecho público y privado, y concluyo en que los pagos adelantados resultan plenamente operativos, siendo necesaria una regulación nacional que defina su alcance; cuyo proyecto postulo.

PALABRAS CLAVE

Convenio Montreal 1999 – pagos adelantados de indemnizaciones asistencia a víctimas y familiares – muerte o lesiones de pasajeros - accidentes de aviación

¹ * Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE) y en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA). Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial del Colegio de Abogados de San Isidro. fabianschinca@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

De los principios constitutivos del derecho aeronáutico², “la convención internacional ocupa un papel preponderante”³, en tanto les imprime a las legislaciones nacionales la uniformidad necesaria para que el transporte aéreo se desarrolle de modo eficiente, ordenado y seguro, a niveles internacionalmente aceptables.

La “identidad del hecho técnico exige que esas legislaciones posean un mínimo de uniformidad, porque de lo contrario la celeridad y el dinamismo que caracterizan al medio aéreo resultarían interferidos por normas y reglamentaciones de muy difícil cumplimiento eventual.”⁴

El Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944)⁵, norma sobre la cual se erige el derecho aeronáutico de los últimos 78 años, establece el compromiso de los Estados contratantes a colaborar en lograr el más alto grado de uniformidad en sus reglamentos, normas, procedimientos y organización relacionados con las aeronaves, personal, rutas aéreas y servicios auxiliares en todas las materias en que la uniformidad facilite y mejore la navegación aérea⁶.

A tal efecto, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)⁷ elabora normas, métodos recomendados⁸ y documentos de orientación. A la vez, promueve normas y acuerdos internacionales, tales como el que es objeto de este análisis.

II. EL CONVENIO PARA LA UNIFICACIÓN DE CIERTAS REGLAS PARA EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL (MONTREAL, 28 DE MAYO DE 1999) Y LOS PAGOS ADELANTADOS DE INDEMNIZACIONES.

II.1. Antecedentes

Sabido es que el derecho va tras los hechos y el derecho aeronáutico es un claro ejemplo de ello.

En efecto, hay uniformidad en reconocer como primer vuelo humano preconcebido al vuelo en globo aerostático sobre París en 1783; el que dio lugar a una ordenanza del prefecto general de la policía (del 23 de abril de 1784) que –entre otros aspectos-, prohibía las ascensiones en globo sin autorización previa para proteger los bienes de terceros, por el riesgo que representaban –en caso de caída- los mecheros y combustibles empleados para calentar el aire.

El otro hito relevante es el primer vuelo sostenido, controlado, propulsado y sin asistencia mecánica para el despegue, de un artefacto más pesado que el aire, por los hermanos Wright en Kitty Hawk, Carolina del Norte (Estados Unidos) en 1903; que motivó la primera conferencia internacional sobre la actividad aérea, en París (1910) que aunque no arrojó una norma sino un proyecto que –Primera Guerra Mundial mediante

² *Autonomía, dinamismo, reglamentarismo, internacionalidad, integralidad y politicidad.*

³ VIDELA ESCALADA, Federico “Derecho Aeronáutico” t° 1 (Buenos Aires: Zavalia, 1969), 75.

⁴ FOLCHI, Mario O. “Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil”, t° 2 (Buenos Aires: Astrea, 2015), 254.

⁵ Ratificado por la República argentina, ley 13891, B.O. del 15/12/1949.

⁶ Cf. su artículo 37.

⁷ Organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado para la aviación civil, con sede en Montreal (Canadá) que cuenta, a la fecha, con 193 estados miembros.

⁸ Las normas y métodos recomendados se desarrollan en la OACI en comisiones (hay 8) y son aprobadas por el Consejo (integrado por 36 estados miembros, entre los que se encuentra la República Argentina) y se sistematizan, por materia, en 19 anexos. La obligatoriedad de las normas resulta del compromiso asumido por cada estado al adherir o ratificar el Convenio de Chicago; el cual contempla la posibilidad de que un estado notifique sus diferencias con aquellas (informando de qué modo regula determinada cuestión o cuándo lo hará, cf. su artículo 38).

⁹ Ratificada por la República Argentina, ley 12152, B.O. del 7/5/1935.

(1914-1918)-, fue la base del primer convenio internacional de derecho público: el “Convenio relativo a la regulación de la navegación aérea” (París, 1919)⁹.

Este Convenio reconoce¹⁰ la soberanía completa y exclusiva de cada potencia (sustantivo acorde a la coyuntura en que fue aprobado) sobre el espacio atmosférico por encima de su territorio y aguas territoriales adyacentes; el derecho de paso inofensivo de las aeronaves de otros estados, en tiempos de paz; el derecho de los estados a establecer restricciones y prohibiciones por razones de seguridad pública, defensa nacional o mantenimiento del orden interno y regula cuestiones relacionadas con la nacionalidad, matrícula y certificación de las aeronaves, licencias del personal y radiocomunicaciones a bordo; reglas de vuelo y transportes prohibidos. También estableció la Comisión Internacional de Navegación Aérea que consecuencia de la dispar integración y votos entre los estados vencedores, vencidos y neutrales en la Primera Guerra, obstaron su labor; lo que fue paulatinamente adecuado con el tiempo.

En materia de derecho internacional privado, la primera conferencia sobre aviación tuvo lugar en París en 1925 y aunque –al igual que la de 1910- no concluyó en un convenio, sentó las bases para la unificación de las soluciones a los problemas jurídicos aeronáuticos en el ámbito del derecho privado y la creación del CITEJA (Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aeronáuticos, por su sigla en francés).

