



LA INACABADA PROTECCIÓN DE LOS PASAJEROS EN EL TRANSPORTE AÉREO FRENTE A LAS CANCELACIONES Y LOS ACCIDENTES

M^a Victoria Petit Lavall

Lección inaugural del curso 2018-19

LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO 2018-2019

**La inacabada protección
de los pasajeros en el transporte
aéreo frente a las cancelaciones
y los accidentes**

M^a Victoria Petit Lavall

Catedrática de Derecho mercantil

Directora del Instituto de Derecho del Transporte

Castellón de la Plana, 21 de septiembre de 2018

Edita: Servicio de Comunicación y Publicaciones
Universitat Jaume I
Edificio de Rectorado y Servicios Centrales
Campus del Riu Sec
12071 Castellón de la Plana
www.uji.es · comunicacio@uji.es
Tel.: 964 728 833
Depósito legal: CS-911-2018
<http://dx.doi.org/10.6035/Llico.2018.2019>



Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN CASO DE CANCELACIÓN DEL VUELO

1. El ámbito de aplicación del Reglamento 261/2004
2. El régimen de la cancelación de vuelos
 - 2.1. Concepto de cancelación
 - 2.2. Los derechos mínimos de los pasajeros
 - 2.2.1. Consideraciones previas
 - 2.2.2. El derecho de información
 - 2.2.3. El derecho de atención
 - 2.2.4. El derecho al reembolso del precio del billete o a un transporte alternativo
 - 2.2.5. El derecho de compensación económica
 - 2.2.5.1. Contenido
 - 2.2.5.2. La exclusión de la compensación por concurrencia de circunstancias extraordinarias
 - 2.3. El derecho a una indemnización o compensación suplementaria

III. LA PROTECCIÓN DEL PASAJERO EN CASO DE ACCIDENTE

1. El régimen jurídico aplicable en la Unión Europea
2. El concepto de accidente
3. El ámbito espacio-temporal de la responsabilidad
4. Los daños indemnizables

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido una gran revolución en el Derecho aéreo.¹ Caracterizado por su internacionalidad y dinamismo, el sector aéreo se ha visto afectado por diversos factores, entre los que pueden destacarse: el acelerado desarrollo técnico; la liberalización, que ha comportado, de un lado, un considerable aumento compañías aéreas y, especialmente, la aparición de una nueva forma de configuración del negocio a través de las denominadas *low cost companies*² y, de otro, distintas concentraciones y fusiones;³

1. Mientras en 1950 apenas se registraron 31 millones de pasajeros en todo el Mundo, en 1970 esa cifra ascendía ya a 383 millones, duplicándose nueve años más tarde, y volviendo a hacerlo en 1997, cuando se alcanzaron los 1.457 millones. En 2005 se superaron los 2.000 millones de pasajeros. Vid. RAMOS PÉREZ, D., «¿Quién viaja en avión? Una aproximación a la caracterización de los usuarios europeos del transporte aéreo según su nivel de renta», disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/102.htm>.

Según los datos de la OACI, en 2017 el número total de pasajeros transportados en los servicios aéreos regulares ascendió a 4.100 millones, un 7,1% más que el año anterior (<https://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2018/COM.01.18.EN.pdf>). En concreto, en España se movieron en los aeropuertos españoles 294,4 millones de pasajeros (un 8,3% más que en 2016) <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/36A53628-628B-4943-A853-AF31C65AC49D/147705/Traficoenlosaeropuertosespa2017.pdf>.

2. Si bien el nacimiento de las *low cost companies* se produce en Europa a finales de la década de los ochenta, principios de los noventa del siglo pasado, en 2004 ya transportaban el 43% de los pasajeros. <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/7248672/12/15/Las-aerolineas-low-cost-superaran-el-50-de-cuota-de-mercado-en-Europa-en-5-anos.html>.

Su entrada en el mercado ha comportado un considerablemente abaratamiento del transporte aéreo, que ha pasado a ser un transporte de masas. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 261/2004 sobre el funcionamiento y los resultados del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos [COM (2007) 168 final].

3. Por ejemplo, International Airlines Group (IAG) resultante de la fusión entre Iberia LAE y British Airways (2011); la fusión Air France y KLM (2006) o el acuerdo entre Continental Airlines con United Airlines para compartir redes y servicios (2007).

la seguridad; la globalización de la economía mundial; o incluso la pasada crisis económica, con diversos concursos de compañías aéreas.⁴

Todas estas razones han hecho que el régimen jurídico del transporte aéreo y, concretamente, la responsabilidad de las compañías aéreas haya sido objeto de reforma a nivel internacional y en la Unión Europea (en adelante, UE). En efecto, la propia naturaleza de la aviación comercial, que no conoce fronteras físicas, conlleva que adquiera en este sector gran relevancia el Derecho internacional y el Derecho de la UE, siendo la trascendencia del Derecho nacional muy reducida.⁵ De hecho, la normativa de la UE ha derogado expresa y tácitamente los preceptos de nuestra arcaica Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea⁶ (en adelante, LNA) en la materia.

A nivel internacional, el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en adelante, CM),⁷ puede decirse que es el nuevo Convenio de referencia en el ámbito de la responsabilidad del transportista aéreo. Aun cuando todavía no ha sustituido al denominado Sistema de Varsovia, formado por una serie de Convenios y Protocolos cuya implantación en los distintos Estados es muy diversa⁸, lo que acontecerá cuando ratifiquen el CM la totalidad de los Estados que hayan hecho lo propio con alguna o algunas de las versiones del Conve-

4. Entre otros, Spanair, Air Madrid Líneas Aéreas, S.A. o Air Comet, en España; Air Berlin en Alemania; Monarch en el Reino Unido; e incluso el año pasado Alitalia, la histórica compañía de bandera italiana. Vid. LÓPEZ QUIROGA, J., «El concurso de las compañías aéreas: situación y derechos de los pasajeros», en *Público y privado en el Derecho aéreo. Retos presentes y futuros* (dirs. ALBA / FORTES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 341 y ss.

5. SANZ GANDASEGUI, F., «Las fuentes del Derecho aeronáutico español», en *Régimen jurídico del transporte aéreo* (dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ), Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 176.

6. B.O.E. núm. 176, de 23 de julio de 1960.

7. B.O.E. núm. 122, de 20 de mayo de 2004.

8. El denominado *Sistema de Varsovia* se integra por el Convenio para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional o Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (CV) y sus posteriores modificaciones por: el Protocolo de Modificación del Convenio para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (conocido como Protocolo de La Haya), que entró en vigor el 1 de agosto de 1963, con un total de 137 ratificaciones y adhesiones; el Convenio de Guadalajara (México) de 18 de septiembre de 1961 sobre la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional ejecutado por persona distinta del transportista contractual, que entró en vigor el 1 de mayo de 1964 (conocido como Convenio de Guadalajara), que cuenta con un número importante de Estados miembros (más de 65); el Protocolo de Ciudad de Guatemala de 8 de marzo de 1971, que no entró en vigor; y los Protocolos Adicionales núms. 1, 2, 3 y 4 de Montreal, de 25 de septiembre de 1975 (el núm. 3 no entró en vigor). De ellos, España sólo ha ratificado e incorporado a su ordenamiento el Convenio de Varsovia, el Protocolo de la Haya y los Protocolos de Montreal núms. 1, 2 y 4.

nio de Varsovia (en adelante, CV),⁹ es el instrumento internacional aplicable al transporte aéreo en la UE. En efecto, la UE no solo ha ratificado el mismo como Organización regional de integración económica, sino que el Reglamento (CE) n° 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente¹⁰ (en adelante Reglamento 889/2002), realiza una remisión en bloque a este texto para el transporte realizado por las compañías aéreas comunitarias, al propio tiempo que incluye normas más protectoras para los pasajeros.

Pero, además, en el ámbito de la UE se ha prestado especial atención a la protección del pasajero, sea o no consumidor en sentido estricto, y, por tanto, con independencia del motivo del transporte,¹¹ de forma análoga a lo que sucede en otros sectores de la contratación (seguros o banca). En efecto, así deriva del amplio concepto de pasajero contenido en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de febrero de 2016;¹² de la definición de pasajero del artículo 3.g) del Reglamento (CE) n° 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos;¹³ o del concepto «viajero» del Considerando 7 de la Directiva sobre viajes combinados.¹⁴ Viaje por placer o por necesidad profesional, el pasajero es la parte débil en el contrato de transporte, por lo que se configuran unos derechos mínimos que necesariamente deben ser respetados ante determinadas prácticas «indeseables»¹⁵ de las compañías aéreas, pero, por desgracia, excesivamente frecuentes.

9. Actualmente el CM cuenta con 132 partes, entre ellas, la Unión Europea, frente a las 152 partes del CV.

10. *D.O.U.E.* L 140, de 30 de mayo de 2002.

11. Vid. ZUBIRI DE SALINAS, M., «Consumidor v. pasajero», *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, núm. 39, octubre 2017, versión en línea.

12. Asunto C429/14, Air Baltic Corporation AS y Lietuvos Respublikos specialiuju tyrimu tarnyba (ECLI:EU:C:2016:88).

13. *D.O.U.E.* L 138, de 30 de abril de 2004: «toda persona presente en un vuelo con el consentimiento de la compañía aérea o del operador aéreo, excluidos los miembros de la tripulación y el personal de cabina que estén de servicio».

14. Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (*D.O.U.E.* L 326, de 11 de diciembre de 2015).

15. MAGGILOLO, M., «Overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità», en *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea* (dirs. MASALA / ROSAFIO), Giuffrè ed., Milán, 2006, p. 126.

Se trata de los supuestos de denegación de embarque, cancelación y gran retraso del vuelo, esto es, de determinados incumplimientos y cumplimientos defectuosos o tardíos de la obligación de traslado,¹⁶ obligación principal del transportista junto a la de custodia. De este modo, no sólo se establece un régimen más protector de los derechos de los pasajeros respecto del previsto en el CM, sino que se regulan aspectos no contenidos en él.¹⁷

En efecto, hace casi dos décadas que la Comisión Europea fijó como objetivo en el Libro Blanco de 12 de septiembre de 2001: «La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad»,¹⁸ de forma paralela a la liberalización progresiva del sector que estaba llevándose a cabo, la introducción de medidas de protección de los pasajeros en todos los modos de transporte, configuradas como un mínimo de protección, al mismo tiempo que destinadas a facilitar la movilidad y la integración social y a crear condiciones equitativas de competencia para los operadores.

16. La calificación de la cancelación (y de la denegación de embarque) como incumplimiento del contrato y la del retraso como cumplimiento defectuoso no es pacífica en la doctrina. Por el contrario, existen autores que, con la finalidad de integrar estos supuestos en el ámbito de aplicación del Sistema de Varsovia y del CM, equiparan la cancelación y la denegación de embarque al retraso, entendiendo que constituyen cumplimientos defectuosos, cuando tras una cancelación de un vuelo o una denegación de embarque los pasajeros viajan en otro posterior, pues sus consecuencias son las mismas. Vid. MAGGIOLLO, M., «Overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità», cit., pp. 125 y ss.; BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato. Normativa vigente e prospettive di riforma*, Giappichelli ed., Turín, 2013, pp. 150-152; ZAMPONE, A., «La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo», en *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, pp. 61 y ss.; CORONA, V., «La tutela per overbooking nella Convenzione di Varsavia», en *Studi su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, pp. 189 y ss.; GAGGIA, A., «Osservazioni sulle novità introdotte dal regolamento CE 261/04 in tema di ritardo del trasporto aereo di persone», en *Studi su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, pp. 282 y 283. Asimismo, no faltan autores en la doctrina que defienden que el retraso constituye también un incumplimiento del contrato, dada la naturaleza del contrato de transporte y, en particular, del transporte aéreo, en el que la celeridad y la puntualidad son sustanciales [DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 660 y ss., considera que el retraso puede equipararse al incumplimiento definitivo si determina la frustración del negocio, en atención a las concretas circunstancias del caso y al interés del acreedor; TULLIO, L. «Overbooking, cancellazione e ritardi», en *Studi su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, p. 16, considera que el elemento temporal en el contrato de transporte aéreo tiene una relevancia particular].

17. BRIGNARDELLO, M., «I diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e nelle altre modalità: uniformità e differenze», *Il Diritto Marittimo*, 2012-3, p. 788; CASANOVA, M. / BRIGNARDELLO, M., *Diritto dei Trasporti*, II, *La disciplina contrattuale*, 2ª ed., Giuffrè ed., Milán, 2012, pp. 162 y 163.

