

EL SISTEMA DE VARSOVIA Y EL CONVENIO DE MONTREAL EN LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES*

Por JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA **
y JOÃO MARCELO SANT'ANNA ***

Resumen:

Este artículo trata de explicar la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Brasil sobre el régimen jurídico del transporte aéreo internacional. En una primera parte, se demostrará que, en los años 90, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores brasileños estableció una tendencia hacia la negación del derecho aeronáutico, e inclinándose en favor de la aplicación de otras normas de derecho interno, sin distinción entre los casos de transporte aéreo internacional de pasajeros o de carga. En la segunda parte se explica que, en los últimos dos años, los Tribunales Superiores brasileños de nuevo reafirman el derecho aeronáutico con respecto al transporte aéreo internacional y la Corte Suprema está próxima a expedirse acerca de dos importantes casos que serán una evolución en materia de transporte aéreo pasajeros. En consecuencia, el objetivo de este trabajo es analizar este movimiento pendular de la jurisprudencia brasileña sobre el transporte aéreo, alertando que aquí la atención se centrará en el transporte aéreo internacional. De hecho, como se verá en el curso de este texto, el transporte aéreo internacional plantea la discusión en torno a diversos argumentos que los del transporte aéreo nacional, limitado a la antinomia entre el Código de Defensa del Consumidor y el Código Brasileño de Aeronáutica.

Palabras clave:

Transporte aéreo internacional, convenciones, consumidor.

* Traducción del portugués al español a cargo de la Dra. Griselda Capaldo.

** Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon Assas-Paris II. Profesor adjunto de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, UERJ, y la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro, UNIRIO. Abogado.

*** Máster en Derecho de la UERJ, Universidad Estatal de Río de Janeiro. Abogado.

THE WARSAW SYSTEM AND THE MONTREAL
CONVENTION IN BRAZILIAN SUPERIOR
COURTS' DECISIONS ON INTERNATIONAL
AIR TRANSPORT

Summary:

This paper intends to make an explanation of how Brazilian superior courts have defined the law applicable to the international air transportation. The first part of this paper demonstrates that, in the 90s, the precedents of Brazilian Superior Courts started to deny the application of air transportation international conventions and decided that national law should prevail, regardless whether the case was about passengers or cargo. The second part of this paper shows that, in the last two years, Brazilian Superior Courts made a turn and are now applying air transportation international conventions in the international transportation of cargo and that Brazilian Supreme Court is about to rule two important cases related to international transportation of passengers. This paper deals only with the back and forth movement of Brazilian Superior Courts' decisions on international air transportation, since the legal issues raised by international air transportation are more diverse, than those related to national air transportation, in which case the discussion is limited to the antinomy of Consumer Code and Brazilian Aeronautical Code.

Keywords:

International air transport, conventions, consumer.

I. INTRODUCCIÓN

Las reglas del transporte aéreo en Brasil han cambiado sustancialmente en los últimos 30 años. Esta transformación representa la evolución de la sociedad brasileña.

En 1985, con el fin del régimen militar, la sociedad brasileña estaba experimentando un enorme anhelo de libertad y derechos. Este anhelo era comprensible; he aquí que los años 60 y la década de los 70 habían sido momentos de intensa demanda de la libertad y de los derechos en muchos países del mundo, como los EE.UU., y la mayoría de los países europeos (por ejemplo, Francia y su movimiento de Mayo del 68).

Así, con el final del régimen militar, los distintos movimientos para los derechos y la libertad se reflejaron en la sociedad brasileña y, por supuesto, también en el mundo político.

En 1986 se llevó a cabo la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, que asumió el cargo en febrero de 1987 y redactó la Constitución, promulgada el 5 de octubre de 1988. Esta Constitución refleja exactamente el ambiente

de la época. Con el objeto de garantizar que los derechos y libertades no pueden ser destituidos en el futuro, los diferentes grupos de presión de la sociedad brasileña de la época intentaron, con éxito variable, incluir en la Constitución de la República dispositivos de protección de tales derechos, libertades y garantías. El resultado es un texto constitucional extenso y preocupado con detalles y minucias que se corresponden con el típico hecho de los grupos de presión.

Promulgada la Constitución de 1988, el movimiento a favor de la concesión de más derechos, más libertad y más garantías continuó y se extendió a otras áreas. Fue este movimiento que llevó a la promulgación de la ley 8078, de 1990, del Código de Defensa al Consumidor (CDC). También fue este movimiento que llevó a la creación de tribunales especiales en los fueros Civil y Penal (ley 9099, de 1995), para facilitar el acceso de todos a la justicia. El número de tribunales especiales demuestran un amplio acceso garantizado para todos: los Tribunales del Estado representan el 27% de todas las nuevas acciones que llegan a los tribunales estatales. Ya los Tribunales Federales representan el 60% de los más de dos millones de demandas en la Corte Federal. Entre 2012 y 2013, el crecimiento de las nuevas acciones en los tribunales ordinarios del Estado subió un 0,6% y los Juzgados se incrementaron un 13,5%. En la Corte Federal, de 2012 a 2013, el crecimiento en los tribunales especiales fue de 18,6% y en los Tribunales Federales de 0,5%¹.

Este movimiento de más derechos, más libertad y más garantías, por supuesto, se topó con varios ordenamientos jurídicos específicos y uno de ellos fue el del transporte aéreo.

Desde el primer cuarto del siglo XX, cuando el transporte aéreo se desarrolló y el Derecho Aeronáutico, poco a poco, adquirió autonomía como disciplina jurídica propia, el transporte aéreo mundial vivía casi con total independencia del resto del derecho. Dotado con sus propias reglas y un modo peculiar de razonamiento, sus actores constituían un grupo aparte, donde casi no había contraposición.

La propia evolución del transporte aéreo fue también causa de transformación de su régimen jurídico. Antiguamente, los viajes en avión eran un transporte caro, accesible a unos pocos. Viajar desde América Latina a Europa en avión era una epopeya. El magistrado brasileño Osny Duarte Pereira describe en su libro *Los jueces brasileños detrás de la Cortina de Hierro*² viajes en avión desde Río de Janeiro a Roma. El primer tramo del viaje era un vuelo de 7:15 horas desde Río de Janeiro a la ciudad de Natal, con salida a las 22:00 hs. el 28 de agosto de 1951. La segunda etapa comenzó a las 6:00 hs. el 29 de agosto, vinculando Natal con la Isla de Sal, en Cabo Verde, distancia recorrida en 9:15 horas. La tercera sección se cubría en 9:10 horas y llevó a los viajeros de Isla de

¹ Comunicado de la Agencia CNJ de Noticias del 21/1/2015.

² DUARTE PEREIRA, Osny, *Juízes brasileiros atrás da Cortina de Ferro*, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1952.

Sal a Lisboa. Nueva salida de Lisboa a Roma, donde los viajeros llegan el 30 de agosto, después de treinta y seis horas de viaje, lo que lleva al autor a escribir con un entusiasmo hecho de felicidad: “Antes de ayer en Río. Hoy, día 30 agosto de 1951, ¡en el lugar donde se formó y desarrolló el Derecho Romano! Parece increíble que esto está sucediendo”³.

Hoy en día, si algún pasajero demorase treinta y seis horas para hacer un viaje por vía aérea entre Río de Janeiro y Roma, la exclamación sería decepción y disgusto en vez de alegría. De hecho, desde el final de la década de 1980, el escenario cambió radicalmente: el transporte aéreo se ha vuelto más accesible y popular. Fue un camino tomado por las líneas aéreas, entre el consentimiento consciente y la necesidad inconsciente, en busca de nuevos mercados para satisfacer los crecientes costos de la actividad y las pérdidas gigantes, en su mayoría acumulados después de las crisis del petróleo de 1973 y 1979.

De ese modo, más y más gente comenzó a utilizar el transporte aéreo y el pequeño mundo de los actores conocidos se convirtió en un planeta lleno de gente que ignoraba (y aún ignora) las normas del derecho aeronáutico, imbuidos con el deseo de tener más derechos, más libertades y más garantías. El resultado fue el conflicto; como es natural, éste se manifestó en los tribunales, campo de batalla de embates jurídicos, que se refleja en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores brasileños, la Corte Suprema de Justicia (STF) y el Tribunal Superior de Justicia (STJ)⁴.

Al contrario de lo que los legos creen, los tribunales son también una expresión de la sociedad, que acompañan a los movimientos de esa misma sociedad y sufren la influencia de grupos de presión. En consecuencia, en una primera fase, los tribunales brasileños fueron hacia la negación del derecho aeronáutico, rechazando su aplicación en favor de otras normas, supuestamente más “ciudadanas”, como se verá en la “Primera parte” de este trabajo.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ Vale la pena explicar que tanto el STF como el STJ son Tribunales Superiores. La STF tiene una larga tradición en el derecho brasileño, cuyos orígenes se remontan a la Corte Suprema de Justicia, creada por la Constitución del 25/3/1824 e instalada el 1/9/1829. El nombre STF fue adoptado en la Constitución provisional publicada como decreto N° 510, del 22 de junio de 1890. El Tribunal Superior ha surgido como un desmembramiento de la Corte Suprema de Justicia, creado por la Constitución de 1988 e instalado el 4/7/1989. La Corte Suprema de Justicia es un tribunal constitucional con jurisdicción limitada para decidir las acciones que tienen que ver con asuntos constitucionales. El STJ es un tribunal superior (que se autodefine como el Tribunal de la Ciudadanía), con jurisdicción limitada en materia de normas infra-constitucionales, no pudiendo revisar cuestiones de fondo. Tanto la STF como el STJ se dividen en Salas: dos Salas en la Corte Suprema y cinco Salas en el STJ. Ambas Salas de la STF tienen competencia en materia de transporte aéreo. En el caso del STJ, las Reglas Internas asignan a cada una de las Salas competencias específicas en razón de la materia, siendo el transporte aéreo una materia que afecta a las Salas Tercera y Cuarta, pertenecientes a la Segunda Sección de Derecho Privado. Todas las decisiones mencionadas en este artículo se pueden encontrar en las páginas web de la STF (www.stj.jus.br) y del STJ (www.stj.jus.br), simplemente escribiendo en la sección de jurisprudencia el número del recurso extraordinario de apelación (RE) o del recurso especial (PRAE).

Sin embargo, pasados veinticinco años de la promulgación de la Constitución Federal, el movimiento en favor de más derechos, más libertad y más garantías parece estar en fase de agotamiento, debido a los excesos que llevaron a varias decisiones judiciales de carácter abstruso⁵. Por otro lado, la sociedad brasileña y el Poder Judicial en sí parecen haber comprendido que más derechos, más libertad y más garantías no son suficientes para garantizar una vida mejor en la sociedad. De esta forma, en la actualidad, los tribunales brasileños pasaron a reafirmar el derecho aeronáutico, como se verá en la “Segunda parte”.

