

ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL DE MERCANCIAS

*José Vicente Guzmán E.**

1. Advertencia

El objetivo del presente artículo es brindar una visión general sobre los aspectos más importantes que deben tenerse en cuenta al contratar el transporte de mercancías por vía aérea en un trayecto internacional. No se pretende con este escrito hacer una exposición detallada y profunda del contrato de transporte aéreo internacional de cosas, ni debatir sobre algunas de las controversias jurídicas que existen acerca de su celebración y su ejecución. El artículo será de utilidad para los empresarios que durante su actividad contratan el transporte Internacional de bienes por vía aérea y para los abogados y estudiantes neófitos en la materia que busquen una introducción al tema.

2. El Concepto de Transporte internacional

Trataremos el contrato de transporte aéreo Internacional de mercancías. Por lo tanto, los comentarios aquí contenidos no resultan aplicables al transporte aéreo de pasajeros. Por tratarse de un transporte internacional, es preciso averiguar, en primer lugar, cuál es la ley aplicable al contrato.

El artículo 1874, inciso 2°, del código de Comercio indica que *“el contrato de transporte se considera interno cuando los lugares de partida y de destino fijados por las partes están dentro del territorio nacional, e internacional en los demás casos”*.

Esta definición de *transporte internacional* es diferente a la contenida en el artículo 1° del Convenio de Varsovia de 1929, tal y como fue modificado por el artículo 1° del Protocolo de La Haya de 1955, según el cual *“a los fines del presente Convenio la expresión “transporte internacional” significa todo transporte, en el que, de acuerdo con lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o trasbordo, están situados, bien en el territorio de dos Altas Partes Contratantes, bien en el territorio de una sola Alta Parte Contratante si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque este no sea una Alta Parte Contratante. El transporte entre dos puntos dentro del territorio de una sola Alta Parte Contratante, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional a los fines del presente Convenio”*.

Las dos definiciones legales antes transcritas del concepto de transporte internacional son diferentes, en la medida en que para el Código de Comercio Colombiano el transporte es internacional cuando el punto de partida o el punto de destino convenido por las partes están situados fuera del territorio nacional. Por el contrario, la definición del Régimen de Varsovia el transporte es internacional cuando el punto de partida y el punto de destino del transporte están ubicados en el territorio de dos estados diferentes, pero que ambos tengan la condición de Alta Parte Contratante del Convenio; y también considera

* Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia .

internacional el transporte cuyos sitios de origen y destino están situados en el territorio de un Estado que sea Alta Parte Contratante del Convenio, siempre y cuando se haya previsto una escala en el territorio de otro Estado, así éste no sea Alta Parte Contratante del Convenio.

Es necesario precisar, en primer lugar, el concepto de “Alta Parte Contratante”. Aunque existe discusión doctrinaria sobre el verdadero alcance de esta expresión, coincidimos con la opinión mayoritaria en el sentido que para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio se debe considerar como Altas Partes Contratantes a todos los Estados que hayan suscrito el Convenio de Varsovia o que hayan adherido posteriormente a él, aunque no lo hayan ratificado mediante el canje de las notas de ratificación correspondientes.¹

No hay que confundir, sin embargo, la definición de Alta Parte Contratante para efectos de delimitar el ámbito de aplicación del Convenio de Varsovia, con la obligatoriedad de este régimen en un determinado país. En efecto, un país será Alta Parte Contratante si ha suscrito o adherido al Convenio, pero éste sólo será de obligatoria aplicación en su jurisdicción, cuando lo haya ratificado.²

En la medida en que el Régimen de Varsovia tiene la condición de tratado internacional, y fue ratificado por Colombia mediante Ley 95 de 1965, debe primar la definición de transporte internacional contenida en dicho régimen, sobre la del artículo 1874 del Código de Comercio.

En consecuencia, los comentarios de este escrito se harán conforme al Régimen de Varsovia, teniendo en cuenta su ámbito de aplicación al contrato de transporte aéreo internacional de mercancías.

3. El Régimen de Varsovia

Después de la Primera Guerra Mundial, durante la cual se desarrolló en gran medida la aviación militar, empezó a gestarse una incipiente industria de servicios de transporte aéreo, tanto de pasajeros como de carga. Muy pronto se hizo evidente la necesidad de crear un marco jurídico uniforme de carácter internacional, para establecer las reglas de juego de una actividad cuyo ejercicio era fundamentalmente internacional.³ Fue así como nació el Convenio de Varsovia de 1929, cuyo objeto era unificar ciertas reglas en materia de transporte aéreo internacional.⁴

¹ Cf., TAMAYO JARAMILLO, Javier; *El Contrato de Transporte*; Ed. Temis, 1991, Bogotá, pág. 17. En el mismo sentido, MAPELLI, Enrique; *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional*; Ed. Tecnos, 1968, Madrid, pág. 40, quien, además, describe las diferentes posiciones doctrinarias sobre el punto. En sentido contrario, TAPIA SALINAS, Luis; *La regulación jurídica del transporte aéreo*; Madrid, 1953, pág. 480.

