

**DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
EN EL DERECHO AERONÁUTICO.
DESPROPORCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE
PASAJEROS, EQUIPAJE Y MERCANCÍAS**

MARÍA JIMENA DÍAZ BAQUERO

MARÍA CAMILA HENAO CASTILLO

MARÍA DE LA PAZ JÁCOME SAMPER

ANDRÉS JARAMILLO SANZ

DIANA JOSÉ MURILLO RENGIFO

CAMILA OSORIO HURTADO

CLAUDIA BIBIANA RAMÍREZ CARRILLO

GUILLERMO ANDRÉS VILLOTA GUSTIN¹

RESUMEN

El presente escrito busca reflexionar sobre la carga de la prueba derivada del régimen de responsabilidad del transporte aéreo, tanto a nivel Internacional (Convenio de Montreal de 1999), como a nivel Nacional (Código de Comercio), en el entendido de que existen ciertas situaciones donde esta podría invertirse. Esto, debido a hechos desproporcionados y desequilibrados que se presentan en el ejercicio diario de la actividad aeronáutica.

El escrito, tiene como método, una estrategia investigativa deductiva, razón por la cual se partió de una premisa general para llegar

*Fecha de recepción: 7 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

1 Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Ponencia presentada al ICDP en el marco del XXXIV Concurso de semilleros en Derecho Procesal organizado por tal entidad.

a una temática específica, “situaciones desproporcionadas o desequilibradas en el desarrollo de la actividad de transporte aéreo, donde se invierte la carga de la prueba”. En conclusión, el escrito propone la inversión de la carga de la prueba, en determinados casos donde resulta evidente la incongruencia, de acuerdo con el principio de economía procesal, tan importante en el ajetreado tránsito jurídico de la actualidad.

Palabras clave: carga de la prueba, Responsabilidad en el transporte aeronáutico, inversión de la carga de la prueba, pasajeros, equipaje, y carga.

BURDEN OF PROOF REVERSION IN AVIATION LAW. DISPROPORTION OF THE BURDEN OF PROOF IN AIR CARRIAGE CONTRACTS OF PASSENGERS, BAGGAGE OR CARGO

ABSTRACT

This paper pretends to analyze the burden of proof of liability derived from the air transport agreement, both International (Montreal Convention 1999) and nationally (Commercial Code), on the understanding that there are certain situations where this could be reversed. This is because disproportionate and unbalanced facts presented in the daily practice of aeronautics.

The writing has the method, a deductive research strategy, which is why we started from a general premise to reach a specific topic, “disproportionate or unbalanced situations in the development of air transport activity, which reverses the burden of the test. “In conclusion, the paper proposes a reversal of the burden of proof in certain cases where the inconsistency is evident, according to the principle of judicial economy, so important in the legal traffic busy today.

Key words: *Burden of proof, Air Transport Liability, Burden of proof reversion in passengers, luggage and cargo transport.*

INTRODUCCIÓN

Resulta irónico e inclusive cuestionable pensar que el régimen de responsabilidad que envuelve a los diferentes agentes y usuarios del servicio aeronáutico sea desigual, aun cuando comparten el mismo trayecto aéreo.

Sin embargo, las situaciones fácticas que se desarrollan en el mundo cotidiano son tratadas en el marco de diferentes sistemas normativos dependiendo del punto de partida inicial y del lugar de destino final del pasajero, el equipaje o la carga, según el tipo de transporte aéreo que se haya pactado. Como consecuencia de esto se evidencia entonces, que dichas situaciones se encuentran reglamentadas por regímenes de responsabilidad diversos, que indudablemente influyen de manera directa en la distribución de la carga de la prueba, figura que cumple un papel de carácter fundamental en los eventos controversiales que se pueden desencadenar en la prestación del servicio aéreo y que se presentan ante la jurisdicción colombiana.

Teniendo en consideración lo mencionado, la presente ponencia pretende realizar un análisis exhaustivo sobre dos fuentes normativas que regulan el transporte aeronáutico, a saber: el Convenio de Montreal y el Código de Comercio de Colombia. Esto con el objeto de entender cuándo es procedente la aplicación de un régimen u otro, estudiar el sistema de responsabilidad encontrado en cada uno de ellos y señalar la correspondiente distribución de la carga de la prueba en tres casos específicos: la muerte o lesión del pasajero, la pérdida o avería del equipaje facturado y del equipaje no facturado y, finalmente, el extravío o daño de carga.

Después de estudiar cada uno de los casos que se han señalado, se plantearán ciertas circunstancias en las cuales inevitablemente se evidencia una desproporción en cuanto a la asignación de la carga de la prueba a las partes involucradas en una controversia determinada. En este sentido se pretende, en primera instancia, exponer la situación puesta a consideración, ello con el objetivo de plantear una crítica a la forma en la cual se encuentra distribuida la carga de la prueba, señalando con posterioridad, una propuesta dirigida a configurar un sistema probatorio que permita un mayor equilibrio entre las partes, luchando por defender la igualdad de armas y la justicia material que deben reinar en una contienda procesal.

Tal planteamiento será justificado de acuerdo a las disposiciones normativas, a la jurisprudencia nacional e internacional y a los pronunciamientos doctrinales que se encuentran en la materia, ello a razón de que si bien se encuentra una regla general en virtud de la cual se entiende que “(...) *incumbe a las partes*

probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"², han sido planteadas dos excepciones que permiten la inversión de la carga de la prueba, siendo estas la inversión legal, fundamentada en presunciones de hecho, y la inversión judicial o carga dinámica de la prueba, la cual otorga al juez la facultad de adelantar una valoración que le permita identificar quien tiene mayor facilidad para demostrar un hecho determinado.

Todo este análisis se encuentra dirigido a reconocer la distribución de la carga de la prueba en ciertas situaciones que ordinariamente se desarrollan en el transporte aeronáutico, ello con el objetivo de evidenciar diversas circunstancias que justifican la inversión de la misma en los casos en que haya reclamos judiciales en la jurisdicción colombiana. Estas propuestas, lejos de desconocer las reglas clásicas de la carga de la prueba, buscan integrarla y mejorarla a fin de satisfacer la justicia material que debe ser un supuesto preponderante en toda relación existente entre las partes que desempeñan un rol específico en un evento controversial.

I. LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga procesal, como género, puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él³.

Como especie, la *carga de la prueba* consiste en una regla que le crea a las partes una autorresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman y que además le indican al juez cómo debe fallar cuando no aparecen probados los hechos. En la anterior definición, se hace referencia a la autorresponsabilidad que tienen las partes para hacer la válida aclaración de que la carga, no es ni una obligación ni un deber, pues no existe sujeto o entidad alguna, legitimada para exigir su cumplimiento a las partes.

Sin embargo, la persona que soporta la carga no es libre, en cuanto tiene la imperante necesidad de probar los hechos que alega para no perder en el proceso y a casusa de esto, sufrir las consecuencias de tal menoscabo. Dicha

2 Colombia. Congreso de la República. Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 de 12 de julio de 2012. Art. 167.

3 COUTURE, EDUARDO J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Depalma, pág. 273.

autorresponsabilidad entonces, genera un estado de no libertad, fundamentado en la necesidad de probar, pues quien prepara su demanda, al igual que quien prepara sus excepciones de mérito, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan probados en el proceso y, por tanto, conoce la necesidad de probarlos. Además, la carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien incumplió con la misma⁴.

La regla general para determinar esta carga probatoria consiste en que le incumbe a la parte probar el hecho que genere el efecto que busca con sus pretensiones en el proceso. Para esta regla existen dos grandes excepciones derivadas de las fuentes de inversión de la carga de la prueba, una de ellas es la inversión judicial y la otra es la inversión legal de la carga de la prueba.

i. Criterios para invertir la carga de la prueba

La inversión legal se conforma básicamente de las presunciones de hecho que la ley hace en el ordenamiento jurídico. Las presunciones son juicios lógicos que ha hecho el legislador, en los cuales dice que a partir de un hecho cierto, por regla general, se deduce la existencia de otro hecho⁵. Se parte entonces de un hecho base que, fundamentado en la regla general ya expuesta, debe ser probado por la persona que pretende los efectos jurídicos de la presunción. Una vez demostrado este hecho base, se excluye al interesado la carga de probar el hecho que se presume, y se asigna la carga probatoria a la otra parte quien, si llega a fracasar en desvirtuar la situación presumida, se tendrá como probado el mismo. Estas presunciones las hace el legislador a lo largo de todo el ordenamiento sustancial atendiendo a las reglas de la lógica, reconociendo situaciones empíricas reiteradas que por razones de equidad las dota de esta característica⁶.

Ahora bien, los criterios en que se debe basar el legislador para crear presunciones consisten en:

- a) Que sea razonable, quiere decir que según las reglas de la lógica, que a partir de datos empíricos, sea altamente *probable* que la ocurrencia del hecho base, conduzca necesaria y generalmente al hecho presumido.

4 PARRA Q., JAIRO (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Novena edición. Bogotá. Editorial Librería del Profesional. pág. 113.

5 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 14 del 16 de febrero de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4109.

6 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-055 de 2010 del 3 de febrero de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente No. D-7807.

b) Debe además ser proporcional, debido a que desequilibra las cargas en el proceso.

Cuando se habla de proporcional quiere decir que la presunción persiga la concreción de un fin constitucionalmente valioso siendo útil y necesaria para alcanzar tal fin y sobre todo que los beneficios superan el desequilibrio que genera en las cargas procesales⁷.