En consecuencia, el objetivo de este trabajo es analizar este movimiento pendular de la jurisprudencia brasileña sobre el transporte aéreo, subrayando el hecho de que aquí la atención se centrará en el transporte aéreo internacional. De hecho, como se verá en el curso de este texto, el transporte aéreo internacional plantea la discusión en torno a argumentos más variados que el transporte aéreo nacional, limitado a la antinomia entre el CDC y el Código Brasileño de Aeronáutica.

II. PRIMERA PARTE. LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: LA NEGACIÓN DEL DERECHO AERONÁUTICO

Inicialmente, poco después de su creación, el STJ entendía que eran válidas las disposiciones normativas de la Convención Internacional de Varsovia relativas a los límites cuantitativos de la indemnización cuando no se ha probado el dolo o culpa grave del transportista.

Incluso con el advenimiento de la ley 8078, de 1990, que entró en vigor en 1991 y estableció el Código de Defensa del Consumidor, el STJ sostuvo la opinión de que las disposiciones relativas a la compensación limitada seguirían siendo válidas y aplicables a casos cotidianos de transporte aéreo internacional.

Las razones eran simples. En primer lugar, se consolidó el entendimiento de que no existiría jerarquía entre las leyes federales y los tratados internacionales ratificados. Por lo tanto, una eventual contradicción entre las normas no daría lugar a la revocación del convenio internacional, sino, como máximo, la pérdida de eficacia de sus dispositivos incompatibles con la legislación nacional.

En segundo lugar, se consideró que cualquier antinomia entre normas de la misma jerarquía debía ser resuelta por el criterio de la especialidad, en los términos de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, el decreto-ley 4657/1942. En ese sentido, la jurisprudencia del STJ que marcó el

⁵ Un ejemplo de este tipo de decisiones era la posición adoptada por el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, que consideraba que era una obligación de las compañías aéreas tener, en cada aeropuerto, una aeronave de reserva para entrar en operación en caso de avería de la aeronave que iba a realizar el vuelo; en este sentido ver TACIVIL, 10ª Câmara, Ap. Sum. 593.178/2, Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 14.03.1995; adoptada por mayoría de votos. RT 727/198.

inicio de los años 90 consideró al Convenio de Varsovia como ley especial para el transporte aéreo y al CDC como regla general, porque traía disposiciones generales sobre relaciones de consumo indistintas:

LEY - TRATADO.

Un tratado no se revoca con la sanción de una ley que contrarie la norma en ella contenida. Perderá, sin embargo, la eficacia, en la medida en que hubiese antinomia, prevaleciendo la norma legal.

La aplicación de los principios, pertinentes en una sucesión temporal de normas, previstas por la Ley de Introducción al Código Civil (LICC). La ley sobreviviente, de carácter general, no afecta a las disposiciones contenidas en el tratado.

Subsistencia de las normas contenidas en el Convenio de Varsovia, sobre transporte aéreo, aunque dispongan lo contrario de las contenidas en el Código de Defensa del Consumidor⁶.

Transporte aéreo internacional — Pérdida de equipaje — Convenio de Varsovia — Indemnización limitada

I - Respecto de la adopción de los principios consagrados en LICC, téngase que el Convenio de Varsovia es la ley especial que regula el transporte aéreo internacional.

II - La responsabilidad del transportista es objetiva, pero limitada a ciertos valores (artículo 22 de la Convención de Varsovia). Recurso de casación no concedido⁷.

Las dos sentencias cuyos resúmenes se transcribieron anteriormente, son representativas de la posición dominante en la época en la que el STJ era encabezado por el entonces ministro Eduardo Ribeiro. En los casos anteriores, la sentencia de la Sala Tercera del STJ, una de las dos Salas que componen la Sección de Derecho Privado de ese Tribunal de Justicia, no conocían los recursos especiales interpuestos por los pasajeros y permanecieron incólumes a las sentencias de apelación proveídas en segunda instancia, que habían limitado la indemnización por pérdida de equipaje, en el marco del Convenio de Varsovia.

Sin embargo, esta situación iba a cambiar rápidamente, por primera vez en lo que se refiere al transporte de pasajeros (pto. 1) y, a continuación, en relación con el transporte de carga (pto. 2).

⁶ STJ, 3ª Turma, REsp. 58.736/MG, rel. min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 1/12/1995, publ. en DJ del 29/4/1996, p. 13413.

⁷ STJ, 3ª Turma, REsp. 156.238/RJ, rel. min. Waldemar Zveiter, juzgado el 7/6/1999, publ. en DJ del 30/8/1999, p. 69.

1. La negación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional

Los recursos juzgados por dos sentencias mencionadas anteriormente trataban sólo la compensación por daños materiales. De hecho, ambas sentencias fueron claras al afirmar que no estaban para decidir sobre la idoneidad de la limitación de la indemnización con respecto al daño moral, ya que el daño de esta naturaleza no había sido objeto pre-cuestionado en esta apelación.

Voto suplementario del relator del REsp. N° 58.736: “Pido venia para considerar que no se discute la tesis de si la indemnización por daño moral escapa a las limitaciones impuestas por el Convenio de Varsovia. Me ciño al contenido de la sentencia, que no reconoce la existencia de un supuesto fáctico indispensable para que se pueda pensar en la reparación de aquel título”.

Algunas partes de los votos del relator del REsp. N° 156 238: “Me permito examinar la posibilidad de que el daño moral esté por encima de la limitación impuesta por el Convenio de Varsovia, según lo declarado por el actor en el Recurso Especial (RE), con paradigma en el RE 172.720-9, relator ministro Marco Aurelio, porque no admitió el recurso extraordinario en su renuncia”.

Esta distinción es importante porque fue precisamente para hacer frente a la indemnización por daño moral en el transporte aéreo internacional, que el STJ profirió sentencia en lo que puede ser considerado un hito en la evolución del conocimiento jurídico que dio lugar a la negación del Derecho Aeronáutico.

Antes de exponer el caso examinado por el Tribunal Superior, es importante aclarar que, a raíz del gran anhelo por más derechos y garantías, la Constitución incorpora en su artículo 5, que trata sobre los derechos y las garantías fundamentales, el principio de la indemnización por daño moral o material, siempre de forma amplia, plena y en proporción exacta a la ofensa.

Así que el daño moral previsto por el sistema jurídico brasileño tiene matriz constitucional directa y, por consiguiente, cualquier violación eventual de las normas infraconstitucionales que lo regulan implica el análisis y el juicio de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia (STF), ya sea a través del control concentrado, sea a través del control difuso, en particular mediante la interposición de un recurso extraordinario.

Así, el ordenamiento jurídico constitucional era propicio para que la Corte Suprema decida sobre el asunto, merced a un recurso extraordinario⁸ relativo a

⁸ STF, 2ª Turma, RE 172.720, rel. min. Marco Aurélio, juzgado el 6/2/1996, DJ del 21/2/1997, p. 02831, EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093, con el siguiente resumen: “Una vez dicho esto, hay que transcribir el sumario del recurso extraordinario 172.720-9, 1996: ‘Indemnización - Daños morales - Pérdida de maleta en el transporte aéreo - Convenio de Varsovia - Nota mitigado - Constitución Federal - Supremacía. El hecho de que el

la pérdida de equipaje de un pasajero de Iberia Líneas Aéreas de España S.A. durante el vuelo a Europa, que lo recibió recién después de su regreso a Río de Janeiro.

Los hechos se produjeron en 1989, justo antes de la promulgación del CDC, y la sentencia de segundo grado se había limitado a una indemnización al valor previsto por el Convenio de Varsovia, en donde se les niega la ocurrencia de daños morales.

El ministro Marco Aurelio, relator del recurso, consideró en la agenda dos cuestiones jurídicas: (i) si el hecho que motivó los daños morales eran capaces de generar una indemnización, y (ii) el alcance de la norma constitucional que prevé la indemnización por daño moral, cuando es aplicable el Convenio de Varsovia y su premisa de que la indemnización por pérdida de equipaje es limitada.

Al principio, el relator explicó que los límites de indemnización previstos en el Convenio se aplicarían a los daños materiales y sólo cuando no esté probado el dolo o la culpa grave del transportista, pues para el caso de dolo o negligencia grave la compensación sería ilimitada bajo el Convenio de Varsovia. El ministro también declaró que el Convenio de Varsovia no dispone sobre daño moral, sino sólo sobre daños materiales. Por lo tanto, el ministro consideró válida la limitación de las indemnizaciones relativas a los daños materiales, pero encontró que la limitación de la compensación no se aplica a los daños morales. Y lo hizo por dos razones: (i) en primer lugar, porque el Convenio de Varsovia no versa sobre indemnización por daño moral, sino únicamente por los daños materiales; (ii) en segundo lugar, porque, según la Constitución, la indemnización por daño moral debe ser amplia e integral. Por último, concluyó que la falta de preceptos sobre indemnización por daños morales en el Convenio de Varsovia no excluye su reparación, ya que la reparación del daño material procede de una disposición constitucional.

Es de toda evidencia, por lo tanto, que no es parte de la indemnización tarifada la inclusión de los daños morales. De todos modos, en el presente caso, debe entenderse que el Convenio de Varsovia excluye la responsabilidad de las compañías aéreas por los daños morales, hay que tener en cuenta que el conflicto no se configuraría entre la Convención y la legislación promulgada por el Congreso Nacional, sino con la Carta Magna de la República, lo que pone en un primer plano la supremacía de ésta. En particular, es pertinente señalar que, en la lección siempre actual del ministro Francisco Rezek, en *Derecho de los Tratados* —Forense, 1984— sólo existe la prevalencia del trata-

Convenio de Varsovia revela, por regla general, la compensación tarifada por daños materiales no se pronuncia sobre los daños y perjuicios. Configurados éstos por los sentimientos de incomodidad, vergüenza, enojo y la humillación que surge de la pérdida de la maleta, debe tenerse en cuenta la Carta de Política de la República —Secciones V y X del artículo 5—, que se superpone a los tratados y convenios ratificados por Brasil”.

do cuando el conflicto se refiere a la ley expedida por el Congreso Nacional. Es necesario tener en cuenta que el § 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, en referencia a la observancia de los tratados internacionales, se refiere a los derechos y garantías y no la eliminación de cualquiera de los previstos en párrafos anteriores. Por lo tanto, tengo que no subsiste el óbice sentado por el tribunal de origen, según el cual dicho rubro indemnizatorio estaría excluido por la citada Convención.

De este modo, en una decisión paradigmática, la Corte Suprema reconoció que la hipótesis de pérdida de equipaje de los pasajeros en el transporte aéreo internacional es capaz de ofrecer una indemnización por daño moral, independiente de la previsión de daños de tal naturaleza en el Convenio de Varsovia y también descartó la limitación de responsabilidad prevista en el Convenio de Varsovia por entender que esto se limita a los daños materiales⁹.

En conclusión, en lugar del control difuso de constitucionalidad, que sólo produce efectos *inter partes* y, por lo tanto, no es vinculante para las decisiones de otros tribunales, la Corte Suprema decidió no aplicar al daño moral el límite de indemnización previsto en el Convenio de Varsovia y, por tanto, decidió que la indemnización por daño moral debe ser, de acuerdo con su matriz constitucional, amplia e irrestricta.