² En igual sentido, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *op. cit.*, pág. 18.

³ LEAL PEREZ, Hildebrando; *El Contrato de Transporte*; Ed. Leyer, Bogotá, 2000, pág. 74.

⁴ Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, hecho en Varsovia el 12 de Octubre de 1929 (Gaceta N° 233 del 21 de Agosto de 1931).

Este esfuerzo de regulación y unificación del derecho aeronáutico privado internacional, coincidía con trabajos en similar sentido que se habían elaborado recientemente en el campo del derecho marítimo, en el que recientemente se había suscrito el Convenio de Bruselas de 1924, mediante el cual se unificaron ciertas reglas en materia del contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, más conocido como las Reglas de La Haya.⁵

El Convenio de Varsovia de 1929 fue objeto de una importante modificación después de finalizar la Segunda Guerra Mundial⁶, cuando inició una etapa de creciente desarrollo de la industria aérea. Esta modificación se hizo mediante la suscripción del Protocolo de La Haya de 1955.

El Convenio de Varsovia de 1929 sufrió una nueva modificación mediante el Convenio de Guadalajara de 1961, que regula la responsabilidad del transportador de hecho, o transportador efectivo.

Los tres instrumentos, es decir, el Convenio de Varsovia de 1929, junto con las modificaciones del Protocolo de La Haya de 1955 y el Convenio de Guadalajara de 1961, constituyen el régimen de más extensa aplicación a nivel internacional en relación con el transporte aéreo internacional de pasajeros y de mercancías. Comúnmente se le conoce como el “Régimen de Varsovia”.

Después de 1961 se han hecho importantes modificaciones al Régimen de Varsovia, dirigidas a aumentar la responsabilidad del transportador aéreo de pasajeros y a incrementar, o incluso eliminar, los límites indemnizatorios que resultan aplicables a los casos de lesiones o muerte de pasajeros. Entre estas modificaciones podemos mencionar el Protocolo de Guatemala de 1971 y los Protocolos de Montreal de 1975. Sin embargo, la falta de unanimidad de la comunidad internacional acerca de las bondades de estas nuevas modificaciones llevó que estos protocolos no reunieran el número de ratificaciones suficientes para que adquirieran vigencia internacional.

Algunos países inconformes con elementos estructurales del Régimen de Varsovia, tales como el sistema de exoneración de responsabilidad y los límites indemnizatorios en materia de transporte de pasajeros, desarrollaron acuerdos e iniciativas que por la vía de acuerdo introdujeron modificaciones al régimen original. Es así como los Estados Unidos de América promovieron y suscribieron con las líneas aéreas que prestan servicios de transporte de personas desde y hacia su territorio, un acuerdo mediante el cual se incrementaban sustancialmente los límites indemnizatorios aplicables a los casos de

⁵ Las Reglas de La Haya fueron modificadas por el Protocolo de Bruselas de 1924 (Protocolo de Visby) y el conjunto se conoce como Reglas de La Haya-Visby; posteriormente se introdujo una nueva modificación relacionada con la moneda de cálculo de los límites indemnizatorios, mediante el Protocolo de Bruselas de 1979. Las Reglas de La Haya-Visby constituyen el régimen internacional de mayor aplicación al contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque. Colombia no ha ratificado el convenio original ni ninguno de sus protocolos modificatorios.

⁶ Cf., FOGLIA, Ricardo y MERCADO, Angel; Derecho Aeronáutico; Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 23.

lesión y muerte de pasajeros; adicionalmente excluían la aplicación del sistema de exoneración de responsabilidad previsto en el Régimen de Varsovia. Este convenio privado se conoce como el Acuerdo de Montreal de 1966. Su aplicación se restringe al transporte aéreo de personas desde y hacia territorio de los Estados Unidos de América.⁷

En forma reciente se ha elaborado una revisión integral de todo el Régimen de Varsovia, como producto de la cual se ha suscrito un nuevo convenio que está llamado a sustituirlo totalmente. Se trata del Convenio de Montreal de 1999.

4. Aplicabilidad en Colombia

Mediante la Ley 95 de 1965 Colombia ratificó el Convenio de Varsovia de 1929, el protocolo de La Haya de 1955 y el Convenio de Guadalajara de 1961. Por lo tanto, ambos instrumentos tienen la categoría y la fuerza de ley en nuestro país y, por ende, son de obligatoria aplicación a los contratos de transporte aéreo internacional, cuando el punto de partida y el punto de destino estén situados en países que tengan la condición de Altas Partes Contratantes del Convenio, y también cuando el punto de partida y el punto de destino estén situados en un solo país que sea Alta Parte Contratante del Convenio y se haya previsto una escala en un tercer país, así este último no sea Alta Parte Contratante del Convenio, según lo explicamos anteriormente⁸.