Por otro lado, la inversión de la carga probatoria o la llamada “flexibilización de la carga de la prueba”, tema que a pesar de hacer parte de una institución procesal de tan antigua data como lo es en sí la carga de la prueba, no fue contemplada sino hasta épocas recientes, pues la antigua concepción de la carga de la prueba se encontraba dirigida a seguir las máximas de “*incumbit probatio qui dicit, non qui negat, o, actor incumbit probatio, reus excipiendo fit actor*” las cuales respectivamente significan que, la prueba incumbe a aquel que afirma y no a aquél que niega (o que, al demandante le toca la prueba de los hechos que alega, y al demandado de las excepciones que presenta), por lo tanto no era contemplada excepción alguna que contradijera dichas reglas que guiaban la imposición de la carga de la prueba a las partes por ser esta una forma de guiar su conducta durante el proceso.

Sin embargo y como bien lo dijo el profesor español Jaime Guasp “*el problema de la carga de la prueba no puede ser resuelto a base de una consideración aislada de los sujetos procesales*”⁸, pues claramente no es posible para el juez hacer una reconstrucción de los hechos que se acerque más a la verdad, si los elementos materiales probatorios no son aportados en su totalidad, puesto que de esta forma estaría siendo violado el principio de verdad procesal, teniendo en cuenta que debido a la rigidez de la carga de la prueba, se podrían ocultar hechos que a pesar de ser de incumbencia de una de las partes, a la misma le es imposible probarla por no tener los medios de acceso a la información requerida, y que la contraparte si posee.

Es entonces esta insuficiencia material la cual da lugar a la flexibilización de la carga de la prueba para así poder despejar las dudas que el juez tenga respecto de los hechos⁹. Esta consiste en la posibilidad que tiene el juez en el trascurso del proceso, de determinar quién tiene la carga de probar un determinado hecho.

7 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-388 de 2000 del 5 de abril de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente No. D-2588.

8 GUASP, JAIME (1968). *Derecho Procesal*. Madrid. Editorial Instituto de Estudios Políticos de Madrid, pág. 325.

9 JARAMILLO, CARLOS I. (2010). *La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica*. Bogotá. Editorial Grupo Editorial Ibáñez, págs. 188-189.

Se trata de una excepción a la regla general ya aquí tratada, y a la reserva legal de la determinación de las cargas procesales, además responde a la facilidad que tienen las partes de probar cierto hecho, que de acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso se da en virtud de: 1. su cercanía con el material probatorio; 2. que tenga en su poder los elementos probatorios o evidencia física necesarios para la demostración del hecho; 3. por haber intervenido en los hechos de manera directa o; 4. que la contraparte se encuentre en estado de indefensión¹⁰.

Esta regla se ha creado para lograr la justicia material¹¹ que toda regla de juicio debiese buscar para el proceso y no limitarse simplemente a la conclusión procedimental. Busca que las reglas rígidas de la carga probatoria no se conviertan en una obstrucción a la obtención de soluciones justas por la imposición de pruebas de difícil recolección, es decir, pruebas que le será imposible de obtener¹². Es una determinación que hace el juez a petición de parte o de oficio, y es de manera excepcional.

ii. Criterios para determinar cuando existe un contrato de transporte nacional y cuando existe un contrato de transporte internacional.

En el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, acogido por Colombia mediante la Ley 701 de 2001 aprobatoria del mencionado convenio, según el cual en el artículo 1, numeral 2, se califica como transporte internacional, para los fines del convenio, todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque este no sea un Estado Parte.

10 Colombia. Congreso de la República. Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 de 12 de julio de 2012. Art. 167.

11 JARAMILLO, CARLOS I. (2010). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá. Editorial Grupo Editorial Ibáñez, pág. 204. Pues como bien lo indica el honorable profesor Carlos Ignacio Jaramillo, al mencionar que la Corte Suprema de Justicia, en la actualidad, acoge la teoría de que “*la rigurosidad y el estatismo probatorio, generan una singular situación procesal que resulta propensa a la injusticia materia*”. “*Por ello es por lo que resulta fundamental atender a los criterios de morigeración o flexibilización de las cargas probatorias*”.

12 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Primera edición. Madrid. Editorial La Ley, págs. 25-36.

El transporte entre dos puntos dentro del territorio de un solo Estado Parte, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional para los fines del presente convenio.

En consecuencia y como se encuentra estipulado en el Código de Comercio colombiano en su artículo 1874, al igual que lo ya mencionado en el artículo 1, numeral 2 del Convenio de Montreal, el contrato se considera de transporte nacional cuando los lugares de partida y destino fijados por las partes están dentro del territorio nacional.

II. CARGA DE LA PRUEBA DERIVADA DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA

i. Carga de la prueba en el sistema de responsabilidad estipulado para el transporte de pasajeros

1. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad sobre pasajeros en el Convenio de Montreal

El Convenio de Montreal de 1999, en cuanto a la responsabilidad del transportista y las medidas de indemnización del daño, en su Capítulo II, artículo 17, numeral 1, dispone respecto a la muerte y lesiones de pasajeros que: *“El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque”*.

En principio, cabe señalar que de lo anteriormente expuesto se deduce que la responsabilidad del transportista, cuando de personas se trata, se configura únicamente ante la circunstancia de *muerte* o de *lesión* de alguno de los sujetos que transporta. Adicionalmente, debe hacerse énfasis en que no puede tratarse de cualquier tipo de lesión, por cuanto el mismo artículo exige que se trate exclusivamente de una *corporal*, es decir que se hace referencia a un daño en algo que debe ser *“Pertenciente o relativo al cuerpo humano”*¹³.

De lo anteriormente expuesto se deriva, entonces, que se excluye de la responsabilidad del transportista cualquier forma de lesión psicológica, lo cual encuentra su fundamento en dos motivos principales: 1) si se permitiera la

13 RAE. Recuperado el 6 de mayo de 2013 de <http://lema.rae.es/drae/?val=corporal>

responsabilidad por cualquier clase de lesión, nos encontraríamos frente a la existencia de una responsabilidad permanente del transportista, y 2) comprobar que lo alegado como daño psicológico no era una precondition del pasajero resulta prácticamente imposible, por cuanto esto requeriría de un examen o análisis previo del estado psicológico en el que se encuentra cada persona antes de abordar o realizar el trayecto aéreo.

Se puede decir por lo tanto, que si según los parámetros del Convenio de Montreal, no cabe la posibilidad de responsabilizar al transportista por lesiones psicológicas, no existe tampoco la opción de asignar a las partes cargas probatorias en este aspecto, por cuanto no se considera este hecho como causa generadora de un derecho sustancial.

Por otra parte, la disposición misma señala que la situación que se aduce como generadora, debe consistir en un *accidente*. Esta noción puede entenderse bien como un *“suceso eventual o acción [del cual] involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas”*¹⁴ o como un *“hecho externo al pasajero, súbito e imprevisto”*¹⁵. En la última acepción señalada, los tres elementos deben reunirse, de lo contrario el escenario no podrá considerarse como accidente, y por tanto no será posible señalarlo como causante de responsabilidad del transportista.

A su vez, señala el artículo que dicho accidente debe haber ocurrido bien 1) A bordo de la aeronave, 2) Durante el embarque o 3) Durante el desembarque¹⁶. En este punto se encuentra la dificultad de que el convenio no define lo que debe entenderse como embarque o desembarque, por lo cual se considera que para dilucidar esta situación debe verificarse: a) Dónde estaba la persona al momento en que ocurrió el accidente, b) Para dónde se dirigía, y c) En qué momento ocurre el accidente. El análisis de estas circunstancias otorga elementos importantes para determinar si el accidente puede vincularse a la

14 RAE. Recuperado el 10 de junio de 2013 de <http://lema.rae.es/drae/?val=accidente>

15 Esta noción se derivó de dos casos principales ocurridos en los Estados Unidos de América: 1. *Saks vs. Air France*, en donde en sentencia de la Corte Suprema de Justicia 470 US. 392 (1985), se consigna la siguiente definición de accidente: *“unexpected or unusual event or happening that is external to the passenger”*, y 2. *Husain vs. Olympic Airways*, caso resuelto en la sentencia 540 Us 644 en la cual se reitera la definición de accidente anteriormente señalada.

16 Estos elementos son igualmente mencionados en el caso estadounidense *Saks vs. Air France* (resuelto en sentencia 470 US. 392) al señalar que: *“Article 17 of the Warsaw Convention 1 makes air carriers liable for injuries sustained by a passenger “if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking”*.

actividad del transportista, es decir, si ha ocurrido mientras el pasajero estaba a bordo, durante el embarque o durante el desembarque.

Habiendo estipulado los elementos que expone el artículo y que configuran el escenario de responsabilidad del transportista, es menester señalar que, en cuanto a la carga probatoria de esos factores señalados, corresponde a quien reclama, como en la mayoría de los casos de responsabilidad civil contractual o extracontractual configurados en el sistema jurídico, demostrar tanto el daño como el nexo causal. Sin embargo, para el caso específico de análisis que nos atañe, le corresponde demostrar fundamentalmente que:

1. Efectivamente hubo muerte o una lesión corporal.
2. En apariencia existió un accidente, es decir que concurren los tres elementos estipulados en la definición del mismo (externo, súbito e imprevisto).
3. Dicho accidente ocurrió a bordo, embarcando o desembarcando.

Esta actividad probatoria por parte del pasajero, se dirige “a la averiguación de los hechos y a la formación del convencimiento del juez y puede decirse que la parte contraria, [es decir el transportista] sufre los efectos jurídicos de la prueba que le es desfavorable, es decir, el valor que tenga para formar el convencimiento del juzgador, con las consecuencias sustanciales de que esto se infieren”¹⁷.

“Obsérvese bien, que cuando el juez va a decidir y no encuentra la prueba de los hechos se pregunta: ¿Quién soportaba la carga de probarlos? Respuesta: ...la jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida equivoca su papel de probador; necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones”¹⁸.