18. COM (2001) 370 final.

De este modo, sitúa la Comisión al pasajero como consumidor en el centro de la política de transportes, entendiendo que el mercado sólo puede considerarse abierto cuando los beneficios de la liberalización son percibidos por los consumidores finales y no sólo por los operadores.¹⁹ Ese fue el objetivo del Reglamento (CE) nº 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91 (en adelante, Reglamento 261/2004),²⁰ que entró en vigor el 17 de febrero de 2005.²¹ En efecto, el mismo persigue reforzar las normas mínimas de protección de los pasajeros,²² ya que los supuestos de denegación de embarque, cancelación y grandes retrasos de los vuelos seguían siendo frecuentes pese a la regulación existente (Considerandos 3 y 4).²³

Sin embargo, tras casi quince años de vigencia, su aplicación en la práctica no ha dado los frutos que cabía esperar. La falta de claridad, lagunas y ambigüedades de algunos de sus preceptos, que han suscitado no pocas dudas y divergencias de interpretación en los tribunales nacionales ocasionando distintas peticiones de decisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con las consiguientes sentencias²⁴ (hasta

19. BOCCHESI, D., *Passengers' Rights and carriers' liability*, ed. Nuova Cultura, Roma, 2013, p. 49.

20. D.O.U.E. L 46, de 17 de febrero de 2004.

21. Así deriva del propio Considerando (1).

22. Junto con el Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (D.O.U.E. L 204, de 26 de julio de 2006), que tiene por finalidad que las personas con discapacidad o movilidad reducida (PMR) tengan acceso al transporte aéreo u oportunidades de viajar en avión comparables a las de los demás ciudadanos, sin que pueda denegárseles el transporte salvo por motivos justificados por razones de seguridad y establecidos en la ley. Los derechos de las PMR se basan en dos pilares fundamentales: la no discriminación; y una mayor protección, que se concreta en una información exacta, oportuna y accesible y en una asistencia inmediata y proporcionada. Vid. VIEGAS, M^a J., «Passengers with Reduced Mobility in the European Union: Legal Issues Regulation (EC) No 1107/2006 of 5 July 2006», *Air & Space Law* 38, nº 1 (2013), p. 47; BENAVIDES VELASCO, P., «Los derechos de los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Especial referencia a la denegación de embarque injustificada», en *La nueva ordenación del mercado de transporte* (dirs. PETIT / MARTÍNEZ SANZ / RECALDE), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 474.

23. BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato...*, cit., pp. 6 y 7.

24. Como afirma KONING, I., «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», *European Journal of Consumer Law*, 2011/2, p. 364, el Reglamento no es un ejemplo de perfecta técnica legislativa. Vid. un análisis global y somero de las soluciones dadas por el TJUE por ROJO

la fecha un total de veinticinco);²⁵ la necesidad de ampliar la protección del pasajero frente a otras dudosas prácticas habituales de las compañías aéreas (p. ej. cláusulas *no show* o pérdidas de vuelos de conexión); los reiterados incumplimientos del Reglamento por las compañías aéreas, pese a su carácter obligatorio; o las reducidas cuantías de las reclamaciones y su relación con el coste de las demandas ante los tribunales,²⁶ están entre los motivos que justifican una futura reforma.²⁷

El Reglamento 261/2004 no sólo no satisface a los pasajeros, cuyos derechos en la mayor parte de las ocasiones no se han visto reconocidos²⁸. Tampoco es del agrado de las compañías aéreas (y de sus aseguradoras) por el coste económico que comporta el cumplimiento de las obligaciones en él contenidas,²⁹ en particular en los casos de concurrencia de determinadas

ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Estudio jurisprudencial del derecho a la compensación económica del pasajero aéreo en el ámbito comunitario», *DN*, núm. 270, julio-agosto 2013, pp. 25 y ss.

25. Vid. una tabla de las mismas por DESVIAT, I., «¿Qué sentencias ha dictado el TJUE sobre compensación a pasajeros por retraso o cancelación de vuelos?», *Diario La Ley*, 22 abril 2018, en línea.

26. Como destaca MORILLAS JARILLO, M^a J., «La efectividad de la responsabilidad del transportista aéreo de pasajeros: problemas en la práctica y posibles soluciones», en *Público y privado en el Derecho aéreo. Retos presentes y futuros*, cit., pp. 266 y 267, abunda en Internet las ofertas de servicios de tramitación de reclamaciones contra las compañías aéreas por incumplimientos del Reglamento 261/2004 en los que sólo se pagan los honorarios una vez obtenida la indemnización, descontando de la misma una comisión (entre el 18% y el 25%), más el IVA.

27. Los datos muestran que una quinta parte de los pasajeros jamás ha recibido respuesta a sus reclamaciones y sólo entre el 2% y el 4% de pasajeros con derecho a recibir una compensación han obtenido la misma. Vid. MORILLAS JARILLO, M^a J., «La efectividad de la responsabilidad del transportista aéreo de pasajeros: problemas en la práctica y posibles soluciones», cit., p. 267.

28. Así lo pone de manifiesto la Comisión: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n^o 261/2004 sobre el funcionamiento y los resultados del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, cit. Vid. sobre los incumplimientos del Reglamento por las compañías aéreas en España MAESTRE CASAS, P., «El pasajero aéreo desprotegido. Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (A propósito de la STJUE de 9 julio 2009, Rehder; As. C-204/08), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2011, vol. 3, n^o 2, pp. 283 y 292; en Italia, COMENALE PINTO, M., «Obblighi del vettore e diritti del passeggero nei casi di impossibilità del trasporto aereo, con specifico riferimento al caso delle ceneri vulcaniche del 2010», en *Cuestiones actuales del Derecho aéreo* (coord. GUERRERO LEBRÓN), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 229 y 230; o, en Alemania, VAN DAM, C., «Air Passenger Rights after Sturgeon», *Air & Space Law*, 36, n^o 4/5, 2011, pp. 259 y 260.

29. PRASSL, J., «Reforming Air Passenger Rights in the European Union», *Air & Space Law* 39, n^o 1 (2014), p. 60.

circunstancias extraordinarias de relevancia,³⁰ que suelen tener gran repercusión social al resultar afectado un cuantioso número de pasajeros y que suelen derivar en múltiples acciones de responsabilidad ante los tribunales.³¹

Ya en 2007 la propia Comisión, siguiendo el mandato del artículo 17 Reglamento 261/2004, presentó un informe en el que se contenían las principales deficiencias observadas en su aplicación, así como una serie de medidas a adoptar para paliarlas.³² En 2011, nuevamente, la Comisión volvió a presentar un informe sobre la puesta en práctica del Reglamento y las medidas a adoptar para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de los pasajeros del transporte aéreo en él contenidas.³³ Con posterioridad, el Comité Económico y Social Europeo presentaba su dictamen de 27 de octubre de 2011 sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo» en el que concluía la necesidad de reforma del Reglamento introduciendo en el mismo una serie de mejoras. Se trataba de incorporar las soluciones proporcionadas por el TJUE a las dudas de interpretación de algunos preceptos,³⁴ de ampliar el

30. Por ejemplo, determinados desastres naturales o condiciones climáticas adversas, como grandes nevadas o las nubes de cenizas volcánicas causadas por la erupción de los volcanes islandeses en 2010; o el cierre del espacio aéreo ordenado por AENA en diciembre de 2010 por la huelga encubierta de los controladores españoles.

De hecho, 2010 se calificó como *annus horribilis* de la aviación civil en Europa por COMENALE PINTO, «Obblighi del vettore e diritti del passeggero nei casi di impossibilità del trasporto aereo, con specifico riferimento al caso delle ceneri vulcaniche del 2010», cit., p. 219.

31. Las numerosas demandas ante los tribunales nacionales han puesto de manifiesto los reiterados incumplimientos del Reglamento por las compañías aéreas que, o bien dejaron de cumplir las obligaciones de asistencia contenidas en el mismo, o bien se vieron imposibilitadas para poder asumirlas.

32. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 261/2004 sobre el funcionamiento y los resultados del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, cit.

33. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo acerca de la aplicación del Reglamento (CE) nº 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos [COM (2011) 174 final].

34. Vid. sobre las Sentencias del TJUE: LAWSON, R. y MARLAND, T., «The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the EJC in the Cases of IATA and Sturgeon-in Harmony or Discord?», *Air & Space Law*, vol. 36, 2011 (2), pp. 99 y ss.; VAN DAM, C., «Air Passenger Rights after Sturgeon», cit., pp. 259 y ss.; ARNOLD, K. y MENDES DE LEON, P., «Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change?», *Air & Space Law*, vol. 35, 2010, pp. 91 y ss.; DEMPSEY, S. y JOHANSSON, S. O., «Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage», *Air & Space Law*, 2010, pp. 207 y ss.; KONING, I., «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», cit., pp. 364 y ss.

ámbito de protección del pasajero incorporando aspectos o circunstancias no contemplados expresamente, como las reprogramaciones de vuelos, las pérdidas de conexiones y la obligación de asistencia en los puntos de conexión, el denominado *no show* (práctica de anulación del trayecto de vuelta si el pasajero no ha utilizado el de ida), o la admisión de la cesión del contrato de pasaje a un tercero; de mejorar la información a proporcionar al pasajero; y de adoptar mecanismos que garanticen la efectiva aplicación del Reglamento.³⁵ Pero, junto a la protección del pasajero, al mismo tiempo debían tenerse en cuenta los intereses de las compañías aéreas que se han visto, en exceso, perjudicadas por los cuantiosos costes económicos que les ha ocasionado la aplicación del Reglamento 261/2004 en determinadas situaciones catastróficas.³⁶

Así, desde 2013 existe una Propuesta de modificación del mismo. Se trata de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de modificación del Reglamento (CE) nº 261/2004 por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y del Reglamento nº 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas respecto del transporte de pasajeros y de su equipaje.³⁷ La misma pretende conjugar los intereses contrapuestos de las compañías aéreas que compiten en un mercado liberalizado y de los pasajeros como consumidores.³⁸ Sin embargo, no ha sido del agrado de ninguno de los destinatarios, por lo que sigue sin ver la luz.

En el ínterin, la Comisión ha publicado unas Directrices interpretativas del Reglamento 261/2004³⁹ para facilitar y mejorar su aplicación a la luz de

35. Vid. en este sentido, KONING, I., «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», cit., pp. 359 y ss.

36. CORONA, V., «*Low cost carriers* e Regolamento CE N. 261/04», en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, Edizioni AV, Cagliari, 2013, pp. 252 y ss.

37. COM (2013) 0130 final.

38. Se muestra crítico con la propuesta ARNOLD, K., «EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission of the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97», *Air & Space Law* 38, nº 6, 2013, p. 404, quien considera que mejora algunos aspectos, pero desafortunadamente todavía contiene muchas normas ambiguas, incluso genera mayores complicaciones y muestra una tendencia a la sobre-reglamentación. Vid. recientemente un análisis de su contenido por MARCO ALCALÁ, L. A., «El futuro marco de protección de los pasajeros aéreos en el Derecho de la Unión Europea: la modificación en curso de los Reglamentos 261/2004 y 2027/1997», *Rdt*, nº 19, 2017, pp. 33 y ss.

39. Comunicación de la Comisión — Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque

la jurisprudencia del TJUE, en ocasiones llamativamente un tanto extraña o alejada de norma,⁴⁰ como la extensión del derecho de compensación económica a los casos de gran retraso, no prevista en el Reglamento.⁴¹ Por ello, la doctrina no ha dudado en considerar que el TJUE se ha convertido en una suerte de «amenaza de legislación judicial».⁴²

y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (D.O.U.E. C 214, 15 de junio de 2016).

40. Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) 19 noviembre 2009, Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) y Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (C-432/07), Peticiones de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania y Handelsgericht Wien - Austria («Sturgeon») (TJCE 2009\357); Sentencia del TJUE (Gran Sala) 23 octubre 2012, Asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson, TUI Travel, British Airways, Easyjet y otros («Nelson») (TJCE 2012\307); y Sentencia del TJUE (Gran Sala) 26 febrero 2013, Asunto C-11/11, Air France SA contra Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts («Folkerts») (TJCE 2013\55).

41. Vid. PETIT LAVALL, M^a V., en *Derecho aéreo y del espacio* (MORILLAS / PETIT / GUERRERO), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 642 y ss.

42. VAN DAM, C., «Air Passenger Rights after Sturgeon», cit., p. 262; DAY, J., NEUMANN, H. y HAMANN, M., «Quo vadis passenger rights? EU Regulation 261/2004: German courts struggle for clarity in light of the Sturgeon decision», EU-Germany, 13 abril, 2011; TULLIO, L. «Interventi interpretativi della Corte di Giustizia Europea sul Reg. (CE) N. 261/2004», en *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización* (dirs. MARTÍNEZ SANZ / PETIT LAVALL), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 304; ARNOLD, K. y MENDES DE LEON, P., «Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change?», cit., pp. 99 y ss.; PRASSL, J. «Reforming Air Passenger Rights in the European Union», cit., pp. 62 y 63.

II. LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS EN CASO DE CANCELACIÓN DEL VUELO

1. El ámbito de aplicación del Reglamento 261/2004

El ámbito de aplicación del Reglamento 261/2004 se delimita desde un doble punto de vista: geográfico y personal.⁴³ Siguiendo el artículo 3.1, se aplica desde una perspectiva geográfica:

- a) «a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado», con independencia de la nacionalidad de la compañía aérea, es decir, sea o no comunitaria; y
- b) «a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario». Por tanto, se excluyen los vuelos desde aeropuertos extracomunitarios hacia aeropuertos comunitarios operados por compañías aéreas extracomunitarias.⁴⁴ No obstante, no exige la norma, cuando la compañía sea comunitaria, como hubiese sido deseable, que los beneficios o asistencia en el tercer país sean al menos análogos o superiores a los previstos en el Reglamento.⁴⁵

Pero además, se exige que los pasajeros: a) dispongan de una reserva confirmada⁴⁶ en el vuelo de que se trate y se presenten a facturación⁴⁷ en las condiciones requeridas y a la hora indicada previamente y por escrito (inclu-

43. CHATZIPANAGIOTIS, M., «The Notion of «Flight» under Regulation (EC) No. 261/2004», *Air & Space Law* 37, nº 3, 2012, p. 246.

44. No obstante, la jurisprudencia ha aplicado en estos supuestos los parámetros indemnizatorios del Reglamento [SAP Barcelona (Sección 15ª) 15 junio 2009 (JUR 2009\419904)].

