

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN VENEZUELA POR INCUMPLIMIENTO O DEFICIENTE PRESTACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL

Roberto Hung Cavalieri¹

Resumen: *El presente trabajo analiza el desarrollo jurisprudencial en Venezuela mediante decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de la responsabilidad civil por daño moral resultante del incumplimiento o deficiente prestación del servicio de transporte aéreo, todo ello a la luz de la aplicación de las normas que rigen el tránsito y transporte aéreos como lo son la ley especial aeronáutica e instrumentos internacionales, así como de las normas de derecho común relativas a la responsabilidad por hecho ilícito y reparación del daño moral.*

Palabras clave: *Daño moral – Transporte aéreo – Jurisprudencia*

SUMARIO. Reflexiones introductorias. I. Del régimen de responsabilidad en el caso del contrato de transporte aéreo y del alcance de la reparación de los daños de la reclamación de daños morales. Aceptación jurisprudencial de la posibilidad de reclamar u obtener resarcimiento del daño moral en el marco de un contrato de transporte aéreo. **1.** Sobre los antecedentes jurisprudenciales de interés relacionados con la reclamación e indemnización de daño moral en materia de transporte aéreo. **2.** Casos en los que se negaba la procedencia del daño moral. (Carlos Brender Vs. American Airlines y María José Rodríguez Fernández Vs. Trans American Airlines S.A., -Trans. Am S.A., TACA-PERÚ). **3.** Caso en el que se reconoció la procedencia del daño moral. (Alberto Colucci Cardozo Vs. IBERIA, Líneas Aéreas de España, S.A.). **4.** Base Normativa aplicable a la responsabilidad civil en materia de transporte aéreo. Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad objetiva limitada o subjetiva ilimitada. **A.** Del régimen general del Código Civil y el régimen especial de la Ley de Aeronáutica Civil. **B.** El Convenio de Varsovia de 1929 y sus instrumentos conexos. **C.** El Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal de 1999). **D.** Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Aurora Sousa Rodríguez y otros Vs. Air France. **E.** Decisión Saúl Kesler y otro contra Viasa. **5.** Caso Roberto Hung Cavalieri y Jorge Kiriakidis Longhi contra CONVIASA **Conclusiones**

¹ Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (1995). LLM en Derecho Económico Europeo por la Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille (2001). Especialista en Derecho Procesal Constitucional por Universidad Monteávila (2014). Maestrando en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Lomas de Zamora (2015, en elaboración de tesis de grado). Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteávila.

REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

Antes de proceder al desarrollo de la base normativa y tratamiento jurisprudencial en Venezuela de las condiciones que rigen el contrato de transporte aéreo, y en especial la responsabilidad derivada de su incumplimiento y su extensión a la reparación de los daños morales, es menester hacer una serie de precisiones y reflexiones que son de conocimiento y dominio público general, en cuanto a las inadecuadas condiciones de prestación de dichos servicios de transporte aéreo, su precariedad en la calidad de las operaciones, en la atención y en general de todo el servicio, condiciones de las que lastimosamente hay que decir que, lejos de mejorar con el tiempo, disminuyen notablemente, haciendo de cualquier viaje que deba de hacerse por vía aérea una experiencia engorrosa o incómoda, totalmente traumática y hasta vejatoria en muchos casos.

Para nadie es un secreto, lo efectivamente complejo y la logística necesaria que para los usuarios supone efectuar actualmente un viaje por vía aérea, cualquiera sea el lugar de origen o destino, cualquiera sea su duración, la aerolínea o su ruta. En efecto, desde que se plantea la necesidad u ocasión de efectuar un viaje por vía aérea, el usuario planifica el viaje, lo que supone investigar el destino, hacer reservaciones de hospedaje, sea por trabajo o vacaciones, elegir la fecha, el destino y las necesarias escalas, escoger la línea aérea, adquirir los boletos para las fechas determinadas, preparar y coordinar el traslado al aeropuerto con la suficiente antelación, proceder al chequeo de equipajes, y a las diversas inspecciones de seguridad, someterse a la verificación de documentación, cumplir con los requisitos de salida (entre otros el pago de diversas tasas) y admisión para destinos internacionales en condición de extranjero; así coordinar, reservar y pagar tanto el traslado como la alimentación, el hospedaje, la adquisición de divisas y otros aspectos que sin duda conllevan una enorme carga emocional y el stress directamente relacionado, y esto es en situaciones que pudiéramos llamar generales o básicas. Así, aun cuando realizar un viaje es una actividad intrínsecamente vinculada a la idea de descanso y esparcimiento, no obstante la preparación y ejecución del mismo es una actividad que supone una gran cantidad de trámites. Esto, sin olvidar que cuando el viaje implica el traslado de niños, personas mayores o personas con necesidades especiales, su organización supone una carga adicional de trámites, permisos, planificación y estrés.

Desde la perspectiva del prestador del servicio, la actividad de prestar este servicio de traslado o transporte aéreo internacional es también sin dudas una actividad igualmente compleja. En efecto, las líneas aéreas deben ejecutar una gran cantidad de procedimientos tanto de seguridad como de mantenimiento y de operación, de gran complejidad, con la finalidad de

garantizar un servicio eficiente a los usuarios quienes literalmente les confían sus propias vidas y su integridad física, lo que va mucho más allá del simple servicio de transporte de un lugar a otro y la calidad de dicho servicio.

En este estadio, sin entrar en mayores profundidades sobre la efectiva complejidad del contrato de transporte aéreo de personas, puede afirmarse que esta complejidad de la operación y el alcance de las obligaciones que asume el prestador del servicio, traen como consecuencia que, en caso de incumplimiento o faltas en su ejecución, que la aerolínea deba responder a las reclamaciones que hagan los usuarios que se vean afectados y que hayan resultado dañados por la falta o deficiente prestación del servicio.

Ahora bien, el caso es que desde hace tiempo, pero últimamente con mayor frecuencia, los usuarios del servicio de transporte aéreo se deben enfrentar a terribles maltratos, vejaciones e incumplimientos por parte de los prestadores del servicio, sin que nadie venga en su auxilio y sin que las líneas aéreas modifiquen su conducta. Y ello así, pese a que los usuarios tienen un derecho constitucional a servicios de calidad (artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Y estos maltratos no sólo los reciben los venezolanos usuarios del servicio por parte de prestadores del servicio extranjero, lo más terrible es que los grandes maltratadores de los usuarios venezolanos son las líneas aéreas venezolanas.

Resulta atroz que sea cada día más común, convirtiéndose en la normalidad de las operaciones de transporte aéreo, los episodios de retrasos en los vuelos no solo de pocas horas, sino hasta de días, resultando aquello en que los usuarios (que son el débil jurídico en estas relaciones) no puedan asistir a eventos familiares, personales o profesionales debido al incumplimiento (que en muchos casos es culposo e incluso doloso) imputable a la transportista. Y así, por razones imputables a los prestadores de servicios las personas, los usuarios, deben soportar las incomodidades, la pérdida de las oportunidades, la pérdida de reservaciones, la ruptura de compromisos personales o profesionales, que sin dudas supone la generación de daños imputables a las aerolíneas que trascienden la simple espera o aburrimiento que conlleva el esperar por la realización del transporte, sino verdaderas afectaciones emocionales, intranquilidad y angustia de carácter moral que son también objeto de indemnización; y frente a eso es necesario que cese la situación de impunidad en que se encuentran las líneas aéreas, es hora de que los pasajeros reclamen y que el Estado los respalde, haciendo efectivas las garantías constitucionales no sólo referidas a la idoneidad de los servicios sino las referidas a la responsabilidad.