El CITEJA, en su tercera sesión (Madrid, 1928) presentó un “Anteproyecto de convención relativa a los documentos de transporte y a la responsabilidad del transportador en los transportes internacionales por aeronaves”; que fue motivo de una conferencia internacional convocada al efecto que se reunió en Varsovia (1929) y aprobó su versión final, la “Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional”¹¹.

II.2. El “Sistema de Varsovia”

El Convenio de Varsovia (1929) constituye “un hito en la historia no ya del derecho aeronáutico, sino del derecho internacional en general: fue el primer tratado internacional en establecer un régimen jurídico que centró su atención en la persona humana y no en los Estados como tales, y pese a la falta de antecedentes legales en el tema de responsabilidad aérea tuvo un éxito asombroso. Más de ciento cincuenta naciones lo han ratificado y al decir de un autor ‘ha devenido el tratado de derecho internacional privado más ampliamente adoptado en la historia de la humanidad’”¹².

Luongo reseña el contexto histórico en que dicho Convenio fue aprobado. El primer vuelo se había realizado 26 años antes; hacía 20 que se había cruzado por primera vez el Canal de la Mancha y apenas 2 que se había cruzado el océano Atlántico en solitario y sin escalas; “la aviación comercial era auténticamente una aventura peligrosa.”¹³

La convención procuró alcanzar un equilibrio entre el nuevo riesgo creado y cierta previsibilidad en las consecuencias de los infortunios, de modo que el desarrollo de la incipiente industria que ya evidenciaba sus beneficios no fuera afectado en caso de algún accidente, frecuentes entonces, que motivaran indemnizaciones que pusieran en riesgo el futuro del transportista involucrado que, por entonces, encontraba dificultades para que las aseguradoras le otorgaran cobertura¹⁴.

¹⁰ El verbo empleado “da a entender que la soberanía del espacio aéreo propio a ejercer por parte de cada Estado no es un derecho que le sea concedido por el Convenio, sino que es algo de naturaleza preexistente e independiente de la voluntad de los firmantes” - LUONGO, Norberto E. “Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo” (Buenos Aires: Ad Hoc, 2009), 46.

¹¹ Ratificada por la República Argentina, ley 14111, B.O. del 29/10/1951.

¹² LUONGO, op.cit., 52, con cita de Landry, James.

¹³ LUONGO, op.cit., 53.

¹⁴ Razón que motivó su incorporación al Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 1952), de muy escaso número de ratificaciones, entre ellas, por la República Argentina (ley 17404, B.O. del 1/9/1967).

Así fue como desarrolló un régimen singular de responsabilidad por daños causados en el transporte de tipo subjetiva, con inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima¹⁵ (estando a cargo del transportista acreditar la existencia de algún factor de liberación de responsabilidad) y con indemnizaciones limitadas a determinados montos, según el caso de lesiones, muerte, daños, pérdida o retraso del equipaje o carga; lo que confirió previsibilidad y uniformidad a la cuestión.

Con el paso del tiempo, debido a la insuficiencia de las indemnizaciones resultantes de la aplicación del Convenio comparadas con las que resultaban de aplicar las normas nacionales, el Convenio de Varsovia fue objeto de varias modificaciones, que elevaron los montos de las indemnizaciones (incluso, reemplazando la unidad de medida¹⁶); las que fueron integrando un plexo normativo conocido como “Sistema de Varsovia”.

Las sucesivas elevaciones de los montos indemnizatorios no superaron por completo los cuestionamientos; de modo tal que ciertos estados dejaron de aplicarlo, cuantificando las indemnizaciones conforme su derecho interno o alternativas tales como la “iniciativa japonesa”, los acuerdos Inter empresarios de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA, por su sigla en inglés) o la Resolución 2027/1997 de la Unión Europea.

Así fue como a instancias de la OACI, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada al efecto en Montreal, el 28 de mayo de 1999 se aprobó el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM99) que actualiza y consolida las normas del Sistema de Varsovia, por entonces dispersas en 8 convenios internacionales¹⁷.

II.3. Innovaciones introducidas por el convenio de Montreal, 1999 (CM99)

El alto nivel de adhesión alcanzado por este Convenio¹⁸ es consecuencia de las importantes innovaciones introducidas: suprime el límite a las indemnizaciones por daños a los pasajeros¹⁹; en caso de accidente del que resulte muerte o lesiones al pasajero, establece pagos adelantados a cuenta de la indemnización que posteriormente se determine²⁰; adopta los derechos especiales de giro (DEG) como unidad de medida²¹ y prevé la actualización periódica de los límites indemnizatorios²²; simplifica los requisitos de los documentos de transporte, dando lugar a los documentos electrónicos²³ y al transportista de hecho²⁴; amplía la jurisdicción para las reclamaciones²⁵; introduce el arbitraje (convenio mediante) para las controversias que versen sobre

¹⁵ LUONGO, *op.cit.*, 56.

¹⁶ Franco Poincaré (Varsovia, 1929), franco oro (Protocolo de La Haya, 1955 –ratificado por la República Argentina por la ley 17386, B.O. del 16/8/1967- y el Convenio complementario del Convenio de Varsovia, Guadalajara, 1961, no ratificado por nuestro país) y derechos especiales de giro (Protocolos adicionales 1, 2, 3 y 4 de Montreal, 1975, ratificado por la República Argentina por la ley 23556, B.O. del 12/7/1988).