Por otra parte, el transportista asume la posición de contradictor, es decir que tiene el deber de discutir “el valor intrínseco o la pertinencia o idoneidad [de la prueba], ora contrainterrogando a los testigos o ampliando

17 DEVIS E., HERNANDO (1972). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Segunda edición, tomo I. Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía, pág. 258.

18 PARRA Q., JAIRO (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Novena edición. Bogotá. Editorial Librería del Profesional, pág. 114.

el cuestionario de los peritos, ora aportando pruebas separadas que procuran desvirtuar las de su oponente"¹⁹.

Es entonces el transportista, un "sujeto de la contradicción de la prueba", es decir que "se trata de la parte adversaria de quien la pide o presenta en los procesos contenciosos"²⁰, o sea en principio, del pasajero.

2. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad en transporte pasajeros en el Código de Comercio

El artículo 1880 del Código de Comercio colombiano afirma que²¹: *"El transportador [será] responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1o. y 3o. del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas.*

El transportista aéreo, con base en el contrato de transporte contrae una obligación de resultado que consiste en comprometerse a llegar a un lugar determinado. En el desarrollo del mismo, tratándose de pasajeros según el artículo recién transcrito, el transportista será responsable por dos eventos, los cuales son: 1. La muerte o 2. La lesión del pasajero.

Ante la materialización de alguna de estas dos situaciones, por exigencia misma de la disposición normativa, deberá procederse entonces a verificar que el hecho que lo causó se haya producido mientras el pasajero: 1. Estaba a bordo de la aeronave, o 2. O se encontraba en el desarrollo de cualquiera de las operaciones de embarque o de desembarque.

19 DEVIS E., HERNANDO (1972). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Segunda edición, tomo I. Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía, pág. 265. "Atendiendo esta importante posición activa que tiene el transportista, se acoge la teoría del profesor Devis Echandía que expone que "en materia de prueba no debe hablarse de sujeto pasivo. No lo es el juez, a pesar de ser destinatario de la prueba, porque para recibirla debe desplegar importante actividad y luego debe valorarla", y tampoco lo es el transportista ya que este en principio deberá contradecirla".

20 DEVIS E., HERNANDO (1972). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Segunda edición, tomo I. Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía, pág. 265.

21 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1880 ss.

En este punto, cabe mencionar que es al pasajero a quien le corresponde soportar la carga de la prueba de los elementos mencionados hasta el momento, que exige el artículo para la configuración de un escenario de responsabilidad del transportista.

De probarse todos estos elementos en cuestión, se presentaría lo que se conoce como daño antijurídico, cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. “(...) *La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)*”.

De esto se deriva que “...*basta que se pruebe que el deceso o la lesión ocurrieron a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, que comprenden todas las ocurridas desde que el pasajero se dirige a la aeronave, abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que accede a sitios similares, para que surja la responsabilidad del transportador, con base en el contrato de transporte y sin otras causales de exoneración que las ya examinadas. La responsabilidad del transportador queda limitada a 25.000 gramos de oro puro por cada pasajero*”²².

Esto quiere decir que, consumado el riesgo, el transportista deberá indemnizar al pasajero, a familiares (en los casos de muerte) a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración de los ordinales 1 y 3 del artículo 1003²³ del Código de Comercio las cuales son: i) El hecho de un tercero, ii) La

22 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera. Sentencia 5098 de 22 de agosto de 1988. M.P. Tulio César Uribe.

23 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1003. El transportista responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportista para la ejecución del contrato. Dicha responsabilidad solo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; 2) Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero esta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportista, que en alguna forma sea causa del daño; 3) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones

existencia de fuerza mayor, iii) La presencia de culpa exclusiva de la víctima o iv) Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse “a la mano” y no hayan sido confiadas a la custodia del transportado.

En otros términos, el transportista se exonera demostrando que la causa de la responsabilidad yace en un hecho ajeno a su voluntad o la acción de un tercero o, inclusive la misma víctima (pasajero), con lo que, en el fondo, lo que se acredita es la “ausencia de toda autoría”²⁴, por parte del empresario o transportista.

Es de fundamental importancia mencionar que, en esta disposición normativa nacional, a diferencia de la estipulada en el Convenio de Montreal, no exige que la lesión sea de aquellas que exclusivamente comprendan daños corporales, es decir, que la redacción de la norma, permite deducir que dentro de la regulación de transporte nacional, se incluyen las lesiones psicológicas como generadoras de responsabilidad del transportista.

Esto, representa un problema práctico importante que en líneas posteriores se analizará y desarrollará de manera amplia y suficiente.

3. De la desproporción de la carga de la prueba asignada al transportista en el caso del daño psicológico ocasionado al pasajero

a. Régimen probatorio y de responsabilidad en el Código de Comercio respecto al daño psicológico causado al pasajero

Tal como se ha mencionado con anterioridad, el Código de Comercio consagra la responsabilidad del transportista por el daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, esto siempre que se pruebe que el hecho que lo causó se produce a bordo de la aeronave o durante el embarque o desembarque, en este sentido se evidencia que “(...)La legislación optó por una presunción de culpa invirtiendo la carga de la prueba en favor de los pasajeros, toda vez que pese a

orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportista, y 4) Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse “a la mano” y no hayan sido confiadas a la custodia del transportista.

24 FOGLIA, RICARDO A.; MERCADO, ÁNGEL R.; MELLONE, EUGENIO (1968). *Jurisprudencia Aeronáutica Argentina*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires, pág. 22.

*los avances tecnológicos existen cuestiones alrededor de la navegación aérea que escapan del control de los expertos en aviación, lo cual no permite establecer una obligación de seguridad de resultado propiamente dicha*²⁵.

Bajo este supuesto es posible entender, entonces, que el transportista es responsable tanto por el daño que se produce como consecuencia de una lesión corporal, como de aquel que se produce como consecuencia de una lesión psíquica, a diferencia de lo contemplado en el Convenio de Montreal, el cual solo se refiere a la lesión corporal.

Para dar análisis exhaustivo a este tópico, resulta de fundamental importancia hacer referencia a lo que se ha entendido por lesión psíquica, esto a fin de examinar el régimen de responsabilidad que propone el Código de Comercio, con el objetivo de dilucidar si la carga de la prueba que se impone al transportista en esta situación precisa es razonable y proporcionada.

b. ¿Qué es la lesión psíquica?

Afirma el Doctor Enrique Echeburúa, psicólogo de la Universidad del País Vasco, que la lesión psíquica “(...) se refiere a una alteración clínica aguda que sufre una persona como consecuencia de haber experimentado un suceso violento y que la incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social”²⁶, en este sentido se entiende que la lesión psíquica es aquella afectación grave que experimenta un sujeto en los diversos ámbitos de su existencia, ello como consecuencia de un evento impetuoso.

En este punto resulta importante hacer referencia a las lesiones psíquicas más frecuentes, las cuales, en concepto del Doctor Echeburúa, son “(...) las alteraciones adaptativas (con un estado de ánimo deprimido o ansioso), el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. Más en concreto, a un nivel cognitivo, la víctima puede sentirse confusa y tener dificultades para tomar decisiones, con una percepción profunda de indefensión (de estar a merced de todo tipo de peligros) y de incontrolabilidad (de carecer de control sobre su propia vida y su futuro); a nivel psicofisiológico, puede experimentar sobresaltos continuos y problemas para tener un sueño

25 GIACOMETTO FERRER, ANA (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, pág. 126.

26 PAZ DE CORRAL, ENRIQUE E. (2005). “¿Cómo evaluar las lesiones psíquicas y las secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos?”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*, vol. 5. Universidad del País Vasco, págs. 57-73.

reparador; y, por último, a nivel de las conductas observables, puede mostrarse *apática y con dificultades para retomar la vida cotidiana*”²⁷.

Todas estas situaciones pueden generarse como consecuencia de hechos desarrollados a bordo de una aeronave o en el transcurso de las operaciones de embarque o desembarque, razón por la cual, de acuerdo al régimen del Código de Comercio, el transportista debe asumir cierta responsabilidad.

c. Crítica

De acuerdo al régimen de responsabilidad propuesto por el Código de Comercio, se entiende que si bien el pasajero debe demostrar la existencia de la lesión psíquica y el hecho ocurrido a bordo de la aeronave, en el embarque o desembarque, para efectos de que el transportista lo indemnice, este último podría llegar a exonerarse de tal responsabilidad en situaciones precisas, en este sentido se pronuncia el artículo 1003 del Código de Comercio: *“El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este (...) Dicha responsabilidad solo cesará (...) en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; (...) 3. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador”*.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 27 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández: *“(…) En estas condiciones se llegó a la actual posición legislativa y jurisprudencial, derivada de los artículos 1003 y 1880 del estatuto comercial, según los cuales el transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión [corporal o psíquica] del pasajero, para lo cual solo requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en que el transportador compruebe que tomó las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas, y de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de ese no agravada por hechos atribuibles al transportador*”²⁸.

27 PAZ DE CORRAL, ENRIQUE E. (2005). “¿Cómo evaluar las lesiones psíquicas y las secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos?”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*, vol. 5. Universidad del País Vasco, págs. 57-73.

28 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera. Sentencia 4108 de 27 de febrero de 1992. M.P. Daniel Suárez Hernández.

Se evidencia entonces, la importancia de incluir las lesiones psíquicas en el régimen de responsabilidad del transportista de aeronaves, ello a razón de que las mismas efectivamente pueden generar como consecuencia afecciones graves en el desenvolvimiento íntegro del individuo; no obstante, después de realizar un análisis exhaustivo de la normatividad nacional vigente, se encuentra que la carga de la prueba resulta desequilibrada y desproporcionada para el transportista.