No obstante en el caso particular venezolano la situación se agrava por la perversa práctica de restricción a la libre convertibilidad de la moneda, y

que el servicio se ve afectado respecto de prestadores tanto extranjeros como nacionales, es lamentable, que las aerolíneas patrias, sean consideradas en suelo patrio y extranjero como una *mala cumplidora de sus obligaciones*, pero peor es que en nuestro propio suelo, o más adecuadamente expresado, nuestro cielos, nuestras aerolíneas no les presten a sus nacionales el servicio de la calidad que todos merecemos, y a que nos da derecho el texto constitucional.

En materia de transporte internacional desde y hacia Venezuela, la realidad es que los venezolanos tenemos a nuestras aerolíneas nacionales, si no fuese por la eventual posibilidad de adquirir los boletos en moneda nacional y cuya diferencia de precio reducido frente a los internacionales es debido a la distorsión creada por el control cambiario, como las últimas de las opciones antes de planificar su viaje (pues es ya una máxima de experiencia que éstas son pésimas cumplidoras de sus obligaciones como prestadores de servicios) y la realidad debiera ser absolutamente contraria.

No podemos terminar este aparte inicial, sin formular las reflexiones correspondientes más que al daño que genera el incumplimiento de las transportistas de sus obligaciones contractuales y legales, daños no solo de carácter material como lo son los costos de pasajes, hospedajes, alimentos, entre otros, sino el total irrespeto que resulta contra el tiempo de los demás, con el tiempo de los pasajeros, el tiempo de sus familiares, de quienes los esperan para honrar sus muy distintos compromisos, el tiempo de los trabajadores de las propias transportistas que por la falta de buena gerencia, deben verse ante la presión y el estrés de la operación del servicio y la de los usuarios que le increpan personalmente agravios, generándose así el peor de los daños, que no es el material, sino el desperdiciar algo que es imposible de restituir: EL TIEMPO. Sobre ello pertinente es rescatar lo que refería el recientemente fallecido humanista español y ganador del Premio Nacional de Letras Españolas, José Luis Sampedro, “El tiempo no es oro, el oro no vale nada, El tiempo es vida”, y no podemos permitir que otros, mediante sus culposas o temerarias y dolosas acciones nos hagan desperdiciar y perder lo más sagrado que tenemos como lo es nuestro tiempo, nuestra vida.

I. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO Y DEL ALCANCE DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS MORALES. ACEPTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE RECLAMAR U OBTENER RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

En nuestro ordenamiento jurídico resulta ya de más de reconocido de manera pacífica y reiterada, que perfectamente puede exigirse y condenarse judicialmente en una misma acción, el resarcimiento de daños y perjuicios que resulten tanto de una relación contractual como por el hecho ilícito de una de sus partes contra la otra. La afirmación anterior en materia de responsabilidad civil general es menester referirla y tenerla presente, ya que en adición a la perfecta reclamación en una misma acción de la responsabilidad contractual como de la proveniente por hecho ilícito, como estudiaremos y observaremos de antecedentes jurisprudenciales, en materia de responsabilidad civil en el transporte aéreo internacional, pudiera considerarse que al existir normas especiales sobre responsabilidad, de alguna manera resultaría en la desaplicación del régimen de derecho común como lo es el fundamentado en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, que desde ya destacaremos que no es así.

1. Sobre los antecedentes jurisprudenciales de interés relacionados con la reclamación e indemnización de daño moral en materia de transporte aéreo

Como punto de partida de la argumentación que se hace en esta sección, es determinante señalar que, luego de un importante viraje jurisprudencial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido – con criterio que debe ser entendido como *vinculante* – la procedencia de la reparación de daño moral por incumplimiento en el contrato de transporte aéreo internacional.

Efectivamente, si bien en un primer momento la Sala Constitucional rechazó esa posibilidad (casos Carlos Brender Vs. American Airlines, y María José Rodríguez Fernández Vs. Trans American Airlines S.A., -Trans. Am S.A., TACA-PERÚ) luego decidió darle cabida a tales reclamaciones en los casos de incumplimientos derivados del contrato de transporte aéreo internacional (caso Alberto Colucci Cardozo Vs. IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, S.A.), y mucho más recientemente, El Tribunal Supremo de Justicia, pero en decisión de la Sala de Casación Civil, en el caso de Roberto Hung Cavalieri y Jorge Kiriakidis Vs. CONVIASA, se pronuncia

favorablemente sobre la condenatoria de daños morales ante el incumplimiento del contrato internacional de transporte de personas ante la “reprogramación” de un vuelo de Caracas a Buenos Aires.

La importancia de los casos antes señalados radica en que los dos primero de ellos, en definitiva, con fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se negó la pretensión de reparación de daño moral reclamada, mientras los siguientes, especialmente de las precisiones de la misma Sala Constitucional, se pronuncia en cuanto a la procedencia de indemnización del daño moral, haciendo puntuales precisiones entre uno y otros casos que los diferencian entre sí. Debemos pues, a los fines de determinar que en el caso actualmente accionado, procede totalmente la indemnización por daño moral, analizar los referidos antecedentes.

2. Casos en los que se negaba la procedencia del daño moral. (Carlos Brender Vs. American Airlines y María José Rodríguez Fernández Vs. Trans American Airlines S.A., -Trans. Am S.A., TACA-PERÚ)

En el primero de los casos, el accionante, Carlos Brender Ackerman sustentó su pretensión de daño moral contra la prestadora de servicio de transporte aéreo American Airlines, señalando que al ser cancelado el vuelo NRO. 936 el día 15 de febrero del 2007 desde Maiquetía hacia la ciudad de Miami, donde tenía previsto compartir con su familia, específicamente a conocer a su nieto, se le causó un daño moral susceptible de reparación. Por su parte la demandada opuso que no le era imputable daño alguno ya que la aeronave que haría dicho vuelo no pudo arribar debido a una tormenta.

En la definitiva conclusión de este primer caso, fueron dictadas dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que deben destacarse: (i) la N^o 189 del 8 de abril de 2010 que declara procedente una solicitud de revisión contra sentencia de alzada del Juzgado Superior Marítimo que declaró con lugar la acción por daño moral, y (ii) la sentencia, también de la Sala Constitucional N^o 646 del 21 de mayo de 2012, que también declaró ha lugar otra solicitud de revisión contra sentencia del Juzgado Superior Marítimo accidental que igualmente declarara la procedencia del daño moral, con este último fallo de mayo de 2012, resultó en definitiva negada y rechazada completamente la pretensión de indemnización del daño moral.

El fundamento para tal improcedencia fue que:

(...) la actividad aeronáutica se encuentra excluida del régimen de responsabilidad general previsto en el Código Civil, por lo tanto, no puede hablarse en esta materia de la existencia del hecho ilícito (daño moral), sino de responsabilidad por funcionamiento anormal como factor generador de la

obligación de indemnizar por cuanto la prestación atañe a un servicio público abstracto, el cual se encuentra normado por una ley especial (Ley de Aeronáutica Civil) que prevé su propio sistema de responsabilidad para el sector aeronáutico y de transporte comercial.