¹⁷ Este Convenio entró en vigor en 4 de noviembre de 2003 (tras la 30° ratificación, conforme sus previsiones) y fue ratificado por la República Argentina mediante la ley 26.451, B.O. del 13/1/2009.

¹⁸ A la fecha, 139 de los 193 estados que integran la OACI.

¹⁹ El Convenio, en su artículo 21, introduce un sistema singular: responsabilidad objetiva del transportista con inversión de la carga de la prueba hasta determinado monto y por encima de este, la carga de la prueba incumbe al reclamante. Los límites indemnizatorios permanecen respecto a la carga, equipajes, retrasos.

²⁰ Sujeto a que la ley nacional así lo exija, sobre lo que abundo más adelante y es objeto de este análisis (v. su artículo 28).

²¹ Sus artículos 21 a 23.

²² Cada 5 años de acuerdo al índice de inflación promedio de los Estados cuyas monedas constituyen el DEG (cf. artículo 24); estas son: dólar estadounidense, euro, libra esterlina, yen y renminbi (yuan).

²³ E-ticket y E-airwaybill (e-AWB) o e-freight, impulsada por la IATA.

²⁴ Sus artículos 39 y 40.

²⁵ Su artículo 46.

el transporte de carga²⁶ y establece la obligatoriedad de los transportistas de contratar un seguro adecuado que cubra su responsabilidad²⁷.

Las novedades del CM99 impactan de diversas formas en el ordenamiento jurídico argentino.

La más sensible, el dispar régimen de responsabilidad por daños en el transporte; en el cual, el Código Aeronáutico (en adelante, CA)²⁸ -al no haberse actualizado- mantiene las directrices del Convenio de Varsovia (1929), consagrando la limitación de las indemnizaciones por los daños a los pasajeros, equipajes y carga y la exculpación del transportista solo en los casos en que acredite su debida diligencia²⁹. También difiere en esta materia la unidad de medida, en tanto ha adoptado el argentino oro³⁰, lo que -cual *rara avis* en la legislación nacional- mantiene actualizado, en forma periódica, los topes indemnizatorios. En cuanto a la obligatoriedad de la cobertura de riesgos, el Código -siguiendo al Convenio de Roma (1952)- la exige, aunque en términos reprochables³¹.

Propio del carácter formal que imprimió al contrato de transporte, la falta de expedición del billete de pasaje no perjudica su existencia ni validez, pero motiva la inaplicabilidad de los límites de las indemnizaciones³².

De las otras innovaciones, el transportista de hecho ya era reconocido por el CA³³ y el arbitraje -en tanto el propio CM99 establece la vía convencional para instrumentarlo- merece el mismo tratamiento que en nuestro derecho común³⁴

La ampliación de la jurisdicción, allende la territorialidad establecida por el CA, encuentra una solución semejante también en nuestra ley de fondo³⁵. Lo contrario ocurre en el caso de la última de las novedades apuntadas, los pagos anticipados de indemnizaciones; a lo que me refiero a continuación.

II.4. Los pagos adelantados de indemnizaciones

II.4.1. Aunque la responsabilidad en el contrato de transporte aéreo es objetiva, tanto la determinación de las indemnizaciones en favor de las víctimas o sus causahabientes como la acreditación de los eximentes o atenuantes de la responsabilidad del transportista requieren mucho tiempo -años-, tanto el reclamo se realice extrajudicial o judicialmente.

II.4.2. Para paliar esta situación, el CM99 establece que en caso de accidente del que resulte muerte o lesión del pasajero, *si lo exige su ley nacional*, el transportista hará pagos adelantados sin demora, a quien tenga derecho a reclamar indemnización, *a fin de satisfacer sus necesidades económicas inmediatas*. Estos

²⁶ Su artículo 34.

²⁷ Su artículo 50.

²⁸ Ley 17285, B.O. del 23/5/1967.

²⁹ Cf. artículo 142 CA.

³⁰ Creado por la ley 1130 del 3/11/1881, de unificación de la amonedación nacional y estableció su convertibilidad con la moneda nacional durante 30 años, con breves interrupciones ([https://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Moneda_Argentinos_Oro_1881_1896.asp#:~:text=En%201881%20se%20sancion%C3%B3%20la,Ingl%C3%A9s%20\(99%2C12%25,acceso%207/12/2022\)](https://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Moneda_Argentinos_Oro_1881_1896.asp#:~:text=En%201881%20se%20sancion%C3%B3%20la,Ingl%C3%A9s%20(99%2C12%25,acceso%207/12/2022))). Aunque dejó de acuñarse, constituye reserva de valor y el Banco Central de la República Argentina actualiza su cotización trimestralmente. A la fecha un argentino oro equivale a \$57.468,42 (4to trimestre 2022, cf. https://www.bcra.gob.ar/publicacionesestadisticas/cotizacion_argentino_oro.asp, acceso 7/12/2022).

³¹ El monto de la cobertura se relaciona con el peso de la aeronave (v. art. 160 CA) en lugar de la entidad del daño.

³² Cf. artículo 114 CA.

³³ Su artículo 153, segundo párrafo.

³⁴ Cf. artículo 1649 y ss del Código Civil y Comercial (CCC).