Se ha enunciado, que si bien el transportista puede exonerarse de la responsabilidad probando que las lesiones psíquicas o las enfermedades eran anteriores al hecho ocurrido a bordo de la aeronave o en las operaciones de embarque o desembarque, tal demostración es sumamente gravosa para el mismo.

Por un lado, esto exige al transportista adelantar estudios avanzados en el pasajero que permitan evidenciar las condiciones anteriores a la lesión psíquica que se manifiesta. Aunque para el pasajero no parece complejo verificar la existencia de una lesión de tales características, se tiene que desvirtuar que la misma se genera como consecuencia del hecho ocurrido a bordo de la aeronave, en el embarque o desembarque resulta ser casi imposible para el transportista.

Incluso, por otro lado, si el transportista quisiera actuar de manera preventiva, tendría que efectuar exámenes previos a la prestación del servicio a cada uno de los pasajeros, situación que es manifiestamente gravosa a causa de que la aerolínea tendría que asumir altos costos y, además, se dificultaría el acceso al servicio aeronáutico.

Se concluye así que este régimen de responsabilidad expone una prueba diabólica o imposible para el transportista, esto a razón de que vulnera la justicia material que debe preponderar en las controversias para garantizar soluciones justas a las partes que se involucran en las mismas. Lo mencionado, impulsa, entonces, a realizar una propuesta enfocada en la inversión de la carga de la prueba en la situación que se ha planteado, esto en pro de “(...) *La seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción*”²⁹.

29 DEVIS E., HERNANDO (1987). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Primera edición, Tomo I. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, pág. 451.

d. Propuesta

Tal como se ha mencionado con anterioridad, la carga de la prueba es aquella regla de juicio en virtud de la cual se impone a las partes la obligación de demostrar hechos precisos³⁰, como se ha manifestado, el sustento jurídico de esta figura se encuentra en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 167 del Código General del Proceso, los cuales consagran que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

No obstante, con el fin de satisfacer la justicia material y alcanzar soluciones justas se ha permitido la inversión de la carga de la prueba en situaciones específicas, ello para evitar que la imposibilidad de obtener una prueba pueda llegar a afectar el equilibrio y la igualdad que debe existir entre las partes que se ven involucradas en una controversia.

Teniendo en cuenta lo mencionado, se considera que en materia de responsabilidad del transportista por lesión psíquica al pasajero, resulta conveniente invertir la carga de la prueba, esto es, eximir al transportista de demostrar la preexistencia de tal lesión, lo que conlleva a exigir al reclamante el constatar que la misma no se había manifestado con anterioridad al hecho ocurrido a bordo de la aeronave o en las operaciones de embarque o desembarque. En este sentido se entiende, entonces, que el pasajero tendrá la obligación de probar la presencia de la lesión psíquica, su ausencia con anterioridad al hecho ocurrido a bordo, en el embarque o desembarque de la aeronave y el hecho en sí mismo considerado.

Lo anterior se sustenta en la flexibilización de la carga de la prueba, frente a esta es indispensable hacer referencia al concepto de carga dinámica de la prueba. Dicha figura se encuentra a manera de innovación legal en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual introduce en Colombia, por primera vez, la consagración legal de la carga dinámica de la prueba, la cual,

30 PARRA Q., JAIRO (2002). *Manual de Derecho Probatorio*. Treceava edición. Bogotá. Editorial Librería del Profesional, pág. 242. [La Carga de la prueba] (...) Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman parezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (...)...no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.

sin embargo, ya había sido contemplada en el ordenamiento a través de la jurisprudencia, especialmente en la del Consejo de Estado³¹.

Siguiendo esto, es menester aclarar como lo hace Peyrano que la teoría de la carga dinámica de la prueba “*no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad*”³².

De esta forma cabe afirmar que en el caso en comento, la flexibilización de la carga probatoria, esto es, la inversión de la carga de la prueba, se encuentra fundamentada en la cercanía que tienen las partes con el material probatorio. Es sabido que la existencia de una lesión psíquica se demuestra a través de estudios y análisis médicos y psicológicos que se practican directamente al individuo, razón por la cual se encuentra que el mismo es quien tiene una mayor conexión con la prueba y así una mayor facilidad para allegar la misma al proceso.

De tal forma se concluye que si bien el transportista asume la responsabilidad en aquellas ocasiones en las cuales se produce una lesión psíquica al pasajero o se agrava una ya existente, el reclamante tiene la carga de probar la generación de la misma como consecuencia de la ocurrencia de un hecho a bordo de la aeronave o en las operaciones de embarque o desembarque y, asimismo, su ausencia con anterioridad a tal circunstancia.

ii. La carga de la prueba en el sistema de responsabilidad estipulado para el transporte de equipaje facturado

El presente acápite pretende adelantar un análisis de la responsabilidad que asume el transportista aéreo frente a la pérdida o avería del equipaje registrado, teniendo en cuenta para ello la asignación de la carga de la prueba tanto en la legislación nacional, esto es, la regulación emitida por el Código de Comercio, como en la legislación aplicable al transporte internacional, es decir el convenio de Montreal³³.

31 PÉREZ R., JULIANA (2011). “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - decaimiento de su aplicabilidad”, *Estudios de Derecho* -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 152, diciembre, pág. 10.

32 ACOSTA, DANIEL F.; PEYRANO, JORGE W.; LÉPORI W., INÉS (2004). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni Editores, pág. 60.

33 España. Tribunal de Justicia de España. *Sentencia t.j.u.e. de 22 de noviembre de 2012*. En jurisprudencia internacional, se ha estipulado que “...Del artículo 17, apartado 2, del Convenio de Montreal resulta que el transportista aéreo es responsable del daño causado por la pérdida

a. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad en el Convenio de Montreal

Al analizar el sistema de responsabilidad frente al equipaje facturado, bajo el convenio de Montreal, se observa que el transportista será responsable del daño causado por la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la pérdida, avería o destrucción se haya producido a bordo de la aeronave o en cualquier momento en que el equipaje facturado se encontrara bajo la custodia del transportista. No obstante, el transportista no será responsable en el evento en el que el daño se atribuya a la naturaleza, a un vicio o a un defecto propio del equipaje facturado³⁴.

Asimismo, se encuentra que la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso, se encuentra limitada a 1.131 derechos especiales de giro por pasajero, a menos que el pasajero haya hecho una declaración especial del valor de la entrega del equipaje facturado en el lugar de destino y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a esta. Sin embargo, no habrá lugar a lo anterior, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión dolosa del transportista o de sus dependientes o agentes, y que dicha acción u omisión se da en el ejercicio de sus funciones³⁵.

De esta forma se observa que el sistema de responsabilidad referente al equipaje facturado, alude a una responsabilidad objetiva pues el transportista será responsable con el simple hecho de que el daño del equipaje facturado se haya generado a bordo de la aeronave o mientras esté bajo su custodia, y no podrá demostrar su diligencia para exonerarse de responsabilidad.

A partir de esta configuración de responsabilidad expuesta, resulta importante entonces hacer el análisis respectivo de las repercusiones que esta trae sobre la estipulación de las cargas probatorias. Como se ha venido mencionando, al hablar de la *“carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el juez o tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del*

de cualquier equipaje perteneciente a los pasajeros, ya sea facturado o no facturado. Esa constatación se confirma también por el empleo en el artículo 22, apartado, 2, del Convenio de Montreal, sin precisión adicional, del término «equipaje», que según el artículo 17, apartado 4, del mismo Convenio significa, a menos que se indique otra cosa, «tanto el equipaje facturado como el equipaje no facturado»”.

34 Colombia. Congreso de la República. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional Ley 701 de 2001 de 27 de noviembre de 2001. Art. 17.

35 Colombia. Congreso de la República. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional Ley 701 de 2001 de 27 de noviembre de 2001. Art. 22.

*acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace*³⁶.

En cuanto a lo último mencionado, es decir, a cuál de las partes le corresponde aportar la prueba respectiva para la formación de la convicción o certidumbre del juez; hay que mencionar en los casos de responsabilidad objetiva, la regla resulta invertida, por cuanto no es al demandante a quien le corresponde demostrar la culpabilidad de su contraparte para establecer su responsabilidad (por cuanto dicho elemento subjetivo se presume), sino que es al demandado a quien le corresponde aportar las pruebas sobre las cuales se sustenta la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad³⁷, es decir que en estos casos se configura una inversión de la carga de la prueba legal.

b. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad en el Código de Comercio

Refiriéndose al transporte aéreo, afirma el Código de Comercio, en su artículo 1884, que el transportista se encuentra “(...) obligado a transportar conjuntamente con los viajeros y dentro del precio del billete, el equipaje de estos (...)”³⁸, el cual debe ser registrado en un talón, cuya exhibición resulta ser de carácter obligatorio en el momento de su entrega. No obstante, se entiende

36 GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2001). “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*.

37 GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2001). “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. “La doctrina más reciente del Tribunal Supremo Español se orienta a que en los casos de objetivación de la culpa, se estipule a su vez una inversión de la carga de la prueba. “(...) la doctrina más reciente y constante de “(STS, 1ª, 30.9.1986, RAJ 4925). Esta identificación se inicia en los últimos años setenta [SSTS, 1ª, 14.3.1978 (RAJ 815), 5.10.1979 (RAJ 3241)], se intensifica en los ochenta [SSTS, 1ª, 27.4.1981 (RAJ 1781), 10.5.1982 (RAJ 2564), 17.3.1983 (RAJ 1482), 14.2.1985 (RAJ 552), 15.2.1985 (RAJ 557), 21.11.1985 (RAJ 5624), 17.7.1987 (RAJ 5801), 19.10.1988 (RAJ 7588) y 20.12.1989 (RAJ 8856)] y se extiende hasta la segunda mitad de los noventa [SSTS, 1ª, 22.4.1995 (RAJ 3492), 5.2.1996 (RAJ 1089), 9.2.1996 (RAJ 953), 2.4.1996 (RAJ 2984), 16.4.1996 (RAJ 2954), 25.5.1996 (RAJ 3918), 28.5.1996 (RAJ 3859), 17.7.1996 (RAJ 5676), 22.11.1996 (RAJ 8643), 31.1.1997 (RAJ 253), 12.12.1997 (RAJ 9336), 19.2.1998 (RAJ 636)]”.