Si no se cumplen estos requisitos, entonces el contrato de transporte aéreo se debe regir por lo previsto en el Código de Comercio Colombiano, y en este caso, cobrará importancia la definición de transporte internacional contenida en el inciso 2° del artículo 1874 de este estatuto.

Del mismo modo, el Código de Comercio resulta aplicable a un contrato de transporte aéreo internacional en todos aquellos aspectos que no se encuentren regulados en el Régimen de Varsovia.⁹

5. Formación y prueba del contrato

En la actualidad existe unanimidad en la doctrina nacional e internacional en el sentido de que el contrato de transporte aéreo de carga es consensual, esto es, que se perfecciona cuando las partes, expedidor o remitente y transportador, llegan a un acuerdo sobre sus elementos estructurales, como son la carga a transportar, el trayecto a realizar y el precio o flete.¹⁰ Esto implica que la celebración del contrato de transporte aéreo internacional de

⁷ Cf., TAMAYO J., Javier; op. cit., pág. 9.

⁸ Art. 1 del Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el Art. 1 del protocolo de La Haya de 1955.

⁹ Art. 1874, inciso 1°, y art. 999 del Código de Comercio.

¹⁰ Si bien es cierto se considera que el precio o flete constituyen un elemento natural del contrato de transporte, en realidad bajo la legislación colombiana es posible la existencia de un contrato de transporte gratuito, y así está previsto expresamente en el art. 995 del Código de Comercio. En cuanto al Régimen de Varsovia, el art. 1.1 del Convenio de Varsovia de 1929 prevé expresamente su aplicación a los transportes gratuitos efectuados en una aeronave, siempre y cuando ésta sea operada por una empresa de transporte aéreo. Sobre contratos de transporte gratuito en el

mercancías no está sujeta a ninguna solemnidad. Algunos autores han llegado a sostener que el contrato de transporte de carga es real, por cuanto sólo se inicia con la entrega de la mercancía por parte del remitente al transportador; no obstante, coincidimos con lo expresado por la mayoría de la doctrina en reiterar la consensualidad del contrato de transporte de cosas, por cuanto es preciso considerar que *“una cosa es la formación del contrato que es puramente consensual, y otra el inicio de la ejecución de las obligaciones, por parte del transportador, comienzo que desde luego tiene lugar cuando la cosa es remitida por el remitente al transportador”*¹¹.

La redacción de los artículos 3, 4 y 5 del Convenio de Varsovia de 1929 parecieran sugerir que el contrato de transporte aéreo internacional fuese solemne, en la medida en que consagra la obligación del transportador aéreo de expedir un documento de transporte, que se denomina “billete de pasaje” en el transporte de personas, “talón de equipajes” en el caso del transporte de equipajes y “carta de porte aéreo” para el transporte de mercancías.

No obstante lo anterior, el mismo convenio establece en sus artículos 3.2, 4.4 y 5.2 que la falta, irregularidad o pérdida de estos documentos no afecta la existencia ni la validez del contrato de transporte, lo cual permite confirmar la naturaleza consensual del contrato de transporte aéreo internacional.

Ello no demerita la importancia de los citados documentos de transporte. En el caso concreto del contrato de transporte aéreo internacional de mercancías, la carta de porte aéreo sirve de prueba de la existencia del contrato, del recibo de las mercancías por parte del transportador y de las condiciones del transporte (art. 11.1 del Convenio de Varsovia de 1929).

El sistema previsto en el Régimen de Varsovia para la expedición de la carta de porte aéreo encierra algunas particularidades que lo diferencian del sistema imperante en los contratos de transporte terrestre y marítimo, las cuales procedemos a describir:

- a. En estricto sentido, la carta de porte aéreo no la expide el transportador. El artículo 5 del Convenio de Varsovia de 1929 dispone que el expedidor debe expedir la carta de porte aéreo al transportador, con el contenido de información señalado en el art. 8 del Convenio, y puede exigir la aceptación de este documento por parte del transportador.
- b. Si el transportador acepta el transporte de una mercancía sin que se haya expedido la carta de porte aéreo conforme a lo antes explicado, es sancionado con la imposibilidad de acudir a los límites indemnizatorios previstos en el mismo convenio (Art. 9 del Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el art. 7 del Protocolo de La Haya de 1955).

régimen colombiano y en el régimen de Varsovia, ver TAMAYO J., Javier, op. cit., pág. 27 y MAPELLI L., Enrique, op. cit., pág. 29.

¹¹ TAMAYO J., Javier; op. cit. Pág. 31.