Téngase en cuenta que esta decisión del Tribunal Supremo es correcta. En efecto, el Convenio de Varsovia nada dispuso sobre el daño moral, debido a que los países signatarios —dada la diferencia en la comprensión entre ellos— prefieren dejar esta cuestión al cuidado de cada uno.

Igualmente, cabe destacar que esta decisión de la Corte Suprema no se basa en la aplicación del CDC, en detrimento de los convenios internacionales. En primer lugar, porque al momento de los hechos el CDC aún no estaba en vigor. En segundo lugar, porque la Corte Suprema es un tribunal constitucional, despojado de competencia para decidir sobre cualquier conflicto eventual entre una convención internacional y el CDC.

Sin embargo, en la decisión que acabamos de comentar, hay una referencia al derecho del consumidor en cierta parte del voto del ministro Francisco Rezek que introdujo un análisis del caso desde la perspectiva de la relación de consumo afirmando que

La tendencia del gobierno ante las demandas del consumidor siempre ha sido —en este país más que en otros— para reaccionar con sorpresa. ¿Qué es esto? ¿Qué historia es ésta? No es un caso de indemnización;

⁹ La Corte Suprema de los Estados Unidos, cinco años antes, también había entendido que el Convenio de Varsovia trataba solamente los daños materiales y no los daños morales. Sin embargo, en ese caso, la Corte Suprema de Estados Unidos denegó la solicitud de indemnización por daños morales (ver “Eastern Airlines, Inc. v. Floyd”, 499 US 530 [1991], “Eastern Airlines, Inc. v. Floyd *et al.*”, *certiorari* to the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit (consultado en <http://laws.findlaw.com/us/499/530.html>, el 28/1/2015).

no es el caso de una persona que se siente lesionada; no es el caso de pedir en juicio una reparación. Me parece que esta forma de indulgencia por no ser materia civil debiera finalmente, a la luz de la Constitución de 1988, encontrar su paradero, produciéndose una situación nueva, de acuerdo con los términos de la Carta Magna.

Esta mención sutil a la relación de consumo era ideológicamente importante para el desarrollo de análisis infraconstitucional por el Tribunal Superior de Justicia de la supuesta antinomia entre el CDC y el Convenio de Varsovia. Esto se debe a que, a partir de esa fecha —con la excepción de que el ministro Ruy Rosado de Aguiar, de la 4ª Sala del STJ, ya abogaba, en soledad, a favor de esta tesis en épocas anteriores—, el STJ fue pasando gradualmente a defender la prevalencia de las disposiciones del CDC en detrimento de las normas internacionales de transporte aéreo.

En paralelo a la sentencia de la Corte Suprema, ya se notaba alguna discusión en el Tribunal Superior en cuanto a la antinomia entre las convenciones internacionales y el CDC, incluidos los votos de la ministra Ruy Rosado de Aguiar. Este ministro invariablemente ganó con su voto en la aplicación del CDC al transporte internacional de pasajeros, en detrimento de los convenios internacionales. También hubo sentencias en las que el STJ aplicó la Convención de Varsovia, pero lejos de la aplicación de la limitación cuantitativa de responsabilidad, sobre la base de no haber demostrado el transportista que había tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño¹⁰.

No fue sino hasta finales de 1999, durante el juicio del REsp. 253 678, que la tesis del ministro Ruy Rosado de Aguiar¹¹, relator, se consagró vencedora en la Sala 4ª del STJ, en sentencia firme, con el siguiente resumen:

TRANSPORTE AÉREO – RETRASO – VIAJE INTERNACIONAL
– CONVENIO DE VARSOVIA – DAÑO MORAL – CÓDIGO DE
DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Los daños morales causados por el retraso en los viajes internacionales tienen calculado su indemnización, según el CDC. Demás cuestiones,

¹⁰ Por ejemplo, en REsp. 214.824/SP, Sala 4ª, relator min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 10/8/1999, pub. DJ 6/9/1999, p. 89, con el siguiente sumario: “Transporte aéreo internacional. Atraso. Daño moral. Probada la existencia del atraso de 24 horas en el viaje internacional, y aguardando el pasajero en un zaguán del aeropuerto, sin prueba de que el transportador había tomado las medidas del artículo 20 del Convenio de Varsovia, débese admitir la existencia de daño moral por el malestar y la angustia por la demora, daño cuya presencia es reconocida por un juicio de la experiencia. Recurso concedido, pero condena infundada”.

¹¹ Esta tesis había sido defendida por el ministro Ruy Rosado de Aguiar un año antes, en 1998, en REsp. 154 698, a propósito de un caso de transporte aéreo internacional de carga. Sin embargo, esta opinión no fue la vencedora, como se analizará en el apartado 2, más adelante.

no concedidas. Recurso de los actores concedido en parte, y en esta parte, concedido parcialmente. Recurso de apelación no concedido¹².

El caso sometido a la apreciación del STJ se ciñó al pedido de indemnización por daños y perjuicios debido a la demora de más de 24 horas en un vuelo internacional ocurrido en 1996. La sentencia, mantenida por el fallo de segunda instancia, había reconocido la existencia de daño moral pero los limitó a los valores previstos en la Convención de Varsovia.

La Tercera Sala del STJ, a través del voto del ministro Ruy Rosado de Aguiar, fue enfática al considerar inadmisibile con arreglo a las disposiciones del CDN, la cláusula

“(...) establecer clara desigualdad entre las partes, creando una situación de verdadera exoneración de responsabilidad a favor del transportador, que no retribuye en términos adecuados para la mala ejecución del contrato, además de otorgar a la empresa aérea un beneficio que no concede a los demás transportadores”.

La 3ª Sala reconoció que la jurisprudencia del STJ era predominante en el sentido de hacer cumplir la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia, a pesar de los votos solitarios en la dirección opuesta del propio relator, ministro Ruy Rosado de Aguiar. Sin embargo, esta vez, la Sala 3ª consiguió que el Convenio de Varsovia debía recibir una interpretación restrictiva y que el transporte aéreo no sería más una actividad de riesgo mayor que otros medios de transporte, argumentando que había servido en el pasado como una justificación para la aplicación de las normas especiales de indemnización. Por lo tanto, en vista de la Sala 3ª, las disposiciones del CDC debían prevalecer sobre las del Convenio de Varsovia y, por tanto, la compensación no podía ser restringida o limitada, sino integral. Por lo tanto, la Sala 3ª apoyó el principio de igualdad y dijo que no tenía sentido privilegiar al transportador aéreo en detrimento de otros tipos de transporte, siendo éstos objeto de una compensación integral e ilimitada. Sin embargo, la Sala 3ª observó que el transportador podía gozar del privilegio del límite de indemnización si exigiese al pasajero una declaración de valor de bien transportado y el pasajero se negase a hacer tal declaración. En vista de la Sala 3ª, la iniciativa de proponer la declaración de valor sería una obligación del transportista, no del pasajero, que si fuera cumplida le permitiría disfrutar del declarado “privilegio” de limitación de la indemnización.

En conclusión, la sentencia confirmó el recurso incoado por los pasajeros para eliminar la limitación y establecer que los daños morales causados por el retraso en los viajes internacionales tienen su indemnización calculada de acuerdo con el CDC y no según el Convenio de Varsovia.

¹² STJ, 4ª Turma, REsp. 235.678/SP, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 2/12/1999, DJ del 14/2/2000, p. 43.

Téngase en cuenta que el STJ decidió correctamente, pero sobre una base equivocada. La decisión es correcta, ya que, como hemos visto anteriormente en el fallo de la STF pronunciado en recurso extraordinario 172.720, realmente el Convenio de Varsovia no se aplica en caso de daños morales, pues el presente Convenio no regula esta materia, sino sólo los daños materiales. El fundamento está errado porque la indemnización de los daños morales no requiere la eliminación de la Convención de Varsovia o la declaración de una contradicción entre éste y el CDC. Bastaba con que el STJ hubiese reconocido que el Convenio de Varsovia nada disponía sobre el concepto de daño moral y que, debido al vacío legislativo, se aplican las normas del CDC y de la Constitución, sin necesidad de declarar una oposición inexistente entre el Convenio de Varsovia y el CDC y así abstenerse de aplicar el texto internacional.

Después de esta primera sentencia de finales de 1999 en REsp. 235.678 indicando la nueva interpretación de los textos legales, la Sala 4ª del STJ emitió, en el año 2000, otras dos sentencias, todas del ministro relator Ruy Rosado de Aguiar, para evitar la aplicación de la Convención Varsovia y para hacer incidir el CDC en los casos de transporte aéreo internacional. En abril de 2000, el REsp. 247.724 desechó la cláusula del foro prevista en la Convención para la presentación de una demanda sobre la base de que ella sólo serviría como criterio para la fijación de la jurisdicción internacional pero no para la definición de la competencia interna, y estableció que era posible la presentación de la acción en el foro del domicilio del pasajero-consumidor, según lo permitido por el CDC. En agosto de 2000, la sentencia que juzgó el REsp. 257.100 consideró que los valores previstos en la Convención de Varsovia servirían sólo como parámetros indemnizatorios y no como límites de indemnización y, por lo tanto, proveyó el recurso del pasajero para rechazar su aplicación.

La decisión de la Sala 4ª del STJ de aplicar el CDC y la no aplicación de las normas de indemnización del Convenio de Varsovia sería invariablemente repetida en los años siguientes, siendo ejemplo de ello los siguientes sumarios:

RESPONSABILIDAD - TRANSPORTE AÉREO - RETRASO EN VUELO INTERNACIONAL - EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD - PRUEBA DE AUSENCIA - TARIFA INDEMNIZACIÓN - CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR - APLICABILIDAD - SENTENCIA *EXTRA PETITA* - PRE-CUESTIONAMIENTO - AUSENCIA - PRECEDENTES - RECURSO DENEGADO.

I - Resulta incontrovertible el atraso del vuelo internacional y la ausencia de prueba del caso fortuito, fuerza mayor o que se hayan tomado todas las medidas necesarias para que no se produzca el daño, por lo que cabe hacer lugar al pedido de compensación en los términos del Convenio de Varsovia.

II - La Sección de Derecho Privado, a través de las dos Salas que la componen, se pronunció por la aplicación del Código de Protección al

Consumidor en las reclamaciones derivadas de la deficiente prestación del transporte aéreo¹³.

Después de este cambio de la comprensión de lo que había ocurrido en 2000 en la Sala 4ª del STJ, la Sala 3ª siguió la misma ruta y, también en 2000, dictó sentencia desestimatoria en REsp. 169.000¹⁴, y así se mantuvo sin cambios lo acordado en la sentencia de segundo grado que desestimó la aplicación del límite de indemnización del Convenio de Varsovia para aplicar el CDC.

El relator de esta REsp. 169.000, ministro Paulo Costa Leite, reconoció que la comprensión de la sentencia de segundo grado discrepaba con la orientación que había prevalecido hasta ese momento en la Sala 3ª¹⁵. Sin embargo, el ministro consideró que era el momento de cambiar su interpretación de considerar al Convenio de Varsovia como ley general sobre el transporte aéreo y al CDC como ley especial sobre las relaciones de consumo.