45. En este sentido, BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 10.

46. Se entiende por reserva «el hecho de que el pasajero disponga de un billete o de otra prueba que demuestre que la reserva ha sido aceptada y registrada por el transportista aéreo o el operador turístico» (art. 2.g)

47. Salvo en el supuesto de cancelación del artículo 5 (art. 3.2.a) y en el caso de cambio de horario mencionado en el artículo 6 (se añade en la Propuesta de modificación).

sive por medios electrónicos) por el transportista aéreo, el operador turístico o un agente de viajes autorizado o bien, de no indicarse hora alguna, con una antelación mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la hora de salida anunciada; o b) hayan sido transbordados por un transportista aéreo u operador turístico del vuelo para el que disponían de una reserva a otro vuelo, independientemente de los motivos que hayan dado lugar al transbordo (art. 3.2).

Con todo, debe destacarse que no sólo se exige que los pasajeros dispongan de una reserva confirmada, sino que hayan pagado su correspondiente billete. Así deriva del artículo 3.3, al prever que el Reglamento 261/2004 no se aplica a los pasajeros que viajen gratuitamente o con un billete de precio reducido que no esté directa o indirectamente a disposición del público. Se trata de los polizones y de lo que se conoce como transporte de cortesía, propio de los miembros de las tripulaciones y sus familiares. No obstante, si resulta de aplicación a los pasajeros que posean billetes expedidos dentro de programas para usuarios habituales (*frequent flyers*) o de otros programas comerciales por un transportista aéreo o un operador turístico, entre los cuales deben incluirse los billetes gratuitos emitidos a favor de un pasajero dentro de un programa de fidelización, como sucede en los casos de acumulación de millas,⁴⁸ así como en aquellos casos en que el transporte posee algún tipo de bonificación (familia numerosa, condición de residente en las Comunidades Autónomas de Canarias y las Islas Baleares y en las Ciudades de Ceuta y Melilla).⁴⁹

Desde la perspectiva personal, el Reglamento 261/2004 es de aplicación tanto al transporte regular como a los vuelos chárter, de conformidad con la liberalización llevada a cabo por la UE en el tercer paquete de medidas (1992);⁵⁰ y tanto al transportista contractual como al transportista de hecho. Así deriva de lo dispuesto en el artículo 3.5, lo que se confirma en el artículo 7.2 (transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo).⁵¹ De este modo, la

48. En este sentido, PIRAS, M., «Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria», en *Studi su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, p. 161; BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., pp. 19 y 20.

49. Real Decreto 1316/2001, de 30 de noviembre, por el que se regula la bonificación en las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y las Illes Balears y en las Ciudades de Ceuta y Melilla (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 2001 y núm. 50, de 28 de febrero de 2005).

50. ADKINS, B., *Air transport and EC competition law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1994, p. 219.

51. CHATZIPANAGIOTIS, M., «The Notion of «Flight» under Regulation (EC) No. 261/2004», cit., p. 246.

norma extiende indirectamente su ámbito de aplicación a los transportistas extracomunitarios (transportistas contractuales) en vuelos con origen en un tercer país y destino en la UE, cuando los mismos son operados en virtud de acuerdos entre compañías (*code-sharing*, franquicia, *wet-lease*) por un transportista de la UE (transportista de hecho).⁵² Ahora bien, en todo caso se parte de que la reclamación debe ser presentada por el pasajero contra el transportista de hecho comunitario, que deberá cumplir con las obligaciones previstas en el Reglamento, sin perjuicio de que éste pueda repetir contra el transportista contractual causante del daño (art. 13).⁵³

Pues bien, ya en su ámbito de aplicación, el contenido del artículo 3 Reglamento 261/2004 ha venido planteando una serie de dudas cuya solución ha sido proporcionada por la interpretación del TJUE. Las mismas provienen de la llamativa ausencia de definición en la norma del término «vuelo», pese a que los supuestos de incumplimiento del contrato de transporte contenidos en el mismo (denegación de embarque, gran retraso y cancelación) vienen precisamente referidos al mismo. En concreto, la polémica surgió respecto de los vuelos circulares (ida y vuelta); y de los vuelos con escala técnica⁵⁴ siendo resuelta, con acierto, por la Sentencia TJUE (Sala Cuarta) de 10 julio 2008 (Emirates).⁵⁵

Por lo que respecta a los vuelos circulares, la cuestión planteada es si resulta de aplicación el Reglamento 261/2004 a los vuelos de regreso desde un aeropuerto extracomunitario hacia un aeropuerto comunitario operado por una compañía aérea extracomunitaria. Entiende el Tribunal que vuelo es el viaje de ida o el de vuelta, pero no los denominados vuelos circulares, esto es, un viaje de ida y vuelta, que no pueden considerarse como un único vuelo, aun cuando hayan sido objeto de una única reserva. Dicha interpretación es acorde con el ámbito de aplicación del Reglamento contenido en

52. ZAMPONE, A., «La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo», cit., p. 76; PIRAS, M., «Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria», cit., pp. 161 y 162; BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., pp. 23 y ss.; MÁRQUEZ LOBILLO, P., *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 44 y ss.; CHATZIPANAGIOTIS, M., «The Notion of «Flight» under Regulation (EC) No. 261/2004», cit., pp. 246 y 247.

53. MÁRQUEZ LOBILLO, P., *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*, cit., pp. 52 y ss.

54. CHATZIPANAGIOTIS, M., «The Notion of «Flight» under Regulation (EC) No. 261/2004», cit., pp. 248 y ss.

55. Asunto C-173/07 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main — Alemania) — Emirates Airlines Direktion für Deutschland/Diether Schenkel («Emirates»), *Rec.* 2008, p. I-05237.

su artículo 3.1. Es decir, el vuelo contenido en el Reglamento y el viaje, que incluye la ida y el regreso, constituyen dos conceptos distintos. Lo contrario supondría que en los transportes con salida en un país extracomunitario hacia un aeropuerto situado en el territorio de la UE pero que representen el vuelo de vuelta en un contrato de transporte que englobe tanto la ida como la vuelta, el aeropuerto de partida sería el del primer vuelo, por tanto, el de ida que parte desde un aeropuerto comunitario, por lo que no sería necesario entonces que la compañía aérea fuese comunitaria. Esta conclusión encuentra también apoyo en el propio artículo 17 Reglamento 261/2004, que prevé expresamente la posible futura ampliación de su ámbito de aplicación incluyendo a los pasajeros que tengan su salida desde un aeropuerto de un tercer país y su destino en un aeropuerto de un Estado miembro, cuando el transportista no sea comunitario.⁵⁶

La segunda duda fue la planteada respecto de los vuelos directos con escala técnica, a los que tampoco se refiere expresamente el Reglamento 261/2004, esto es, aquellos vuelos que, partiendo de un aeropuerto de la UE hacia otro extracomunitario, efectúan escala intermedia por razones técnicas u operativas como, por ejemplo, para cargar combustible, en un aeropuerto extracomunitario. También aquí se pronunció el TJUE (Emiratos) afirmando que los vuelos con escala técnica en los que los pasajeros, bien permanecen a bordo de la aeronave o bien son trasladados a una zona de tránsito, no constituyen dos vuelos autónomos, sino una única «operación de transporte aéreo» y, por lo tanto, una «unidad», por lo que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

2. El régimen de la cancelación de vuelos

2.1. Concepto de cancelación

El Reglamento 261/2004 define la cancelación de vuelo como la «*no realización de un vuelo programado*» (art. 2.I). En consecuencia, dicho concepto

56. TULLIO, L., «Interventi interpretativi della Corte di Giustizia Europea sul Reg. (CE) N. 261/2004», en *Estudios de Derecho aéreo...*, cit., pp. 305 y 306; PÜTZ, A., «Problemas de ley aplicable y tribunal competente en relación con compañías de bajo coste extranjeras», en *Profili Giuridici del Trasporto Aereo Low Cost*, Edizioni AV, Cagliari, 2013, pp. 451 y 452; PETIT LAVALL, M^a V., «Cancelación de vuelos y retrasos: La necesaria reforma del Reglamento (CE) n° 261/2004», en *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1248; BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 15.

viene referido al término «vuelo», cuya definición, como se ha expuesto, no se encuentra en el Reglamento, pero que ha sido acertadamente delimitada por el TJUE en el caso Emirates.

Pues bien, siguiendo la norma, la cancelación implica que no se ha efectuado el vuelo inicialmente previsto, es decir, el transportista aéreo conduce a los pasajeros en un vuelo distinto cuya programación final difiere de la del vuelo originario. Así lo ha entendido el TJUE considerando que existe cancelación cuando el vuelo inicialmente previsto se ha visto retrasado y el pasaje se transfiere a otro vuelo, que opera con un diferente número. En este supuesto, existe un abandono de la programación del vuelo inicial y sus pasajeros se unen a los de otro vuelo también programado. Ahora bien, no es necesario, a los efectos de calificar un vuelo como cancelado que todos los pasajeros que hubieran reservado una plaza en el vuelo inicialmente previsto sean transportados en otro vuelo, pues *«sólo importa la situación individual de cada pasajero así transportado, es decir, el hecho de que, en lo que atañe al pasajero en cuestión, la programación inicial del vuelo se haya abandonado»* [Sentencia TJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009 (Sturgeon)].⁵⁷ De este modo, un mismo vuelo puede entenderse cancelado para unos pasajeros y retrasado para otros. Por ejemplo, si la aeronave retoma el vuelo con posterioridad, pero a los pasajeros se les ha dado la opción de tomar otro vuelo (en este caso será una cancelación), mientras que para el resto será un retraso.⁵⁸

Esta postura ha sido confirmada por el TJUE (Sala Tercera), en Sentencia de 13 de octubre de 2011 (Sousa Rodríguez y otros),⁵⁹ ante el planteamiento de la cuestión prejudicial de si el término «cancelación» debe interpretarse en el sentido exclusivo de ausencia de salida del vuelo en los términos programados o también como cualquier circunstancia que haga que dicho vuelo con reserva haya despegado pero no llegue a su destino, incluido el regreso forzoso por circunstancias técnicas al aeropuerto de origen. Es decir, si la cancelación sólo se refiere al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado o si incluye igualmente el supuesto de que, aun habiendo despegado, se ve obligado a regresar al aeropuerto de origen (en el supuesto concreto a causa de una avería técnica). Siendo el itinerario un elemento esencial del vuelo, como así se declaró en la Sentencia Sturgeon, concluye

57. Cit.

58. CHATZIPANAGIOTIS, M., «The Notion of «Flight» under Regulation (EC) No. 261/2004», cit., p. 251.

59. Asunto C 83/10, Sousa Rodríguez y otros contra Air France SA. Petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra (TJCE 2011\311).

el Tribunal que «para que un vuelo pueda considerarse realizado no basta con que el avión haya salido conforme al itinerario previsto, sino que es necesario también que haya alcanzado su destino tal como figura en dicho itinerario. Pues bien, la circunstancia de que el despegue se haya producido, pero el avión haya regresado seguidamente al aeropuerto de origen sin haber alcanzado el destino que figura en el itinerario, significa que el vuelo, tal como estaba previsto inicialmente, no puede considerarse realizado».

Es decir, existe cancelación no sólo en caso de ausencia de salida prevista del vuelo, sino también cuando no se realiza el itinerario programado y no alcanza su destino,⁶⁰ lo que sucede no solo cuando regresa al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión son transferidos a otros vuelos, cualquiera que sea la razón que obligue a dicho regreso, sino cuando aterriza en un aeropuerto distinto. Se configura, de este modo, el vuelo como una unidad integrada por su cronología e itinerario,⁶¹ en cuanto a origen y destino. Sin embargo, no es cancelación cuando los lugares de salida y destino se ajustan a la programación prevista, pero acontece una escala no programada.⁶²

Una delimitación muy particular de cancelación fue la efectuada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga en Sentencia de 19 de marzo de 2009.⁶³ Entendió que, siguiendo el Reglamento, que define la cancelación (art. 2) como «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza», para que se dé la misma se requiere que: 1) No se realice el vuelo programado; y 2) Que hubiera reserva de al menos una plaza. Vuelo programado implica diferentes elementos: 1º) un avión asignado (concreta aeronave); 2º) una franja horaria (*slot allocation*); 3º) una fecha y hora de salida; y 4º) un origen y un destino concretos con dichos elementos (ruta concreta). Así, «Si el segundo y el tercero resultan afectados estaremos ante un retraso o gran retraso. Si son los tres primeros podemos encontrarnos ante un retraso o gran retraso o ante una cancelación (dependerá en este

60. ARNOLD, K., «EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission of the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97», cit., p. 407 critica esta estricta definición del término cancelación por entender que es excesiva al llegar a incluir el aterrizaje en aeropuertos muy próximos al de destino originario.

61. RUBIO, E., «Cancelación de vuelo y compensación económica», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, 2012, p. 12.

62. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de octubre de 2016, Asunto C-32/16, petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Dresden— Alemania— Ute Wunderlich/Bulgarian Air Charter Limited (2016/C 475/12).

63. AC 2009\521.

caso en qué medida son afectados los dos segundos). Y si finalmente no se logra el vuelo estaremos ante una cancelación».

2.2. Los derechos mínimos de los pasajeros

2.2.1. Consideraciones previas

El Reglamento 261/2004 contiene el sistema de protección del pasajero en caso de incumplimiento del contrato de transporte por cancelación de vuelo garantizándole unos derechos mínimos.⁶⁴ En concreto, las obligaciones de la compañía aérea transportista y, en consecuencia, los correspondientes derechos mínimos del pasajero se encuentran enumerados en el artículo 5. Se trata del derecho de información [art. 5.1.c), art. 5.2 y art. 14]; del derecho de atención [art. 5.1.b) y art. 9]; de los denominados genéricamente derechos de asistencia, que se concretan en el derecho a un transporte alternativo o al reembolso del precio del billete [art. 5.1.a) y art. 8]; y del derecho de compensación económica (art. 7).

