

© **Dereito** Vol.24, nº 2:119-133 (Xullo-Dicembro, 2015) • ISSN 1132-9947

LA SENTENCIA SOUSA RODRÍGUEZ: ¿UNA CANCELACIÓN RETRASADA O UN RETRASO CANCELADO?*

The Sousa Rodríguez judgment: a delayed cancellation or a cancelled delay?

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2749>

RENZO VAN DER BRUGGEN

Doctorando y Asistente en la Universidad de Gante

Mediador en Asuntos Civiles y Mercantiles

Renzo.vanderBruggen@UGent.be

Resumen

El criterio adoptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para decidir cuándo un vuelo puede considerarse cancelado (el 'criterio del itinerario') tiene ciertas deficiencias. La pregunta sobre *cómo* el vuelo es *ejecutado* funciona mejor.

El criterio sugerido en este trabajo (el 'criterio de la ejecución') implica que se puede igualar el vuelo reemplazante al vuelo inicialmente previsto. Cuando el vuelo reemplazante sufre un retraso, se pueden tener en cuenta tres límites. El vuelo reemplazante se considera ejecutado 'normalmente' si el vuelo reemplazante sale con no más de una hora de antelación y llega a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista. Cuando el vuelo reemplazante sobrepasa este límite de dos horas de retraso, podemos aplicar la regulación de 'retraso'. Si el vuelo reemplazante sufre como mínimo cinco horas de retraso, podemos aplicar la regulación de 'cancelación'.

Palabras clave: Derechos de los pasajeros aéreos; Reglamento CE 261/2004; Cancelación o retraso del vuelo; Interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Sentencias Sousa Rodríguez y Sturgeon.

Abstract

The criterion used by the Court of Justice of the European Union in order to decide whether a flight can be considered cancelled ('the itinerary criterion') suffers from shortcomings. The question «*how is the flight executed?*» is more effective.

The criterion suggested in this paper ('the execution criterion') implies that a replacement flight has to be treated in the same way as the original flight. When the replacement flight suffers a delay, three limits must be taken into account. The replacement flight must be considered as 'normally' executed if it departs no more than one hour before, and arrives at its final destination less than two hours after, the original scheduled time. If the limit of two hours' delay is breached, the 'delayed'

flights regime must be applied. If the replacement flight suffers a delay of at least five hours, the 'cancellation' regime must be applied.

Keywords: Air passenger rights; Regulation 261/2004/EC; Cancelled or delayed flight; The Court of Justice of the European Union's interpretations; Judgments Sousa Rodríguez and Sturgeon.

SUMARIO

1. LA SENTENCIA.- 2. CANCELACIÓN.- 3. RETRASO.- 4. CRITERIOS.- 5. CONCLUSIÓN.- 6. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. THE JUDGMENT.- 2. CANCELLATION.- 3. DELAY.- 4. CRITERIA.- 5. CONCLUSION.- 6. BIBLIOGRAPHY.

Abreviaturas

Sentencia Nelson: Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2012, asunto C-581/10 (Nelson/Lufthansa), ECLI:EU:C:2012:657; **Sentencia Sousa Rodríguez:** Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, asunto C-83/10 (Sousa Rodríguez y otros/Air France), ECLI:EU:C:2011:652; **Sentencia Sturgeon:** Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2009, asuntos acumulados C-402/07 (Sturgeon y otros/Condor) y C-432/07 (Böck y Lepuschitz/Air France), ECLI:EU:C:2009:716; **Reglamento:** Reglamento CE 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 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, y se deroga el Reglamento CEE 295/91; **TJUE / Tribunal:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. LA SENTENCIA¹

Esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es una respuesta a una petición de decisión prejudicial que consta de dos partes. Por un lado el Juzgado de Mercantil de Pontevedra quiere saber si el concepto 'cancelación', definida en el artículo 2, letra l) del Reglamento CE 261/2004 (Reglamento)² debe interpretarse en el sentido exclusivo de ausencia de salida del vuelo en los términos programados o también en el sentido de cualquier circunstancia que haga que dicho vuelo haya

*El presente trabajo se funda en estudios anteriores: R. VAN DER BRUGGEN, "Vertraagde en geannuleerde vluchten in de Europese luchtvaart: een vlucht doorheen de criteria van het Hof van Justitie", *Droit de la consommation - Consumentenrecht*, 96, 2012; R. VAN DER BRUGGEN, "European air passenger rights: delay & cancellation", *European journal of consumer law - Revue européenne de droit de la consommation*, 2015/1, 2015.