Es decir, el voto del relator del REsp. 169.000 acogió la tesis de que “(...) es irrelevante la regla *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ya que, en el caso de las relaciones de consumo, el Código del Consumidor es la propia ley específica y exclusiva; es la ley que estableció la Política Nacional de Relaciones de Consumo, al consolidar en un solo instrumento jurídico todos los principios pertinentes a la materia, en función de la competencia que le fue atribuida por la Constitución Federal. Y en cuanto a su competencia específica, ninguna otra ley (Código) puede suplantarla. Puede coexistir con lo que no es incompatible”.

Es importante señalar que participó en este pronunciamiento el ministro Eduardo Ribeiro, hasta entonces el conductor de la tesis opuesta y predominante en el ámbito de la 3ª Sala del STJ en el sentido de ser el Convenio de Varsovia la ley especial y el CDC la ley general. En vista de su voto, el ministro Eduardo Ribeiro hizo una distinción en su posición: dijo estar de acuerdo con la aplicación del CDC cuando se tratase de la pérdida de equipaje, como en el caso considerado en la sentencia, pero consideraba aplicable la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia cuando la hipótesis fáctica versase sobre “riesgo del aire”.

Para aclarar aún más la posición del entonces ministro Eduardo Ribeiro, es necesario analizar su voto en el juicio de REsp. 158.535¹⁶ (juzgado en el mismo día, 4/4/2000, a juicio REsp. 169.000), ya que, si bien es de transporte aéreo

¹³ STJ, 4ª Turma, REsp. 223.939/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, juzgado el 13/3/2001, publ. en DJ del 11/6/2001, p. 225.

¹⁴ STJ, 3ª Turma, REsp. 169.000/RJ, rel. min. Paulo Costa Leite, juzgado el 4/4/2000, publ. en DJ del 14/8/2000, p. 164.

¹⁵ Y que fue representado por el PRAE 58.736 mencionado *ut supra*, en la introducción de la “Primera parte”.

¹⁶ STJ, 3ª Turma, REsp. 158.535, rel. p/ acórdão min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 4/4/2000, publ. en DJ del 9/10/2000.

nacional, el ministro Eduardo Ribeiro presentó conclusiones importantes acerca de la negativa del derecho aeronáutico. El ministro Eduardo Ribeiro fue contundente al afirmar que, aunque está de acuerdo en que el “privilegio” del transportador aéreo se inspiró en las peculiaridades pretéritas de este tipo de transporte, la discusión sobre la subsistencia o no de esas peculiaridades no podían servir al juez como argumento para excluir la aplicación de una norma que sigue en vigor. A lo sumo podría servir de motivación para modificar el ordenamiento jurídico, una tarea que no corresponde a los tribunales sino al parlamento.

A continuación, el ministro Eduardo Ribeiro esclareció el punto nodal de su tesis. Para él, el Convenio de Varsovia era especial en relación con el CDC sólo en asuntos que trataba y en relación con el “riesgo del aire”. Cuando esto no se hallase presente, no habría ninguna especialidad en la Convención, pero sí en el CDC. Por lo tanto, la limitación de la indemnización se aplicaría siempre que el Convenio de Varsovia prevaleciese, no habiendo sido revocado por la llegada del CDC:

Una advertencia importante, sin embargo, ha de hacerse como consecuencia de lo que ya se ha dicho anteriormente, y como necesito dejar en claro mi posición al respecto, aunque no sea relevante para la especie en examen. Debemos verificar que el principio de especialidad de la norma se deriva de la especialidad de la materia sobre la que incide. En el transporte aéreo reside en el llamado riesgo del aire. Cuando esto no se encuentra presente, no se puede reconocer motivo para tener como subsistente la disposición que limita la responsabilidad, ante la ley, también especial, relativas a las relaciones de consumo. Modificar, en este punto, la interpretación que en otra oportunidad manifesté sin esta distinción que ahora hago.

Aunque explicitada en la sede del juicio sobre el transporte aéreo nacional, la distinción hecha por el ministro Eduardo Ribeiro representó un retroceso en la resistencia de la Sala 3ª del STJ de aplicar el CDC para excluir la limitación de la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia. Y, como se ve, esto permitió que durante el juicio —¡el mismo día!— el REsp. 169.000 fuere proferido acordando excluir la regla indemnizatoria del Convenio de Varsovia para aplicar el CDC.

En marzo de 2001, la Sala 3ª tendría la oportunidad de confirmar su nueva posición en ocasión del juicio de REsp. 240.078¹⁷, a través de la relatoría del ministro Waldemar Zveiter, otro antiguo defensor de la aplicación del Convenio de Varsovia. En ese caso, la Sala 3ª declaró que “(...) los límites de indemnización constantes del Convenio de Varsovia no se aplican a las relaciones jurídicas de

¹⁷ STJ, 3ª Turma, REsp. 240.078, rel. min. Waldemar Zveiter, juzgado el 13/3/2001, publ. el 27/8/2001.

consumo, ya que, en hipótesis como el presente caso, deberá haber, necesariamente, una compensación integral por los daños sufridos por el consumidor”.

Sin embargo, la sentencia REsp. 240.078 no se aplicó el CDC al caso concreto, porque el pasajero solicitante no había pre-cuestionado el CDC y había limitado su pedido a la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia. Por lo tanto, el STJ, en respeto a lo solicitado, sin dejar de reconocer la aparición, en el caso, de daños *in re ipsa* a ser ampliamente reparado, se vio obligado a atenerse a lo solicitado y fijar la compensación en el nivel prescrito en la Convención Varsovia.

Así, las dos Salas que componían la Sección de Derecho Privado del STJ —actual Sección Segunda— comenzaron el siglo XXI con una interpretación en favor de la aplicación del CDC en casos de transporte aéreo internacional para eliminar el límite de indemnización del Convenio de Varsovia.

La propia Sala 2ª del STJ llegó a emitir dos sentencias que excluyeron de una vez cualquier alegación de divergencia entre las Salas 3ª y 4ª, consolidando la orientación jurisprudencial de ese Tribunal de Justicia:

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVÍO DE CARGA - INDEMNIZACIÓN INTEGRAL - CDC.

I - La responsabilidad del transportista aéreo por la pérdida de equipaje o carga se rige por el Código de Defensa del Consumidor, si el evento fuere dado en los términos de su vigencia, rechazando la indemnización tarifada prevista en el Convenio de Varsovia.

II - No caben divergencias, cuando la jurisprudencia del Tribunal se ha establecido de manera similar a la sentencia de embargo (Sumario 168/STJ).

No concede los embargos¹⁸.

Civil. Relación del consumidor. Transporte de mercaderías. Resulta ser una relación de consumo, en la que el transporte de mercancías está sujeto a la disciplina del Código de Defensa al Consumidor, siendo de cinco años el plazo de pérdida del derecho a una indemnización por daños. No se concede el embargo¹⁹.

Esta orientación jurisprudencial fue responsable del pronunciamiento de 16 sentencias sólo desde 2001 hasta 2011, para negar la aplicación del Derecho Aeronáutico y quitar la limitación cuantitativa de la indemnización por daños, el plazo de prescripción y otras disposiciones del Convenio de Varsovia que contradicen lo previsto en el CDC.

¹⁸ STJ, 2ª Seção, EREsp. 269.353/SP, rel. min. Castro Filho, juzgado el 24/4/2002, publ. en DJ del 17/6/2002, p. 184.

¹⁹ STJ, 2ª Seção, EREsp. 258.132/SP, rel. min. Ari Pargendler, juzgado el 26/10/2005, DJ del 1/2/2006, p. 427.

2. La negación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de carga

Al igual que en el transporte internacional de pasajeros, en un principio el STJ entendió que la carga aérea internacional estaba regida por los convenios internacionales. Un ejemplo de esta posición fue la sentencia emitida en 1999, en REsp. 220.564²⁰, por la Sala 3ª del STJ, con el siguiente resumen:

TRANSPORTE AÉREO - LA PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA - PRESCRIPCIÓN.

El plazo de prescripción de una reclamación por pérdida de mercancías, en el caso del transporte aéreo internacional, es de dos años, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de Varsovia, y no el artículo 449, II, del Código de Comercio.

Téngase en cuenta, sin embargo, que antes, en 1998, la Sala 4ª había examinado la cuestión de la Ley del Consumidor y el transporte internacional de carga aérea, en REsp. 154.698, juzgado por la Sala 4ª, que versaba sobre la pérdida de carga ocurrida en el transporte aéreo internacional. La Sala 4ª no concedió el recurso extraordinario porque entendió que las disposiciones del CDC no habían sido examinadas previamente en la sentencia recurrida y mantuvo la aplicación de los preceptos de la Convención de Varsovia:

TRANSPORTE AÉREO - VUELO INTERNACIONAL - CARGA.

Es tarifada la indemnización por extravío de mercaderías transportadas en vuelo internacional en los términos del Convenio de Varsovia. El CDC no fue pre-cuestionado. Recurso no concedido²¹.

Sin embargo, en este REsp. 154.698, el ministro Ruy Rosado de Aguiar —que sería el relator de REsp. 235.678 en materia de transporte aéreo internacional de pasajeros, examinado anteriormente— presentó el voto en el que afirmó exactamente todos los argumentos que llegaron a ser vencedores en el referido REsp. 235-678.

La primera vez que, en el ámbito del transporte internacional de carga aérea, el Tribunal Supremo aplicó el CDC y excluyó los convenios internacionales, fue en septiembre de 2000, en la sentencia emitida en REsp. 171.506, donde también fue relator el ministro Ruy Rosado de Aguiar. Así que, después de liderar, a finales de 1999, el REsp. 235.678, la Sala 4ª del STJ la aplicación

²⁰ STJ, 3ª Turma, rel. min. Eduardo Ribeiro, juzgado el 2/9/1999, publ. en DJ del 6/12/1999, p. 88.

²¹ STJ, 4ª Turma, REsp. 154.698/SP, rel. min Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ acórdão min. Bueno de Souza, juzgado el 9/6/1998, DJ del 12/2/2001, p. 118.

del CDC al transporte internacional de pasajeros, el ministro Ruy Rosado de Aguiar extendió a la Sala 4ª esta comprensión para el transporte aéreo internacional de carga.

En esa sentencia, la Sala 3ª del STJ repitió los mismos argumentos utilizados en la sentencia REsp. 235.678, escritos por el mismo ministro Ruy Rosado de Aguiar. El caso versaba sobre la pérdida de una caja que supuestamente contenía esmeraldas en un vuelo entre São Paulo y New York. La decisión de primera instancia y la sentencia en apelación por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo habían excluido las normas de indemnización del Convenio de Varsovia (compensación de acuerdo con el peso de las mercancías) para conceder una indemnización por el valor de carga.