Es importante tener en cuenta los efectos de la expedición de la carta de porte aéreo en relación con su función como recibo de las mercancías transportadas, ya que ello tiene consecuencias fundamentales en cuanto a la responsabilidad del transportador. En efecto, la obligación del transportador aéreo es conducir las mercancías transportadas al sitio convenido y entregarlas al destinatario, en el mismo estado en que las recibió¹²; y para verificar el estado en que fueron recibidas las mercancías por el transportador es indispensable acudir a la carta de porte aéreo.

La carta de porte aéreo sirve de prueba del recibo de las mercancías por parte del transportador (art. 11.1 del Convenio de Varsovia de 1929). Sin embargo, esta función probatoria sólo se predica respecto de las indicaciones de la carta de porte relativas al peso, número, dimensiones y embalaje de la mercancía. Por el contrario, las indicaciones de la carta de porte acerca de la cantidad y volumen no constituyen prueba en contra del transportador, salvo que éste haya verificado tal información y ello se haga constar en la carta de porte. Y las anotaciones acerca del estado de la mercancía sólo se entenderán hechas respecto de su estado aparente, salvo que también se haya hecho la respectiva verificación por parte del transportador y ello se consigne en la carta de porte (art. 11.2 del Convenio de Varsovia de 1929).

El Convenio de Varsovia de 1929 no prevé que la carta de porte aéreo sea un documento negociable. La posibilidad de que en el transporte aéreo se expida un documento negociable que ampare a las mercancías sólo fue contemplada por el Protocolo de La Haya de 1955, que en su artículo 9^a (que agrega un numeral 3^a al artículo 15 del texto original), dispone que *“nada en el presente Convenio impedirá la expedición de una carta de porte aéreo negociable”*.

Esto implica que bajo el Régimen de Varsovia, en principio, el documento de transporte expedido por el transportador aéreo de carga no está llamado a ser un documento negociable; sólo lo será cuando, excepcionalmente, el remitente así lo solicite y el transportador acceda a esta petición. En la práctica, son muy escasas las oportunidades en las que se expide una carta de porte aéreo negociable. Esto ocurre porque, en realidad, la logística de distribución física internacional de mercancías por vía aérea no requiere de la negociabilidad del documento de transporte debido, precisamente, a la velocidad del transporte aéreo. En efecto, en el comercio internacional se necesita un documento de transporte negociable cuando el expedidor necesita transferir el dominio sobre las mercancías mientras éstas están en tránsito, o cuando interviene una carta de crédito. Por la rapidez del transporte aéreo, normalmente cualquiera de estos trámites que implica la circulación del documento de transporte demorará más que la llegada de las mercancías al aeropuerto de destino.

Por lo tanto, en la generalidad de los casos se expide un documento de transporte no negociable que, por terminología adoptada por la IATA¹³, se denomina Guía Aérea.¹⁴ De este modo, entonces, se habla de guía aérea para denotar al documento de transporte no

¹² Art. 982, Código de Comercio.

¹³ International Air Transport Association – IATA.

¹⁴ La expresión en inglés es “Air Waybill”; normalmente se traduce al español como “Guía Aérea”.

negociable, y de carta de porte aéreo para identificar al documento de transporte que se expide en forma negociable.

El sistema de documentación del contrato de transporte aéreo previsto en el Código de Comercio es diferente al del Régimen de Varsovia. Nuestro estatuto mercantil tipifica expresamente a la carta de porte como un título valor representativo de mercancías (arts. 967 y siguientes del C. de Co.). Sin embargo, el transportador aéreo sólo está obligado a expedir una carta de porte cuando la reglamentación expedida por el gobierno nacional así lo exija (art. 1018 C. de Co.), lo cual hasta ahora no ha ocurrido.

Por lo tanto, en la práctica, en el transporte aéreo en Colombia, aún el que se rija por el Código de Comercio, generalmente el transportador aéreo expide un documento de transporte no negociable que se denomina guía aérea.

La guía aérea cumple las mismas funciones de prueba de la existencia del contrato de transporte y de recibo de las mercancías por parte del transportador, a que hicimos referencia al hablar de la carta de porte aéreo del Régimen de Varsovia.¹⁵

6. Obligaciones de las Partes en el Contrato de Transporte

a. Obligaciones del transportador

En virtud del contrato de transporte aéreo el transportador adquiere la obligación fundamental de recibir unas mercancías y trasladarlas por vía aérea hasta un sitio acordado y en el plazo usual o acostumbrado, para entregarlas al destinatario o consignatario en el mismo estado en que las recibió.¹⁶

Esto implica que el contenido de la obligación del transportador aéreo comprende dos prestaciones básicas, a saber:

- a. El desplazamiento físico de la mercancía, que supone el suministro de un vehículo apropiado, la realización del transporte en el plazo acordado o, a falta de acuerdo, en el plazo prudencial y la utilización de la vía razonablemente más directa.