³⁵ Cf. artículo 2656 inciso b), CCC.

pagos no constituirán un reconocimiento de responsabilidad y podrán ser deducidos de toda cantidad que posteriormente se determine como indemnización³⁶.

Pocas líneas encierran muchas cuestiones:

La ocurrencia de muerte o lesión al pasajero en caso de accidente³⁷;

La exigencia del pago anticipado por una ley del estado del transportista;

Su destino es satisfacer necesidades económicas inmediatas³⁸;

No supone responsabilidad del transportista y

Podrá ser deducido de la indemnización que se establezca³⁹.

De las expuestas, me limito a la que se relaciona con la cuestión motivo de este análisis; esto es, la exigencia de una ley nacional que exija a los transportistas de bandera argentina realizar estos pagos adelantados.

II.4.3. En cuanto al carácter de la ley nacional exigida por el Convenio, entiendo que la referencia es a una ley en sentido material por cuanto, en tanto Estado soberano, resultaría inadmisibles que un tratado exija un tipo de norma interna determinada para que sus previsiones resulten plenamente operativas.

A propósito, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁴⁰ consagra como regla de interpretación que “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”⁴¹; extremo que no surge de la CM99.

II.4.4. A poco menos de 10 años de la entrada en vigencia del CM99⁴² y frente a la ausencia de la norma nacional exigida respecto a los pagos adelantados, me propongo analizar si tal carencia a efectos de la su operatividad.

Adelanto cuatro escenarios que pueden concurrir en caso de que un accidente de lugar a los pagos en cuestión: 1) el cumplimiento voluntario de aquellos por parte de la aseguradora del transportista; 2) a través de la respuesta que brinda el CA, 3) por la “permeabilidad” al derecho internacional por nuestro derecho interno a partir de la reforma a la Constitución Nacional de 1994 y 4) mediante una medida autosatisfactiva.

II.4.5. El primer supuesto, del cumplimiento voluntario del asegurador, es el que menor interés reviste para este análisis y no merece mayor referencia a que “esta obligación indemnizatoria, es ampliamente reconocida por el mundo asegurador, el que contempla entre sus prácticas habituales la entrega a los damnificados de sumas con virtualidad suficiente para atender a sus exigencias inmediatas⁴³ y que responde a la

³⁶ Cf. su artículo 28.

³⁷ Viene al caso señalar que el daño resarcible es más amplio en derecho interno que en el internacional, sea bajo el Sistema de Varsovia o la CM99 (v. artículos 139 CA y 1 de la resolución MEyOySP n° 1532/1998).

³⁸ Su cuantificación dependerá de las condiciones personales de cada víctima por cuanto las “necesidades económicas” varían según la subjetividad de cada damnificado. El Reglamento (CE) n° 889/2002 regula el concepto de “sin demora” fijando el plazo de 15 días a partir del accidente y el monto máximo de estos pagos, fijándolo en el equivalente a los 16.000 DEG (su artículo 1 inciso 10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0889&from=ES>, acceso 7/12/2022).

³⁹ De lo que se infiere que podrían dar derecho a reembolso.

⁴⁰ Ratificado por la República Argentina, ley 19865, B.O. del 11/1/1973.

⁴¹ Cf. su artículo 31 punto 4.

⁴² Considerando la fecha en que se realizó el depósito del instrumento de ratificación ante la OACI (cf. artículo 53 inciso 5, CM99).

⁴³ COSENTINO, Eduardo T. “La Convención de Montreal de 1999 y su tratamiento en la Unión Europea y América Latina”, ponencia en las XXXV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial,

Resolución n° 2 del Acta Final de la Conferencia Diplomática que aprobó la CM99 que “insta a los transportistas a hacer pagos adelantados sin demora, en función de las necesidades económicas inmediatas de las familias de las víctimas o sobrevivientes de accidentes aéreos y alienta a los Estados Partes del nuevo tratado a tomar las medidas apropiadas en sus legislaciones, para promover esa actitud de los transportistas.”⁴⁴

Consecuencia del accidente de LAPA en el Aeroparque “Jorge Newbery” (31 de agosto de 1999), aun no estando vigente el CM99 ni norma positiva alguna, “los reaseguradores resolvieron frente a los reclamos formulados, otorgar ‘pagos anticipados’ para cubrir las necesidades más imperiosas de los lesionados, o de los herederos de los pasajeros fallecidos”⁴⁵; precedente sobre el que abundo a continuación.

II.4.6. El segundo supuesto radica en analizar si el CA permite, de algún modo, tornar exigibles los pagos adelantados y entiendo que, a través de su artículo 2⁴⁶, encuentra respuesta favorable.

En tal sentido resulta oportuno reparar en que el artículo no establece una pauta de interpretación sino de resolución⁴⁷, indicando al juzgador el modo de resolver la cuestión no prevista en el código.

Toda vez que el CA en materia de responsabilidad por daños en el transporte sigue los lineamientos del Convenio de Varsovia, pero adoptando una unidad de medida nacional⁴⁸, está claro que carece de previsiones sobre pagos adelantados los que –como ya señalé– constituyen una de las novedades del CM99; de modo que, siguiendo las directrices del artículo 2, buscaré una solución.

Cabe entonces analizar si puede estarlo en los principios generales del derecho aeronáutico; construcción doctrinaria por cuanto el CA no los establece y en los que existe unanimidad en que la internacionalidad, a través de la uniformidad o armonización normativa, forma parte de ellos⁴⁹.