Constituye elemento esencial de dichos fallos el carácter de utilidad pública nacional de la actividad del transporte aéreo y el sistema de responsabilidad del Estado que tiene como base el artículo 140 constitucional, señalándose que el régimen de responsabilidad es de la Ley de Aeronáutica Civil, no pudiendo hablarse de “la existencia del hecho ilícito, sino de responsabilidad por funcionamiento anormal como factor generador de la obligación de indemnizar por cuanto se está considerando a la prestación del servicio público en sentido abstracto” y que:

(...) el daño moral solamente es procedente cuando ha acontecido un acto ilícito que haya generado un daño en el ámbito inmaterial del afectado; por lo tanto, la falta de cumplimiento de un contrato de transporte, en lo atinente al deber de información de cancelación de un vuelo, no puede asemejarse a un acto ilícito, en los términos del artículo 1.196 del Código Civil.

En el segundo de los casos que niegan la procedencia la indemnización del daño moral, el de María José Rodríguez Fernández Vs. Trans American Airlines S.A., -Trans. Am S.A., TACA-PERÚ, la demandante fundamentó su pretensión señalando que se tomó el vuelo N° TA. 35 del día 23 de diciembre de 2006 de Maiquetía a la ciudad de Lima, y que su equipaje no arribó en dicho vuelo, debiendo permanecer:

(...) solamente con la ropa que llevaba puesta, y que allí permaneció sin vestimenta limpia, enseres y utensilios de aseo personal durante 24 horas, lo que le causó una gran tristeza y angustia puesto que no podía asistir a la fiesta de navidad del hotel, debido a que no obtuvo oportunamente la vestimenta apropiada, porque el equipaje le fue entregado a las 10 de la noche del 24 de diciembre de 2004, lo que la entristeció mucho ya que se trataba de unas vacaciones navideñas planificadas para pasarlas en el extranjero, en un hotel con todas las comodidades del caso, más aún para una persona mayor que pretende disfrutar los últimos años de su vida.

Este caso resultó definitivamente decidido mediante el fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1259 del 26 de Julio de 2011, que declaró Ha Lugar y procedente solicitud de revisión contra sentencia del Juzgado Superior Marítimo que a su vez había declarado parcialmente con lugar la demanda de resarcimiento de daños morales incoada por la demandante y condenó a la empresa solicitante a pagar a la referida ciudadana “la cantidad de VEINTICINCO MIL BOLÍVARES (25.000,00), por concepto de daño moral”, con ocasión del contrato de transporte aéreo celebrado entre las partes.

Consideró la Sala Constitucional que la sentencia sujeta a revisión, no estaba adecuada: “a la doctrina constitucional dictada en materia de **responsabilidad patrimonial de la Administración** y desconoció el criterio establecido en la Sentencia N° 189 del 8 de abril de 2010 (caso: American Airlines, Inc.)”, y que la misma:

(...) se aparta de la noción de responsabilidad objetiva señalada por esta Sala en la cual se determinó que -solamente aquellas situaciones en que se relacionen objetivamente el efecto pernicioso del daño con las consecuencias directas derivadas de la actividad administrativa derivan en responsabilidad, sin que el aludido carácter objetivo pueda desvincularse de la imputabilidad que debe establecerse entre el daño y la actividad administrativa-. Y en virtud de su errado análisis estableció montos de indemnización que no se corresponden con el régimen de responsabilidad en la prestación del servicio público de transporte aéreo.

Como se observa de los dos casos anteriores, American Airlines y Trans American Airlines S.A., -Trans. Am S.A., TACA-PERÚ, los fallos que sobre los mismos se profiriesen, toman como elemento esencial de su motivación, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado contenido en el artículo 140 constitucional, que como se verá, además de la superación de tal criterio por la propia Sala Constitucional como único supuesto en que podría exigirse la indemnización de daños derivados del transporte aéreo, tampoco dichos fallos desarrollan, tal vez debido a que las correspondientes partes accionantes no lo expusieron de manera precisa, la improcedencia del beneficio de los límites de indemnización previsto en el artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil, como si ocurriese en el fallo de la Sala Constitucional que sí reconoce la procedencia de la indemnización de daño moral como es el caso que de seguidas examinamos.

3. Caso en el que se reconoció la procedencia del daño moral. (Alberto Colucci Cardozo Vs. IBERIA, Líneas Aéreas de España, S.A.)

Con posterioridad a los fallos que resolviesen los dos casos referidos mediante los cuales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señalase que era improcedente la indemnización de daño moral; en fecha 03 de agosto de 2012, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia Nro. 1126, mediante el cual se pronuncia en torno al “alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual de las líneas aéreas en la prestación del servicio de transporte que se deriva de los artículos 100, 101 y 106 de la Ley de Aeronáutica Civil y los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil venezolano”, incluso ordenando que dicho fallo sea publicado en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Judicial del

Tribunal Supremo de Justicia, conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, ello ante el carácter vinculante que la misma Sala le imprime.

En el referido fallo, la Sala Constitucional declaró *No Ha Lugar* una solicitud de revisión constitucional presentada por la representación judicial de IBERIA Líneas Aéreas de España S.A. contra la sentencia de la Sala de Casación Civil que a su vez declaró sin lugar el recurso de casación anunciado contra sentencia definitiva del Juzgado Superior Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, que:

(...) declaró con lugar la demanda que, por daños y perjuicios, incoó el ciudadano Alberto Colucci Cardozo contra Iberia, Líneas Aéreas de España S.A. y condenó a la demandada a pagar a la demandante, por concepto de daño material, la suma de tres mil cuatrocientos cuarenta bolívares con cincuenta y seis céntimos (Bs. 3.440,56) y, por concepto de daño moral, la suma de trescientos mil bolívares (Bs. 300.000,00).

Es ante tan importante antecedente jurisprudencial y ante los vinculantes efectos que el propio fallo destaca, que nos es de interés destacar los siguientes extractos de la misma:

(...), el fallo que aquí nos ocupa, fue dictado con ocasión de la demanda que, por daños y perjuicios materiales y morales, incoó el ciudadano Alberto Colucci contra Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., la cual, fue declarada con lugar por el Juzgado Superior Marítimo en sentencia del 9 de agosto de 2010, sobre la base de que la sobreventa de pasajes o boletos (*overbooking*), debía ser calificada como un hecho ilícito existente para el momento de la celebración del contrato de transporte que genera responsabilidad contractual del transportista respecto al pasajero que sufre la denegación del embarque, que puede ser concurrente con la responsabilidad del transportista. Y, como quiera que el transportista no demostró algún elemento que lo eximiera de responsabilidad en su actuar, no se aplica el régimen limitado de responsabilidad que establece el artículo 100 de la Ley de Aeronáutica Civil, por expresa disposición del artículo 106 ejusdem que dispone:

“artículo. 106.

Perdida del beneficio de la Limitación:

Los explotadores del servicio de transporte aéreo no podrán beneficiarse de los límites de responsabilidad establecidos en esta Ley, si se comprueba que tales daños fueron debido a dolo o culpa de sus directivos o de cualquier persona que tome decisiones por ellas”.

Al respecto, consideró la Sala de Casación Civil, entre otras razones, que *“de una relación contractual, como sería en este caso el contrato de transporte aéreo, puede surgir un hecho ilícito, como fue la situación de overbooking o sobreventa de pasajes, concurriendo de este modo, la responsabilidad contractual del transportista, con la responsabilidad extracontractual...”*; y, en atención a ello, en lo que a la

indemnización se refiere, dictaminó que en el caso de autos no era aplicable el régimen limitado de responsabilidad del transportista por daños al pasajero contenido en el artículo 100 de la Ley de Aeronáutica Civil, toda vez que *“la Sala acorde con las normativas contenidas en la Ley de Aeronáutica Civil, evidencia en el caso in comento que la demandada al no aportar ningún elemento que la relevara de la responsabilidad que obró en su contra, consagrada en el artículo 100 de la referida Ley, no desvirtuó la presunción de culpabilidad en su incumplimiento, por lo que, ante tal circunstancia el ad quem conforme lo previsto en el artículo 106 eiusdem, podía limitar la responsabilidad del transportista por daños al pasajero hasta cuatro mil ciento derechos especiales de giro, siendo que la demandada no aportó a los autos ningún elemento o causa que la eximiera de su responsabilidad por la admisión de la sobreventa de boletos (overbooking) y la subsecuente denegación de embarque, pues no se desvirtuó la presunción de culpabilidad en el incumplimiento...”*.