38 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1884.

que en aquellas ocasiones en las cuales se omita la presentación de dicho talón, el transportista debe cerciorarse de la identidad de quien reclama el equipaje, ello para efectos de realizar su entrega³⁹.

Así mismo, es menester tener en consideración que la autoridad aeronáutica tiene la posibilidad de autorizar que se prescinda de dicho talón, bajo supuestos precisos y siempre que se pretenda garantizar la seguridad del equipaje⁴⁰.

Una vez aclarado este punto, se procede a analizar el régimen de responsabilidad del transportista en la legislación nacional. Al respecto, indica el artículo 1887 del Código de Comercio que: *“El transportador será responsable de la pérdida o avería de la mercancía y equipaje registrado, cuando el hecho que causó el daño ocurra a bordo de la aeronave o hallándose aquellos bajo la custodia del transportador, sus agentes, dependientes o consignatarios (...)”*.

Tal responsabilidad se encuentra limitada a diez gramos de oro puro por cada kilogramo de equipaje registrado por cada persona; sin embargo, en aquellas ocasiones en las cuales el equipaje facturado se transporte *“(...) bajo la manifestación del valor declarado aceptado por el transportador, este responderá hasta el límite de ese valor”*⁴¹.

Ahora bien, resulta de fundamental importancia tener en cuenta que el transportista se exonera de la responsabilidad a la que se ha hecho mención, únicamente al probar que existió dolo o culpa exclusiva de la víctima, o que el

39 LEAL PÉREZ, HILDEBRANDO (1996). El contrato de transporte terrestre, aéreo y marítimo, transporte de carga, pasajeros y equipaje, responsabilidad derivada del contrato de transporte. Primera edición. Bogotá. Grupo Editorial Leyer, pág. 96. “El contrato de transporte de equipaje no es un contrato autónomo, con existencia propia, sino que surge, como consecuencia de un contrato de transporte de personas. Es por lo tanto un contrato accesorio. En tal sentido puede definirse como aquel contrato mediante el cual una empresa de transporte aéreo o un simple transportista se obliga, como consecuencia de un contrato de pasaje anterior o simultáneamente celebrado, a trasladar de un lugar a otro y por vía aérea el equipaje del pasajero citado comprensivo de los objetos registrados y los que lleva a la mano, así como el exceso de peso que sobre la cantidad otorgada a dicho pasajero. En general y conforme a la norma citada, se deduce la existencia de tres tipos distintos de equipaje: el primero, son los efectos personales cuya guarda conserva el pasajero (cartera, bolsos, paquetes), el segundo; es el equipaje registrado libre de cargo, o mejor dicho con el precio incluido en el contrato de transporte, de personas, hasta determinado peso, cuya tenencia pasa a los efectos del transporte al transportista y que generalmente se transporta en bodega del mismo avión que conduce al pasajero, el tercero es el exceso de equipaje, es decir el que excede del peso que el transportista transporta por el mismo precio del pasaje”.

40 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1885.

41 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1887.

daño se produce como consecuencia de la naturaleza o vicio propio de la cosa que se transporta o al probar que el equipaje registrado se encontraba bajo la custodia de las autoridades aduaneras⁴².

En este sentido se evidencia que se trata igualmente de una responsabilidad objetiva, es decir, que hay una presunción de culpabilidad, por lo cual no hay lugar a la exoneración de la misma, producto de la demostración de existencia de diligencia suficiente en el desarrollo del transporte. Esto quiere decir entonces que se presentan las mismas consecuencias ya descritas en cuanto a la carga de la prueba en los casos de existencia de presunción de culpabilidad; es decir, que es el demandado o el transportista el encargado de aportar el material que permita demostrar el elemento subjetivo de la conducta, es decir el dolo o la culpa de la víctima y no al contrario, para poder eximirse de responsabilidad.

En este punto de la inversión de la carga de la prueba producto de la presunción de culpabilidad o de estipulación de responsabilidad objetiva, la Corte Constitucional ha señalado que: *“...La razonable correspondencia entre la experiencia –reiterada y aceptada–, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.*

Ahora bien, resulta evidente que el legislador no puede establecer presunciones que no obedezcan a las leyes de la lógica o de la experiencia, o que no persigan un fin constitucionalmente valioso. Ciertamente, cuando las presunciones aparejan la imposición de una carga adicional para una de las partes del proceso, es necesario que las mismas respondan, razonablemente, a los datos empíricos existentes y que persigan un objetivo que justifique la imposición de la mencionada carga. De otra manera, se estaría creando una

42 Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio, decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971. Art. 1888.

regla procesal inequitativa que violaría la justicia que debe existir entre las partes y, en consecuencia, el derecho al debido proceso del sujeto afectado"⁴³.

En otras palabras la misma Corte Constitucional señaló, *"al verificar que, según las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable. En consecuencia, para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas"*⁴⁴.

iii. Carga de la prueba en el sistema de responsabilidad estipulado para el transporte de equipaje sin facturar

El presente acápite procederá analizar la responsabilidad del transportista cuando verse sobre el equipaje no facturado, este entendido como aquel que no ha sido registrado por la misma aerolínea. Para ello se ha decidido recurrir a la misma normatividad que se ha venido analizando, es decir el Convenio de Montreal y en Código de Comercio de Colombia.

1. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad en el Convenio de Montreal

De conformidad con el artículo 17, numeral 2 del Convenio de Montreal *"(...) en el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la sus dependientes o agentes"*. Por la redacción de la norma puede preverse que se trata de una responsabilidad subjetiva, toda vez que además de demostrarse el daño y el nexo causal por parte del reclamante, también debe probarse la culpabilidad del transportista. El elemento subjetivo, se constituye entonces en un factor requerido para que de la conducta se pueda derivar la imputación de responsabilidad al transportista por el daño producido al equipaje no facturado.

43 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-055 de 2010 del 3 de febrero de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente No. D-7807.

44 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-388 de 2000 del 5 de abril de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente No. D-2588. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-669 de 2005 del 28 de junio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente No. D-5574.

De esto se deriva entonces, que el reclamante tiene la carga de probar todos estos elementos señalados, que la norma exige, para poder así construir un convencimiento o certeza suficiente en el juez, sobre la responsabilidad del transportista. Esta configuración del mencionado, convencimiento o certeza del juez, resulta de fundamental importancia porque como lo explica la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de enero de 2010, exp. 2001-00137 *“las reglas de distribución que gobiernan la materia (la carga de la prueba) comportan, entre otras, las siguientes trascendentales consecuencias: de una parte, la de determinar cuál de las partes de un litigio asume el riesgo que se deriva de la circunstancia de que un hecho medular no esté suficientemente probado en el proceso; y, de otra, la de fijar el sentido de la decisión que el juez deberá adoptar ante la anotada omisión, vale decir, que desde este punto de vista las normas concernientes con la distribución del ‘onus probandi’ encarnan una verdadera regla de juicio en cuanto prefiguran la resolución judicial; por supuesto que aquél resolverá adversamente a quien teniendo la carga de probar ese hecho no la satisfizo.*

Desde esta perspectiva, la regla de distribución de la carga probatoria adquiere una especial dimensión en cuanto contribuye vigorosamente a la eficacia del proceso, habida cuenta que a pesar de las omisiones en materia demostrativa, éste concluirá inevitablemente en una sentencia, de modo que no queda espacio para la justicia privada”⁴⁵.

Esto quiere decir, que si el pasajero o la víctima de la pérdida o daño del equipaje, no demuestra de manera completa y suficiente el daño, el nexo causal y la culpabilidad del transportista, no podrá entonces el juez tener certeza sobre la responsabilidad del mismo, pudiendo esto derivar en una decisión adversa para el demandante.

2. Régimen de la carga de la prueba y de responsabilidad del transportista estipulado en el Código de Comercio

Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 1886, señala que *“(…) El transportador será responsable de la pérdida o avería de los objetos de mano, cuando el hecho que causó el daño ocurra a bordo de la aeronave o hallándose aquéllos bajo la custodia del transportador; sus agentes o dependientes”.*

45 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18 de enero de 2010. Expediente. 2001-00137.

Por lo anterior se prevé que la responsabilidad es objetiva, dado a que el reclamante solo debe probar que la pérdida o avería se haya causado al interior de la aeronave o que el equipaje se encontraba en custodia del transportista, sus agentes o dependientes.

De lo anterior, emana que el transportista puede exonerarse solo si asume la obligación que ya se ha descrito de manera extensa en líneas precedentes al hablarse de responsabilidad objetiva, es decir, la que se deriva de la inversión de la carga de la prueba en esta materia, probando el dolo o la culpa de la víctima. Esto, porque como se ha venido mencionando el ordenamiento jurídico estipula presunciones de culpabilidad atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y a las reglas de la probabilidad y la lógica lo cual puede derivar en la modificación de la regla general procesal que señala que quien alega debe probar.

A su vez, el artículo en comento, indica que la responsabilidad cesa cuando el viaje concluya o cuando la pérdida o avería de las cosas, que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse a la mano y no hayan sido confiadas a la custodia del transportista.

Adicionalmente cabe señalar que la responsabilidad del transportista no excederá de doscientos gramos de oro puro por todos los objetos de mano de cada persona.