En noviembre de 2000, la Sala 4ª dictó la cuarta sentencia en el año (y la segunda relativa al transporte aéreo internacional de carga), para evitar la limitación de la compensación por aplicación del CDC y, de este modo, mantener el REsp. 220.898²² traídos por el asegurador subrogado en los derechos de sus asegurados. En diciembre de 2000, la Sala 4ª reiteró esta misma posición en REsp. 269.353²³.

Por su parte, en diciembre de 2001, la Sala 3ª del STJ adoptó la misma posición, de no aplicación de los convenios internacionales y la aplicación del CDC, en “AgRG nos Edcl”, en REsp. 224.554²⁴, pasando, desde entonces, las dos Salas a tener el mismo entendimiento.

Todos estos juicios, y aquellos que los siguieron, están marcados por la falta de distinción en la jurisprudencia del STJ entre los casos relativos a los pasajeros (retrasos en los vuelos, pérdida de equipaje...) y aquellos relacionados con la carga (avería de la carga, retraso en la entrega...). El Tribunal Supremo no analizó en este período la figura del consumidor desde el punto de vista del destinatario final, como se describe en el CDC, sino sólo basado en la figura del proveedor. Así que cada transportista era indistintamente enmarcado en la descripción proveedor y, por lo tanto, se lo consideró sujeto al CDC, lejos de las normas de los convenios internacionales. Es decir, que para la 3ª y la 4ª Sala del STJ, merecían la misma protección tanto el pasajero que realiza su primer viaje internacional en avión que la empresa multinacional con experiencia en la exportación o importación, por vía aérea, de sus productos y materias primas. Esta situación ha cambiado recientemente, como se verá en la siguiente parte.

²² STJ, 4ª Turma, REsp. 220.898/SP, rel. min Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 23/11/2000.

²³ STJ, 4ª Turma, REsp. 269.353/SP, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, juzgado el 5/12/2000, publ. en DJ del 11/6/2001.

²⁴ STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp. 224.554/SP, rel. min. Nancy Andrichi, juzgado el 6/12/2001, pub. en DJ del 25/2/2002.

III. SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: LA AFIRMACIÓN DEL DERECHO AERONÁUTICO

Después de tener continuamente excluida la aplicación de los convenios internacionales en favor del CDC, en la actualidad los Tribunales Superiores brasileños parecen caminar en el sentido de revertir la interpretación anterior y afirmar la aplicación del Derecho Aeronáutico, en lugar de los derechos de los consumidores, en cuestiones relativas al transporte aéreo internacional.

Este desarrollo ha sido diferente en el STJ y en la STF. El STJ cambió su posición con respecto al transporte aéreo de cargas, una cuestión sobre la que la STF aún no se ha pronunciado expresamente (pto. 1). Sin embargo, el STJ ha comenzado a evolucionar en cuanto al transporte internacional de pasajeros, mientras que la STF sigue aferrada a su posición de considerar inaplicable la Ley de Aviación (pto. 2).

1. La afirmación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de carga

Como se mencionó anteriormente, el STJ se divide en Salas, teniendo la 3ª y la 4ª Salas competencia para juzgar sobre las relaciones contractuales en materia aeronáutica. Como se verá más adelante, tanto en la 3ª como la 4ª Salas del STJ están revisando su posición anterior y comenzaron a admitir que el Derecho Aeronáutico se aplica al transporte internacional de carga aérea. Sin embargo, esta evolución del STJ no ha sido lineal.

Fue la 3ª Sala la primera en decidir que, en el transporte internacional de carga aérea, la convención internacional era aplicable y no el CDC. Esta decisión fue tomada en 2012, en un caso de pérdida de la carga²⁵. La aseguradora se había subrogado en los derechos del asegurado, contratante del transporte aéreo internacional de las mercancías perdidas. El STJ, citando los precedentes en materia de transporte terrestre, entendió que no era aplicable el CDC:

He reiterado el entendimiento de esta Corte con respecto a la no incidencia del CDC en relación eminentemente comercial entre la aseguradora, contratante de un transporte, y la empresa transportadora.

Las reglas marcadamente protectoras del CDC no se aplican a las relaciones en las que no se verifique una vulnerabilidad del consumidor del producto o servicio objeto de discusión, o que incluso éste venga a ser o sea un consumidor (destinatario final), como en el caso en que

²⁵ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.291.994/SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Itaú Seguros S.A., agravada DHL Logistics Brasil Ltda., juzgado el 28/2/2012, publ. en DJ del 6/3/2012.

las mercancías transportadas sean para terceros que no es la persona jurídica que contrata el servicio.

Es sorprendente en este caso la razón dada para excluir el CDC. El motivo no es que no sea la relación de transporte aéreo una relación de consumo. El motivo es que la relación entre el asegurador y el asegurado no es una relación de consumo. Sin embargo, este razonamiento es equivocado, he aquí que el asegurador se había subrogado en los derechos del asegurado, como si se tratase de un asegurado. Por lo tanto, si el asegurado tiene una relación de consumo con el autor del daño, el asegurador está también subrogado en esa relación de consumo. Por cierto, este error fue corregido en la posterior sentencia del STJ²⁶.

También es curioso notar que el caso en que se dictó la sentencia no importaba directamente una relación de transporte aéreo, sino un caso de transporte multimodal de carga, en el que el porteador era DHL Logistics Brasil Ltda. y no una compañía aérea.

Sin embargo, en señal de oscilación de la jurisprudencia, pocos meses después de este primer caso, la misma Sala 3ª del STJ dictó una decisión²⁷ directamente sobre el transporte internacional de carga aérea en donde reafirmó la aplicación del CDC, con base en el argumento de ser la protección del consumidor un asunto constitucional:

Para la aplicación de la Convención de Varsovia, en detrimento de la legislación en pos de los consumidores, este Tribunal consolidó una orientación en el sentido de aplicar el Código de Defensa del Consumidor a los casos en que falla una prestación de servicios de transporte aéreo internacional, por verificar la existencia de una relación de consumo entre la compañía aérea y el pasajero, dado que la propia Constitución Federal de 1988 elevó la protección de los consumidores a la esfera constitucional de nuestro sistema legal (...).

Es curioso observar que esta sentencia fue dictada por la misma Sala de la sentencia anterior, compuesta por los mismos jueces que habían votado en sentido contrario en el juicio anterior²⁸. También en 2012, la Sala 3ª del STJ — compuesta por los mismos magistrados — reafirmó que, en el transporte aéreo internacional, la pérdida de mercadería no estaba sujeta a la Convención de Varsovia, sino al CDC, conforme a la jurisprudencia de la Corte²⁹.

²⁶ Ver acuerdo proferido en REsp. 1.162.649/SP, citado abajo.

²⁷ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.344.297/SP, rel. min. Sidnei Beneti, agravante Itaú Seguros S.A, agravada DHL Logistics Brasil Ltda., juzgado el 15/5/2012, publ. en DJ del 28/5/2012.

²⁸ Votaron, además del relator, los ministros Paulo de Tarso Sanseverino (presidente), Ricardo Villas Boas Cueva, Nancy Andrichi y Massami Uyeda.

²⁹ STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp. 1.181.252/SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Varig Logística S.A, agravado Bradesco Seguros S.A., juzgado el 14/8/2002, publ. en DJ del 20/8/2012.

En 2013, la Sala 3ª se negó a escuchar la apelación contra la sentencia del Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP) que había descartado la aplicación del Convenio de Varsovia. El TJSP había considerado que había una negligencia grave del transportador en la pérdida de la carga, equiparándola al dolo. La Sala 3ª desechó la apelación por motivos de no ser capaz de revisar las pruebas. También en 2013, la Sala 3ª se negó a escuchar una apelación contra la sentencia del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, con el argumento de que la posición adoptada por el Tribunal de Río de Janeiro estaba de acuerdo con la jurisprudencia del STJ. La posición adoptada por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro —y confirmada por esta nueva sentencia de la Sala 3ª del STJ— fue que, después de la llegada del CDC, la responsabilidad civil del transportista de carga aérea internacional se subordinaba al principio de reparación plena, rechazándose la indemnización prevista en el Convenio de Varsovia...

Sin embargo, al día siguiente (28/5/2013) del día en que se dictó la sentencia anterior (27/5/2013), la Sala 3ª del STJ cambió la interpretación y volvió a la posición adoptada en la primera sentencia de 2012. La acción donde se pronunció la sentencia de 2013 ahora bajo examen³⁰, había sido interpuesta por una empresa distribuidora exclusiva en Brasil de cubiertos fabricados en Italia. Para traer los productos italianos, la empresa contrató los servicios de transporte de carga de un *freight forwarder* que realizó parte del transporte por vía aérea. Los productos debieron haber sido entregados al consignatario el 12/10/95, pero sólo lo fueron casi un año después, el 9/12/1996, lo que habría causado daños a la empresa de negocios de importación.

La Sala 3ª del STJ reafirmó adoptar la teoría finalista o subjetiva a los fines de la caracterización de la persona jurídica como un consumidor en una relación de consumo eventual, debiendo, por lo tanto, tal entidad ser destinataria económica final del bien o servicio adquirido. El STJ reafirmó aun haber mitigado, en circunstancias excepcionales, los rigores de la teoría finalista y aplicó el CDC, cuando la empresa de negocios, aunque no sea técnicamente el destinatario final del producto o servicio, se presenta en una situación de vulnerabilidad (técnico, jurídico, de hecho o de información). Con todo, el STJ sostuvo que, en la hipótesis de autos:

El servicio de transporte fue contratado como un instrumento para la realización de las importaciones de negocios empresarial de bienes para la reventa. No se trata *in casu* de un servicio de transporte tomado por la recurrente de forma disociada de sus actividades empresariales, mas todo lo contrario. Se trata de una actividad de medio para

³⁰ STJ, 3ª Turma, REsp. 1.358.231/SP, rel. min. Nancy Andrihi, recurrente Kuehne y Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora DO KN Deicmar Transportes Internacionais Ltda., recorrida Prégia Coltelli Com Internacional Ltda., juzgado el 28/5/2013, publ. en DJ del 17/6/2013.

lograr la consecución del negocio principal de la empresa: la venta con carácter exclusivo de productos de cuchillería fabricados en Italia (e-STJ 1594 fl.).

En consecuencia, el STJ ordenó que “la presente hipótesis sea analizada bajo las reglas de la Convención de Varsovia, en vista de la inaplicabilidad del CDC”. Es interesante observar que esta decisión fue tomada por unanimidad de los magistrados de la Sala 3ª, votantes los cuatro de los casos anteriores³¹.

La Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia se pronunció sobre la cuestión sólo en 2014, haciendo un camino muy parecido a la de la 3ª Sala. En los dos primeros juicios de 2014, la Sala 4ª confirmó la aplicación del CDC para el transporte internacional de carga aérea y no aplicó el Convenio de Varsovia³².

Entretanto, el 13/5/2014, la Sala 4ª cambió su punto de vista y comenzó a aplicar el Convenio de Varsovia, no el CDC, al transporte internacional de carga aérea. Este cambio se produjo con motivo de la demanda de indemnización³³ presentada por las compañías de seguros con respecto al *freight forwarder*.