En adición a lo anterior, dictaminó la sentencia de la Sala de Casación Civil que el fallo recurrido (emanado del Tribunal Superior Marítimo) no desconoció ni infringió la doctrina de la Sala Constitucional, al establecer la concurrencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual, la cual se configuró *“...una vez que la demandada reconoció expresamente haber vendido el boleto al demandando mediando una situación de overbooking o sobreventa de pasajes, siendo que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código Civil, tal situación es calificada como un hecho ilícito, por lo que, ciertamente procede la responsabilidad de la accionada ante el accionante por los daños materiales, como por el daño moral que pudiera haber sufrido el demandante, ante tal circunstancia, derivada de la celebración del contrato de transporte aéreo...”*. Se evidencia que el caso *sub lite* no es semejante con el contenido en la sentencia sobre *Brender/American Airlines* resuelto debidamente por esta Sala.

(...) El caso que aquí nos ocupa se refiere a la actividad de transporte aéreo, la cual, si bien le es aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial de derecho público por tratarse de un servicio público (responsabilidad objetiva), su regulación debe adecuarse a lo dispuesto en la normativa especial que rige su actividad, esto es la Ley de Aeronáutica Civil.

Así, nos encontramos que en materia de responsabilidad del transportista por daños al pasajero, el Título IV: “De la Responsabilidad y los Hechos Ilícitos” establece en su artículo 106 que: *“Los explotadores del servicio de transporte aéreo no podrán beneficiarse de los límites de responsabilidad establecidos en esta Ley, si se comprueba que tales daños fueron debido a dolo o culpa de sus directivos o de cualquier persona que tome decisiones por ellas”*. **De este modo, la ley especial que regula la materia aeronáutica, permite al pasajero exigir al prestador del servicio que responda por los daños que le hayan sido causados cuando haya incurrido en dolo o culpa. (Dolus Apertus, de daños, de propósito; culpa in committendo)**

Así las cosas, conforme quedaron expuestos los términos en que fue dictado el fallo por la Sala de Casación Civil aquí impugnado, a juicio de esta Sala Constitucional, no se puede considerar que se haya desconocido algún criterio vinculante de los invocados por la parte solicitante de la revisión, **ya que el daño**

moral al que fue condenada Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., se efectuó sobre la base de la aplicación del artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil, el cual establece que los explotadores del servicio de transporte aéreo no podrán beneficiarse de los límites de responsabilidad establecidos en esa ley cuando se compruebe que el daño producido fue por dolo o culpa de los directivos, sus dependientes o empleados de los explotadores del servicio. De este modo, la ley que regula la materia contempla la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad como una sanción legal basada en una conducta reprochable del transportista.

Ahora bien, para que pueda ser invocado la aplicación de los límites de responsabilidad establecidos en los artículos 100 y 101 de la Ley de Aeronáutica Civil, la conducta debe ser subsumida en alguno de los supuestos que ahí se señalan. Sin embargo, una interpretación efectuada en el marco de los principios generales que se derivan del Texto Constitucional en la materia, conforme al cual *"si existe daño el juez debe indemnizarlo"* (vid. Sentencia de esta NRO. 1542/08), implica que, cualquier otra conducta distinta a las establecidas en los artículos 100 y 101 de la Ley de Aeronáutica Civil proveniente del operador del servicio aéreo ocasionada por dolo o culpa y que además cause un daño, en este caso, al pasajero, debe ser igualmente reparado; no solo contractualmente, sino extracontractualmente, como sería el caso de los daños morales derivados de un hecho ilícito con ocasión de la inejecución de un contrato.

(...) En el caso que aquí se analiza, el hecho generador del daño lo constituyó la sobreventa (overbooking) de pasajes, lo cual es una conducta dolosa de la empresa transportista porque implicó un deliberado incumplimiento del contrato con conocimiento de su ilegitimidad, por lo que está obligada a responder por las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas que generó. Ello pone de manifiesto una *"temeridad"* en el obrar de la transportista, en tanto constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y cuidadosa de los derechos de los pasajeros. Aparte de que tal conducta ilícita fue admitida por la línea aérea Iberia Líneas Aéreas de España S.A., cuando reconoció la mediación de la sobreventa (overbooking) de los boletos. Pues el comercio y maquinismo desencadenado, habrá de detenerse, en beneficio de determinadas partes de la sociedad, cuando el mercantilismo no adopta las debidas precauciones para evitar el daño. (Alterum Non Laedere)

A pesar de que la sobreventa de pasajes se ha convertido en una práctica habitual de las empresas que, como se dijo anteriormente, es dolosa, la misma no está contemplada dentro de las conductas por las cuales el responsable del transporte responde pecuniariamente (Título IV: De la Responsabilidad y los Hechos Ilícitos, Art. 100 y 101 de la Ley de Aeronáutica Civil). Es ahí donde sobreviene la obligación de los órganos jurisdiccionales en la búsqueda de un equilibrio entre la protección de la industria aeronáutica con límites indemnizatorios y la defensa de los derechos del usuario, en aquellos casos en que el incumplimiento de la obligación, es por un hecho ilícito del prestador del servicio, procurar una justa indemnización para el resarcimiento de los daños

causados, previa determinación del factor de conexión, lo cual fue debidamente abordado por los juzgadores que conocieron del caso que aquí se analiza. Situación jurídica aceptada por la doctrina más calificada como concurrencia o coexistencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual pero basada en la unicidad de la culpa de la responsabilidad civil. En el entendido que es propio del juez esclarecer el derecho (*judicis est ius dicere non dare*)

(...) Ahora bien, el hecho de que la reparación de los daños que se causen al pasajero por un incumplimiento contractual esté expresamente controlada por la ley especial que rige la materia, no implica que una conducta distinta de las explícitamente indicadas, que ocasione un daño, no sea susceptible de reparación, más aún si el daño provino del hecho ilícito del operador del servicio, de acuerdo a los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil venezolano, que han construido en forma global regulador y común la responsabilidad civil extracontractual, pero que, según el caso como el que nos ocupa, concorra con la contractual, sustentada por la teoría moderna de la coexistencia de responsabilidades por vía de la unidad de la culpa. Es decir, lo que la teoría moderna llama la “*unidad de la culpa civil*”. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 5 de marzo de 2007, NRO. 56/2007, entre otras, dijo “...*unidad conceptual de la culpa civil que admite además, la concurrencia de culpas por los mismos hechos y la yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible...*”. Ello es así, porque se sustenta en el deber general de no dañar a otro (Artículo 1.185 del Código Civil Venezolano) **porque la responsabilidad contractual no excluye la aquiliana en el supuesto de obligación preexiste contractual.**

Planiol y Mazeud, aluden que el núcleo central en materia de responsabilidad civil, es el **daño** y que tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual, existe la violación en estos supuestos, de una obligación preexistente; en una **convencional**, en la otra **legal**. De modo, que una actuación ilícita o ilegal puede originar daños indemnizables porque el agente material del daño no se asegura de actuar diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos, como sería en el caso de autos. Según dichos autores, la obligación preexistente se sustituye por una nueva, la del daño indemnizable.