3. De la desproporción de la carga de la prueba asignada al transportista en los casos de avería o pérdida del equipaje en el transporte aéreo

a. Régimen de probatorio y de responsabilidad del Código de Comercio respecto de la avería o pérdida del equipaje transportado

Como en líneas precedentes se ha estipulado, según los artículos 1886 y 1887 del Código de Comercio de Colombia, la responsabilidad del transportista en los casos de equipaje tanto facturado como no facturado se configura cuando: i) Exista una pérdida o avería del mismo y ii) El propietario o pasajero logre demostrar que los hechos anteriores ocurrieron estando a bordo o hallándose el equipaje bajo la custodia del transportista o sus agentes.

Es así, como se señaló en líneas precedentes que en estos casos se configuraba una responsabilidad objetiva⁴⁶, que opera por el simple hecho de demostrar alguna de las dos circunstancias señaladas (es decir, que el equipaje se encontraba a bordo o bajo la custodia del transportista o sus agentes o dependientes), sin que sea relevante para esto el nivel de diligencia que el transportista haya tenido. Como se ha indicado con anterioridad todo esto deriva en una inversión legal de la carga de la prueba en contra del transportista, respecto de quien se presume la culpabilidad⁴⁷.

b. Crítica

Según el artículo 992 del Código de Comercio: *“El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero”*.

Cabe anotar, que desde alguna perspectiva esta configuración de responsabilidad se podría encontrar desproporcionada, ya que todas las situaciones de exoneración de responsabilidad expuestas a favor del transportista, implican la carga asignada al mismo de la reconstrucción detallada de la secuencia total de hechos ocurridos a bordo de la aeronave o mientras el equipaje se encontraba bajo su custodia o la de sus agentes o dependientes.

46 GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2001). “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del derecho de daños. Una y otra regla constituyen igualmente la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos.

47 BARRERA BARRAZA, RAMIRO (1979). *Derecho aéreo colombiano*. Bogotá. Editorial Temis, págs. 70-71. “Esta responsabilidad se sostiene por los siguientes postulados: cualquier persona, por el solo hecho de cometer o de omitir un acto que resulta dañoso a otra persona, está obligada al resarcimiento del daño, aunque haya obrado sin culpa. Es decir, que la obligación de reparar el daño se fundamenta en el daño causado y en su imputabilidad a determinada actividad humana...[La responsabilidad del transportista aéreo puede enmarcarse dentro de] la teoría del riesgo creado, en donde la obligación nace de la fuerza de las cosas y de los procedimientos que el hombre utiliza para la explotación de actividades que por sí mismas ofrecen peligros como sucede con...los transportes terrestres, marítimos o aéreos, actividades por las cuales, cuando producen como causa material un daño, se está obligado a la indemnización, ya que, como enseñaban los romanos, quien crea el riesgo y se aprovecha de él, debe convertirse en el propio asegurador, en razón de los riesgos que ha creado”.

Es decir que, para poder configurar una defensa bien estructurada, este deberá adelantar toda una investigación minuciosa que permita descifrar y determinar los eventos ocurridos y a partir de estos dilucidar cómo y cuándo se pudo haber configurado una causal eximente de responsabilidad. Es decir que el transportista “...deberá acreditar una circunstancia eximente de responsabilidad, si quiere relevarse de la que pesa sobre él (y siempre y cuando sea posible tal alegación de exención). Esta circunstancia no podrá ser, por cierto, el hecho de haber empleado la debida diligencia o cuidado, toda vez que el fundamento de su responsabilidad no es la culpa. Deberá probar, entonces, por ejemplo, que no existe relación causal entre sus hechos y el daño ocasionado”⁴⁸.

Sin embargo, ¿no resulta esto una carga excesiva para el transportista en comparación a la carga de la prueba que le incumbe al pasajero para la constitución de responsabilidad del primero? Para aclarar el anterior interrogante, se examinará cada una de las posibilidades de exoneración de responsabilidad, señalando los comentarios y críticas que sean pertinentes.

c. Examen de causales de exoneración en el transporte de equipaje no facturado

En principio, al tratar las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito como causales de exoneración de responsabilidad, el transportista, como es habitual para este tipo de circunstancias, tendrá la carga de la prueba de los hechos o situaciones que se señalan como imprevisibles, irresistibles⁴⁹ y completamente ajenas a su voluntad⁵⁰ que derivan en la avería o pérdida del equipaje en cuestión.

Por otra parte, al examinar el dolo del pasajero (víctima de la pérdida o avería del equipaje no facturado) como eximente de responsabilidad, cabe mencionar que en todos los eventos parece casi imposible demostrar los elementos configurativos del tipo subjetivo, es decir, el elemento volitivo y el

48 *De la responsabilidad objetiva*. Recuperado el 10 de junio de 2013 de http://www.captel.com.ar/downloads/1006071952_responsabilidad_civil_responsabilidad_objetiva.pdf

49 Colombia. Congreso de la República. Código Civil Ley 57 de 1887 de 26 de mayo de 1873. Art. 64 y Ley 95 de 1890 de 16 de noviembre de 1890. Art. 1. señalan que se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisible que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

50 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de marzo de 2004. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. C-7623. Ha señalado “que, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, a más de ser imprevisible e irresistible, “debe obedecer a una causa extraordinaria, ajena al agente, a su persona o a su industria”.

elemento cognitivo. Esto quiere decir que, siempre que se trate de comprobar la intención del pasajero de adelantar un engaño o una maquinación fraudulenta, que conlleve la imputación de responsabilidad del transportista por la pérdida o avería de su equipaje de mano o facturado, existirá un problema de demostración de relación de causalidad entre el elemento netamente interno de la persona, que es la voluntad o intención dolosa y los hechos materiales que se manifiestan en el mundo externo que derivan en la efectiva pérdida o avería del equipaje.

Adicionalmente, en los casos en que se pretenda la demostración de la culpa exclusiva de la víctima, el transportista encuentra de nuevo la dificultad de tener la carga u obligación de rehacer una reconstrucción detallada de los hechos que le permita hallar cuándo y de qué modo la culpa de la víctima se tradujo en una conducta que derivó en el daño alegado. Esto implica además, la adquisición respectiva del material probatorio sobre el cual pueda demostrar el transportista, que efectivamente fue la conducta exclusiva, única y propia del pasajero la que configuró el daño, avería o pérdida del equipaje. Por otra parte, de manera contradictoria y desproporcionada, al pasajero le bastará siempre probar dos elementos que parecen sencillos: que el equipaje se encontraba a bordo o bajo la custodia del transportista o de sus dependientes.

Parece entonces, suficientemente desbalanceado que al transportista le corresponda la carga de la prueba de situaciones que resultan en la práctica casi imposibles de demostrar, como lo son el dolo o la culpa exclusiva de la víctima. Ante esta dificultad probatoria expuesta, una conclusión lógica se deriva: existe una configuración permanente de responsabilidad del transportista bien porque el pasajero: a) demuestre que el equipaje estaba a bordo, b) compruebe que este se encontraba bajo la custodia del transportista, c) pruebe que la pérdida o avería se produjo en manos de alguno de sus agentes o dependientes.

Si bien en los casos de equipaje no facturado se incrementa la dificultad probatoria a cargo del pasajero, ya que este debe demostrar que el equipaje efectivamente se encontraba a bordo sin tener algún recibo o tiquete que respalde este evento, una vez este logre hallar cualquier tipo de material probatorio en el cual pueda respaldar el hecho (vídeos, testigos, fotos, etc.), se volverán a presentar las dificultades de desproporción de carga probatoria que resultan desfavorables para el transportista, explicadas en líneas precedentes.

d. Exoneración de responsabilidad en el transporte de equipaje facturado

Otro punto de importante mención en este análisis de la carga de la prueba del transportista en el contrato de transporte aéreo colombiano regulado por el

Código de Comercio, es el estipulado en el artículo 1888 del mismo, el cual señala que *“No será responsable el transportador cuando el daño sea consecuencia exclusiva de la naturaleza o vicio propio de las cosas transportadas”*.

Cabe mencionar que si bien se considera que la exoneración de responsabilidad por *“el daño que es consecuencia exclusiva de la naturaleza o vicio propio de la cosa transportada”* es un elemento favorable para el transportista, en ocasiones, descubrir y definir la existencia de este factor puede conllevar a otro excesivo desgaste probatorio a cargo del transportista, sobre todo en aquellos casos en los que lo averiado hace parte de aquel grupo de cosas cuya constitución química o física requiera de condiciones externas específicas (temperatura, humedad, etc.), y cuyo mantenimiento y conservación requiera de conocimientos especializados ya que en estos casos la comprobación de la avería por estos motivos requerirá de procedimientos científicos determinados.

En estos casos, puede inclusive suceder, que el pasajero mismo posee aquel conocimiento especializado del cual carece el transportista, razón por la cual podría considerarse que le resulta inclusive más fácil probar determinados hechos al reclamante y no al transportista.

e. Propuesta

Considerando lo anteriormente expuesto, se puede concluir que los casos de exoneración de responsabilidad que permite la ley para el transportista implican una evidente sobrecarga probatoria para el transportista (que conlleva a la frecuente imposibilidad de exoneración), es decir, que en la práctica nos encontramos ante una habitual imputación de responsabilidad al mismo. Se puede entonces hacer la afirmación de que en estos casos de transporte de equipaje, ante la existencia de responsabilidad objetiva, existe una desequilibrada distribución de la carga probatoria que resulta desfavorable para el transportista, por cuanto se está ante un caso de inversión legal de la carga de la prueba, en donde se exige al reclamante de probar algunos de los hechos que alega, los cuales quedan completamente relevados a su contraparte (el transportista).