La aseguradora había celebrado un contrato de seguro con una sociedad hospitalaria, para cubrir los riesgos derivados de las importaciones por vía aérea de equipamiento hospitalario. A la llegada de la carga, se comprobó que el equipo estaba dañado. El *freight forwarder* reconoció su responsabilidad por los daños y pagó la compensación basada en el Convenio de Varsovia. Sin embargo, la compañía de seguros planteó la inaplicabilidad de la referida Convención y pidió la condena del *freight forwarder* para que pague el monto pagado a los asegurados, porque la aseguradora se había subrogado en el derecho a obtener una indemnización.

El relator inicial de este recurso consideró aplicable el CDC, pues entendió que el hospital asegurado era el destinatario final del transporte, ya que “el servicio contratado —transporte— no se ofrece para la reventa, ni tampoco es parte de la cadena de producción, mediante un proceso de montaje en su beneficio”³⁴.

Con todo, la mayoría de los ministros decidieron no aplicar el CDC, por no existir una relación de consumo, sino una relación de carácter comercial. Para ello, la mayoría de la Sala 4ª invocó la definición finalista del consumidor (el que retira el producto del mercado y lo utiliza en provecho propio), que no permite clasificar como consumidor “aquel que, de alguna manera, con finalidad

³¹ Como relatores votaron los ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino y Ricardo Villas Bôas Cueva.

³² STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp. 256.521/SP, juzgado el 11/2/2014; y STJ, 4ª Turma, Ag. Rg no AREsp. 407.809/SP, juzgado el 11/3/2014; en ambos, el relator es el min. Luis Felipe Salomão.

³³ STJ, 4ª Turma, REsp. 1.162.649/SP, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, recurrente Federal Express Corporation, recorrida Indiana Seguros S.A., juzgado el 13/5/2014, publ. en DJ del 18/8/2014.

³⁴ Ídem, voto del relator.

puramente comercial, adquiere el producto o servicio con fines profesionales, con la finalidad de integrarlo en el proceso de producción, transformación y comercialización”³⁵.

En la hipótesis de autos, la mayoría de la Sala 4^a consideró que la adquisición de equipos de rayos X tenía por finalidad “ampliar la prestación de servicios por parte del hospital al destinatario final, que es el paciente”³⁶, por lo que la adquisición de equipo tenía por finalidad única el aumento de la actividad hospitalaria, ampliar y mejorar la oferta de servicios y el aumentar los beneficios de lucro.

Es interesante hacer notar que la Sala 4^a integró el contrato de transporte a la actividad económica del consignatario:

Bajo este enfoque, no se puede concebir el contrato de transporte aisladamente. De hecho, la importación de los equipos de rayos X tiene naturaleza de acto complejo, que incluye (i) la compra y venta en sí mismo; (ii) la autorización para retirar el bien del país de origen; (iii) la contratación de un seguro; (iv) el transporte; y (v) la descarga en el país de destino mediante el pago de tasas, impuestos, etc. Tales pasos del complejo acto de importación, según sea el caso pueden ser efectuados directamente por agentes de la propia sociedad adquirente —en este caso, el hospital— o que involucren terceros contratados para cada propósito particular. Pero esta última posibilidad —la contratación de terceros— en sí misma no permite aplicar a cada etapa por separado, normas legales diversas que incidan en el ciclo completo de la importación. Partiendo de la premisa indiscutible de que la importación —incluidos todos los actos realizados y contratos celebrados a lo largo de todo su ciclo— tiene como objetivo aumentar la actividad económica del hospital, no a considerarla como una importadora, a la *Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês*, destinataria final del complejo acto de importaciones o de los actos y contratos intermedios, incluyendo el contrato de transporte, a los efectos de la tutela protectora de la legislación en pro del consumidor³⁷.

También es importante mencionar que en este REsp. 1.162.649, la Sala 4^a del STJ aprovechó la oportunidad para aclarar la posición de la compañía de seguros, mientras que subroga al asegurado. Según la sentencia: “La jurisprudencia del Tribunal Superior da al asegurador subrogado los mismos derechos, privilegios y acciones del asegurado a quien indemnizó de conformidad con el art. 988 CC/1916 en vigor a los hechos de este caso. En concreto, por lo tanto, el derecho del asegurador subrogado se limita a la indemnización tarifada discipli-

³⁵ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

³⁶ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

³⁷ Íbid., voto del relator designado como preopinante.

nada por el Convenio de Varsovia y sus enmiendas. Por lo tanto, la aseguradora no puede basarse en una relación de consumo entre ella y el asegurado para obtener la aplicación del CDC al transporte aéreo, cuyo riesgo fue el objeto del contrato de seguro”.

En este contexto, de las decisiones de la Tercera y Cuarta Salas del STJ se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, para el STJ, la aplicación de los convenios internacionales sobre el transporte aéreo internacional de carga carece de fundamento en las características propias del Derecho Aeronáutico. Es decir, la Convención internacional no es aplicable por tratarse de un transporte aéreo internacional, o por haber alguna jerarquía normativa entre la convención internacional y el CDC.

En verdad, el Tribunal Superior basa la aplicación de la Convención Internacional en el propio CDC. Por lo tanto, es porque el CDC caracteriza al transporte de carga internacional como una relación de consumo, que se aplica a la Convención Internacional. El hecho (transporte aéreo internacional de carga) no es confrontado con un convenio internacional, sino con el CDC. La norma fundamental en la definición de la ley aplicable es el CDC y no la norma aeronáutica internacional.

La segunda conclusión —que está conectada de alguna manera a la primera— es que la exclusión del CDC no es absoluta. El STJ dejó abierta la posibilidad de aplicar el CDC, y no el convenio internacional, en el caso de que el destinatario de la carga aérea internacional (el consignatario o el expedidor) se encuentren en situación de vulnerabilidad técnica, jurídica, fáctica o informativa.

A juicio de la Sala 3^a³⁸, la vulnerabilidad técnica se define como la falta de conocimiento específico sobre el producto o servicio, pudiendo incluir al consumidor profesional o al empresario cuando el producto adquirido o servicio no tienen relación con su formación, competencia o área de actuación. La vulnerabilidad científica o jurídica y la falta de conocimiento jurídico, contable o económico y sus consecuencias en las relaciones de consumo, se presume cuando el consumidor es persona natural no profesional, invirtiéndose esta presunción para el consumidor profesional (persona física o jurídica). La vulnerabilidad de hecho o socioeconómica se debe a la insuficiencia económica, física o psicológica de los consumidores que los coloca en desigualdad con el proveedor. La vulnerabilidad de información se deriva de la asimetría de información entre el consumidor y el proveedor, que influyen en el proceso de toma de decisiones de adquisición o el uso del producto o servicio.

³⁸ STJ, 3ª Turma, REsp. 1.358.231/SP, rel. min. Nancy Andrihi, recurrente Kuehne + Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora DO KN Deicmar Transportes Internacionais Ltda., recorrida Prêgia Coltelli Com Internacional Ltda., juzgado el 28/5/2013, publ. en DJ del 17/6/2013.

Así, el STJ dejó abierta la posibilidad de aplicar el CDC, en perjuicio de los convenios internacionales, cuando hubiese, en la relación entre el porteador de carga y el cargador o consignatario, alguna de las vulnerabilidades anteriores. No obstante, este supuesto rara vez se hace realidad, desde que el expedidor o el destinatario suele ser una empresa de negocios con experiencia. De hecho, el comercio internacional no se lleva a cabo normalmente por neófitos. En consecuencia, se puede suponer como hipótesis de aplicación del CDC al transporte internacional de carga aérea, la situación de la persona física no empresaria que despacha el equipaje no acompañado, como carga. O la hipótesis del micro-emprendedor o del artesano que a veces exporta su pequeña y modesta producción, sirviéndose del transporte aéreo internacional. Sin embargo, está claro que no se considera vulnerable a una aseguradora que tiene perfecto conocimiento de cómo es realizado el transporte aéreo internacional de carga y cómo se asegura, o el consignatario que sea sociedad empresaria o expedidora que usa, aunque sea eventualmente, el transporte aéreo internacional carga.

Como tercera conclusión es sorprendente observar el silencio del STJ en cuanto a la aplicación, al transporte aéreo internacional de carga, del Código Civil, ya que éste contiene normas específicas sobre contrato de transporte y es norma posterior tanto en relación con el Código Brasileño de Aeronáutica como con el CDC³⁹. Es de particular interés el artículo 732 del Código Civil, que establece:

Para los contratos de transporte en general, se aplicarán, en su caso, siempre que no entren en conflicto con las disposiciones de este Código, las estipulaciones de la legislación especial y los tratados y convenciones internacionales.

Sin embargo, este tema nunca ha sido discutido en el STJ, que siempre se limitó a la desgastante confrontación entre el CDC y los convenios internacionales. Si el STJ hubiese aplicado la letra del art. 732 del Código Civil, los convenios internacionales en materia de transporte aéreo y el CDC deberían ser eliminados, en beneficio de las normas del Código Civil para el transporte.

En verdad, está bien que el artículo 732 del Código Civil no fue invocado ante el STJ para impedir la aplicación de las convenciones internacionales al transporte aéreo internacional, ya que este artículo es claramente inconstitucional, por entrar en conflicto con el artículo 178 de la Constitución de la República Federal del Brasil (CRFB), cuyo contenido y significado el STJ está comenzando a explicar, como se verá a continuación.

³⁹ Para un análisis detallado de esta cuestión, ver ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, "A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional", en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 75, 1998, pp. 33-39.

2. La afirmación del Derecho Aeronáutico en materia de transporte aéreo internacional de pasajeros

Si en materia de transporte aéreo internacional de carga la posición del STJ evolucionó en favor de la aplicación de los convenios internacionales, en relación con el transporte internacional de pasajeros el STJ sigue considerando que tales convenios son inaplicables, imponiendo la aplicación del CDC.

En este sentido, es un ejemplo recientísimo la sentencia de la Sala 4ª emitida el 9/12/2014⁴⁰ sobre transporte aéreo internacional de pasajeros, donde dice rotundamente:

El STJ pacificó el entendimiento de que la responsabilidad de las compañías aéreas debido a una falla en el servicio prestado al consumidor siempre debe determinarse conforme a las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor, distanciándose, por lo tanto, de los convenios internacionales.

En cuanto al transporte internacional de pasajeros, la evolución jurisprudencial se ha verificado en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia (STF).

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala 2ª, se manifestó primero a favor de la aplicación del Convenio de Varsovia⁴¹. Posteriormente, la 1ª Sala de la Corte se inclinó a favor de la aplicación del CDC⁴².

Después de esta divergencia entre las dos Salas, la Corte Suprema reconoció la repercusión general mediante una expresión de agravios⁴³ donde se discutió el pago de una indemnización por los daños materiales y morales, generados por pérdida de equipaje en un transporte aéreo internacional de pasajeros. Como resultado del reconocimiento de la repercusión general, la Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario 636.331/RJ, en donde había sido interpuesto el agravio, para un mejor examen de la cuestión. De este modo, en la actualidad, el tema es objeto de debate en la Corte Suprema en el ámbito de decisión de este recurso extraordinario 636 331/RJ⁴⁴.