Estos aspectos han sido estudiados por la doctrina moderna de la responsabilidad civil, haciendo énfasis en el daño, como el dato más importante de la precitada responsabilidad, cuando se viola la obligación preexistente contractual o legal por un actuar sin precauciones, cuando pone en riesgo a la sociedad, como es el caso del riesgo profesional en materia laboral, ambiental etc., que el Derecho Moderno y la jurisprudencia han establecido y desarrollado, con fundamento en el daño que se causa a la sociedad. De allí que de las diferentes tesis, a saber: de la opción, de la absorción, de la univocidad de la culpa y de la

unidad civil de la culpa, se han ocupado de este asunto. Esta Sala, con base en los argumentos expuestos, se acoge a esta última, teniendo como dato esencial, el daño, el cual debe ser indemnizado lo más completo posible, aplicando a la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1.185 en concordancia con el 1.196 de nuestro Código Civil, referida a la extracontractual, la responsabilidad, por lo que se aparta, en consecuencia, de la tesis dualista sobre dicha responsabilidad.

En el sentido de la unicidad (monista) de la responsabilidad civil, ampliando esta tesis, están los argentinos Llambias y Mosset Itarruspe; en España de Cupis y Jorge Bustamante Alsina, quienes sostienen “...el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil no es la culpa sino la unicidad del fenómeno resarcitorio que conduce a través del elemento del daño...La culpa en el régimen de la responsabilidad civil durante el siglo anterior y comienzos del presente (refiriéndose a los siglos XIX y XX) ya no lo es tanto hoy en día. En efecto el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños. Y si entendemos que el daño es el presupuesto principal, su consecuencia lógica, común y relevante en ambos ordenes [responsabilidad civil contractual y extracontractual] sistemas o regímenes de responsabilidad civil, es la necesidad de repararlo, de allí que se habla de la unicidad del fenómeno resarcitorio” (Cfr. Portal Castrejon J. Apuntes de Responsabilidad Civil). Por su parte, Planiol dice: “la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más un capricho sin motivo y un absurdo legislativo”.

Vistos los meridianos términos en que se expresa el fallo de la Sala Constitucional de nuestro máximo tribunal; es incuestionable que la jurisprudencia ha reconocido que en nuestro ordenamiento jurídico puede proceder la indemnización del daño moral en el marco del incumplimiento del contrato de transporte aéreo por parte del prestador del servicio, cuando aquel sea el producto de una actuación culposa o dolosa del prestador de servicio.

Y esto es así, en aplicación de la previsión contenida en el artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil, que expresamente prevé que las actuaciones dolosas o culposas del prestador de servicios, sus dependientes o representantes, causantes del daño suponen o acarrearán la exclusión de los límites que impone a la responsabilidad aeronáutica el artículo 100 de la mencionada Ley.

4. Base Normativa aplicable a la responsabilidad civil en materia de transporte aéreo. Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad objetiva limitada o subjetiva ilimitada

Debido a su naturaleza, la actividad de transporte aéreo, es una actividad en la que además de las previsiones en la legislación nacional, de cara a dar

uniformidad y seguridad jurídica resultan necesarios instrumentos de colaboración internacional, tratados o convenios internacionales, cuya aplicación, de unos u otros, dependerá esencialmente según sea el caso de si el transporte aéreo nacional o internacional. Es por esa razón que en esta materia, mucha de la normativa nacional se ve complementada con el contenido de acuerdos o convenios internacionales, y es por eso que las soluciones (y en general el derecho aeronáutico) más o menos uniforme.

No todos los convenios son obligatorios para Venezuela, pues en nuestro territorio existen procedimientos para dar eficacia a los convenios internacionales dispuestas en la propia Constitución. A pesar de lo antes dicho, sucede que las soluciones de derecho comparado resultan de mucha importancia (aún en casos que se refieran a la aplicación de instrumentos no ratificados por la República) en la medida en que las distintas normativas internacionalmente en vigor son relativamente uniformes (por la dinámica de la propia actividad objeto de regulación), y así las soluciones dadas en esos instrumentos o las interpretaciones que se dan a los mismos, resultan reveladoras u orientadoras, en torno a lo que debe ser el contenido de la regulación jurídica contenida en los instrumentos vigentes en nuestro país.

Nos referiremos en esta sección además de las normas de derecho común y especial aeronáutica aplicables en Venezuela, a dos importantes elementos de derecho comparado, el primero, uno normativo, el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, el segundo jurisprudencial, la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Aurora Sousa Rodríguez y otros Vs. Air France* y el caso *Saúl Kesler y otro contra Viasa*; esta referencia se hace de cara al asunto de la responsabilidad por daños morales más allá de los límites establecidos en el sistema de responsabilidad objetiva, cuando medie dolo o culpa del prestador de servicio.

Ha quedado claro que la jurisprudencia de la Sala Constitucional admite la posibilidad de reclamar los daños morales en el marco de los incumplimientos contractuales del contrato de transporte aéreo, cuando se encuentran presentes conductas que suponen dolo o culpa del prestador de servicio. Esto así, en tanto que el dolo o la culpa determinan la pérdida de los límites que imponen – en su régimen de responsabilidad objetiva – las normas de la Ley de Aviación Civil.

Ahora bien, siendo inequívoca la procedencia de la responsabilidad civil por daño moral y que en tal sentido la sentencia N° 1126 del 03 de agosto de 2012 y que la propia Sala Constitucional ordenase su publicación en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al “alcance de la responsabilidad civil contractual y

extracontractual de las líneas aéreas en la prestación del servicio de transporte que se deriva de los artículos 100, 101 y 106 de la Ley de Aeronáutica Civil y los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil venezolano”, para mejor entendimiento del alcance de dicha responsabilidad civil, seguidamente nos referiremos a las normas legales que regulan la responsabilidad civil así como a aquellas que regulan la responsabilidad objetiva en el marco del contrato de transporte aéreo, especialmente de transporte internacional y aquellas que regulan los supuestos en los que se admite la responsabilidad por el daño moral en el marco del contrato de transporte aéreo.

A. Del régimen general del Código Civil y el régimen especial de la Ley de Aeronáutica Civil

El régimen general de la responsabilidad civil tiene su fundamento normativo en el derecho común en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, que rezan:

Artículo 1.185.- El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Artículo 1.196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

En materia de transporte aéreo internacional la Ley de Aeronáutica Civil contiene una serie de normas especiales que regulan de responsabilidad civil, concretamente los sus artículos 100 y 106, que textualmente prescriben:

Responsabilidad del Transportista por Daños al Pasajero

Artículo 100. El que realice transporte aéreo, es responsable por los daños causados al pasajero por la demora, cancelación o el accidente o incidente producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, conforme a las normas técnicas.

Las operaciones de embarque comienzan en el momento en que el pasajero deja las instalaciones del aeródromo o aeropuerto para ingresar a la aeronave y las operaciones de desembarque terminan cuando el pasajero, al salir de la aeronave,

ingresa a las instalaciones del aeródromo o aeropuerto. En cualquier caso, la responsabilidad por daños en el embarque y desembarque recaerán sobre quienes realicen dichas actividades.