El carácter mínimo de estos derechos se refuerza en el artículo 15 Reglamento 261/2004, al prever expresamente que no pueden limitarse ni derogarse, especialmente por medio de la inclusión de una cláusula de inaplicación o una cláusula restrictiva en el contrato de transporte. Con todo, aun cuando el Reglamento hubiese guardado silencio, la misma conclusión se alcanzaría aplicando la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,⁶⁵ siendo dicha cláusula nula por ser *contra legem* (art. 8.1).

Pero, además de los derechos mínimos contenidos en el Reglamento, en todo caso queda a salvo el derecho del pasajero a obtener una indemnización íntegra por los daños y perjuicios sufridos, como deriva del artículo 12.

2.2.2. El derecho de información

Con la finalidad de proteger a los pasajeros y, especialmente para garantizar que el resto de derechos sean efectivos, contiene el artículo 14 Regla-

64. Así deriva del Preámbulo del Reglamento 261/2002, cuyo Considerando 4º establece: «La Comunidad debe por ello reforzar las normas mínimas comunes de protección establecidas por dicho Reglamento con el fin de consolidar los derechos de los pasajeros y, al mismo tiempo, garantizar que los transportistas aéreos desarrollan sus actividades en condiciones armonizadas en un mercado liberalizado».

65. B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1998.

mento 261/2004 la obligación por parte de la compañía aérea de información al pasajero de los derechos que le asisten. En efecto, poca utilidad tendrá la tutela al pasajero si éste ignora cuál es su contenido y qué medios posee para obtenerla.⁶⁶

Pues bien, el Reglamento 261/2004 establece, por un lado, una obligación de información de carácter genérico; y, por otro, obligaciones específicas de información en función de la naturaleza del incumplimiento.

Así, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo (transportista de hecho) debe exponer en el mostrador de facturación, de forma claramente visible para los pasajeros, un anuncio con el siguiente texto: «*En caso de denegación de embarque, cancelación o retraso de su vuelo superior a dos horas, solicite en el mostrador de facturación o en la puerta de embarque el texto en el que figuran sus derechos, especialmente en materia de compensación y asistencia*» (art. 14.1). Debe destacarse que la exigencia de que el aviso se exponga en el «mostrador de facturación» tenía sentido hace años cuando todo pasajero necesariamente tenía que pasar físicamente por él para obtener su tarjeta de embarque. Sin embargo, en la actualidad es prácticamente inútil dado que los pasajeros pueden obtener- y es frecuente que así se haga- las tarjetas de embarque por medios electrónicos.⁶⁷

Pero, junto a la información genérica, el transportista aéreo está obligado a proporcionar mayor información en caso de que efectivamente se cancele el vuelo. Deberá proporcionar a cada uno de los pasajeros afectados un impreso en el que se indiquen las normas en materia de compensación y asistencia del Reglamento, así como los datos de contacto del organismo nacional responsable del cumplimiento de aquel (art. 14.2 y art. 16). En España dicho organismo es la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) en cuya página web se contiene el modelo de impreso.⁶⁸ Y, lo que es quizá más

66. PIRAS, M., «Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria», cit., p. 164; BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 129.

67. La propuesta de nuevo Reglamento modifica totalmente el artículo 14 y amplía tanto los sujetos obligados a proporcionar esta información genérica, como los espacios en los que debe ser expuesto el anuncio. Además, se hace responsable del cumplimiento de esta obligación no sólo al transportista de hecho, sino a la entidad gestora del aeropuerto, quienes deben velar por que en todos los mostradores de facturación (incluidas las máquinas de facturación automática) y en la puerta de embarque se exponga dicho anuncio. Por otra parte, para garantizar que el pasajero efectivamente esté informado, se exige la obligación de información por parte del transportista de forma electrónica, si bien de modo indirecto para los casos de *check in on line* (propuesto art. 14.6).

68. http://www.seguridadaerea.gob.es/media/4082727/impreso_comunitario_reclamaciones.pdf.

importante, deberá dar una explicación relativa a los posibles transportes alternativos (art. 5.2). Por dichos transportes alternativos, ante el silencio del Reglamento 261/2004, siendo éste una norma protectora del pasajero como consumidor, habrá que entender cualquier transporte, con independencia del modo (aire, mar o tierra) y sean o no de la propia compañía aérea.

No recoge el Reglamento 261/2004 las consecuencias que se derivan del incumplimiento de este deber de información que es indispensable para la tutela del pasajero, en especial para que pueda ejercer su derecho al reembolso o al transporte alternativo. No obstante, debe concluirse que comportará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia, haciendo recaer la carga de la prueba del cumplimiento de dicha obligación de información de forma correcta a los pasajeros a las propias compañías aéreas siguiendo los principios de facilidad y de proximidad de la fuente probatoria,⁶⁹ como así prevé el artículo 5.4. Asimismo, si la información que facilita la compañía a los pasajeros sobre sus derechos, bien individualmente, bien de forma general, es parcial, engañosa o incorrecta podrá constituir un acto de competencia desleal del que también derivará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (arts. 5, 7 y 32.1.5ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).⁷⁰

2.2.3. El derecho de atención

El artículo 9 Reglamento 261/2004 regula el contenido del derecho de atención que hay que proporcionar a los pasajeros en caso cancelación y que debe cumplir el transportista en todo caso, aunque no le sea solicitado. Consiste en proporcionar gratuitamente: a) comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar; b) alojamiento en un hotel en los casos que sea necesario pernoctar; c) transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros); y d) dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos.

Dicha obligación implica que no debe abandonarse a los pasajeros para que sean ellos quienes por su cuenta tengan que buscar y sufragar su alojamiento o comida, sino que son las compañías aéreas las que están obligadas a ofrecer esta atención. Sin embargo, son frecuentes los incumplimientos

69. Sentencia AP Baleares (Sección 5ª) 14 junio 2006 (JUR 2006\228723); Sentencia AP Madrid (Sección 20ª) 8 julio 2015 (AC 2015\1166); Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) 27 noviembre 2015 (JUR 2016\9753).

70. Vid. Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004, cit.

de las compañías aéreas, por lo que, a menudo, son los propios pasajeros quienes corren con dichos gastos. En estos supuestos, son numerosas las dudas de interpretación y críticas que ha venido suscitando el precepto.

Así, ante la indeterminación del adjetivo «suficientes» respecto de la comida y refrescos en función del tiempo de espera se cuestiona cuándo dicha manutención puede entenderse que es excesiva o qué sucede si el pasajero carece de justificantes de su abono. Al respecto, la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 31 de enero de 2013 (Denise McDonagh)⁷¹ ha considerado que dichos gastos tienen que haber sido «*necesarios, razonables y apropiados*», lo que no resulta muy clarificador.

Tampoco es muy clara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 22 de noviembre de 2007,⁷² al considerar que el «derecho de atención» cubre «*los gastos mínimos adecuándose a una vida normal, dentro de lo posible, durante el tiempo de estancia*», al reenviar a otro concepto jurídico indeterminado: «vida normal». Quizá un criterio adecuado o razonable, por no ser desde luego un coste excesivo, sea el abono por la compañía aérea del importe de las dietas de funcionario previstas en el Anexo III del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.⁷³

Del mismo modo, el alojamiento en hotel, cuando sea necesario pernoctar una o varias noches o en los casos en que sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero, ha sido objeto de crítica por las compañías aéreas por los costes que conlleva al no limitar ni el número de estancias ni el precio máximo del alojamiento, como así lo ha declarado la Sentencia TJUE en el caso Denise McDonagh.⁷⁴ Por ello, la propuesta modificada de Reglamento precisamente acoge el argumento esgrimido por la compañía aérea demandada⁷⁵ y permite limitar el coste total del alojamiento a 100 EUR por noche y por pasajero y a un máximo de tres noches, eso sí, sólo en los casos en que la cancelación se deba a circunstancias extraordinarias (art. 9.4).⁷⁶

71. Asunto C-12/11, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Dublin Metropolitan District Court (Irlanda), Denise McDonagh contra Ryanair Ltd (TJCE 2013\29).

72. AC 2008\85.

73. B.O.E. núm. 129, de 30 de mayo de 2002.

74. Cit.

75. PRASSL, J., «Reforming Air Passenger Rights in the European Union», cit., pp. 65 y 66.

76. De hecho, sí limita el importe del alojamiento (80 EUR por noche y por pasajero, para un máximo de tres noches) el artículo 17.2 del Reglamento (UE) nº 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (D.O.U.E. L 334, de 17 de diciembre de 2010).

Además, se excluye la obligación de alojamiento en los vuelos que cubran una distancia igual o inferior a 250 kilómetros y esté previsto que vaya a realizarlo una aeronave con una capacidad máxima igual o inferior a ochenta asientos, excepto cuando se trate de un vuelo de conexión (art. 9.5). Ambas previsiones constituyen un triunfo de las compañías aéreas. La primera de ellas, por los elevados costes que han supuesto determinadas circunstancias extraordinarias, como la erupción del volcán finlandés; y la segunda, sin duda criticable, porque tiene como destinatarias principales a las compañías aéreas *low cost* que sólo efectúan vuelos punto a punto y de corta distancia.

Del mismo modo, el transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros) plantea dudas. Las compañías aéreas, en la práctica, sólo suelen asumir dicho desplazamiento cuando se efectúa al hotel proporcionado por ellas para la pernoctación, normalmente cercano al aeropuerto. Sin embargo, no es ésta la solución que deriva del tenor del precepto, que prevé no sólo el desplazamiento al hotel, sino a «otros» lugares. En definitiva, puede el pasajero decidir libremente pernoctar en otro sitio debiendo dicho desplazamiento ser asumido por la compañía.

Por último, de igual modo sucede con las dos comunicaciones que debe proporcionar la compañía aérea, cuando no lo hace y son sufragadas por el pasajero. Sin duda, esta previsión es del todo obsoleta. El telex o el fax no son medios de comunicación habituales hoy día y una gran mayoría de pasajeros posee dispositivos móviles.

En todo caso, como ha declarado el TJUE (Denise McDonagh), los costes de manutención, traslado y llamadas deberán ser necesarios, razonables y apropiados correspondiendo su apreciación al juez nacional,⁷⁷ sin que pueda interferir en su cuantía el precio pagado por el billete.⁷⁸

2.2.4. El derecho al reembolso del precio del billete o a un transporte alternativo

Regulado en el artículo 8 Reglamento 261/2004, se otorga a los pasajeros el derecho a obtener de la compañía aérea una oferta alternativa, debiendo

77. Al afirmar que «un pasajero aéreo puede invocar, ante un órgano jurisdiccional nacional, el incumplimiento por un transportista aéreo de su obligación de asistencia establecida en los artículos 5, apartado 1, letra b), y 9 del Reglamento nº 261/2004, con el fin de obtener de este último una compensación por los gastos con que debería haber corrido con arreglo a esas disposiciones».

78. Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004, cit.

escoger el pasajero entre el reembolso del precio del billete o la conducción hasta el destino final. Es decir, se prima la voluntad del pasajero, quien puede elegir entre las distintas opciones que proporciona la norma.⁷⁹ Puede decirse que el precepto contiene la concreción del principio del Derecho privado de obligaciones y contratos del artículo 1124 CC que, para el caso de obligaciones recíprocas, si uno de los obligados no cumple faculta a la otra parte a resolver el contrato o a exigir su cumplimiento, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos supuestos.⁸⁰

El contenido del derecho consiste en proporcionar al pasajero, a elección del mismo,⁸¹ entre: a) el reembolso en siete días del coste íntegro del billete al precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas, o para los vuelos de conexión, el reembolso del billete de la parte o partes del viaje efectuadas, junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible; b) la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible; o c) la conducción hasta el destino final, en condiciones de transporte comparables, en una fecha posterior que convenga al pasajero, en función de los asientos disponibles.

La opción a), esto es, el reembolso del coste íntegro del billete al precio al que fue adquirido, bien de la parte o partes del viaje no efectuadas, bien de la parte o partes del viaje efectuadas, se subordina a que el vuelo ya no tenga utilidad o interés para el pasajero «*en relación con el plan de viaje inicial*». Representa, pues, la facultad de resolución del contrato por el pasajero. En este sentido, si el viaje incluye un vuelo circular, esto es, vuelo de ida y de vuelta, debe entenderse que si la vuelta es cancelada antes de la salida del vuelo de ida puede obtener el pasajero el reembolso íntegro del viaje. En todo caso, dicho reembolso debe efectuarse en el plazo de siete días. Aunque el Reglamento 261/2004 guarda silencio respecto del *dies a quo* de inicio del cómputo de dicho plazo, debe entenderse que comienza con la solicitud del pago por el pasajero, pues éste siempre puede optar por la conducción a destino final.

79. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 199.

80. BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 71.

81. Ante las dudas suscitadas, la Propuesta modificada de Reglamento declara: «Procede aclarar que, en caso de cancelación, la decisión de elegir entre recibir un reembolso, proseguir el viaje en un transporte alternativo o posponer la fecha del viaje corresponde al pasajero, y no al transportista aéreo» (Considerando 9).