⁴⁰ STJ 4ª Turma, AgRg no AREsp. 44.380/SP, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, agravante Aerolíneas Argentinas, agravado Claudelino Balbino de Oliveira Júnior, juzgado el 9/12/2014, publ. en DJ del 12/12/2014; para la 3ª Turma, las decisiones también son en función de no poner en peligro la aplicación del CDC; sirve como ejemplo: STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp. 144.558/RJ, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, agravante Aerolíneas Argentinas S.A., agravado M. S. P. (menor), juzgado el 17/12/2013, publ. el 4/2/2014.

⁴¹ STF, 2ª Turma, REX 297.901-5/RN, rel. min. Ellen Gracie, recurrente Viação Aérea São Paulo S.A. Vasp, recorrida Janekelly Ribeiro Rego, juzgado el 7/3/2006, publ. el 31/3/2006.

⁴² STF, 1ª Turma, REX 351.750-3/RJ, rel. min. Carlos Britto, recurrente Varig S.A. Viação Aérea Riograndense, recorrido Ana Maria Da Costa Jardim, juzgado el 17/3/2009, publ. el 25/9/2009.

⁴³ Repercussão geral em Agravo de Instrumento 762.184/RJ, rel. min. Cezar Peluso, agravante Societé Air France, agravado Sylvia Regina De Moraes Rosolem, juzgado el 23/10/2009, pub. el 17/12/2009.

⁴⁴ STF, REX 63.6331, rel. min. Gilmar Mendes Ferreira.

El recurso extraordinario 636.331/RJ vino a unirse al recurso extraordinario 766.618/SP⁴⁵, interpuesto contra la decisión de la Sala 1ª de la Cámara Civil del Estado de São Paulo, que aplicó el CDC y consideró que es objetiva la responsabilidad del transportista ante el pasajero, en un caso de retraso de un vuelo internacional.

La repercusión general es un mecanismo previsto en el artículo 543-A) del Código de Procedimiento Civil de Brasil para permitir, por un lado, dar efecto general a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, debido a que una decisión del STJ dictada en un caso en que se reconoce la repercusión general, se convierte aplicable a todas las demás acciones en curso y, por otra parte, dar a la Corte Suprema la posibilidad de negarse a conocer de los recursos extraordinarios que se ocupan sólo de intereses sin relevancia.

Según el artículo 543-A) del Código de Procedimiento Civil, la repercusión general está presente cuando la causa discute temas relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, superando los intereses subjetivos de las partes en litigio.

En el caso del recurso extraordinario 636.331/RJ, la Corte Suprema reconoció la repercusión general en los siguientes términos:

(...) la cuestión Constitucional de la subsistencia de las normas del Código Brasileño de Aeronáutica y de la Convención de Varsovia —que imponen límites preestablecidos de indemnización por daños materiales— está antes de la regla constitucional de indemnizabilidad irrestricta, según la cual la reparación de daños materiales y morales debe ser proporcional a éstos (...).

De hecho, la repercusión general admitida por la Corte Suprema en este recurso extraordinario 636.331/RJ abarca no sólo el conflicto en relación con los convenios internacionales, por lo tanto, con el transporte aéreo internacional, sino también el conflicto en relación con el Código Brasileño de Aeronáutica, es decir, el transporte aéreo nacional.

También es interesante señalar que el fundamento de la repercusión general, alegada por el recurso extraordinario 636.331/RJ, nada dice sobre el artículo 178 de la Constitución de la República. Ahora, ¿podría la Corte Suprema tener por reconocida la repercusión general basada en la subsistencia de los convenios internacionales, como consecuencia de la orden contenida en el artículo 178 mencionado *ut supra* en contraposición al imperio de la compensación total por daños materiales y morales?

Esta omisión fue suplida por la decisión de reconocimiento del impacto general tomada sobre el recurso extraordinario 766.618/SP, donde el ministro Barroso trajo al examen judicial la violación del artículo 178 de la Constitución de la República:

⁴⁵ STF, REX 766.618/SP, rel. min. Luis Roberto Barroso.

El recurso extraordinario debe ser admitido. No hay defecto de motivación de la apelación en juego, que se ocupa, además, sobre una materia constitucional: trátase de saber si los artículos 5, § 2, y 178, de la Constitución conducen a la prevalencia de los Convenios de Varsovia y de Montreal sobre el Código de Defensa del Consumidor, en caso de conflicto entre sus disposiciones.

La Corte Suprema no ha terminado de juzgar los dos recursos extraordinarios que se mencionan anteriormente. En una sesión de juicio celebrada el 5/8/2014, se inició el debate de ambos casos, habiendo votado en el sentido de dar curso al recurso extraordinario 636.331/RJ el ministro relator, Gilmar Mendes, y los ministros Roberto Barroso y Teori Zavascki. Respecto del recurso extraordinario 766.618/SP también se votó a favor de proveerlo el relator, ministro Roberto Barroso, en lo que fue acompañado por el ministro Teori Zavascki. El juzgamiento de ambos recursos se interrumpió porque la ministra Rosa Weber pidió tomar vista de los autos, y se está a la espera para reanudar el proceso.

Los votos de los ministros que ya se manifestaron aún no fueron divulgados por escrito. Sin embargo, el Boletín Informativo de la Corte Suprema⁴⁶ publicó un resumen de los argumentos, que se describen a continuación.

El ministro Gilmar Mendes abordó la cuestión desde el punto de vista de la antinomia entre el CDC y los convenios internacionales. Para el ministro Gilmar Mendes la antinomia se da entre el artículo 14 del CDC⁴⁷, que impone al proveedor de servicios la obligación de reparar el daño causado, y el artículo 22 del Convenio de Varsovia que fija un límite máximo sobre la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización.

Para resolver esta antinomia, el ministro Gilmar Mendes:

a) Desestimó la alegación del principio constitucional que impone la protección del consumidor (CRFB, art. 5, XXXII, y art. 170, V) para evitar la derogación del CDC por la norma más restrictiva, incluso por ley especial. En este sentido, el ministro Gilmar Mendes apuntó no ser la protección del consumidor la única directriz aplicable al orden económico.

b) Afirmó que el artículo 178 impone la observancia de los acuerdos internacionales, en cuanto a la reglamentación del transporte aéreo internacional.

c) Declaró que no habría ninguna diferencia jerárquica entre el CDC y los convenios internacionales, ya que ambos tienen la estatura de ley ordinaria

⁴⁶ Informativo do Supremo Tribunal Federal nro. 745, del 9/5/2014.

⁴⁷ En verdad, no debería ser entre el art. 14 del CDC, ya que esta disposición se refiere a la “responsabilidad por el hecho del servicio”, es decir, situaciones donde hay riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores; el conflicto es entre el art. 20 del CDC, que se ocupa de “la responsabilidad por el vicio del servicio”, porque el vicio del servicio es todo defecto que no importa un riesgo para la salud y seguridad de los consumidores; en realidad, el 14 del CDC sólo puede invocarse en el caso de muerte o lesión corporal de un pasajero; las situaciones ordinarias del transporte aéreo internacional podrían, en su caso, ser clasificadas como “responsabilidad por el vicio del servicio”.

y por lo tanto la solución del conflicto se da por los criterios cronológico y de especialidad; por el criterio cronológico, las convenciones internacionales son más recientes que el CDC, que entró en vigor en 1991, pues el Convenio de Varsovia sufrió modificaciones posteriores al CDC y la Convención de Montreal es posterior a éste; por el criterio de la especialidad, tales convenciones son normas especiales en relación con el CDC, por tratarse de una modalidad especial de contrato, el contrato de transporte aéreo internacional, razón por la cual el conflicto se da entre una norma de carácter general y otra específica, debiéndose aplicar el parágrafo § 2 del artículo 2 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, que establece que “La ley nueva, que establezca disposiciones generales o especiales a la par de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior”.

d) Limitó la comprensión acerca de los contratos de transporte aéreo internacional de personas, equipaje o carga, excluyendo el transporte aéreo nacional de personas.

e) Aclaró que las normas de indemnización establecidas en los convenios internacionales sólo cubren la compensación por los daños materiales, y no los morales.

El ministro Barroso acompañó el voto del ministro Gilmar Mendes en el recurso extraordinario 636.331/RJ y en el recurso extraordinario 766.618/SP, y sostuvo que además de los criterios tradicionales de solución de antinomias en la legislación brasileña (la jerarquía, el cronológico y la especialización) era preciso considerar que el artículo 178 de la CRFB da la solución a este conflicto, determinando la preponderancia de los convenios internacionales sobre el CDC.

El ministro Teori Zavascki acompañó a los dos ponentes. Los votos de los ministros inspiran algunas consideraciones.

En primer lugar, es incorrecta la afirmación del ministro Gilmar Mendes, en el sentido de que el artículo 22 del Convenio de Varsovia estableció un límite máximo para la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización. El Convenio de Varsovia —como el Convenio de Montreal— no fija un límite máximo a la cantidad adeudada por el transportista, en concepto de indemnización. En ambos Convenios, la indemnización es ilimitada. Lo que ambos Convenios establecen es un sistema en dos niveles: si el usuario del transporte aéreo internacional desea recibir una indemnización integral (correspondiente al valor total de los daños sufridos), el usuario debe hacer una declaración de valor (ya sea en el transporte de personas, equipaje o carga). Hecha tal declaración, en caso de daño, el transportista deberá indemnizar al valor declarado (a menos que demuestre que el daño efectivo es menor, en cuyo caso, indemnizará los daños reales). En contrapartida, eventualmente el usuario pagará una sobretasa a la porteadora. Si el usuario no desea recibir una indemnización integral, basta con no hacer una declaración de valor y recibir la suma fijada por los convenios internacionales. Por lo tanto, es un error considerar que

las convenciones internacionales imponen un tope a la cantidad a ser indemnizada por el transportista.

En segundo lugar, por el contrario, está plenamente acertado el ministro Gilmar Mendes cuando descarta el argumento basado en la constitucionalidad del CDC. De hecho, este argumento es pueril, he aquí que en un Estado de Derecho, como es el caso de Brasil, todas las normas tienen inspiración constitucional. En este caso concreto, si existe una norma constitucional para determinar la protección del consumidor (CRFB, art. 5, XXXII, y art. 170, V), hay también una norma constitucional para determinar el respeto a los convenios internacionales en materia de transporte aéreo internacional (CRFB, art. 178). En consecuencia, en verdad, la solución de la antinomia entre el CDC y los convenios internacionales hay que buscarla en el texto constitucional. Como es sabido, las constituciones deben ser interpretadas partiendo del supuesto de que las disposiciones en ellas contenidas no son contradictorias sino complementarias. Ahora, la única interpretación complementaria entre las disposiciones del artículo 5, XXXII, y el artículo. 170, V, por una parte, y el artículo 178, por el otro, es considerar que la protección de los consumidores en el transporte aéreo doméstico se hace en la forma de las normas infraconstitucionales consumistas y la protección del consumidor en el transporte aéreo internacional se hace en la forma de los convenios internacionales. De hecho, no hay lugar para el maniqueísmo: la no aplicación del CDC no implica dejar desamparados a los consumidores. El consumidor brasileño disfrutará —a través de acuerdos internacionales sobre el transporte aéreo— la misma protección que el consumidor europeo, americano o japonés, sólo para citar casos donde es un hecho público y notorio que los consumidores serán adecuadamente protegidos.