El derecho a percibir la indemnización por los daños ocasionados al pasajero, se ajustará a los siguientes términos:

1. Por muerte o por incapacidad total permanente, hasta cien mil Derechos Especiales de Giro.
2. Por incapacidad parcial permanente, hasta cincuenta mil Derechos Especiales de Giro.
3. Por incapacidad parcial temporal, hasta veinticinco mil Derechos Especiales de Giro.
4. Por demora o cancelación injustificada en el vuelo contratado, hasta cuatro mil ciento cincuenta Derechos Especiales de Giro.

Pérdida del Beneficio de la Limitación

Artículo 106. Los explotadores del servicio de transporte aéreo no podrán beneficiarse de los límites de responsabilidad establecidos en esta Ley, si se comprueba que tales daños fueron debido a dolo o culpa de sus directivos o cualquier persona que tome decisiones por ellas, de sus dependientes o empleados. (Destacado agregado).

Como puede observarse de las normas las normas transcritas, establecen un régimen de responsabilidad objetiva limitada sujeta al específico número de Derechos Especiales de Giro que deberá pagarse como indemnización para cada uno de los cuatro supuestos de hecho que en ellas se encuentran previstos (artículo 100). Además, esas normas excluyen de ese régimen especial o excepcional de responsabilidad objetiva en caso de dolo o culpa imputable a la prestadora del transporte aéreo, (artículo 106), caso en el que resulta aplicable el régimen de responsabilidad ordinario regulado en el Código Civil (subjetivo e ilimitado).

B. El Convenio de Varsovia de 1929 y sus instrumentos conexos

En fecha 1º de septiembre de 1955 con la publicación en la Gaceta Oficial Nº 24.837 entró en vigencia en Venezuela el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Internacional, conocido como el Convenio de Varsovia de 1929, debidamente ratificado previamente por la República.

Dicho instrumento internacional, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, establece, entre otras, normas sobre las de emisión de boletos, talones de equipajes, cartas de porte aéreo; asimismo, regula un

sistema de responsabilidad limitada a las sumas en francos franceses para los distintos supuestos de hecho, como es el caso del artículo 22.1 que establecía el límite de 125.000 francos “con relación a cada viajero”.

La importancia de este instrumento ratificado por la República y de sus instrumentos subsiguientes como el caso del Protocolo de la Haya de 1955 publicado en Gaceta oficial en 1960, es que no obstante establecen un sistema de responsabilidad limitada, lapso de caducidad para su ejercicio y se fijan las sumas específicas a que se contraen los hechos tasados, desde su inicio, es decir desde el propio convenio de 1929, *tales límites no son más que beneficios de la propia transportista a los que no podrá en modo alguno acogerse en caso de daños provenientes de su dolo o de faltas que sean consideradas como tales*, o que los daños sean generados por la propia prestadora del servicio o sus agentes.

Efectivamente el artículo 25 de la Convención de Varsovia establece textualmente:

Art. 25.

1. El porteador no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del presente Convenio que excluyan o limitan su responsabilidad si el daño proviene por su dolo o de faltas que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, se consideren como equivalentes a dolo.

2. Les será igualmente rehusado este derecho si el daño ha sido causado en las mismas condiciones por uno de sus agentes obrando en el ejercicio de sus funciones. (Destacado agrgado).

Como se observa y concluye de estas normas de responsabilidad especial, cualquier limitación en cuanto a las sumas a que pueda ser condenada las prestadoras de servicios de transporte aéreo internacional (que no son más que un beneficio para dicha transportista), son inaplicables cuando los daños por los que se demanda son el resultado de una conducta actitud dolosa o culposa, es decir, tal responsabilidad objetiva y su limitación cede ante el régimen de responsabilidad subjetiva, la cual es ilimitada y dependerá el quantum de la indemnización de la casuística de cada asunto particular, pero lo que a todas luces resulta inobjetable es que procede totalmente la reparación integral del daño, en especial el moral.

C. El Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal de 1999)

Se trata de un instrumento que tiene como finalidad unificar y adaptar a la aparición de nuevas tecnologías las regulaciones internacionales contenidas en el Convenio de Varsovia de 1929. El instrumento no ha sido suscrito, o

ratificado por la República Bolivariana de Venezuela; sin embargo, la regulación contenida en este instrumento resulta una referencia necesaria – aun cuando no obligatoria – en tanto que regula y se refiere a las realidades actuales del transporte aéreo internacional.

Así, un aspecto importante en la regulación que contiene dicho instrumento es la que establece, para determinados supuestos de hecho, límites de la responsabilidad que se fijan en Derechos Especiales de Giro (DEG), en casos de responsabilidad por muerte o lesión de un pasajero: hasta de 100.000 DEG (artículos 17.1 y 21); en caso de daño causado por retraso: hasta de 4.150 DEG (artículos 19 y 22.1); por destrucción, pérdida, avería o retraso de equipaje: hasta de 1.000 DEG (artículo 22.2), o por destrucción, pérdida, avería o retraso en casos de transporte de carga: hasta de 17 DEG por kilogramo (artículo 22.3). Por otra parte este instrumento incluye – como lo hacen todos los instrumentos que establecen supuestos de responsabilidad y limitativos de la indemnización que deben pagar los transportistas aéreos – una previsión según la cual, los límites (o el beneficio) de la responsabilidad no serán aplicables en caso de daños por retrasos en los vuelos y daños o extravío de equipaje resultantes de una acción u omisión del transportista, sus dependientes o agentes, por su actuación dolosa o culpable (artículo 22.5).

Si bien la República no ha ratificado dicho convenio, sucede que la Ley de Aeronáutica Civil, recoge en su regulación soluciones análogas a aquellas que contiene el Convenio de Montreal.

D. Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Aurora Sousa Rodríguez y otros Vs. Air France

Se trata de una decisión dictada en fecha 13 de octubre de 2011 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la causa C-83/10. En ese asunto, el punto sometido a examen y decisión del órgano jurisdiccional se circunscribía de manera especial al alcance los conceptos de “cancelación” de vuelo y de “compensación suplementaria” previstos en el Reglamento de Transporte aéreo de la Comunidad Europea Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, asimismo conforme la Decisión 2001/539/CE del Consejo de la Unión Europea que ratifica la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal). En efecto, la propia sentencia aclara que la controversia que se resuelve se produce: “en el marco de un litigio entre siete pasajeros y Air France S.A. respecto a la **compensación del perjuicio que estimaban haber sufrido a**

causa de grandes retrasos y de los inconvenientes causados por los problemas técnicos que afectaron al avión de esta compañía con ocasión de un vuelo entre París y Vigo”.

El asunto jurídico o problema de interpretación jurídica que debió resolver el tribunal versaba en torno al concepto “compensación suplementaria” del artículo 12 de dicho reglamento, y concretamente si debía:

(...) interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional, en caso de cancelación, conceder indemnización de daños y perjuicios, incluyendo daños morales por incumplimiento del contrato de transporte aéreo conforme a los criterios establecidos en la normativa y jurisprudencia nacional sobre el incumplimiento contractual o si, por el contrario dicha compensación ha de obedecer sólo a gastos realizados por los pasajeros debidamente acreditados y no resarcidos suficientemente por el transportista aéreo conforme a lo que exigen los artículos 8 y 9 del Reglamento [Nº 261/2004], sin haberse invocado dichos preceptos o, por último, si estos dos conceptos de compensación suplementaria son compatibles entre sí.

Luego de someterse a examen los cuerpos normativos y en atención a las situaciones de hecho, concluyó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

(...)

2) El concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención previstas en los artículos 8 y 9 de este Reglamento.