En el transporte aéreo es muy escasa la oportunidad en que el remitente y el transportador acuerdan un plazo específico para la entrega de las mercancías. Esto no quiere decir, sin embargo, que el tiempo no sea un factor fundamental que impulsa al remitente a optar por el transporte aéreo en lugar de acudir a otros modos de transporte. Por lo general, las mercancías objeto de transporte aéreo son especialmente sensibles al tiempo de entrega, bien sea porque se trata de bienes perecederos (flores, productos farmacéuticos, etc.), o bien porque se trate de piezas o repuestos que requieren ser reemplazados con urgencia. Por lo tanto, se espera del transportador aéreo que tenga en cuenta estas características de la carga aérea,

¹⁵ Ver arts. 5 a 11 del Convenio de Varsovia de 1929, con las modificaciones introducidas por el Protocolo de La Haya de 1955 y confrontar con las previsiones de los arts. 1018 a 1022 del Código de Comercio Colombiano.

¹⁶ Arts. 981 y 982, Código de Comercio.

al momento de ejecutar el transporte, de modo tal que una excesiva demora en el desplazamiento de la mercancía hasta su destino puede hacer al transportador responsable por retraso en la entrega.¹⁷

En cuanto a la vía razonablemente más directa, también se espera del transportador que ejecute el trayecto contratado mediante un vuelo directo, es decir, sin escalas. No obstante lo anterior, es preciso revisar las condiciones del contrato, en las cuales es frecuente que el transportador inserte cláusulas que le otorgan amplia libertad para hacer escalas y aún para incurrir en desviación.

- b. El cuidado y conservación de las mercancías durante el trayecto aéreo. Para cumplir esta obligación fundamental del contrato, el transportador se basa en la información y los documentos relativos a la naturaleza y conservación de las mercancías que el expedidor o remitente (es decir, el propietario o generador de la carga), le suministra previamente, o en forma concomitante, a la entrega física de los bienes a transportar, bien sea directamente o a través de su agente de carga.

Del transportador se espera brinde a la carga los cuidados normales que corresponden a la naturaleza de la mercancía, según su naturaleza. Debido a que el transportador desarrolla una actividad profesional, se presume que conoce estos cuidados normales.¹⁸ Si la mercancía requiere de cuidados especiales, es obligación del remitente expresarlo al transportador y brindarle las instrucciones necesarias para que el transportador pueda cumplir su deber de cuidado y conservación de la carga.¹⁹ Es lógico suponer, por su puesto, que respecto de la mercancía que merece cuidados extraordinarios el valor del flete se vea incrementado.

b. Obligaciones del remitente o expedidor

Es obligación del expedidor o remitente suministrar al transportador tanto la información que le permite adoptar las precauciones adecuadas al cuidado y conservación de la carga, como todos los documentos relativos a la carga que de acuerdo con la ley, sean necesarios para cumplir las formalidades aduaneras, sanitarias y de policía. El transportador por su parte, no está obligado a verificar si dicha información o dichos documentos están completos, o si son exactos o suficientes (Art. 16 del Convenio de Varsovia de 1929).

Otra de las obligaciones del remitente, que en la práctica los generadores de carga no tienen en cuenta y que causa innumerables problemas, es la obligación de embalar las mercancías objeto del transporte. Si bien el Convenio de Varsovia no tiene una estipulación expresa en tal sentido, el Código de Comercio, en su artículo 1013, dispone que el remitente está obligado a entregar al transportador la mercancía debidamente embalada, es decir, con el empaque adecuado y suficiente para resistir el trayecto en condiciones normales, sin sufrir averías y sin causarlas a otros cargamentos.

¹⁷ Art. 19 del Convenio de Varsovia de 1929; art. 992 del Código de Comercio.

¹⁸ TAMAYO J., Javier; op. Cit., pág. 206.

¹⁹ Art. 1010 del Código de Comercio.

Al momento de entregar la carga al transportador, si éste nota que la misma cuenta con un embalaje inadecuado o insuficiente, puede optar por rechazarla para el transporte, o bien por advertir al remitente de la insuficiencia del embalaje. Si el remitente insiste en el transporte en estas condiciones, el transportador deja una anotación en este sentido en la guía aérea y, por ende, excluye su responsabilidad por las averías derivadas del mal embalaje.

La carga aérea normalmente es estibada a bordo de las aeronaves mediante la utilización de unidades de carga denominadas “pallets”, los cuales son asegurados mediante mallas. Estas mallas siempre tienen el efecto de aprisionar la carga, con el fin de evitar su movimiento durante el viaje, lo cual podría producir riesgos de seguridad para el vuelo. Si la carga no está debida o suficientemente embalada, esta simple operación puede dañar las mercancías, sin que por ello se pueda comprometer la responsabilidad del transportador, salvo que esa insuficiencia del embalaje fuere evidente (art. 1013 C. de Co.).