Siendo así, se considera que para los casos de transporte nacional de equipaje sin facturar, cabría considerar la propuesta de que la inversión de la carga de la prueba derivada de la responsabilidad objetiva, en lugar de ser estrictamente y para todos los casos una inversión legal (derivada de la presunción de culpabilidad del transportista), sea una inversión judicial, es decir que se le permita al juez determinar según el caso a cuál de las partes le corresponde probar el elemento subjetivo de la conducta. Esto implicaría la aplicación de una

carga dinámica de la prueba, considerando que “más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, *en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla*”⁵¹.

En concreto se considera esta propuesta, porque como se sabe, la carga dinámica de la prueba es “*una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla*”⁵².

Esto permitiría entonces, que en algunos casos, a criterio del juez, el transportista pueda probar su diligencia, pudiendo así equilibrar un poco la sobrecarga probatoria que se deriva en ocasiones de tener que reconstruir toda la secuencia de hechos que ocurrieron mientras el equipaje estuvo a bordo para demostrar alguna de las causales de exoneración de responsabilidad.

Es decir, que esta propuesta tiende a la introducción o adopción del sistema de responsabilidad expuesto por el Convenio de Montreal de 1999 para los casos de transporte nacional y la correspondiente asignación de la carga de la prueba que de este instrumento internacional se deriva.

El convenio determina que en el transporte de equipaje facturado debe seguirse las leyes de la responsabilidad objetiva, mientras que el transporte de equipaje no facturado o de mano, debe obedecerse a la lógica de la responsabilidad subjetiva, en la cual se le permite al transportista probar su diligencia, siendo esta un factor suficiente de exoneración de responsabilidad, lo cual inevitablemente terminará equilibrando la carga probatoria.

Esto, porque en el transporte de equipaje facturado, al mantener la responsabilidad objetiva ya configurada y aparejada a estos casos, se deriva la inversión de la carga de la prueba producto de la presunción de culpabilidad del transportista. Esto resulta plenamente lógico y congruente, considerando que el equipaje facturado se le ha entregado al transportista precisamente para que este lo custodie, confiando en su responsabilidad profesional. De este modo, entonces, se admite que la inversión de la carga de la prueba que se deriva de la constitución

51 ACOSTA, DANIEL F.; PEYRANO, JORGE W.; LÉPORI W., INÉS (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni Editores, pág. 60.

52 BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTÍN (1995). “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Revista Temas Jurídicos*. N° 11, pág. 16.

de la responsabilidad objetiva, es justa y apropiada, ya que resulta plenamente lógico presumir que cualquier daño que se le ocasione al equipaje estando este bajo la custodia del transportista se debió a su culpa y es deber entonces de este, probar que hubo de por medio dolo o culpa exclusiva de la víctima.

Por otra parte, en los casos de equipaje no facturado, esta inversión de la carga de la prueba parece no tener mayor sustento, y la responsabilidad objetiva le impide al transportista poder acudir al material probatorio que demuestre su completa diligencia para poder eximirse de responsabilidad. Resulta esto no solo en una sobrecarga probatoria para el transportista, sino que también implica una amplia posibilidad de imputación de responsabilidad al mismo, inclusive en casos en los que el daño se produjo por dolo o culpa exclusiva de la víctima materializados mientras el equipaje debía permanecer bajo su custodia, ya que estos elementos subjetivos en muchas ocasiones resultan muy difíciles de probar, tal como se explicó en líneas precedentes.

En conclusión, se considera que para los casos de equipaje facturado debe conservarse la inversión de la carga de la prueba que hoy existe tanto en el Convenio de Montreal como en el Código de Comercio, mientras que para el transporte de equipaje no facturado, no debe mantenerse esta inversión probatoria para en las situaciones de transporte nacional y que esto se puede lograr mediante la dinamización de la carga de la prueba.

iv. Carga de la prueba en el sistema de responsabilidad estipulado para el transporte de mercancía o carga

A continuación, centraremos nuestra atención en el régimen probatorio del transporte de carga, especialmente de aquel derivado del Convenio de Montreal en el cual, encontramos las siguientes observaciones.

1. Régimen probatorio y de responsabilidad del transporte de carga en el Convenio de Montreal

El convenio trae consigo un régimen de responsabilidad objetiva para el transportista de carga en donde este es responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería de la mercancía que transporta, por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo. Esto quiere decir, que el reclamante debe probar un hecho al cual no tiene acceso, este es el daño de la mercancía ocurrido durante el transporte, independientemente de si hubo culpa o no en la generación del daño.

Ahora bien, el artículo 11 del convenio de Montreal establece lo siguiente: “1. Tanto la carta de porte aéreo como el recibo de carga constituyen presunción, salvo prueba en contrario, de la celebración del contrato, de la aceptación de la carga y de las condiciones de transporte que contengan”.

El artículo, a través de la presunción que impone, crea un tipo de prueba catalogada por la doctrina como *prima facie*, que para el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, consiste en aquella que a simple vista, basado en las máximas de la experiencia, arroja una conclusión que no requiere de un análisis exhaustivo ni de un desarrollo probatorio⁵³. De esta manera, el recibo de carga constituye una prueba *prima facie* de la aceptación de la carga.

La aceptación de la carga, como bien lo indica el artículo 13 del Convenio de Montreal⁵⁴, implica que se realiza el pago de la obligación de transporte en cabeza del transportista con todas las implicaciones que esto genera. Una de las cuales es que la carga no ha sufrido daño alguno durante el transporte. Esta manifestación de la voluntad, que implica la aceptación de la mercancía transportada, la presume manifestada este convenio cuando se firma el documento de recibo de carga. Se trata de una presunción de hecho que admite prueba en contrario, de aquellas que invierte la carga de la prueba a una de las partes, en este caso la carga de la prueba sobre la aceptación de la carga se asigna al destinatario. En resumidas cuentas, el destinatario una vez firma el documento de recibo asumirá entonces la carga de la prueba en caso tal de que encuentre irregularidades en la carga transportada y desee reclamar.

2. Régimen probatorio y de responsabilidad en el Código de Comercio respecto al transporte de carga

Al igual que sucede con el equipaje facturado, en el artículo 1887 del Código de Comercio, se establece un régimen de responsabilidad objetiva, en el cual

53 JARAMILLO, CARLOS I. (2010) *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá. Editorial Grupo Editorial Ibáñez, pág. 218.

54 Varsovia. Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional 12 de octubre de 1929. Artículo 13: Entrega de la carga.

1. Salvo cuando el expedidor haya ejercido su derecho en virtud del artículo 12, el destinatario tendrá derecho, desde la llegada de la carga al lugar de destino, a pedir al transportista que le entregue la carga a cambio del pago del importe que corresponda y del cumplimiento de las condiciones de transporte.
2. Salvo estipulación en contrario, el transportista debe avisar al destinatario de la llegada de la carga, tan pronto como esta llegue.
3. Si el transportista admite la pérdida de la carga, o si la carga no ha llegado a la expiración de los siete días siguientes a la fecha en que debería haber llegado, el destinatario podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte.

no es tenida en cuenta la diligencia que haya podido tener el transportista, sino el simple hecho que esta se haya refundido o averiado estando bajo su custodia, es decir, desde el momento siguiente a ser entregada la carga al transportista y hasta el momento inmediatamente anterior a la entrega de la misma al destinatario, lo cual implicaría que el destinatario tendría simplemente que probar el hecho que la pérdida o daño de la carga ha ocurrido en manos del transportista, lo que como veremos a continuación resulta sorpresivamente desproporcionado, teniendo en cuenta que por factores tanto técnicos como cuantitativos, el régimen probatorio en cuanto al transporte de carga resulta ser sustancialmente diferente al de personas y equipaje.

3. De la desproporción de la carga de la prueba asignada al destinatario de la carga cuando se firma el recibo de la mercancía

a. Crítica

A manera de ejemplo, supongamos que en un contrato de transporte aéreo internacional de café, la carga se moja durante el transporte. Esta es recibida por su destinatario quien firma el documento de aceptación de la carga sin revisar el estado de la misma en razón del gran volumen. Se trata este entonces, de un caso típico que se presenta durante el normal desarrollo de la actividad comercial aeronáutica.

Actualmente, la alta velocidad del tráfico de los negocios jurídicos que surgen a partir de las relaciones comerciales y particularmente en el caso del contrato de transporte, demanda que las manifestaciones de voluntad entre las partes sean realizadas de forma casi inmediata. Es aquí donde nos topamos con el problema, puesto que lo ideal para el caso en concreto sería que el destinatario una vez recibe la carga tuviera la posibilidad de revisarla en su totalidad y verificar el estado en el cual se encuentra antes de aceptar la entrega de lo transportado.

Pero la realidad es que en un mundo mercantil globalizado, donde las transacciones son realizadas cada día con más velocidad, este tipo de comportamientos pueden llegar a ser en vez de diligentes, indeseables, pues dado gran volumen de obligaciones, no es posible permitir la diligencia y cautela que este tipo de contrato le exige a las partes. Es por esta razón que en el momento de firmar el documento de recibo de la carga no se encuentra una voluntad claramente manifestada de la que se pueda inferir que está de acuerdo con el estado de la mercancía transportada.

Ahora bien, concentrándonos en la carga de la prueba impuesta al destinatario a través de una presunción legal sobre el estado de los bienes una vez se firma el documento al que hace alusión el artículo, no se considera racional o proporcionada, pues en cuanto a la razonabilidad se considera que el hecho de firmar el recibo de la carga no necesariamente implica, según las reglas de la lógica, que la carga se encuentre en su totalidad en buen estado, teniendo en cuenta que no hay una revisión completa de la misma, pues, como fue expuesto anteriormente, las dinámicas comerciales actuales lo único que nos permiten deducir del hecho base mencionado, es que la carga llegó. Sería una presunción de un hecho, lógica en el caso de privados no comerciantes, donde los volúmenes de carga son tan bajos que el no revisar la carga antes de firmar la carta de recibo puede ser considerado como negligencia por parte del destinatario.