La opción b) [o incluso la c)] se presenta cuando el pasajero tiene la necesidad de volar a destino, de forma inmediata o no. En definitiva, el pasajero opta por el cumplimiento del contrato, esto es, por la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible o incluso en una fecha posterior que le convenga. Pues bien, son muchos los interrogantes que plantea el contenido del precepto.⁸² El Reglamento 261/2004 exige que el transporte alternativo se efectúe en «condiciones comparables» a las del viaje original. El cumplimiento del precepto implica que no se exige que se lleve a cabo con las aeronaves de la compañía aérea porteadora incumplidora, sino que ésta deberá proporcionar los vuelos disponibles de otras compañías o incluso sustituir el modo aéreo por otro (normalmente, un transporte ferroviario). Además, el billete debe entenderse que podrá ser en la misma clase o en clase distinta. En este caso, si se acomoda al pasajero en una clase inferior, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 10 Reglamento 261/2004, debiendo la compañía reembolsar el porcentaje del billete previsto en él. La exigencia de que la conducción sea hasta el destino final debe entenderse que significa «al aeropuerto inicialmente previsto». Asimismo, la expresión «lo más rápidamente posible»⁸³ deberá interpretarse de modo restrictivo, teniendo en cuenta la consustancial celeridad del transporte aéreo. En definitiva, el tiempo total de viaje debe ser, en la medida de lo posible, razonablemente similar al tiempo de viaje programado del trayecto original en la misma clase, o en clase superior en caso necesario y sin coste adicional para el pasajero.⁸⁴

Al respecto, con total acierto afirma la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón 69/2018, de 5 de junio, que la expresión condiciones comparables «*requiere de la conformidad de los pasajeros, pues se subordina a su conveniencia*».

82. BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato...*, cit., pp. 76 y ss.

83. Muchos de estos interrogantes son resueltos en la Propuesta modificada de Reglamento.

84. Ha concluido que no se cumple cuando se ofrece al pasajero un vuelo dos días después la Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, 27 noviembre 2015 (AC 2016\299).

2.2.5. El derecho de compensación económica

2.2.5.1. Contenido

El derecho a una compensación económica en caso de cancelación de vuelo se encuentra regulado en el artículo 7 Reglamento 261/2004; precepto al que reenvía el artículo 5.1.c). En concreto, el pasajero tiene «derecho a una compensación» económica en caso de cancelación del vuelo cuando no haya sido informado en tiempo y forma,⁸⁵ siguiendo lo previsto en el artículo 5.1.c), esto es, con un determinado plazo de antelación⁸⁶ y se le dé una explicación relativa a los posibles transportes alternativos (art. 5.2).

El importe de la compensación se cuantifica en función de la distancia del vuelo y no del precio del billete:⁸⁷ 250 euros para vuelos de hasta 1500 kilómetros; 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; y 600 euros para los restantes (art. 7.1). Estas cuantías pueden reducirse un 50% si la compañía ofrece un transporte alternativo cuya llegada respecto del inicial esté comprendida en un determinado número de horas (art. 7.2). Debe destacarse que, aun cuando el precepto determina las cuantías en función de los «vuelos», la jurisprudencia ha venido entendiendo que la compensación debe calcularse en función de la distancia total del viaje y no de los vuelos singulares que componen el mismo. En este sentido se pronunció la Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) de 17 de septiembre de 2012:⁸⁸

«al enfrentarnos al cálculo del sistema de compensaciones que aparece diseñado por su Art. 7, lo primero que advertimos es que, pese a emplear... la expresión «vuelos», la regla específica que dicho precepto proporciona para el cálculo de las distancias nos aproxima mucho más al concepto de «viaje» que al de «vuelo» propiamente dicho

85. Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, 28 noviembre 2013 (AC 2013\2154).

86. i) al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista; o ii) entre dos semanas y siete días con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista; o iii) con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista.

87. BRIGNARDELLO, M., *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 65.

88. AC 2013\314.

según la terminología de la STJUE tantas veces referenciada.- En efecto, lo que dicho precepto nos indica, como regla común a todas las hipótesis previamente definidas, es que «La distancia se determinará tomando como base el último destino al que el pasajero llegará con retraso en relación con la hora prevista»... Innecesario resulta indicar que una norma de cómputo de distancias que incorpora como criterio referencial la noción de «último destino» (o destino final) asume implícitamente la posibilidad de que dentro del trayecto objeto de medición se integren diferentes vuelos, concebidos estos en sentido técnico, esto es, como unidades organizativas autónomas. Así lo pone de relieve el Art. 2 del propio Reglamento, que contiene las definiciones básicas que más adelante maneja, cuando en su apartado h) nos define el concepto de destino final, en el caso de vuelos con conexión directa, como «el destino correspondiente al último vuelo», sin que nos ofrezca duda que en el supuesto que analizamos los vuelos Mumbai-Londres y Londres-Madrid estaban directamente conectados, como lo demuestra el hecho de que la documentación emitida por la propia BRITISH Airways definiera el trayecto con los indicativos inicial y final Bombay-Madrid».

Esta postura ha sido ya confirmada por la Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 7 de septiembre de 2017 (Birgit Bossen),⁸⁹ al concluir que, para el cálculo de la compensación hay que tomar en consideración la distancia entre el lugar del primer despegue y el destino final, con independencia de que dicho destino final se alcance mediante un vuelo directo o mediante vuelos de conexión.

Y, siguiendo el Reglamento, las distancias se calculan en función del método de la ruta ortodrómica (art. 7.4),⁹⁰ con independencia del trayecto de vuelo efectivamente recorrido (Birgit Bossen).

2.2.5.2. La exclusión de la compensación por concurrencia de circunstancias extraordinarias

Si bien los derechos de información, atención y reembolso o transporte alternativo son automáticos, es decir, son derechos del pasajero con independencia de la causa origen de la cancelación,⁹¹ no sucede así con el derecho

89. Asunto C-559/16, Birgit Bossen, Anja Bossen y Gudula Gräßmann / Brussels Airlines SA/ NV (ECLI:EU:C:2017:644).

90. La distancia ortodrómica es la derrota más corta entre dos puntos de la esfera terrestre y para cuyo cálculo se atiende a tres elementos, cuales son el punto de salida, el punto de llegada y el vértice o punto de mayor latitud, lo que obliga a trazar un ángulo distinto en cada meridiano de la superficie terrestre. Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, 11 octubre 2016 (JUR 2017\39406).

91. Denise McDonagh, cit. Ya con anterioridad lo habían declarado nuestros tribunales con acierto: Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, 10 enero 2010 (AC 2011\7) al afirmar que tanto si la cancelación o el retraso del vuelo es por motivos de fuerza mayor como

de compensación económica. Por el contrario, el artículo 5.3 Reglamento 261/2004, que completa el régimen de la compensación económica del artículo 7, faculta a las compañías aéreas a exonerarse de su pago si prueban que la cancelación *«se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables»*.

Es decir, para que la compañía aérea pueda exonerarse del pago de la compensación debe probar la concurrencia de dos requisitos: 1) la existencia de una circunstancia extraordinaria; y 2) que dicha circunstancia extraordinaria no podría haberse evitado incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables.

Con todo, la interpretación del precepto no ha estado, ni está exenta de polémica pues en la práctica las compañías aéreas, precisamente para evitar el pago de la compensación del artículo 7, suelen alegar la concurrencia de alguna circunstancia extraordinaria. No obstante, como afirma el TJUE en sus sentencias Folkerts y Nelson,⁹² por un lado, las consecuencias financieras del artículo 7 no pueden considerarse desmesuradas si se tiene en cuenta que el objetivo del Reglamento 261/2004 es la protección elevada de los pasajeros aéreos; y, por otro lado, puesto que la magnitud real de las consecuencias financieras puede atenuarse a la luz de los tres elementos siguientes. En primer lugar, porque los transportistas aéreos no están obligados al pago de dicha compensación si pueden probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado si se hubieran tomado todas las medidas razonables. En segundo lugar, porque siguiendo el artículo 13 Reglamento 261/2004, las compañías aéreas pueden pedir una reparación a aquellos terceros (gestores aeroportuarios, responsables de navegación aérea, prestadores de servicios de asistencia en tierra, agencias de viajes,⁹³ operadores turísticos, etc.) causantes de la cancelación,

si no, el transportista aéreo viene obligado a prestar al pasajero la asistencia de los artículos 5 y 9, o el reembolso o un vuelo o transporte alternativo (art. 8); o del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, 11 noviembre 2009 (AC 2010\796).

92. Cit.

93. En este sentido, la Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 11 de mayo de 2017, asunto C302/16, Bas Jacob Adriaan Krijgsman y Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV (ECLI:EU:C:2017:359), condena a la compañía aérea transportista por incumplimiento por una agencia de viajes del deber de información de una cancelación de vuelo en tiempo. Entiende el Tribunal que el Reglamento 261/2004 debe «interpretarse en el sentido de que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo está obligado a abonar la compensación establecida en estas disposiciones en caso de que se cancele un vuelo sin que el pasajero haya sido informado de ello con al menos dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, incluso cuando el transportista informó de esta cancelación, al menos dos semanas antes de tal hora, a la agencia de viajes a través de la cual se había concluido el contrato de transporte con el pasajero

al otorgarles expresamente un derecho de repetición.⁹⁴ Y, en tercer lugar, porque el importe de la compensación, fijado en 250, 400 y 600 euros, según la distancia recorrida por los vuelos, aún puede reducirse en un 50%, de conformidad con el artículo 7.2.c).⁹⁵

Debe destacarse que el Reglamento 261/2004 tampoco contiene un concepto de circunstancia extraordinaria. Por el contrario, éste ha sido también proporcionado por el TJUE (Sala Cuarta) en Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (Wallentin)⁹⁶ [posteriormente recogido en la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 31 de enero de 2013 (McDonagh)⁹⁷ y en la Sentencia TJUE (Sala Novena) de 17 de septiembre de 2015 (Van der Lans)].⁹⁸ Así, se define circunstancia extraordinaria como *«un acontecimiento que no es inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapa al control efectivo de éste a causa de su naturaleza o de su origen»*.⁹⁹

en cuestión pero esta agencia no informó a dicho pasajero dentro del plazo antes mencionado», pues queda a salvo su derecho de repetición contra la agencia, siguiendo el artículo 13.

94. Ahora bien, el derecho de repetición frente a los terceros solicitando el reembolso de los gastos incurridos y de las compensaciones económicas abonadas no evita que los transportistas tengan que sufragar en primer término dichos importes, en la actualidad nada desdeñables, dada la masificación del transporte aéreo. El Reglamento hace responsable frente a los pasajeros exclusivamente al transportista aéreo «encargado de efectuar el vuelo», que puede coincidir o no con el transportista contractual (cfr. art. 3.5), por lo que las compañías aéreas son las que directamente se ven obligadas al pago de las compensaciones económicas; pero, sobre todo, también a asumir el coste derivado del cumplimiento de las demás medidas de reparación estandarizadas e inmediatas que tienen por finalidad atender las necesidades de los pasajeros, cualquiera que sea la causa de la denegación de embarque, cancelación o retraso del vuelo, esto es, incluso cuando han sido ocasionados por «circunstancias que escapan al control efectivo del transportista». PETIT LAVALL, M^a V., «Cancelación de vuelos y retrasos: La necesaria reforma del Reglamento (CE) n^o 261/2004», cit., p. 1263.

95. Duda de la corrección de estas medidas, en particular el derecho de asistencia, por sus negativas consecuencias económicas para las compañías aéreas cuando el incumplimiento contractual se ocasiona por fuerza mayor, GONZÁLEZ CABRERA, I., «Retraso, cancelación y denegación de embarque: un análisis comparado de su tratamiento en el Derecho de la navegación marítima y aérea», *Rdt*, n^o 11, 2013, pp. 89 y 90.

96. Asunto C 549/07, Petición de decisión prejudicial del Handelsgericht Wien (Austria), Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA, *Rec. I*-2008, pp. 11061-11086.

97. Seguida por la SAP Barcelona (Sección 15^a) 27 enero 2012 (AC 2012\635).

98. Asunto C257/14, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Rechtbank Amsterdam (Países Bajos), Corina Van der Lans y Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (ECLI:EU:C:2015:618).

99. Sobre esta sentencia, vid. un análisis por CROON, J., «Placing Wallentin-Hermann in Line with Continuing Airworthiness – A Possible Guide for Enforcers of EC Regulation 261/2004», *Air & Space Law*, n. 36, 2011, pp. 1 y ss.; ARNOLD, K. y MENDES DE LEON, P., «Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change?», cit., pp. 105 y ss.

El propio Reglamento¹⁰⁰ contiene una enumeración ejemplificativa de dichas circunstancias extraordinarias. Se trata de los casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas. Sin embargo, ello no implica que estos acontecimientos constituyan *per se* una circunstancia extraordinaria, sino que pueden dar lugar a ella. De hecho, puesto que constituye una excepción respecto de la norma general del pago de la compensación que refleja el objetivo de la protección del consumidor, esa disposición debe ser objeto de interpretación restrictiva. Así lo ha declarado acertadamente el TJUE en el caso Wallentin.¹⁰¹

De este modo, siguiendo la jurisprudencia, se ha venido considerando que constituyen circunstancias extraordinarias los problemas técnicos derivados de vicios ocultos de la aeronave;¹⁰² los actos de sabotaje o terrorismo;¹⁰³ el cierre del espacio aéreo¹⁰⁴ debido a cortes del suministro eléctrico que comportan fallos en los radares y sistemas de navegación aérea;¹⁰⁵ determinados fenómenos de la naturaleza o condiciones meteorológicas excepcionales, como pueden ser las erupciones volcánicas,¹⁰⁶ fuertes nevadas,¹⁰⁷ temporales de nieve, frío y hielo,¹⁰⁸ tifones;¹⁰⁹ o incluso condiciones meteorológicas adversas si el aeropuerto está congestionado;¹¹⁰ la caída de un rayo impactando contra la aeronave ocasionando importantes daños en el fuselaje del mismo;¹¹¹ riesgos sanitarios o emergencias médicas que puedan ser mortales.