Finalmente, en cuanto a las obligaciones del remitente o expedidor, está la del pago del flete. La legislación nacional e internacional, incluyendo el Régimen de Varsovia, cuenta con dos características en cuanto al pago de flete, a saber:

- a. Si bien es cierto el primeramente obligado al pago del flete es el remitente o expedidor de la carga, su destinatario es solidariamente obligado al mismo pago, de modo tal que si el remitente no cancela el importe del flete, el transportador está facultado para cobrarlo al destinatario.²⁰
- b. El transportador tiene un derecho de retención sobre la mercancía transportada, hasta tanto no le sea cancelado el flete.²¹

Un punto que genera controversia es el pago del flete cuando la mercancía ha sufrido daños, o cuando se presenta un faltante parcial o total. Si bien es cierto se hace discutible en estos casos la obligatoriedad del pago del flete²², es preciso tener en cuenta al respecto, no sólo lo antedicho acerca del derecho de retención del transportador sobre la mercancía, sino que por costumbre, y además por recomendación de la IATA, invariablemente los contratos de transporte aéreo contienen una cláusula que establece que el flete correspondiente al transporte deberá ser pagado “en todo evento”, estos es, aún cuando existiere un faltante parcial o total, o cuando la mercancía fuere entregada con daños. Este tipo de cláusula, por lo general, es respetada por los tribunales.

²⁰ Arts. 12 y 13 del Convenio de Varsovia de 1929; art. 1009 del Código de Comercio Colombiano.

²¹ Arts. 1033 y 1034 del Código de Comercio Colombiano. El Régimen de Varsovia no tiene disposición expresa sobre el derecho de retención del transportador, pero al decir de MAPELLI, E.; op. Cit., pág. 133, “No establece el Convenio un derecho privilegiado para el transportador a cargo de los objetos transportados para los supuestos de que el consignatario no abone dichas sumas, pero lo que sí queda claro es dicho consignatario no podrá reclamar la entrega de la mercancía, ni de la carta de porte aéreo”.

²² Por aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido); art. 1546 del Código Civil Colombiano.

7. Reclamos por Faltantes o Averías

La obligación fundamental del transportador aéreo es trasladar las mercancías de un aeropuerto a otro y entregarlas al destinatario en el mismo estado en que las recibió. Por lo tanto, reviste especial importancia la actuación del destinatario al momento de recibir las mercancías en destino, ya que es en este momento cuando se puede verificar si hubo algún faltante o alguna avería atribuible a la conducta del transportador y que pueda comprometer su responsabilidad.

En este punto es necesario hacer referencia a dos aspectos que revisten especial importancia, cuales son:

- La necesidad de presentar al transportador una protesta por escrito; y
- El tiempo establecido en la ley para la caducidad de la acción civil.

a. Protesta por escrito

En primer lugar, el Convenio de Varsovia (art. 26) establece que si las mercancías son recibidas por el destinatario sin hacer ninguna observación, se presume que las mismas han sido entregadas en buen estado y conforme al contrato de transporte. Es decir, que se presume que el contrato ha sido cumplido a cabalidad por parte del transportador, lo cual deja al reclamante en una evidente situación de desventaja, si pretende posteriormente adelantar una reclamación por pérdida o daño a las mercancías.

Por tal motivo, es indispensable revisar la mercancía al momento de su entrega por parte del transportador. El mismo Convenio de Varsovia (arts. 26.2 y 26.3) indica que cualquier protesta que tenga el destinatario sobre el estado de la carga debe hacerse por escrito en forma inmediata, o a más tardar en el plazo de siete (7) días contados a partir de su recibo de parte del transportador.

El Régimen de Varsovia castiga drásticamente la falta de protesta escrita sobre daños o faltantes de carga, al establecer que su no presentación impide luego al destinatario iniciar cualquier acción judicial contra el transportador, salvo que demuestre fraude de su parte.²³

b. Caducidad de la acción civil

En segundo lugar, y partiendo de la base de que se ha hecho en forma oportuna la protesta escrita por daños o faltantes de las mercancías, el destinatario tiene un plazo de dos (2) años para interponer la acción civil de responsabilidad por incumplimiento del contrato en contra del transportador, contados a partir de la fecha de llegada de las mercancías, o en caso de faltante total, desde la fecha en que la carga debía haber llegado a su destino. Transcurridos esos dos (2) años, la acción habrá caducado.²⁴

²³ Art. 26.4 del Convenio de Varsovia de 1929.

²⁴ Sobre estas dos caducidades de las acciones contra el transportador que consagra el Régimen de Varsovia, ver TAMAYO J., Javier, ob. cit., págs. 147 y 222.

8. La Responsabilidad del Transportador Aéreo de Mercancías

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 del Convenio de Varsovia de 1929, el transportador es responsable por el por el daño o pérdida de las mercancías, cuando tales eventos ocurran durante el transporte aéreo. Para este efecto, se entiende por “transporte aéreo” el período durante el cual las mercancías se encuentren bajo la custodia del transportador, bien sea a bordo de una aeronave, en un aeródromo, o en cualquier otro lugar.