De igual manera, se cree que es desproporcionada la carga probatoria que le ha sido impuesta al destinatario en el entendido que genera un desequilibrio gigantesco entre las partes en caso de que parte de la mercancía llegue en mal estado, teniendo en cuenta que el destinatario no cuenta con la información de los procedimientos técnicos desarrollados por el transportista para garantizar que la mercancía llegue de la forma deseada. Además, no se encuentra acorde con el principio de economía procesal, teniendo en cuenta que esto alarga la gestión misma de recolectar las pruebas.

A su vez, hay que tener en cuenta la disposición establecida por el artículo 5 de la Ley 701 de 2001, donde se especifica el contenido que debe tener tanto la carta de porte como el recibo de carga, donde específicamente se hace referencia al peso de la mercancía enviada. Por lo cual antes de entregarla el transportista tiene el deber de verificar que el peso de la mercancía que va a ser entregada al destinatario efectivamente coincide con el de la carta de porte⁵⁵, para así constatar que no ha habido pérdida alguna de la mercancía. Sin embargo, al momento de realizar la entrega de esta al destinatario, este como ya se ha mencionado, no dispone de la oportunidad de revisar la totalidad de la carga y en consecuencia, menos de verificar que sea el que se encuentra consignado en el recibo que una vez firmado, constituye prueba *prima facie* de que la manifestación de la voluntad ha estado dirigida a la aceptación sin reparo, de la carga.

55 Colombia. Congreso de la República. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional Ley 701 de 2001 de 27 de noviembre de 2001. Art. 5. *La carta de porte aéreo o el recibo de carga deberán incluir:*

Adicionalmente y contrario a lo que establece el artículo 11 del Convenio de Montreal, se considera que sí nos encontramos ante una causal de flexibilización de la carga de la prueba en sede judicial. En el supuesto hipotético que hemos planteado, si revisamos las posibilidades técnicas probatorias de las que dispone el destinatario para probar que el café llegó mojado, y además de eso, que se mojó durante el transporte, las encontramos escasas. Para lograr el cometido, se requiere del inicio de un análisis de la aeronave, de los sistemas de transporte, de la calidad de estos, entre otros muchos factores de los cuales no tiene conocimiento ni experticia el destinatario, además de un factor determinante, y es que la cercanía y conocimiento de la evidencia física y todo otro tipo de material probatorio la posee el transportista, pues es quien tiene acceso a sus instrumentos de abordaje, sus sistemas de sellado, sus bandas transportadoras, su avión, su personal, su documentación y certificación sobre la calidad de los instrumentos de transporte y otro sinnúmero de elementos que le pueden servir al destinatario para probar el hecho que pretende demostrar.

b. Propuesta

Creemos que nos encontramos en la causal primera del Código General del Proceso el cual le indica al juez que debe invertir la carga de la prueba del hecho en el artículo 137. En este caso se encuentra en 3 de los 4: 1. La cercanía con el material probatorio es innegable al ser este quien tiene la evidencia física; 2. En su poder se encuentran todos estos elementos, al ser quien efectúa el transporte y en transcurso de este fue que se mojó; 3. Y por último, intervino de manera directa en los hechos.

En síntesis, se propone en primer lugar es que la presunción de hecho consagrada en el convenio de Montreal aquí expuesta sea revisada, pues la consideramos desproporcionada, no razonable, y a todas luces desajustada al mundo mercantil moderno de volúmenes gigantes y que se mueve a grandes velocidades que en vez de asegurar un valor, genera un desequilibrio injustificado en las cargas procesales. En segundo lugar, consideramos que en el caso acá analizado nos encontramos dentro de las causas generales de flexibilización de la carga probatoria.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo señalado por el jurista Micheli, y teniendo en consideración los acápites incluidos a lo largo de la ponencia, se concluye que la carga de la prueba, temática en la que se ha fundamentado la presente exposición, es una regla de juicio que se encuentra fundamentada en “(...) *La necesidad práctica*

de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado"⁵⁶. En este sentido se entiende entonces, que el régimen jurídico ha planteado como regla general una obligación en cabeza de quien pretende un efecto jurídico, sujeto que debe demostrar el hecho que busca hacer valer.

No obstante, tal como se ha señalado, tal regla general permite dos excepciones fundamentadas en la inversión de la carga de la prueba, así se encuentra la inversión legal y la inversión judicial de la carga de la prueba. Se resalta que estas figuras no contradicen la institución de la carga de la prueba, muchos podrían pensar, por el contrario, las mismas la complementan, ello a razón de que evitan que el proceso pueda resultar afectado como consecuencia de la imposibilidad objetiva que puede llegar a tener una de las partes para demostrar un hecho concreto. Con base en esto se concluye que tal institución, lejos de afectar la situación de las partes, ha pretendido satisfacer la igualdad de armas y la justicia material, supuestos que deben preponderar en el escenario de todo proceso.

Teniendo en cuenta lo mencionado se evidencia cómo los diversos planteamientos incluidos a lo largo de la ponencia, esto es, el régimen de responsabilidad y la correspondiente distribución de la carga de la prueba en caso de lesión o muerte del pasajero, pérdida o avería del equipaje facturado, del equipaje no facturado o de la carga, permiten concluir la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, ya sea legal o judicial, teniendo en consideración el contexto en el que se desenvuelven las partes involucradas en todo contrato de transporte aéreo, es decir, el transportista y el usuario del servicio.

Como bien se sabe, el derecho aeronáutico es una disciplina de amplio movimiento, razón por la cual tanto la legislación internacional (Convenio de Montreal) como la legislación nacional (Código de Comercio) han consagrado un régimen de responsabilidad que en principio otorga especial protección a la víctima de todo siniestro a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque. Sin embargo, tal como se ha hecho ver, se encuentran situaciones en las cuales tal régimen resulta desproporcionado y desequilibrado, razón por la cual se ha propuesto acudir a las excepciones dirigidas a la inversión de la carga de la prueba.

56 MICHELI, GIAN ANTONIO (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires. Editorial Jurídicas Europa América, pág. 59.

Tal figura permite entonces que el juez, teniendo en consideración el escenario en el que se desenvuelven las partes, determine quién tiene la carga de la prueba, es decir, quién debe observar la conducta de aportar la prueba al proceso. Esta situación lejos de generar afecciones a la víctima o al usuario del servicio aeronáutico, permite al juez ahondar en el contexto en el que se sitúa el caso, ello a fin de optar por una decisión que sin duda alguna respete la justicia material que debe existir entre las partes, y que, además, no derive en una desprotección para quienes intervienen en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, DANIEL F.; PEYRANO, JORGE W.; LÉPORI W., INÉS (1958). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires. 2004. Rubinzal-Culzoni Editores Depalma.
- BARRERA BARRAZA, RAMIRO (1979). *Derecho aéreo colombiano*. Bogotá. Editorial Temis. BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTÍN (1995). “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Revista Temas Jurídicos*. N° 11.
- Colombia. Congreso de la República. Código Civil Ley 57 de 1887 de 26 de mayo de 1873.
- Colombia. Congreso de la República. Código de Comercio Decreto 410 de 1971 de 16 de julio de 1971.
- Colombia. Congreso de la República. Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 de 12 de julio de 2012.
- Colombia. Congreso de la República. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional Ley 701 de 2001 de 27 de noviembre de 2001.
- COUTURE, EDUARDO J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- DEVIS E, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Segunda edición, tomo I. Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía. 1972.
- DEVIS E., HERNANDO (1987). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Primera edición, tomo I. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Primera edición. Madrid. Editorial La Ley.
- FOGLIA, RICARDO A.; MERCADO, ÁNGEL R.; MELLONE, EUGENIO (1968). *Jurisprudencia Aeronáutica Argentina*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- GIACOMETTO FERRER, ANA (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2001). “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*.
- GUASP, JAIME (1968). *Derecho Procesal*. Madrid. Editorial Instituto de Estudios Políticos de Madrid.
- JARAMILLO, CARLOS I. (2010). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá. Editorial Grupo Editorial Ibáñez.

- LEAL PÉREZ, HILDEBRANDO (1996). *El contrato de transporte terrestre, aéreo y marítimo, transporte de carga, pasajeros y equipaje, responsabilidad derivada del contrato de transporte*. Primera edición. Bogotá. Grupo Editorial Leyer.
- MICHELI, GIAN ANTONIO (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires. Editorial Jurídicas Europa América.
- PARRA Q., JAIRO (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Novena edición. Bogotá. Editorial Librería del Profesional.
- PARRA Q., JAIRO (2002). *Manual de Derecho Probatorio*. Treceava edición. Bogotá. Editorial Librería del Profesional.
- PAZ DE CORRAL, ENRIQUE E. (2005). “¿Cómo evaluar las lesiones psíquicas y las secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos?”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 5. Universidad del País Vasco.
- PÉREZ R. JULIANA (2011). “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad–”, *Estudios de Derecho*. Vol. 68, N° 152. Medellín. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.
- Varsovia. Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional 12 de octubre de 1929.

Jurisprudencia

- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia 5098 de 22 de agosto de 1988. M.P. Tulio César Uribe.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia 4108 de 27 de febrero de 1992. M.P. Daniel Hernández Suárez.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-055 de 2010 del 3 de febrero de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente No. D-7807.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-388 de 2000 del 5 de abril de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente No. D-2588.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 14 del 16 de febrero de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4109.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de marzo de 2004. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. C-7623.
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-669 de 2005 del 28 de junio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente No. D-5574.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18 de enero de 2010. Expediente. 2001-00137.