En tercer lugar, es igualmente acertado el argumento basado en el 178 de la CRFB. En este sentido, se insiste, la solución de la antinomia no está ni siquiera en el artículo 2, § 2, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, sino en la propia CRFB que se entiende es relevante, para las relaciones internacionales de Brasil, asegurar el respeto, en el orden jurídico interno brasileño, de los convenios internacionales en materia de transporte, incluso del transporte aéreo.

En cuarto lugar, es también correcto el argumento de la inexistencia de una jerarquía entre el CDC y los convenios internacionales⁴⁸. Desde el recurso extraordinario 80.004, resuelto en 1977⁴⁹, la Corte Suprema ha dicho que no hay preponderancia de las normas de derecho internacional sobre las normas infraconstitucionales de la legislación nacional, salvo que se disponga expresa-

⁴⁸ A propósito de este argumento y para una discusión más detallada, véase ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, “A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil”, en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 91, 2008, pp. 34-40.

⁴⁹ STF, Tribunal Pleno, rel. min. Xavier de Albuquerque, recurrente Belmiro Da Silveira Gois, recorrido Sebastião Leão Trindade, juzgado el 1/6/1977, publ. en DJ del 29/12/1977.

mente. Ahora bien, no existe ninguna disposición legal en materia de transporte aéreo.

Así pues, aunque no existiese el artículo 178 de la CRFB, la solución sería la propuesta por el ministro Gilmar Mendes, de acuerdo con criterios cronológicos y de especialidad. En efecto, el CDC entró en vigor en 1991. El Convenio de Varsovia fue modificado por los Protocolos de Montreal nros. 1, 2 y 4 que fueron promulgados en Brasil, entrando en vigor en este país en 1998, mediante los decretos 2860 y 2861. Del mismo modo, el Convenio de Montreal de 1999 es posterior al CDC, pues he aquí que entró en vigor en Brasil en 2006, en virtud del decreto 5910. En cuanto a la especialidad, está claro que el CDC se aplica a todos los tipos de relación de consumo, mientras que el transporte aéreo internacional es un tipo específico de relación de consumo. Por otra parte, como se ha dicho, es una falacia afirmar que el CDC es la única forma posible de protección de los consumidores. Hay diferentes reglas y diferentes grados de protección de los consumidores. En el caso del transporte aéreo internacional, la CRFB ordenó seguir la protección establecida en virtud de los convenios internacionales.

En quinto lugar, la posición de los ministros en el sentido de excluir al CDC únicamente respecto del transporte aéreo internacional se apoya en argumentos sólidos. De hecho, el argumento del artículo 178 de la CRFB es sólo para el transporte aéreo internacional, así que la disposición en cuestión sólo se refiere a éste. Por otra parte, los convenios internacionales, conforme consta en sus propias disposiciones⁵⁰, sólo se aplican al transporte aéreo internacional. La aplicación del criterio cronológico no beneficia al transporte aéreo nacional, ya que éste se rige por el Código Brasileño de Aeronáutica, en vigor desde 1986, por lo tanto, antes del CDC.

Sin embargo, la situación es diferente en cuanto al criterio de la especialidad. Aquí la posición de los ministros que ya votaron parece ser menos adecuada, ya que el Código Brasileño de Aeronáutica —en la parte que regula las relaciones entre los usuarios del transporte aéreo nacional y las compañías— es una norma especial en relación con el CDC. En otras palabras, el Código Brasileño de Aeronáutica rige una única modalidad de relación de consumo (la del transporte aéreo doméstico) mientras que el CDC gobierna todas las modalidades de las relaciones de consumo.

En este tópico, el mismo razonamiento invocado por los ministros para considerar al Convenio internacional como una especial en relación con el CDC, también se aplica el Código Brasileño de Aeronáutica.

Con todo, la posición de los ministros —en el sentido de restringir el ámbito de decisión al transporte aéreo internacional— se explica por el hecho de que la Corte Suprema no tiene competencia para decidir en materias infraconstitucionales. Ahora, la antinomia entre el CDC y el Código Brasileño de Aero-

⁵⁰ Ver artículo 1 de la Convención de Varsovia y artículo 1 de la Convención de Montreal.

náutica es la materia infraconstitucional, porque la solución está en el artículo 2, § 2, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, mencionado anteriormente.

Además, también se debe poner la cuestión de la aplicación al transporte aéreo nacional del Código Civil, que, como se mencionó anteriormente, contiene normas específicas sobre el contrato de transporte; he aquí que el Código Civil es posterior tanto al Código Brasileño de Aeronáutica como al CDC⁵¹. Este asunto no fue discutido en la Corte Suprema de Justicia, pues es de naturaleza infraconstitucional y la jurisdicción de la Corte Suprema sólo trata sobre cuestiones constitucionales. Por lo tanto, no cabe a la Corte Suprema de Justicia sino al STJ decidir el conflicto entre el Código Brasileño de Aeronáutica y el Código Civil y el CDC, pues se trata de una antinomia infraconstitucional.

Por último, es necesario analizar la exclusión de daños morales hecha en los votos de dos ministros, que consideran que los convenios internacionales no son aplicables al daño moral.

A pesar de que el Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia no indica la razón de esta exclusión, vale la pena recordar que en la sentencia emitida hace casi dos décadas⁵², la Corte Suprema sostuvo que los artículos 22 y 25 de la Convención de Varsovia versaban sólo sobre los daños materiales, no disponiendo nada por el daño moral que, sí, podrían ser regulados por otras normas como el artículo 5, secciones V y X, de la Constitución de la República. En consecuencia, la Corte Suprema afirmó que no hay antinomia entre el Convenio de Varsovia y la CRFB, ya que ésta sería aplicable a la materia (daños morales) no prevista en aquél.

Adicionalmente, la Corte Suprema también decidió que en caso de que hubiese antinomia, la CRFB necesariamente prevalecería, porque es el texto fundamental del sistema jurídico brasileño.

Parece que los votos de los ministros se hacen eco de la posición que la Corte Suprema adoptó en esta sentencia de 1996, reiterando que ni el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de La Haya y los Protocolos de Montreal de 1975, en vigor en Brasil, o el Convenio de Montreal de 1999, tratan sobre los daños morales, materia que fue dejada a la discreción de cada Estado parte de estos convenios.

Este punto es de extrema importancia, ya que permitirá a los tribunales —en casos que así se justifique— equilibrar la indemnización eventualmente más baja, resultante de la aplicación de las convenciones internacionales, con un ligero aumento de la indemnización por daño moral.

⁵¹ Para un análisis detallado de esta cuestión, ver ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, “Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro”, en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, vol. 87, 2004, pp. 28-34.

⁵² STF, REX 172.720-9/RJ, rel. min. Marco Aurélio, recurrente Sérgio Da Silva Couto, recorrida Iberia Líneas Aéreas de España S.A., juzgado el 6/2/1996, publ. el 21/2/1997.

IV. CONCLUSIONES

El análisis anterior de la jurisprudencia de los Tribunales Supremos brasileños permite que el observador extraiga algunas conclusiones.

En primer lugar, se demuestra el carácter pendular en la evolución de la jurisprudencia. Con la aparición del CDC, hubo un movimiento en disfavor de los convenios internacionales. Este movimiento fue hecho sin mayor consideración de las consecuencias. Así, en un primer momento, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) acabó por extender la aplicación del CDC al transporte internacional de carga aérea, materia que claramente estaba fuera del alcance de la Ley del Consumidor. En un segundo tiempo, el STJ percibió las consecuencias de su posición inicial y las corrigió. Se debe dar todo el mérito al coraje de revisar las posiciones a los ministros del STJ que, en un solo día, tenían una interpretación, y al otro la cambiaron, desde que entendieron que era desacertada.

En segundo lugar, también se desprende de la lectura de las sentencias, que el derecho del consumidor plantea un debate emocional cuando se trata de viajar en avión. Este debate afecta finalmente la comprensión de las consecuencias reales de la aplicación, o no, del CDC al transporte aéreo internacional. La discusión es, en la mayoría de los casos, maniquea: sólo el CDC es capaz de proteger a los usuarios del transporte aéreo internacional. Sin el CDC, los usuarios estarán en situación de abandono jurídico.

En tercer lugar, y en respuesta al maniqueísmo mencionado anteriormente, es importante tener en cuenta que la aplicación de los convenios internacionales al transporte aéreo internacional de pasajeros y carga, en lugar del CDC, no disminuye, en nada, la protección de los usuarios de este transporte. Por un lado, en materia de daños morales, la protección continuará siendo dada de forma amplia e integral, pues los daños morales no están cubiertos por los convenios internacionales. Por otro lado, en materia de daños materiales al equipaje o carga, tanto los pasajeros como los expedidores de carga, tienen la posibilidad de hacer una declaración de valor y, en caso de daños, recibirán una indemnización plena del valor declarado (a menos que demuestre que la declaración es falsa, en cuyo caso el valor se reduce al valor real del equipaje o la carga)⁵³. En caso de daños materiales causados por muerte o lesiones corporales, la responsabilidad del transportador es, en la práctica, sin límite, ya que el transportista no podrá limitar su responsabilidad por encima de 100.000⁵⁴ DEGs si demuestra (i) que el daño no se debió a negligencia u otra acción u omisión por parte suya o de sus representantes; (ii) o que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero⁵⁵. En el caso de daños materiales

⁵³ Ver art. 22 de la Convención de Montreal.

⁵⁴ A los cinco años de entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999, esa suma se elevó a 113.100 DEGs.

⁵⁵ V. art. 21 de la Convención de Montreal.

resultantes del retraso, la responsabilidad del transportista se estableció en 4150 DEGs⁵⁶, que es una suma más que razonable⁵⁷. Por último, el transportista podrá estipular que el contrato de transporte estará sujeto a límites de responsabilidad más elevados o que no estará sujeto a ningún límite de responsabilidad⁵⁸.

Por lo tanto, aplicar los convenios internacionales en materia al transporte aéreo internacional de pasajeros y de carga no es irracional ni jurídicamente incorrecto. Se espera que la Corte Suprema de Justicia —en la continuación del juzgamiento de los recursos extraordinarios pendientes— y el Tribunal Superior de Justicia, en extensión de su jurisprudencia en el área de carga a los pasajeros, prosigan en el camino correcto.

⁵⁶ A los cinco años de entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999, esa suma se elevó a 4.694 DEGs.

⁵⁷ V. art. 22 de la Convención de Montreal.

⁵⁸ V. art. 25 de la Convención de Montreal.