Aquí radica el punto de conexión entre el CA y el CM99 en cuanto la pertinencia de los pagos adelantados, pero resta develar la exigencia de una ley nacional para su admisibilidad.

Así y siguiendo el orden fijado por el artículo 2 corresponde reparar en los usos y costumbres de la actividad aérea.

Como señalé en el punto anterior, los pagos adelantados a las víctimas y sus causahabientes (aún con distintas denominaciones más con idénticos efectos), constituyen una práctica de los aseguradores en siniestros aeronáuticos de magnitud⁵⁰ y algunos estados ya los han incorporado a su derecho interno⁵¹.

Río de Janeiro, Brasil 26, 27 y 28/10/2005 (Buenos Aires, 30/1/2013, pág. 8, <https://cedaeonline.com.ar/2013/01/30/la-convencion-de-montreal-de-1999-y-su-tratamiento-en-la-union-europea-y-america-latina>).

⁴⁴ FOLCHI, *op.cit.*, t° 2, 270.

⁴⁵ COSENTINO, “El proceso de compensación del damnificado. El mecanismo de pagos adelantados. El doble sistema indemnizatorio. Proceso de integración con las causales exonerativas de responsabilidad”, Seminario relativo al Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de Montreal de 1999, Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 7/5/2009 (Buenos Aires, 24/9/2009, pág. 3, <https://derechoaeroespacial.org/cont documentos/ cursos/ D42.pdf>)

⁴⁶ Dice que: “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, teniendo en consideración las circunstancias del caso...”.

⁴⁷ A diferencia de los artículos 2 del derogado Código Civil y del Código Civil y Comercial.

⁴⁸ V. nota 30.

⁴⁹ VIDELA ESCALADA, *op.cit.*, 40; FOLCHI, *op.cit.*, t° 1, 39; RODRÍGUEZ JURADO, Agustín “Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico” t° I (Buenos Aires: Depalma, 1986), 5.

⁵⁰ COSENTINO, v. notas 43 y 45.

⁵¹ Reglamento (CE) n° 889/2002, ya citado, ley de aviación civil de Guatemala (decreto n° 93/2000, su artículo 94, <https://guatemala.justia.com/nacionales/leyes/ decreto-no-93-2000-dec-18-2000/gdoc/>, acceso 6/12/2022), ley de aeronáutica civil de Perú (27.261, su artículo 116.2, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/>

¿Resulta suficiente la costumbre y el derecho comparado para superar la exigencia de una ley nacional establecida por el CM99?

En virtud de la doctrina de los propios actos⁵², receptada por el Código Civil y Comercial⁵³, considero que no hay duda de que a aquél asegurador que realizó pagos anticipados en un infortunio le resultaría exigible que también lo haga ante la ocurrencia de otro, en tanto concurren circunstancias semejantes.

Para con el resto, estimo de interés buscar la respuesta en ciertas previsiones de la Convención de Viena ya aludida: la inoponibilidad del derecho interno para excusar el incumplimiento de un tratado⁵⁴; que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe⁵⁵ y que la República Argentina, en el instrumento de adhesión al CM99, efectuó como reserva⁵⁶ una “declaración interpretativa” del alcance de la expresión “lesión corporal” contenida en el artículo 17. *Contrario sensu*, si los pagos adelantados habrían de ser rechazados o condicionados por nuestro derecho interno, la reserva formulada tendría que haberlos incluido.

II.4.7. Abona lo expuesto otro de los principios constitutivos del derecho aeronáutico, la integralidad, en la que confluyen normas de derecho público y privado, que impone cerrar este análisis desde una “perspectiva constitucional”.

Resultando ocioso para el propósito de este análisis discurrir en que “la relación entre derecho internacional y derecho interno, en orden al tema de las fuentes da lugar a dos posturas fundamentales: el monismo y el dualismo”⁵⁷, en tanto el CM99 fue ratificado por la ley 26451, por imperio del artículo 75 inciso 22), primer párrafo *in fine*, de la Constitución Nacional –en mi opinión–, la ratificación del Convención –con la sola reserva señalada anteriormente–, tornó operativos los pagos anticipados; resultando conveniente su reglamentación para la unificación o armonización con las legislaciones extranjeras.

Considero que la solución que postulo conecta con la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Ekmedjian”⁵⁸, donde precisó que “la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contaria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”.

Feldstein de Cárdenas explica que “en este caso, no existía norma legal que contradijera las disposiciones de un tratado, sino ausencia de norma que reglamentara un derecho cuyo reconocimiento y respeto había asumido el Estado por la citada Convención, por cuanto la CSJN parte del análisis de si dicha dispo-

document/file/474863/Ley_de_Aeronautica_Civil_27261.pdf, acceso 6/12/2022) y decreto legislativo n° 4/2009 de Cabo Verde (su artículo 214.1, <https://www.aac.cv/documentos/legislative-decree-no42009-of-september-7-amending-legislative-decree-no-12001-of-august-20>, acceso 6/7/2022).

⁵² Resulta “inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

⁵³ Su artículo 1067.

⁵⁴ Su artículo 27.

⁵⁵ Su artículo 26.

⁵⁶ Cf. sus artículos 19, 21 y 23.