E. Decisión Saúl Kesler y otro contra Viasa

En materia de responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros, nos es de interés destacar el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la República Argentina de fecha 17 de julio de 1997 en el juicio conocido

como Saúl Kesler y otro contra Viasa, la entonces aerolínea estatal de la República de Venezuela.

Los hechos que originaron el litigio se centran en que el pasajero, de profesión médico, contrató el servicio de transporte desde la ciudad de Buenos Aires con destino a la ciudad de la Habana en Cuba, ello con la intención de asistir a un Congreso de medicina, contratado para partir el día 20 de septiembre de 1992 con escala en la ciudad de Caracas.

Ocurrió que, por un desperfecto mecánico ocurrido en una de las turbinas, el vuelo no pudo efectuarse en la oportunidad contratada, arribando los pasajeros al evento con un retraso aproximado de 48 horas, además de tener que pernoctar en el aeropuerto de Maiquetía una noche cuando en realidad no estaba ello previsto en el contrato de transporte, demandó el pasajero y otro acompañante de manera especial los daños morales, ello como se ha señalado al no poder asistir tempestivamente al evento académico.

La demandada opuso como defensa eximente de responsabilidad el caso fortuito o fuerza mayor, la cual fue desechada por la alzada, señalando que le es totalmente imputable a la aerolínea tal responsabilidad ya que es totalmente previsible que en el funcionamiento de tales vehículos deba efectuarse las labores de mantenimiento correspondientes.

Visto lo interesante del caso respecto a la responsabilidad civil de los transportistas que es extensible al daño moral por no cumplirse el contrato de transporte en los términos y condiciones convenidos bien merece citar extractos del fallo, en tal sentido tenemos:

2. Caso fortuito o fuerza mayor:

Como primera medida debo advertir, que disiento con el magistrado de la instancia prístina al calificar el desperfecto mecánico de la aeronave y la consiguiente demora en llegar a destino como un caso de fuerza mayor, por las consideraciones que expondré a continuación.

Debo destacar, que aun cuando la demora se hubiera visto justificada fácticamente por los desperfectos técnicos también es cierto que siendo una circunstancia posible no la releva de responsabilidad por la magnitud del incumplimiento contractual que de tal evento se ocasionó a los demandantes.

Con relación al caso fortuito o fuerza mayor, debo recordar que es aquel hecho que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse. Incumbe al deudor que aduce el caso fortuito eximente de su responsabilidad probar la existencia de ese hecho y que reúne todos los caracteres del "casus"; pero no está obligado a probar los hechos notorios, mas sí la relación impeditiva que media entre esos hechos y la posibilidad de ejecutar la obligación. En caso de duda sobre las características del hecho fortuito debe mantenerse la responsabilidad del deudor.

(...)

Armonizando con lo expuesto, la jurisprudencia ha resuelto que no constituye caso fortuito: el desperfecto en el funcionamiento de los automotores, sea por desgaste de los mismos o por falta de vigilancia del buen estado de los materiales (vid. CNCiv., sala C, “Colarieti de Amengual, María c. Micro Mar S.A. y otros” del 10/10/74, ED, 61-328); el reventón de un neumático, porque en las condiciones actuales de la técnica, no es normal que ello ocurra con neumáticos en buen estado y dotados de la presión correcta (vid. CNCiv., sala C, “Duarte, Néstor c. Miranda, Luis” del 10/4/75, ED, 61-301); accidente producido por rotura de la dirección o del freno; rotura del cable de un guinche; mal funcionamiento del dispositivo mecánico de un ascensor; etcétera.

(...)

Luego de esta breve reseña considero que en el “sub-discussio” no se ha configurado hecho fortuito o de fuerza mayor (itero, que tampoco se ha alegado), puesto que en primer lugar no se determinó cuál fue la causa del desperfecto mecánico, es decir si el mismo respondía a un hecho anormal e imprevisible o que provenía de una falta de mantenimiento supervisión adecuados; en segundo lugar -y tal como surge de la contestación de demanda- el avión ya venía con temperatura en su turbina previo a aterrizar en Ezeiza (para luego reiniciar su vuelo con destino a Caracas), lo cual haría suponer que la empresa aérea podría haber previsto con mayor anticipación alguna solución a dicho desperfecto e ir adelantando los tiempos. Nada de ello ocurrió.

(...)

Si bien es cierto que la compañía aérea no demoró injustificadamente la salida del avión -sino, por el contrario que se trató de una actitud razonable y responsable a fin de velar por la seguridad de los pasajeros-, ello no la exime de responsabilidad, por cuanto (frente a la magnitud de la demora) los paliativos no resultaron suficientes para compensar los padecimientos anímicos y espirituales ocasionados a los actores producidos por la incertidumbre y trastornos a que se vieron expuestos, cuando estos son objetivamente mensurables (no resultó una mera demora de unas pocas horas) y subjetivamente reclamables. Por lo demás, no se puede dejar de señalar que el incumplimiento de marras ha producido la privación de la decisión de cómo y dónde elegir transcurrir dos días de sus vidas (del voto de mi distinguido amigo y colega el doctor Francisco de las Carreras en la causa “Toporovsky, Rosa María y otro c. United Airlines”, N° 442/93 de esta Cámara, sala I del 7/3/96 -La Ley, 1996-B, 540-).

3. Daños sufridos por los accionantes:

En principio es dable indicar que como el contrato de transporte aéreo se materializa en derechos y obligaciones de ambas partes (transportador y pasajeros), la conceptualización del retraso en cuestión se fundamenta en el cumplimiento moroso o tardío por el porteador de la obligación convencional que asumiera en la ejecución del traslado del pasajero. La resultante jurídica del

retraso será la consecuente responsabilidad del porteador aéreo por los daños producidos, esto es por los perjuicios derivados del retraso y no por el simple retraso en sí. Entonces el transportador resultará responsable cuando se den las siguientes circunstancias: que el pasajero sea trasladado con demora, que el mismo sufra un perjuicio, y que exista una relación causal entre éste y el retraso referido.

Asimismo, la responsabilidad del porteador aéreo en los casos de retraso ha sido prevista por la Convención de Varsovia-La Haya de 1929 y por el art. 141 del Cód. Aeronáutico. El art. 19 de dicho Convenio precisa esa responsabilidad por “daño resultante de un retraso en el transporte aéreo de viajeros, equipajes o mercancías”, lo mismo -aunque en otros términos- que establece el art. 141 de nuestro Código Aeronáutico (ley 17.285).

(...)

Por otra parte este tribunal tiene reiteradamente dicho que la reparación del daño moral debe determinarse ponderando esencialmente la índole de los sufrimientos de quien lo padece, y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama, toda vez que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y moral, por lo que dicha proporción puede variar en función de las particularidades de cada caso (esta sala, causas 387, 869 y 959 del 7/5/81; 29/12/81 y 19/2/82 respectivamente, entre otras). Además, en esta materia el juzgador no tiene obligación alguna de aceptar las estimaciones que las partes puedan formular en sus escritos. El juez es quien determina la suma que corresponde por la reparación del daño moral.

Asimismo, la reparación relativa al agravio moral persigue un doble carácter, es decir que tanto cumple con una función ejemplar imponiéndose al responsable a título punitivo, sin perjuicio de reconocer su condición preponderantemente resarcitoria y con ello se trata de proporcionar a la víctima una compensación por haber sido injustamente herida en sus íntimas afecciones (conf. esta sala, causas 5002 y 6117 del 14/11/89; 6066 del 7/2/90 entre otros).