En caso que se desarrollen operaciones de transporte terrestre, marítimo o fluvial conexas o complementarias al transporte aéreo, se presumirá que todo daño o pérdida ha ocurrido durante el transporte aéreo. Esto no quiere decir que si el transportador aéreo demuestra que, efectivamente, el evento dañino se presentó durante las operaciones de transporte terrestre, marítimo o fluvial, exonera su responsabilidad. Por el contrario, en estos casos el transportador aéreo también verá comprometida su responsabilidad, sino que ésta no será determinada conforme al Régimen de Varsovia, sino de acuerdo con la legislación que sea aplicable al contrato de transporte terrestre, marítimo o fluvial, según sea el caso.²⁵

El fundamento y las causales exonerativas de la responsabilidad del transportador aéreo internacional de mercancías están regulados en los artículos 20 y 21 del Convenio de Varsovia de 1929, que fueron parcialmente modificados por el Protocolo de La Haya de 1955.

Las normas citadas consagran una presunción de culpa del transportador aéreo; es decir, que el reclamante no está obligado a demostrar la existencia de una culpa de parte del transportador, para comprometer su responsabilidad.²⁶

Existe controversia, sin embargo, en cuanto al alcance de la forma de exonerar la responsabilidad del transportador consagrada en el numeral 1 del artículo 20 del Convenio, el cual dispone que *“el porteador no será responsable si prueba que él o sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas”*.

Para algunos autores, esta forma de exoneración consiste en la prueba de la ausencia de culpa, entendida de modo tal que al transportador le bastará con probar su diligencia en abstracto, sin necesidad de identificar la causa inmediata del daño y demostrar las medidas que adoptó para que ese evento dañino ocurriera.²⁷

La doctrina mayoritaria, sin embargo, opina que las “medidas necesarias” cuya adopción – o imposibilidad de tomar -, debe demostrar el transportador aéreo, deben partir de la

²⁵ Cf., TAMAYO J., Javier, ob. cit., pág. 377.

²⁶ Cf. , TAMAYO J., Javier, ob. cit., pág. 383. En el mismo sentido, MAPELLI, E.; ob. cit., pág. 183.

²⁷ Esta posición es defendida por BERGEL y VIDELA ESCALADA, citados por TAMAYO J., Javier, ob. cit., págs. 385 y 386.

identificación de la causa inmediata del daño; y es respecto de este evento dañino particularizado que el transportador debe demostrar que adoptó las medidas necesarias para evitar su ocurrencia, o que le fue imposible tomarlas.²⁸

En palabras de Mapelli, *“el transportista es responsable de de pleno derecho por una presunción juris tantum de la existencia de su culpa, lo que implica que, mediante prueba en contrario, podrá eximirse de tal responsabilidad, pero será necesario que explique la causa del accidente y pruebe todos los aspectos respecto a él y a sus empleados, en tierra o a bordo del aparato, y que ha tomado todas las medidas defensivas o salvaguardadoras para que no ocurriera del daño”*.²⁹

En otras palabras, el régimen de responsabilidad del transportador aéreo internacional de mercancías conforme al Convenio de Varsovia es de responsabilidad subjetiva, con culpa presunta, pudiendo el transportador exonerar esa responsabilidad mediante la prueba de una causa extraña.

En palabras de Tamayo, para exonerarse de responsabilidad *“el transportador lo que debe demostrar es una causa extraña, y no simplemente diligencia y cuidado”*. Anota el mismo autor para fundamentar su afirmación que *“... siendo la ausencia de culpa un hecho negativo indefinido, su prueba sólo es factible mediante hechos positivos, y estos no podrán demostrarse mientras no se establezca la causa exacta de daño. El transportador podrá demostrar haber tomado muchas medidas para evitar el daño, pero si la causa de éste no se conoce, es imposible saber cuáles eran las medidas necesarias para evitar le hecho ocurrido”*.³⁰

9. Límites Indemnizatorios en el Régimen de Varsovia

El artículo 22, numeral 2, del Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el Protocolo de La Haya de 1955, prevé unas limitaciones monetarias a la responsabilidad civil del transportador aéreo. Es decir, que si el transportador es declarado responsable de la pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías, su responsabilidad está normalmente limitada a las sumas establecidas en esta norma.

En el caso del transporte de mercancías, esta disposición establece que el límite indemnizatorio es una suma equivalente a 250 francos por kilogramo de la carga. Cada franco, según el artículo 22.5, equivale al valor de 65.5 miligramos oro con ley de 900 milésimas.