⁵⁷ “El monismo afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe unidad de orden jurídico y, por ende, unidad en el sistema de fuentes. Las fuentes del derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno. El dualismo afirma que hay dualidad de órdenes jurídicos, e incomunicación entre ambos. Cada uno posee su propio sistema de fuentes, con lo que las fuentes del derecho internacional no funcionan directamente como fuentes del derecho interno. Para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta que una fuente interna dé recepción al derecho internacional. La fuente de derecho interno hace de colador o filtro para dejar pasar al derecho internacional, y en ese tránsito produce la novación o conversión del derecho internacional en derecho interno.” (BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, t° I (Buenos Aires: Ediar, 1996), 285.

⁵⁸ “Recurso de hecho: Ekmedjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros” del 7/7/1992 en Fallos 315:1492.

sición resulta operativa o programática.”; dando cuenta que “se consagra la superioridad jerárquica del tratado internacional por encima de la ley interna, es decir, el legislador adhiere a la teoría del monismo con supremacía relativa del derecho internacional, estableciendo que el tratado se encuentra en una situación infraconstitucional aunque supralegal.”⁵⁹

Por todo lo expuesto soy de opinión que los pagos adelantados establecidos por el artículo 28 del CM99 se encuentran operativos, resultando conveniente la regulación de sus aspectos programáticos⁶⁰.

II.4.8. Resuelto el planteo inicial, cabe ahora tratar la acción para exigir su cumplimiento y coincido con Bianchi⁶¹ y Romualdi⁶² en la procedencia de las medidas autosatisfactivas al efecto; sin soslayar que constituyen una creación pretoriana de naturaleza procesal, que la doctrina mayoritaria las auspicia⁶³ y que en nuestro país solamente ha sido incorporada a los códigos de procedimientos de 7 provincias⁶⁴.

Se las define como “aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, sin ser, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”⁶⁵.

De acuerdo con los códigos de procedimiento que las han incorporado (que, con matices, receptan la doctrina y jurisprudencia mayoritaria) requieren probabilidad (y no simple) verosimilitud del derecho invocado; peligro en la demora; perjuicio irreparable y contracautela⁶⁶. En el proyecto de reforma al código de la Nación (2019)⁶⁷ se requiere tal grado de urgencia en la obtención de la medida que, de no ser adoptada de inmediato, causará al peticionante la frustración del derecho y daño irreparable; que la prueba brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos y no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria y el otorgamiento de contracautela, si esta tutela de urgencia importare un desplazamiento de derechos patrimoniales.

Siguiendo a Morello: “si el juez adquiere en los estudios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior, ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después”⁶⁸.

⁵⁹ V. nota 1.

⁶⁰ Por ejemplo, legitimados activos y pasivos, oportunidad, montos mínimos y plazos máximos, procedimiento, recursos y sanciones en caso de incumplimiento, por citar solo los que estimo más relevantes.

⁶¹ BIANCHI, Juan Manuel Jorge “La operatividad del art. 28 del Convenio de Montreal de 1999 en el derecho positivo argentino”, *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico* n° 27 (Buenos Aires, octubre 2015, <https://www.rlada.com/pop.php?option=articulo&Hash=00d88e6f2be91da8e5423e539cb9178d>).

⁶² ROMUALDI, Emilio E. “Pago inmediato de ciertos daños derivados de la deficiente prestación del contrato de transporte”, citado por Bianchi en la nota anterior.

⁶³ A favor: Jorge W. PEYRANO, Roland ARAZI, Roberto O. BERIZONCE, Mabel DE LOS SANTOS, Augusto M. MORELLO, Mario E. KAMINKER, entre otros. En contra: Adolfo ALVARADO VELLOSO.

⁶⁴ Chaco, Formosa, Santiago del Estero, San Juan, La Pampa, Corrientes y Santa Fe (sólo para casos de violencia familiar).

⁶⁵ PEYRANO, Jorge W. “Medidas Autosatisfactivas” (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999), 13.

⁶⁶ Cf. artículo 232 bis de la ley 5745 (Corrientes, <https://hcdcorrientes.gov.ar/leyes-diputados/Ley5745.pdf>, acceso 7/12/2022); 305 de la ley 1828 (La Pampa, https://justicia.lapampa.gob.ar/images/Biblioteca/C%C3%93DIGO_PROCESAL_CIVIL_Y_COMERCIAL_de_La_Pampa.pdf, acceso 7/12/2022); 242 de la ley 988 (San Juan, https://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_san_juan/242.htm, acceso 7/12/2022); 232 bis de la ley 1445 (Formosa, https://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_formosa/232%20bis.htm, acceso 7/12/2022).

⁶⁷ Cf. sus artículos 438 y 439 (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2661>, acceso 6/12/2022).

⁶⁸ MORELLO, Augusto M. “Anticipación de la tutela” (Buenos Aires: Platense, 1996), 9/10.

A todo evento, su ausencia de regulación expresa en las normas rituales no resulta óbice para su aplicación por imperio de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional⁶⁹.

II.5. Conclusión

En orden a todo lo expuesto, entiendo que los pagos anticipados de indemnizaciones a víctimas de accidentes de aviación y a sus causahabientes, establecido en el artículo 28 del CM99 a fin de satisfacer sus necesidades económicas inmediatas, resulta plenamente operativo.

En consecuencia, encontrándose el derecho al cobro reconocido expresamente en la CM99, su legitimado cuenta ya no con verosimilitud ni probabilidad, sino con certeza de aquél; llenando plenamente el requisito del derecho sustancial relativo a su admisibilidad.