100. Considerando 14.

101. Cit.

102. Sentencias Wallentin y Sturgeon, cit.

103. Sentencia Wallentin, cit.

104. En este sentido, COMENALE PINTO, M. «Obblighi del vettore e diritti del passeggero nei casi di impossibilità del trasporto aereo, con specifico riferimento al caso delle ceneri vulcaniche del 2010», en *Cuestiones actuales del Derecho aéreo* (coord. GUERRERO LEBRÓN), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 225, entiende que el cierre del espacio aéreo constituye un ejemplo típico de acto de la autoridad y, en consecuencia, de circunstancia que escapa al control del transportista.

105. Sentencia TJUE (Sala Tercera) 12 mayo 2011, Asunto C 294/10, Petición de decisión prejudicial del Augstakas Tiesas Senats (A. Eglitis y E. Ratnieks c. Latvijas Republikas Ekonomikas ministrita) (Air Baltic) (TJCE 2011\311).

106. Sentencia Denise McDonagh, cit.; Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, 10 enero 2010 (nube de cenizas del volcán islandés) (AC 2011\7).

107. Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, 11 noviembre 2009 (AC 2010\796): intensas nevadas en Madrid que no fueron adecuadamente gestionadas y resueltas por AENA.

108. Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) 23 junio 2009 (AC 2009\1727).

109. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, 17 octubre 2013 (JUR 2013\378366).

110. Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004, cit.

111. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, 9 octubre 2017 (AC 2018\24).

les y obliguen a interrumpir o desviar el vuelo afectado; incendio de gran envergadura en la terminal del aeropuerto;¹¹² o más recientemente los *Bird Strikes* (Impactos de Ave),¹¹³ esto es, la colisión entre un ave y un avión en vuelo, frecuente en la navegación aérea, particularmente en las maniobras de despegue y aterrizaje, puesto que no son inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapan a su control efectivo.

Por el contrario, no constituyen circunstancias extraordinarias cualquier problema técnico de la aeronave [precisamente el supuesto analizado por el TJUE en Wallentin¹¹⁴ o en el Auto (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2014 (Siewert)];¹¹⁵ la prematura deficiencia o las roturas de algunas piezas de una aeronave (Van der Lans);¹¹⁶ la prohibición a la compañía aérea de explotación

112. Sentencias Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, 10 diciembre 2015 (AC 2016\301) y 26 enero 2016 (AC 2016\406).

113. Cuestión pacífica desde la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 4 de mayo de 2017, Asunto C315/15, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Obvodní soud pro Prahu 6 (Tribunal de Distrito de Praga 6, República Checa) (Marcela Pešková, Jiří Peška y Travel Service a.s.) (ECLI:EU:C:2017:342). Con anterioridad existían soluciones contradictorias. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, 7 marzo 2016 (AC 2016\494), entendió que se trataba de una circunstancia extraordinaria. Por la solución contraria se decantaron las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, 15 junio 2015 (AC 2015\1683); y del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, 15 abril 2015 (AC 2015\745). En la doctrina, entendió que no era circunstancia extraordinaria, FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 249 y 250.

114. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, 12 febrero 2010 (AC 2010\712) al afirmar, siguiendo la doctrina del TJUE, que: «una avería en la puerta de la bodega del avión por impacto del vehículo empleado para trasladar el equipaje... no se trata de una circunstancia extraordinaria, sino derivada de una incorrecta actuación en las operaciones habituales y ordinarias de carga, propias e inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo, dentro de su esfera de control, sin que la falta de diligencia en su realización le puede servir de eximente o justificante frente a los pasajeros». También las Sentencias Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, 16 febrero 2007 (JUR 2008\62980) (rotura de uno de los motores de la aeronave); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, 9 marzo 2015 (AC 2015\1678); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, 12 enero 2015 (AC 2015\1) (pérdida de fuel); Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) 28 mayo 2010 (JUR 2010\400506) (avería de motor).

115. Asunto C394/14, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Amtsgericht Rüsselsheim (Alemania), Sandy Siewert, Emma Siewert, Nele Siewert y Condor Flugdienst GmbH (ECLI:EU:C:2014:2377), choque de la escalerilla móvil de embarque de un aeropuerto contra un avión.

116. Cit., seguida por las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 12 noviembre 2015 (JUR 2015\303590); Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, 7 abril 2015 (AC 2015\1623).

de los servicios en la comunidad;¹¹⁷ la simple lluvia;¹¹⁸ o la enfermedad de los miembros de la tripulación.¹¹⁹

No obstante, aun cuando la definición de circunstancia extraordinaria proporcionada por el TJUE ha otorgado una mayor seguridad jurídica no ha evitado la litigiosidad. No sólo es difícil trazar la línea que delimita cuándo una catástrofe natural es incompatible con la operación segura del vuelo,¹²⁰ sino que determinadas condiciones climatológicas adversas (p. ej. la niebla, nieve o lluvia) son objeto de decisiones totalmente contradictorias.¹²¹

Con todo, quizá uno de los mayores debates sobre la concurrencia o no de circunstancia extraordinaria por su frecuencia es el que deriva de la valoración de las huelgas. Las mismas han tenido en los últimos años importantes consecuencias en Europa y, particularmente en España, por los constantes cierres totales o parciales del espacio aéreo francés derivados de las huelgas de los controladores aéreos de dicho país. Pues bien, debe concluirse que las huelgas sólo son circunstancia extraordinaria en caso de que sean imprevisibles, encubiertas¹²² o salvajes,¹²³ pero no cuando han sido debidamente convocadas, por lo que la compañía tenía conocimiento previo.¹²⁴

117. En contra EL KAOUTIT, T., «La responsabilidad de las compañías aéreas por el incumplimiento de horarios en el contrato de transporte aéreo de pasajeros», Tesis doctoral, URJC, Madrid, 2013, pp. 318 y ss.

118. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, 5 mayo 2015 (AC 2015\887).

119. Sentencias AP Barcelona (Sección 15ª) 17 diciembre 2010 (JUR 2011\137344); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, 25 septiembre 2007 (JUR 2008\60070).

120. ARNOLD, K., «EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission of the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97», cit., p. 408; PRASSL, J., «Reforming Air Passenger Rights in the European Union», cit., pp. 74 y 75.

121. Así, en la Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, 19 abril 2011 (AC 2011\526) se considera que la niebla no es una circunstancia extraordinaria. Por el contrario, para el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, Sentencia 23 febrero 2016 (AC 2016\486), sí lo es.

122. Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) 21 septiembre 2017 (JUR 2018\34984) (huelga encubierta de los controladores españoles); Sentencias AP Barcelona (Sección 15ª) 7 septiembre 2009 (AC 2009\1985) y AP Vizcaya (Sección 4ª) 19 febrero 2010 (JUR 2010\145984): suspensión de las actividades del aeropuerto de Barcelona al invadir los trabajadores de los servicios de asistencia en tierra de IBERIA las pistas de despegue y aterrizaje de los aviones sin existir una convocatoria anticipada de huelga; Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) 13 marzo 2012 (AC 2012\1413): huelga encubierta de pilotos de Iberia (AC 2012\1413).

123. Recientemente la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 17 de abril de 2018, TUIfly, asuntos acumulados C195/17, C197/17 a C203/17, C226/17, C228/17, C254/17, C274/17, C275/17, C278/17 a C286/17 y C290/17 a C292/17, Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Hannover y el Amtsgericht Düsseldorf, Helga Krüsemann y otros contra TUIfly GmbH (ECLI:EU:C:2018:258).

124. Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) 27 enero 2012 (AC 2012\635).

En definitiva, el concepto de circunstancia extraordinaria guarda un gran paralelismo con el concepto de fuerza mayor, esto es, un hecho previsible pero inevitable, como causa excluyente de la responsabilidad del transportista (art. 1105 CC), cuya concurrencia debe ser probada por la compañía aérea.¹²⁵ En efecto, la fuerza mayor se aprecia en los casos en los que el suceso se produce al margen del círculo propio de la actividad, cuando el incidente no es intrínseco a esta, diferenciándose del caso fortuito, que se da dentro del ámbito de la actividad y que no conlleva el efecto eximente.

Ahora bien, como se ha anticipado, en segundo lugar, no sólo debe la compañía demostrar que concurre una circunstancia extraordinaria, sino también que la misma no se hubiese podido evitar incluso adoptando «todas las medidas razonables».

Igualmente ha sido el TJUE¹²⁶ el que ha definido qué debe entenderse por «todas las medidas razonables». Se trata de aquellas medidas que respondan a unas condiciones técnica y económicamente soportables para el transportista aéreo en el momento de producirse la circunstancia extraordinaria, esto es, que escapen al control efectivo del transportista aéreo.¹²⁷ Debe, pues, la compañía demostrar que, incluso utilizando todos los medios materiales, personales y financieros de los que dispone en el momento le ha sido manifiestamente imposible evitar las circunstancias, salvo a costa de aceptar sacrificios insoportables para las capacidades de su empresa. Así, no es suficiente para acreditar que se han adoptado todas las medidas razonables el respeto de las normas mínimas de mantenimiento.¹²⁸ Pero, además, se exige que la compañía planifique sus vuelos teniendo en cuenta precisamente el riesgo de la posible aparición de circunstancias extraordinarias.¹²⁹

Como no podía ser de otro modo, siguen la doctrina del TJUE nuestros tribunales. Así, la Sentencia de la AP Asturias (Sección 1ª) de 13 de septiembre de 2012,¹³⁰ ante el cierre del aeropuerto de Santiago durante dos horas el día

125. Así lo han venido entendiendo nuestros tribunales. Entre muchas: Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 2 noviembre 2016 (AC 2016\1819); Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, 27 noviembre 2015 (AC 2016\299); Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, 15 junio 2015 (AC 2015\1683).

126. Sentencias Wallentin y Sturgeon, cit.; Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011, Asunto C 294/10, Petición de decisión prejudicial del Augstakas Tiesas Senats (A. Eglitis y E. Ratnieks c. Latvijas Republikas Ekonomikas ministrita) (Air Baltic) (TJCE 2011\311); y de 4 de mayo de 2017 (Marcela Pešková), cit.

127. Sentencia Denise McDonagh, cit.

128. Sentencia Wallentin, cit.

129. Sentencia Air Baltic, cit.

130. AC 2012\1718.

15 de agosto de 2009 que imposibilitó que determinados vuelos de Ryanair pudieran ser operados, declara que, aun cuando el cierre de un aeropuerto es una circunstancia extraordinaria, para exonerar del pago de la compensación económica prevista en el Reglamento se requiere además que la compañía aérea adopte todas las medidas razonables, esto es, *«las medidas adecuadas para evitar la cancelación de los vuelos y poder estar en condiciones de realizarlos una vez finalizadas tales circunstancias impeditivas, que tan sólo imponían dos horas de espera. Por el contrario, se evidencia (o debe presumirse) que la transportista no planificó sus recursos a tal efecto y no disponía de ninguna reserva de tiempo o de una reserva suficiente que le permitiera efectuar el vuelo en su integridad en el momento en que las circunstancias extraordinarias hubieran finalizado»*.

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de la AP Madrid (Sección 21ª) de 16 de septiembre de 2004:¹³¹ *«Y ello es lo que aquí acontece, Ryanair conocía la huelga y no hizo nada al respecto. No avisó a los pasajeros y no reprogramó sus vuelos, impidiéndoles poder volar a España en sus aeronaves no sólo ese día sino los siguientes»*.

En concreto, para los supuestos de huelgas convocadas se exige que el transportista aéreo demuestre que ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar la cancelación del vuelo probando que no era posible efectuar ninguna reserva de tiempo en los días de huelga o acometer un vuelo alternativo en un periodo de tiempo comparable al del vuelo cancelado;¹³² que ha adoptado medidas para evitar la convocatoria de la huelga;¹³³ o que no ha podido desviarse atravesando otro espacio aéreo.¹³⁴

2.3. El derecho a una indemnización o compensación suplementaria

Como se ha expuesto, el Reglamento 261/2004 contiene el sistema de protección del pasajero en caso de cancelación del vuelo (junto a la denegación de embarque y gran retraso), pero sólo desde la perspectiva de los derechos mínimos que le asisten, por lo que el régimen de responsabilidad

131. JUR 2004\299072.

132. Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 1 septiembre 2016 (AC 2016\1594); Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, 22 julio 2016 (AC 2016\1471).

133. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 2 noviembre 2016 (AC 2016\1819).

134. Sentencia AP Vizcaya (Sección 4ª) 2 mayo 2016 (AC 2016\1363).

de las compañías aéreas es el correspondiente en Derecho interno. Así deriva del propio Preámbulo¹³⁵ y del artículo 12 Reglamento 261/2004.

En efecto, el artículo 12 permite que el pasajero pueda obtener una compensación suplementaria,¹³⁶ de la que podrá¹³⁷ deducirse el importe de la compensación económica en su caso concedida (art. 7). La finalidad del precepto no es otra que compensar íntegramente a los pasajeros por los perjuicios sufridos por la cancelación, así como por el incumplimiento del resto de obligaciones (atención, reembolso o transporte alternativo e incluso información).¹³⁸

En consecuencia, para la determinación de los daños y perjuicios sufridos por el pasajero, tanto materiales, como morales, el Reglamento se remite a los fundamentos jurídicos de Derecho interno.¹³⁹ En este sentido se pronuncia el TJUE en el caso *Sousa Rodríguez*;¹⁴⁰ postura confirmada posteriormente en *Nelson*,¹⁴¹ por lo que deberá acudirse a los artículos 1101 y siguientes CC, pues el artículo 94 LNA, cuyo tenor no es del todo coincidente con la norma europea debe entenderse que ha sido tácitamente derogado por esta.