En estricto sentido, la conversión de este valor a pesos colombianos debería hacerse con base en el precio del oro vigente en el país. Sin embargo, desde hace varios años la IATA efectuó una conversión que recomienda adoptar a sus aerolíneas afiliadas, según la cual los 250 francos equivalen a la suma de US\$20.00. Entonces, la limitación de la responsabilidad sería de US\$20.00 por kilogramo de peso de las mercancías

²⁸ Cf., TAMAYO J., Javier; ob. cit., pág. 387 y MAPELLI, E., ob. cit., pág. 183.

²⁹ MAPELLI, E., ob. cit., pág. 183.

³⁰ TAMAYO J., Javier; ob. cit., pág. 387.

transportadas. Este límite es el que la generalidad de las aerolíneas incluye en una cláusula de las guías aéreas.

Si bien es cierto el Convenio de Varsovia no se refiere expresamente al límite de US\$20.00 por kilogramo, en la práctica esta suma resulta casi siempre superior al equivalente a los 250 francos haciendo su conversión mediante el valor del oro de ley de novecientas milésimas. Por lo tanto, este es límite indemnizatorio que normalmente impera en materia del transporte aéreo de mercancías.

Ahora bien, solo existen dos posibilidades para que estos límites sean superados, a saber:

- a. En primer lugar, que al momento de contratar el transporte el expedidor declare el valor de las mercancías, caso en el cual el límite indemnizatorio es igual al 100% del valor declarado, salvo que el transportador demuestre que se declaró un valor superior al real (art. 22.2.a del Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el art. 11 del Protocolo de La Haya de 1955).
- b. En segundo lugar, que el expedidor demuestre que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportador o de sus dependientes, con intención de causar el daño, o con temeridad y a sabiendas que probablemente causaría daño (art. 25 del Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el art. 13 del Protocolo de La Haya de 1955).

10. El Seguro de la Carga

Salvo que exista un compromiso externo al contrato de transporte³¹, el remitente o expedidor de una mercancía por vía aérea no está obligado a contratar un seguro de transporte que ampare su cargamento. Por lo tanto, si bien no existe necesidad de asegurar la carga, la opción de tomar un seguro de transporte es a conveniencia del expedidor. Es el mismo caso de un seguro sobre vehículo de uso particular: Cada uno decide libremente si adquiere un amparo sobre los riesgos a que está expuesto (hurto, colisión, etc.), o si prefiere asumirlos directamente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el transporte es siempre una actividad rodeada de riesgos, resulta muy conveniente – y además recomendable –, que el remitente o expedidor contrate un seguro de transporte sobre su mercancía, con la cobertura que mejor proteja sus intereses, fundamentalmente por las siguientes razones:

- a. Si bien es cierto existen en la ley (Régimen de Varsovia para el transporte internacional y Código de Comercio para el transporte interno y para el internacional no cobijado por el Régimen de Varsovia) unas disposiciones que determinan la responsabilidad del transportador aéreo por pérdida, avería o

³¹ Por ejemplo, en un contrato de compraventa bajo términos CIP según los INCOTERMS 2000, el vendedor/expedidor de las mercancías estaría obligado a suministrar un seguro de transporte al comprador/consignatario.

retraso en la entrega de mercancías, también lo es que esta responsabilidad debe ser definida por un juez, siguiendo el trámite de un proceso ordinario que normalmente en Colombia dura varios años. Entonces, mientras se tramita el proceso judicial, el expedidor deberá soportar los perjuicios correspondientes, sin que tampoco exista certeza sobre su recuperación.

- b. De otra parte, no siempre que la mercancía se pierde, se daña o se retrasa mientras está bajo custodia del transportador, éste resulta comprometido en su responsabilidad, ya que existe en el Convenio de Varsovia posibilidad de que el transportador exonere su responsabilidad si demuestra que adoptó todas las medidas necesarias para evitar que ocurriera el evento dañino, o que le fue imposible tomarlas. Es decir, la prueba de la causa extraña que hiciéramos referencia anteriormente.
- c. Adicionalmente, aún en el evento que el transportador fuere declarado responsable por pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías, está amparado por unos límites indemnizatorios que normalmente son inferiores al valor de la carga, conforme explicamos anteriormente.
- d. En cambio, si el expedidor ha tomado un seguro de transporte, una vez ocurrida la pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías, el expedidor puede proceder a reclamar la indemnización pactada en el contrato de seguro. Esta indemnización no depende de que el transportador sea o no declarado responsable de acuerdo con el Régimen de Varsovia (o la legislación que resulte aplicable), sino del hecho que el siniestro haya ocurrido durante el transporte aéreo y que el riesgo haya estado comprendido en la cobertura de la póliza de seguros.
- e. De este modo, el expedidor no tiene que someterse a la demora de una reclamación judicial contra el transportador aéreo, ni está sujeto a los límites indemnizatorios del contrato de transporte, ya que la indemnización derivada del contrato de seguro únicamente depende del valor asegurado y de la entidad del daño.