En cuanto a que el peligro en la demora importe un perjuicio irreparable o que la tutela sea imprescindible para evitar la frustración del derecho, supuesto de hecho, se impone a estar a que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño⁷⁰ y en esta cuestión, el derecho más que verosímil resulta cierto.

Respecto a la vía procesal para su ejercicio, por todo lo expuesto, la medida autosatisfactiva se presenta con la más eficiente.

III. DE LEGE FERENDA

III.1. Lo expuesto hasta aquí permite dar respuesta a la operatividad de los pagos anticipados pero no a su alcance, resultando menester su regulación; aspecto que –entiendo– ha sido el propósito del CM99, de modo a que cada Estado regule, conforme a su derecho interno sus aspectos programáticos, esto es: legitimados, oportunidad, cuantía, procedimiento, sanciones para casos de incumplimiento y reembolso, sin agotar su enunciación.

Cabe referir que –en mi opinión– ninguno de los últimos proyectos de reforma al Código Aeronáutico desarrolla la cuestión de modo integral ni acabado; en tanto han soslayado varios de los extremos apuntados en el párrafo anterior⁷¹.

A tal fin, analizando el derecho comparado y las normas y métodos recomendados del Anexo 9 – Facilitación al Convenio de Chicago⁷², postulo el siguiente texto:

⁶⁹ “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley...”.

⁷⁰ SCJ de Buenos Aires, “Asociación Civil Ambiente Sur c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Acción de amparo”, B 65269 RSI-375-03-I del 19/3/2002, Juba sumario B4001963; Capel.CC 2ª La Plata, sala I, “Zanini, Juan Carlos c/ Zanini, Cristina Susana s/ Cobro sumario sumas dinero”, 105633 RSI-233-5-I del 27/10/2005, Juba B255895; entre otros).

⁷¹ El Proyecto de Griselda CAPALDO, en su artículo 338, recepta al artículo 28 del CM99 sin regular ningún aspecto relacionado a estos pagos (Proyecto ICAO-ARG/07/803, Buenos Aires, 3/12/2010, <https://cedaeon.line.com.ar/wp-content/uploads/2013/06/proyecto-cc3b3digo-aeronc3a1utico.pdf>); el de Mario FOLCHI trata la cuestión en su artículo 323, también en términos semejantes al Convenio incorporando, exclusivamente, “un lapso no mayor de tres meses de ocurrido el accidente” para realizar el pago (<https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Proy.CA%20Folchi.pdf>).

⁷² “Los Estados contratantes deberán establecer legislación, reglamentación y/o políticas en materia de asistencia a las víctimas de accidentes de aviación y sus familiares” (Capítulo 8, párrafo 8.47) y su método recomendado: “Los Estados contratantes deberían asegurarse de que cada explotador de aeronave o aeropuerto, según corresponda, elaboren planes adecuados para prestar asistencia oportuna y efectiva a las víctimas de accidentes de aviación y sus familiares”.

“Pagos anticipados: Cuando de un accidente de aviación resulte la muerte o lesión de algún pasajero, el explotador y su asegurador, en forma solidaria, harán pagos adelantados a las víctimas o sus causahabientes, dentro de los 3 (tres) meses de la fecha del accidente. En el supuesto en que no hubiera noticia de la aeronave en vuelo luego de las 24 horas del horario programado para su arribo a destino, al solo efecto de esta previsión, se considerará dicha oportunidad como fecha del accidente. Los pagos adelantados estarán destinados a atender las necesidades económicas inmediatas, exclusivamente y no superarán el equivalente en moneda de curso legal a los 100 (cien) argentinos oro al momento del efectivo pago.

Los pagos adelantados no constituyen un reconocimiento de responsabilidad y podrán ser deducidos de toda cantidad o indemnización que posteriormente se establezca a cargo del explotador por causa del accidente; dando lugar, en su caso, al derecho a reembolso.

Legitimación: Se encuentran legitimados a reclamar estos pagos, además de la víctima, sus causahabientes; sin necesidad de declaración ni reconocimiento judicial alguno al efecto. En ausencia de documentación que permita acreditar el carácter invocado de modo inequívoco, quien realice el pago podrá requerir contracautela o garantía suficiente.

Procedimiento: Los pagos anticipados podrán ser acordados en forma privada entre los interesados, resultando estas previsiones pautas mínimas indisponibles. Toda controversia al respecto tramitará por el procedimiento de conocimiento más abreviado de la jurisdicción por ante la cual tramite, sin mediación prejudicial obligatoria y con beneficio de litigar sin gastos de pleno derecho en favor de la víctima o sus causahabientes.

Sanción por incumplimiento: En caso de que el explotador o asegurador demore el pago anticipado sin causa justificada, será sancionado con una multa a establecer judicialmente entre el 5 y el 10% del monto abonado, convenido o determinado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.”

III.2. Apenas unas aclaraciones al respecto.

El texto propuesto procura armonizar con el texto del Código Aeronáutico y el de otros cuerpos normativos nacionales.

III.2.1. Así, alude al transportista como explotador y establece la cuantía de los pagos anticipados en argentinos oro.

III.2.2. Como legitimado pasivo, además del transportista se incluye al asegurador en forma solidaria, puesto que es el que –de ordinario– abona las indemnizaciones en virtud de la cobertura de riesgos impuesta por los artículos 191 a 193 del CA.

En los legitimados activos empleo la conjunción disyuntiva o frente al supuesto, harto probable, de que la víctima (agonizante, internada o con su capacidad disminuida consecuencia del accidente) se encuentre impedida de reclamar los pagos anticipados que se establecen en su beneficio.