Así lo han entendido nuestros tribunales al afirmar que el Reglamento 261/2004 no establece un sistema integral, único o exclusivo de resarcimiento de los perjuicios derivados de una cancelación, sino una serie de garantías mínimas o derechos asistenciales que tienen el carácter expreso

135. El Considerando 4º establece: «La Comunidad debe por ello reforzar las normas mínimas comunes de protección establecidas por dicho Reglamento con el fin de consolidar los derechos de los pasajeros y, al mismo tiempo, garantizar que los transportistas aéreos desarrollan sus actividades en condiciones armonizadas en un mercado liberalizado».

136. Con acierto TULLIO, L., «Overbooking, cancellazione e ritardi», cit., p. 14, destaca la oscura redacción del precepto.

137. O «deberá» deducirse, puesto que la indemnización por daños y perjuicios nunca puede en nuestro Derecho ser superior al daño real sufrido por el pasajero. Así, tanto la compensación económica (art. 7), como el reembolso (art. 8) y la atención (art. 9) deberán deducirse de la indemnización suplementaria, puesto que todas ellas son cuantías económicas o traducibles en cuantías económicas. Vid. MAGGIOLLO, M., «Overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità», op. cit., pp. 134 y 135.

138. Con acierto PIRAS, M., «Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria», cit., p. 184, afirma que si el pasajero no ha sido informado debidamente y acepta una compensación inferior tiene derecho a recurrir al artículo 12.

139. Además, el artículo 16 prevé la posibilidad de reclamación ante los organismos competentes de los Estados miembros (en España AESA), por los incumplimientos del Reglamento llevados a cabo por las compañías aéreas. Vid. LYCZKOWSKA, K., «Mil y una desgracias del pasajero de avión: retrasos, cancelaciones y pérdida de maletas», *RDPat*, nº 27, 2011, p. 140; KONING, I., «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», cit., pp. 361 y ss.

140. Cit.

141. Cit.

de «compensación mínima» y que, además, han de ser satisfechos de manera «inmediata».¹⁴²

Con gran acierto y claridad declara la AP Madrid (Sección 28ª), en Sentencias de 23 diciembre 2009,¹⁴³ 1 de abril de 2011,¹⁴⁴ 9 de abril de 2012¹⁴⁵ o 17 de septiembre de 2012,¹⁴⁶ que la finalidad del Reglamento no es:

«regular un sistema integral de resarcimiento por los quebrantos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo, sino la de establecer una serie de garantías mínimas o derechos asistenciales y estimular a las compañías aéreas a ofrecerlas o prestarlas a los perjudicados con carácter inmediato. En efecto, en el designio de garantizar que el aumento de la competencia en el transporte aéreo no produzca un deterioro de la calidad de los servicios prestados por los transportistas, lo único que hace el aludido Reglamento... es establecer a cargo del transportista... un sistema de indemnizaciones y de obligaciones asistenciales que tienen el carácter expreso de «compensación mínima» (Considerando 4º) y que, además, han de ser satisfechas de manera «inmediata» evitando de ese modo, con una previsión anticipada que opera con elevado grado de automatismo, las dilaciones que pudieran menoscabar los intereses del viajero si la indemnizabilidad del supuesto regulado se relegase o supeditase a la dilucidación en sede judicial de la variada gama de controversias que al respecto pueden suscitarse, teniendo en todo caso el carácter de percepciones «a cuenta» de las indemnizaciones que, en definitiva, puedan resultar procedentes. Así lo pone de relieve su Art. 12-1... de tal suerte que, determinada con posterioridad la indemnización realmente exigible con arreglo a criterios de reparación integral del daño, las sumas percibidas en aplicación de dicha normativa habrán de deducirse de aquella por su expresa conceptualización legal de cantidades abonadas a cuenta de indemnizaciones virtualmente superiores.- Es evidente, por tanto, la total y absoluta compatibilidad entre la norma comunitaria y el régimen derivado de los Convenios internacionales o de la normativa interna reguladora del transporte aéreo».

En definitiva, las compañías aéreas deben compensar íntegramente el daño sufrido por el pasajero, tanto material por las pérdidas sufridas como por las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante y daño emergente), como moral. Y ello siempre que no concurra una circunstancia extraordinaria, ya que en este caso no resulta de aplicación el artículo 12 Reglamento 261/2004, «de conformidad con el artículo 1105 CC, que exonera de responsa-

142. Sentencias AP Sevilla (Sección 5ª) 17 enero 2012 (AC 2012\435); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, 10 enero 2010 (AC 2011\7); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, 12 febrero 2010 (AC 2010\712); Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, 15 enero 2013 (AC 2013\645); Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vitoria, 8 noviembre 2013 (JUR 2013\123831), Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, 19 abril 2011 (AC 2011\526), entre muchas otras.

143. AC 2010\390.

144. AC 2011\1837.

145. AC 2012\1491.

146. AC 2013\314.

*bilidad en caso de fuerza mayor, al prever que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».*¹⁴⁷

Es doctrina pacífica y reiterada de nuestros tribunales [desde la conocida Sentencia TS (Sala de lo Civil) de 31 de mayo de 2000]¹⁴⁸ que en los casos de cancelaciones de vuelos existe daño moral pues en el «*deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna*», sin que sea suficiente la mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo.

147. Sentencias Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 25 julio 2016 (AC 2016\1472) y 2 noviembre 2016 (AC 2016\1819).

148. RJ 2000\5089.

III. LA PROTECCIÓN DEL PASAJERO EN CASO DE ACCIDENTE

1. El régimen jurídico aplicable en la Unión Europea

La responsabilidad de las compañías aéreas por daños en los casos de muerte o de lesión corporal causados a los pasajeros en caso de accidente en la UE, tanto para los transportes aéreos entre Estados miembros como para los transportes domésticos (si están efectuados por una compañía aérea comunitaria), se encuentra contenida en el Reglamento 889/2002 que, como se ha expuesto, incorpora el régimen del CM, al efectuar una remisión a lo establecido en el mismo, al tiempo que desarrolla algunas de sus disposiciones y establece otras complementarias, otorgando mayor protección que la prevista en el texto internacional (art. 1).¹⁴⁹

Así deriva del artículo 3 Reglamento 889/2002, que establece expresamente que «*La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad*» y del art. 1 CM, al determinar su ámbito de aplicación al «transporte internacional», entendiéndose por tal «*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, ... en el territorio de dos Estados Partes*».

Sintéticamente el régimen establecido es un sistema de responsabilidad de doble estrato (*two tier system*). Así, la compañía aérea está obligada a indemnizar por daños en caso de muerte o lesión corporal (art. 17 CM) cuando 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: 1) de forma objetiva, esto es, sin culpa (el precepto reza «por la sola razón»),¹⁵⁰ y cuantitativamente limitada hasta un importe de 100.000 DEG¹⁵¹ para cada una de las reclamaciones por muerte o lesiones (131.000

149. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo*, cit., pp. 220 y 221.

150. Entre muchas, Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 6 de mayo de 2010, asunto C63/09, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, Axel Walz y Clickair, S.A. (ECLI:EU:C:2010:251); Sentencia TS (Sala de lo Civil) 17 diciembre 1990 (RJ 1990\10282); Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, 15 febrero 2016 (AC 2016\584); Sentencia AP Las Palmas (Sección 4ª) 19 septiembre 2016 (AC 2016\1758).

151. Los Derechos Especiales de Giro (DEG) son una unidad de cuenta del Fondo Monetario Internacional (FMI). El DEG fue creado en 1969 por el FMI mediante el Acuerdo de Jamaica para apoyar el sistema de paridades fijas de Bretton Woods, entrando en vigor el 1 de abril de 1978.

DEG, después de la actualización)¹⁵² (primer nivel); y, 2) de forma cuasi objetiva e ilimitada, esto es, por culpa pero con inversión de la carga de la prueba, para aquellos daños que excedan de dicha cifra, pudiendo exonerarse de ella el transportista si consigue probar, bien que el daño no se debió a su negligencia o a otra acción u omisión indebida del mismo o de sus dependientes o agentes, o bien que esos daños fueron causados exclusivamente por la negligencia u otros actos u omisiones indebidos de un tercero (art. 21 CM) (segundo nivel).

Sin embargo, el transportista siempre podrá exonerarse total o parcialmente de responsabilidad si prueba que el daño ha sido ocasionado por negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero, esto es, por concurrencia de culpas o por culpa exclusiva de la víctima (art. 20 CM).

Pues bien, pese a la claridad de los preceptos que proclaman la responsabilidad de las compañías por daños en los casos de muerte o de lesión corporal en caso de accidente y del régimen instaurado, sin duda los mayores problemas que suscita el CM son la sorprendente ausencia de definición del término «accidente» o qué debe entenderse por «lesión corporal», por lo que su interpretación está en manos de los tribunales.

2. El concepto de accidente

Puede decirse que la ausencia de concepto de accidente en el CM no es fortuita. Por el contrario, los redactores del CM quisieron dejar intacto en este aspecto el Sistema de Varsovia manteniendo el vocablo «*accident*» y no sustituir este término por «*event*» utilizado en el mismo para los demás supuestos de responsabilidad en él regulados (destrucción, pérdida o avería de los equipajes facturados o de la carga), a pesar de que hubo propuestas

Sin embargo, al derrumbarse el sistema Bretton Woods en 1973, el DEG se redefinió con base en una cesta de monedas, actualmente integrada por el dólar de EEUU, el euro, la libra esterlina y el yen japonés. <http://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR>. Su valor en dólares de EE.UU. se determina diariamente y se publica en el sitio del FMI en Internet (<http://www.imf.org/external/spanish/index.htm>). El 11 de septiembre era: 1 USD = DEG 0.716066.

152. El artículo 24 CM contiene la denominada *scalator clause*, que exige que los límites indemnizatorios del CM sean revisados por la OACI periódicamente para así evitar su obsolescencia. Siguiendo el mismo, la primera actualización tuvo lugar el 30 de diciembre de 2009, si bien en España no se publicó en el *B.O.E.* hasta el 17 de diciembre de 2010. La segunda revisión tuvo lugar en 2014, tomando en consideración los datos de abril de 2014 de la Base de datos «Perspectivas de la Economía Mundial» del FMI, manteniéndose los mismos límites de responsabilidad de 2009.

en este sentido.¹⁵³ Y esta ausencia de definición de «accidente» ha provocado que no sean pocos los pronunciamientos judiciales, fundamentalmente en los EE.UU., que han tratado de delimitar dicho término, principalmente bajo el Sistema de Varsovia, pero válidos con el nuevo texto internacional y, de este modo, proporcionar la necesaria seguridad jurídica al sistema.

En concreto, la cuestión estriba en determinar si el vocablo accidente del CM es un concepto estricto o, por el contrario, debe interpretarse en sentido amplio, siguiendo el concepto de accidente que figura en el Anexo XIII del Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944,¹⁵⁴ como «*todo hecho que se produzca al operarse la aeronave*».¹⁵⁵ En definitiva, si junto a determinados supuestos que no ofrecen duda alguna, como las catástrofes aéreas que, provocadas por el mal funcionamiento de la aeronave, fallos de la tripulación o condiciones meteorológicas adversas, entre otros motivos, ocasionan la caída de la aeronave en vuelo (casos recientes de Spanair¹⁵⁶ o del YAK-42);¹⁵⁷ el aterrizaje o despegue problemáticos;¹⁵⁸ el abordaje;¹⁵⁹ el terrorismo aéreo o los actos de interferencia ilícita, se incluyen también en el CM otros supuestos como las turbulencias, los altercados entre pasajeros o las enfermedades agravadas o provocadas como consecuencia del vuelo (Trombosis Venosa Profunda, conocido como síndrome de la clase turista; o los barotraumas).

153. GUERRERO LEBRÓN, M^a J., «El contrato de transporte aéreo de pasajeros», *La regulación de la industria aeronáutica* (dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ), 2^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 334.

154. Ratificado por España el 21 de febrero de 1947 (B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1969).

155. Reproducida en el artículo 2.1 del Reglamento (UE) n° 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE (D.O.U.E. L 295, de 12 de noviembre de 2010).

156. Sentencias Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, 4 febrero 2015 (AC 2015\56); Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, 13 julio 2015 (AC 2016\1054); Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, 9 julio 2015 (AC 2015\1167).

157. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, 11 marzo 2010 (AC 2013\1365).

158. Como el acaecido el pasado sábado 14 de julio de 2018, en un vuelo de la compañía Ryanair (Dublín-Zadar), que tuvo que hacer un aterrizaje forzoso en el aeropuerto de Frankfurt debido a una repentina caída de la presión (9.000 metros) en la cabina que forzó la maniobra de emergencia. <http://www.hoy.es/internacional/union-europea/ryanair-aterrizaje-emergencia-perdida-presion-alemania-zadar-20180714163636-ntrc.html>.

159. Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) 18 julio 2011 (Bashkirian Airlines) (RJ 2011\5222).

Puede decirse que desde la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., de 4 de marzo de 1985, en el caso *Air France vs. Saks*¹⁶⁰ (lesión en el tímpano de una pasajera durante el aterrizaje), la cuestión ha quedado prácticamente delimitada, siendo seguida por los tribunales de todo el mundo. En efecto, desde la misma se ha entendido que sólo cabe hablar de accidente cuando la lesión o la muerte del pasajero es «causada por un evento o suceso inesperado o inusual, que es externo al pasajero y no producto de la propia reacción interna del pasajero a la usual, normal y esperable operación de la aeronave».