En la especie, el referido agravio moral se vio plasmado en la demora en la salida del vuelo contratado, la permanencia en el aeropuerto de un país extranjero (Venezuela), el pernoctar en una ciudad extraña y de paso, la pérdida de la conexión a Cuba, y -en el caso de Kesler- la incorporación tardía al simposio médico realizado en Cuba. Todo lo cual me lleva suponer que las molestias y angustias sufridas, superaron la simple incomodidad, para configurar una real mortificación susceptible de ser reparada.

(...)

III. Resultado final del recurso

Como colofón, de prosperar mi voto, corresponderá revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en la forma establecida en los considerandos precedentes. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68, Cód. Procesal). Tal mi voto.

5. Caso Roberto Hung Cavalieri y Jorge Kiriakidis Longhi contra CONVIASA

Es caso se trata de una acción que por indemnización de daños materiales y morales incoaron los profesionales del derecho Roberto Hung Cavalieri y Jorge Kiriakidis Longhi contra Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos S.A. (CONVIASA), ante la “reprogramación” de su vuelo desde Maiquetía hasta Buenos Aires el día tres (03) de agosto de 2014, “reprogramación” que los demandantes señalaron era una material “cancelación” del vuelo y que por tal motivo no pudieron asistir a compromisos académicos como participantes de la Maestría de Derecho Procesal Constitucional impartido por la Universidad Nacional Lomas de Zamora.

La demanda fue declarada tanto en primera instancia como en alzada parcialmente con lugar, acordándose la indemnización por los daños materiales, mas no así de los morales, por lo que los demandantes anunciaron casación, y asistidos por el abogado especialista en Casación Civil Gustavo Domínguez Florido en su fundamentación, denunciaron el error de interpretación del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil relativo a la confesión ficta de la demandada, así como de la consecuente falsa aplicación de los artículos 100.4 y 106 de la Ley de Aeronáutica Civil, relativos a la tasación de daños en Derechos Especiales de Giro y la no procedencia del beneficio de la limitación, así como la infracción por falta de aplicación de los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, relativos a la responsabilidad por hechos ilícitos y su extensión a daños morales.

La Sala de Casación Civil de Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha ocho (08) de diciembre de 2016 declaró Con Lugar el recurso de casación interpuesto, pronunciándose sobre la procedente de la indemnización por daño moral.

El referido fallo, luego de destacar que la sentencia de alzada cuya casación se solicitó, fundamentó la negación de la condena de daño moral en el antecedente del caso American Airlines, más, en el caso particular, para el momento en que se interpuso la demanda, el 25 de septiembre de 2014, ya se había pronunciado la Sala Constitucional en el caso Alberto Colucci Cardozo c/ Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., admitiendo la procedencia del daño moral.

Del cuerpo de la sentencia del caso Roberto Hung y Jorge Kiriakidis c/ CONVIASA, puede destacarse:

Evidencia esta Sala, del análisis de los artículos transcritos la responsabilidad que tienen las empresas de transporte aéreo internacional derivada de la actividad

que realizan, entendiéndose que la misma es exigible, en caso de ser procedente conforme al contenido de la norma *ut supra* reproducida, desde el momento en que el pasajero paga por los servicios que desea obtener de esta empresa, con el agravante que, si se determina que la responsabilidad es por dolo o culpa de sus directivos o alguna persona natural que le represente, no logrará favorecerse de los límites de responsabilidad determinados en la Ley de Aeronáutica Civil.

(...)

En tal sentido, y como consecuencia del error de interpretación mencionado, el juez de alzada incurrió en la falsa aplicación de las normas contempladas en la Ley de Aeronáutica Civil, en su artículo 100 específicamente en el numeral cuarto, al no ser procedente la concesión del beneficio que limita la responsabilidad del transportista aéreo, en razón de que había operado la confesión ficta y no son subsumibles los hechos establecidos con los supuestos de hecho en dicha norma. Asimismo, inobserva el contenido del artículo 106 de la mencionada Ley de Aeronáutica Civil, norma que regula la pérdida del beneficio que limita la responsabilidad del transportista aéreo por daños ocasionados a sus pasajeros, por cuanto de haber aplicado dicha norma, y en razón de la confesión ficta acaecida, debía el sentenciador conceder lo demandado por daño moral, conforme al precitado mandato normativo. Así se decide.

Adicionalmente, los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, denunciados por falta de aplicación, el primero de estos establece la norma general que establece la responsabilidad civil extracontractual derivada del hecho ilícito, y una vez determinado el hecho ilícito conlleva al pago del daño moral y el segundo regula los supuestos en los que son factible la reparación del daño causado, extendiendo esa responsabilidad a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

En este sentido, en aplicación del criterio jurisprudencial emanado de la Sala Constitucional precedentemente expuesto, directriz vigente para el momento de la interposición de la acción y visto, tal y como se plasmó en líneas que anteceden, que la recurrida interpretó erróneamente el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil respecto al contenido y alcance de dicha norma, aplicando falsamente el artículo 100 de la Ley de Aeronáutica Civil y por consiguiente dejando de aplicar lo contemplado en el artículo 106 de dicho texto normativo y el contenido de los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, la presente denuncia será declarada procedente. Así se decide.

Con dicho dispositivo que casó la sentencia recurrida declarándola nula, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó la remisión del expediente para que sea dictada nueva decisión acatando el criterio expuesto, que como se ha desarrollado suficientemente no podrá ser otro que el de la condenatoria de responsabilidad de indemnizar el daño moral.

CONCLUSIONES

Como se ha estudiado, no obstante en Venezuela en una primera etapa de decisiones jurisprudenciales se negaba la responsabilidad y correspondiente indemnización por daño moral, en el foro judicial ante la interposición de acciones con tal pretensión han excitado el pronunciamiento por parte de las más altas instancias como lo es la Sala Constitucional y Sala de Casación Civil en dicho sentido y que no puede ser otra la intención, no solo del legislador, sino del derecho en general, patrio como internacional, en cuanto a la integridad de la reparación; y es que desde los estudios generales del derecho de daños, el régimen de responsabilidad e indemnización ha de ser entendido en no otra manera que atender a la reparación de todas las dimensiones del daño, desde el material que es el más evidente y más fácil de demostrar y reparar, hasta el daño moral, que como se observa de los antecedentes señalados, deberá ser ponderado por parte del juez en cuanto a la fijación del monto definitivo de la indemnización, que por provenir de causas imputables a las demandada que ocasionan la pérdida del beneficio de las limitaciones previstas en las normas que fijan las sumas expresadas en Derechos Especiales de Giro, será superior a las mismas, asimismo en atención al valor material de intercambio de la moneda en que se haga la condenatoria al momento de su efectiva entrega, lo que en situaciones de restricción de libre convertibilidad de la moneda y de situaciones de inflación y pérdida de valor del signo monetario nacional, constituye nuevos retos a la administración de justicia en procurar una verdadera justicia material y tutela judicial efectiva; derecho a la tutela judicial efectiva que adminiculado con el principio de integridad de la reparación, la garantía de no repetición y el derecho a bienes y servicios de calidad, a su vez abre genera reflexiones sobre asuntos que han de plantearse ante los operadores de justicia como lo son las acciones por intereses colectivos o difusos e incluso la posibilidad de condenatoria por daños punitivos, concepto éste que no es propio de nuestros ordenamientos jurídicos, más sin embargo pronunciamientos en tal sentido atenderían de mejor manera tales derechos y garantías, es especial la de no repetición; temas que no son objeto del presente trabajo que se circunscribe al estudio del daño moral, su reclamación y satisfacción, pero que bien merecen ser sometidos a examen.