En cuanto al concepto de causahabientes, entiendo que cabe tener por tales a los quienes nuestro ordenamiento jurídico les confiere derechos por causa de fallecimiento. Coherente con la finalidad asistencial de los pagos anticipados, se aclara que basta acreditar el carácter de causahabiente “sin necesidad de declaración ni reconocimiento judicial alguno”; esto es, resulta suficiente la partida correspondiente⁷³, sin que resulte necesario a tal efecto la declaratoria de herederos ni constancia alguna del juicio sucesorio de la víctima, aunque –claro está– con estos elementos puede superarse la incertidumbre motivo de la contracautela o garantía; lo cual también permitiría disuadir a quien careciendo de legitimación procurare un provecho indebido.

III.2.3. Por ello, de mediar incertidumbre acerca de la legitimación activa del causahabiente, quien realice el pago podrá requerir contracautela (si el pago hubiera de hacerse en una actuación judicial) o garantía suficiente (vgr. un seguro de caución, en el caso que el pago fuera consecuencia de un acuerdo privado).

⁷³ Cf. artículos. 96, 511 y 512 CCC.

Además, en orden a que los pagos anticipados constituyen un pago a cuenta en la expectativa de la indemnización que habría de establecerse a favor de la víctima o sus causahabientes⁷⁴, podría darse el supuesto que, por la entidad de las lesiones, la indemnización que se determine en definitiva sea inferior al monto de los pagos anticipados recibidos; lo que daría lugar al reembolso de lo pagado en exceso y en su caso, la ejecución de la contracautela o caución.

III.2.4. Considerando que en ciertos accidentes la determinación de la fecha de su ocurrencia es resultado de largos procesos (administrativos y/o judiciales), en orden a que la finalidad asistencial de los pagos adelantados requiere una reglamentación que facilite su ejecución, a ese solo efecto, se propone una fecha de accidente presunta establecida, atinadamente y con exceso, a las 24 horas de la fecha programada para el arribo a destino.

III.2.5. Se establece que la conversión de los argentinos oro a la moneda de curso legal se hará “al momento del efectivo pago” para superar las controversias, motivadas en las fluctuaciones en su cotización⁷⁵, entre la fecha del accidente (como establece el CA) y la de su efectivo pago.

III.2.6. Aunque ocioso, se indica que los pagos anticipados pueden ser objeto de un acuerdo entre los interesados, los que también deben observar los requisitos establecidos en la reglamentación, cuyos plazos (3 meses contados desde la fecha del accidente) son máximos y los montos (equivalente en moneda de curso legal a 100 argentinos oro) son mínimos y en ambos casos, indisponibles.

III.2.7. Acorde a las razones de necesidad y humanitarias que lo inspiran, corresponde que las controversias que surjan al respecto se sustancien por el procedimiento más expeditivo previsto en la jurisdicción a la que se sometan.

Coherente con ello, postulo que la mediación prejudicial resulte facultativa y consecuente con la naturaleza tuitiva de estos pagos, se establece el beneficio de litigar sin gastos de pleno derecho⁷⁶, para garantizar el efectivo acceso a la jurisdicción de la víctima o sus causahabientes.

III.2.8. Finalmente, dado que toda regulación sin sanción es recomendación, postulo también la sanción de multa para casos de incumplimiento o cumplimiento extemporáneo de la obligación; la cual se establecerá judicialmente y en proporción al monto del pago adelantado que se hubiera abonado, convenido (en acuerdo privado) o determinado (judicialmente y pasado en autoridad de cosa juzgada).

III.3. Sobre el instrumento normativo que incorpore esta reglamentación, algunos aspectos⁷⁷ merecerían ser incorporados mediante una ley formal para evitar toda controversia acerca de la facultad reglamentaria de la autoridad aeronáutica nacional⁷⁸.

Sin desconocer lo opinable de la cuestión, entiendo que el reglamentarismo constitutivo del derecho aeronáutico y lo normado por el artículo 2 incisos 1) y 14) del decreto n° 1770/2007⁷⁹, dan andamiaje suficiente para reconocer en la ANAC competencia para aprobar esta regulación.

BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar, 1996

⁷⁴ Habida cuenta que el artículo 20 del CM99 contempla excusas absolutorias, totales o parciales.

⁷⁵ Cada cuatrimestre el BCRA actualiza la cotización del argentino oro.

⁷⁶ Considero adecuada esta expresión en lugar de “beneficio de justicia gratuita” utilizado en la ley 24240 ya que, en rigor, no hay gratuidad sino transferencia de costos.

⁷⁷ La solidaridad del transportista y su asegurador y el establecimiento de una multa por mora o incumplimiento.

⁷⁸ La Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC, cf. decreto n° 239/2007, artículo 1, B.O. del 19/3/2007).

⁷⁹ B.O. del 3/12/2007.

- Folchi Mario O. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires: Astrea, 2015
- Luongo Norberto E. *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009
- Morello, Augusto M. *Anticipación de la tutela*, Buenos Aires: Platense, 1996
- Peyrano, Jorge W. *Medidas Autosatisfactivas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999
- Rodríguez Jurado Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico 2da. ed.*, Buenos Aires: Depalma, 1986
- Videla Escalada, Federico N. *“Derecho Aeronáutico”*, Buenos Aires: Zavalía, 1969.