De este modo, siguiendo la jurisprudencia comparada, fundamentalmente norteamericana y anglosajona, son accidentes, por ser sucesos inusuales o inesperados externos al pasajero, los derramamientos sobre el pasajero de bebida o comida por parte de los asistentes de vuelo, las intoxicaciones alimenticias o las agresiones físicas llevadas a cabo por la tripulación. Por el contrario, no entran en el ámbito de aplicación del convenio la muerte del pasajero por causas naturales, como un infarto (*Watts vs. American Airlines, Inc.*, Sentencia de la *United States District Court Southern District of Indiana*, 10 octubre 2007)¹⁶¹ o por asfixia al atragantarse con la comida. Tampoco lo es el síndrome de clase turista, solución pacífica desde la Sentencia de *The House of Lords* de 12 agosto de 2005, en el *leading case* *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*,¹⁶² siendo seguida también por tribunales en Italia (Sentencia del Tribunal de Roma, 28 de abril de 2008;¹⁶³ Sentencia del Tribunal de Varese, 3 de febrero de 2009);¹⁶⁴ o en Francia (Sentencia del Tribunal Supremo, 23 de junio de 2011).¹⁶⁵

Por la razón expuesta, esto es, puesto que un accidente se requiere que sea un evento anormal o inesperado, a menudo la jurisprudencia comparada entiende que las turbulencias leves no deben ser consideradas como tal,¹⁶⁶ ni tampoco las caídas de los pasajeros, ya que no concurre un evento externo a los mismos (Sentencia *United States District Court of Massachusetts*, 8 de

160. 470 US 392 (1985). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/392/>.

161. Vid. BATTISTA, A. U. / DOW, M. K., «Part 7. Liability», en *Cologne Compendium on Air Law in Europe* (eds. HOBE / RUCKTESCHELL / HEFFERNAN), Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2013, p. 988.

162. Para un análisis más detallado vid. LUONGO, N., «El régimen de responsabilidad aplicable por daños a los pasajeros en el transporte aéreo internacional», en *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (dir. GUERRERO LEBRÓN), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 73 y ss.

163. *Diritto dei Trasporti*, 2010, p. 473.

164. *Riv. dir. nav.*, 2010, p. 384.

165. *Rev. fr. dr. aér.*, 2011, p. 202.

166. Vid. CIMINO, F., «Air Turbulence Liability», *Journal of Air Law and Commerce*, 1999, vol. 64, pp. 1163 a 1200.

agosto de 2011, *Goodwin vs. British Airways*;¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, 4 de julio de 2011).¹⁶⁸ No obstante, nuestros tribunales, basados exclusivamente en la responsabilidad objetiva de las compañías aéreas contenida en la norma internacional sí responsabilizan a las compañías aéreas por los daños sufridos por los golpes y caídas derivados de turbulencias, sin entrar a valorar si dichos daños derivan o no de un «accidente» de conformidad con el Convenio.¹⁶⁹ Parece, pues, que están optando, si bien indirectamente, por un concepto amplio de accidente. Con todo, la cuestión no está resuelta, por lo que no es de extrañar que acabe planteándose una cuestión prejudicial ante el TJUE, dado que las disposiciones del CM forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE, por lo que es competente para pronunciarse sobre su interpretación.

3. El ámbito espacio-temporal de la responsabilidad

El artículo 17.1 CM requiere que el accidente se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de las operaciones de embarque o desembarque.

Así, desde una perspectiva espacial, basta con que ocurra en el interior del casco, con independencia del lugar concreto en que se produzca, ya sea en la zona de pasajeros, la reservada a la tripulación, las bodegas, el tren de aterrizaje, etc.¹⁷⁰ mientras la aeronave se encuentra en vuelo o parada. Para su período de determinación temporal puede acudir al Convenio sobre riesgos generales:¹⁷¹ «*desde el instante en que se cierran todas sus puertas externas, después del embarque o la carga, hasta que se abra cualquiera de esas puertas para el desembarque o la descarga*» (art. 1.c), que incluye las fases de

167. BATTISTA, A. U. / DOW, M. K., «Part 7. Liability», en *Cologne Compendium on Air Law in Europe*, cit. p. 992.

168. *Riv. dir. nav.*, 2012, p. 330.

169. Sentencia AP Asturias (Sección 4ª) 12 abril 2000 (AC 2000\1002); Sentencia AP Las Palmas (Sección 4ª) 29 abril 2005 (JUR 2005\157419).

170. GUERRERO LEBRÓN, Mª J., «El contrato de transporte aéreo de pasajeros», cit., p. 336.

171. Convenio sobre indemnización por daños causados a terceros por aeronaves aprobado el 2 de mayo de 2009 por la Conferencia Diplomática de la OACI (no en vigor). Vid. sobre el mismo PETIT LAVALL, Mª V., «La reciente regulación internacional del abordaje aéreo en el Convenio sobre riesgos generales», *Diritto dei Trasporti*, 3/2009, pp. 707 y ss.

despegue y aterrizaje, así como el movimiento de la aeronave en las pistas, lo que es lógico y acertado, pues constituyen los momentos más críticos de la navegación aérea.¹⁷²

Sin embargo, el CM también incluye los accidentes «*durante cualquiera las operaciones de embarque y desembarque*», por lo que las mismas determinan el comienzo y el fin desde un punto de vista temporal de la responsabilidad del transportista. En este sentido, el precepto debe ser interpretado de forma amplia extendiendo el período de responsabilidad de la compañía aérea a todo el tiempo que el pasajero permanece bajo su control, por lo que comienza cuando entrega la tarjeta de embarque y finaliza cuando a la llegada ingresa en la terminal del aeropuerto, con independencia de si estas operaciones son realizadas por la propia compañía aérea o por otra empresa que preste servicios aeroportuarios (compañías de *handling*).¹⁷³

Así lo han venido determinando nuestros tribunales, al declarar la responsabilidad de las compañías aéreas en los supuestos de caídas a la bajada de las escalerillas del avión;¹⁷⁴ caídas en la cinta transportadora del aeropuerto que desembocaba junto al avión;¹⁷⁵ o caídas en el *finger* o *jetway* de acceso al avión.¹⁷⁶ Eso sí, llamativamente no han entrado a analizar la concurrencia de culpas o la culpa exclusiva del pasajero como circunstancia exoneradora de responsabilidad de la compañía ex artículo 20 CM.

172. COMENALE PINTO, M., «La responsabilità per i danni da urto fra aeromobili», en TULLIO, L., *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico*, Jovene ed., Nápoles, 2009, p. 140.

173. BUSTI, S., *Contratto di trasporto aereo*, en CICU, A., MESSINEO, F. y MENGONI, L., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXVI, t. 3, Dott. A Giuffrè Ed., Milano, 2001, pp. 469 y 470; DIEDE-RIKS-VERSCHOOR, I.H.Ph., *An Introduction to Air Law*, 4ª ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, p. 70; SUNDBERG, J., «Quelques aspects de la responsabilité pour retard en droit aérien», *Revue française de Droit aérien*, 1966, vol. 20, p. 163; LEFEBVRE D'OVIDIO, A. / PESCATORE, G. / TULLIO, L., *Manuale di Diritto della Navigazione*, 13ª ed., Giuffrè ed., Milán, 2013, pp. 479 y 480; MORILLAS JARILLO, Mª J., «Actividades auxiliares y agentes del empresario de la navegación aérea», en *Derecho aéreo y del espacio* (MORILLAS / PETIT / GUERRERO), cit., pp. 291 y ss.; en especial, pp. 373 a 375.

174. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, 15 febrero 2016 (AC 2016\584).

175. Sentencia TS (Sala de lo Civil) 17 diciembre 1990 (RJ 1990\10282).

176. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, 3 enero 2008 (JUR 2008\175481).

4. Los daños indemnizables

En el supuesto de accidente, dispone el artículo 17 CM que la compañía aérea es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero. Al igual que se ha expuesto sobre el concepto de accidente, el mantenimiento por el CM de la expresión daño corporal del tenor del Convenio de Varsovia tampoco es casual.¹⁷⁷

Si bien el concepto «daño» objeto de indemnización ha sido ya delimitado por el TJUE (Sala Tercera) en Sentencia de 6 de mayo de 2010 (Clickair)¹⁷⁸ concluyendo que los términos «préjudice» y «dommage» del CM integran tanto el daño material como el daño moral,¹⁷⁹ no sucede lo mismo con el término «lesión corporal». En efecto, el precepto habla de lesiones corporales (*bodily injury*) y no de «lesiones personales», por lo que se excluye el resarcimiento de los daños psíquicos o mentales ocasionados como consecuencia de una situación angustiosa o un sufrimiento emocional padecido en un vuelo.¹⁸⁰ Así lo concluyó la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., de 17 abril de 1991, *Easter Airlines vs. Floyd*,¹⁸¹ bajo la vigencia del Convenio de Varsovia, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que precisa que un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. En efecto, la expresión empleada por el CM «*lesión corporelle*» (francés) o «*bodily injury*» (inglés), constituye un término restrictivo excluyente de «lesión mental», consecuente con la intención y finalidad de los redactores del Convenio. Por tanto, el Alto Tribunal norteamericano determinó que toda lesión mental por sí sola e independiente de un daño físico no es indemnizable. En el mismo sentido, posteriormente en el Reino Unido se pronunciaría *The House of Lords* en *King vs. KLM*.¹⁸²

177. BATTISTA, A. U. / DOW, M. K., «Part 7. Liability», cit., p. 993; LUONGO, N., «El régimen de responsabilidad aplicable por daños a los pasajeros en el transporte aéreo internacional», cit., pp. 72 y 73.

178. Cit.

179. En el mismo sentido la Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) 12 julio 2016 (AC 2016\1507).

180. LEFEBVRE D'OVIDIO, A. / PESCATORE, G. / TULLIO, L., *Manuale di Diritto della Navigazione*, cit., p. 478.

181. 499 U.S. 530 (1991). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/530/>.

182. *Diritto dei Trasporti*, 2003, p. 976.

Esta es la postura que se ha mantenido ya vigente el CM. Es decir, los daños psíquicos no son indemnizables aisladamente, sino sólo cuando sean consecuencia de una lesión física. Sin embargo, recientemente la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, en Sentencia de 30 de agosto de 2017 (*Doe vs. Etihad Airlines*),¹⁸³ ha declarado que el CM, frente al Convenio de Varsovia de 1929, cuyo principal propósito fue limitar la responsabilidad de las compañías aéreas con el fin de fomentar el crecimiento de la incipiente industria de la aviación comercial, por lo que su interpretación era restrictiva y en favor de la industria aeronáutica, debe ser interpretado como un Convenio que favorece a los pasajeros más que a las compañías aéreas. En consecuencia, el art. 17.1 CM sólo requiere que los daños psíquicos deriven de un accidente, independientemente de si resultan directamente o no de un daño corporal. Parece, por tanto, que el debate sobre la determinación del concepto «daño corporal» ha regresado.

En todo caso, el CM sólo exige que se resarzan los daños efectivamente sufridos, excluyendo expresamente toda indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria (*punitive damages*). Así lo prevé el artículo 29 CM, siguiendo el Preámbulo, que declara como finalidad del Convenio «*asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional y la necesidad de una indemnización equitativa fundada en el principio de restitución*».

Pues bien, a la hora de cuantificar el daño efectivamente sufrido, está consolidándose en nuestros tribunales la aplicación a los accidentes aéreos, como ya se ha efectuado en otros ámbitos [responsabilidad médica o sanitaria; accidentes laborales; accidentes marítimos (*Costa Concordia*)],¹⁸⁴ del baremo establecido para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación¹⁸⁵ «*con carácter orientativo no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima*». Se sigue así la jurisprudencia del TS que considera no sólo posible, sino incluso recomendable, hacer uso del mismo como punto de referencia a partir del cual construir las bases para la fijación de las correspondientes indemnizaciones consecuentes.¹⁸⁶ Pese a la excepcionalidad de los accidentes aéreos, sin duda, valorar las conse-

183. 870 F.3d 406; 2017 U.S. App. LEXIS 16614; 2017 FED App. 0201P (6th Cir.).

184. Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 8 abril 2016 (RJ 2016\3657).

185. B.O.E. núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

186. Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 27 mayo 2015 (RJ 2015, 2628).

cuencias trágicas de los mismos de modo diferente es discriminatorio.¹⁸⁷ De este modo, se evitan arbitrariedades o disparidades y se dota al sistema de mayor seguridad jurídica.

Así lo han concluido el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza,¹⁸⁸ en sentencia de 10 de febrero de 2006 en el caso del accidente del Yak-42 y las distintas sentencias dictadas en el accidente de Spanair, algunas de ellas aplicando dicho baremo incrementado en un 50 por 100.¹⁸⁹

Castellón, 21 de septiembre de 2018

187. Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza, 10 febrero 2006 (AC 2006\141).

188. Cit.

189. Sentencias AP Las Palmas (Sección 4ª) 9 enero 2017 (JUR 2017\82271) y 19 septiembre 2016 (AC 2016\1758; AC 2016\1736; AC 2016\1757); AP Barcelona (Sección 15ª) 24 enero 2018 (AC 2018\260); AP Madrid (Sección 28ª) 15 noviembre 2016 (JUR 2018\35524), aplicación del baremo incrementado en un 50%. En contra, aunque con anterioridad, Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) 12 julio 2016 (AC 2016\1212).



www.uji.es