¹Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, asunto C-83/10 (Sousa Rodríguez y otros/Air France), ECLI:EU:C:2011:652.

²Reglamento CE 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 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, y se deroga el Reglamento CEE 295/91.

despegado pero no llegue a su destino, incluido el regreso al aeropuerto de origen forzado por circunstancias técnicas. Por otro lado, el juez desea una aclaración sobre el concepto de 'compensación adicional' previsto en el artículo 12 del Reglamento.³

Los hechos — La familia Pato Rodríguez, la familia López Sousa y el Sr. Puga Lueiro habían reservado un vuelo de París 'Charles de Gaulle' (Francia) a Vigo 'Peinador' (España) el 25 de septiembre de 2008, siendo la hora de salida las 19:40 h. Pocos minutos después del despegue del avión a la hora prevista, el piloto decidió volver al punto de origen (el aeropuerto 'Charles de Gaulle') por un problema técnico de la aeronave. A la familia Pato Rodríguez le fue ofrecido un vuelo de sustitución a Oporto (Portugal) que despegaba a las 07:05 h. y que finalmente tomaron. Salieron hacia su destino con 11 horas y 25 minutos de retraso, y pagaron 170 EUR por el taxi de Oporto a Vigo. Air France ubicó a la familia López Sousa en el vuelo París-Vigo de 26 de septiembre de 2008, cuya hora de salida eran las 19:40 h. Esta familia partió 24 horas más tarde que previsto y no recibió 'asistencia' durante este tiempo. Señor Puga Lueiro tomó el vuelo París-Bilbao-Vigo en la mañana del 26 de septiembre, recibiendo asistencia de Air France. Él fue el único de los demandantes que pasó la noche en un hotel, ya que los otros durmieron en una terminal del aeropuerto 'Charles de Gaulle'.

Los siete demandantes interpusieron una demanda de daños y perjuicios contra Air France ante el Juzgado de Mercantil nº 1 de Pontevedra, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. Todos solicitaron la compensación de 250 EUR (cada uno) prevista en el artículo 7 del Reglamento. La familia Pato Rodríguez reclamó, asimismo, el reembolso de 170 EUR por su desplazamiento en taxi, mientras que la familia López Sousa pidió el reembolso de sus gastos de comida en el aeropuerto de París (20,50 EUR), más los gastos por la guarda de su perro durante un día más de lo previsto (23,20 EUR). Por último, todos los demandantes solicitaron que se condenase a Air France a pagarles una cantidad adicional (650 EUR)⁴ en concepto de reparación de los daños morales que habían sufrido.

2. CANCELACIÓN

2.1. Derechos de los pasajeros aéreos

En primer término, los pasajeros tienen dos opciones: el reembolso del coste íntegro del billete o que les ofrezcan otro vuelo hasta el destino final.⁵

En segundo lugar, los pasajeros tienen también derecho a una 'asistencia' que consiste en (gratuitamente) comida, refrescos y dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos. En

³La problemática de 'compensación suplementaria' no se discutirá en este texto.

⁴Excepto Sr. Puga Lueiro, él reclama 350 EUR.

⁵Ver artículos 5 y 8 del Reglamento.

algunos casos, los pasajeros tienen también derecho a alojamiento en un hotel (incluido transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento).⁶

El tercer derecho que el reglamento asigna al pasajero es el derecho a una compensación económica a tanto alzado. Esta compensación es una cantidad que varía entre 250 a 600 EUR, dependiendo de la distancia del vuelo, si bien está sometida a algunas excepciones.⁷

Como regla general, la respuesta a la pregunta de si un vuelo se debe considerar como cancelado constituye también la respuesta a si un pasajero goza de estos derechos.

2.2. El 'criterio de la ejecución' en lugar del triple salto

De 'cancelación' vía 'vuelo' vía 'itinerario' a 'cancelación' — El razonamiento triple salto del TJUE se inicia con referencia a la definición de 'cancelación' en el Reglamento: «la no realización de un *vuelo* programado y en el que había reservada al menos una plaza»⁸. El Tribunal, sin embargo, considera que antes de determinar el término 'cancelación' hay que determinar en primer lugar el significado del término 'vuelo'⁹, refiriéndose a su jurisprudencia pasada.¹⁰ «El 'vuelo' [...] consiste en una operación de transporte aéreo realizada por un transportista aéreo que fija su itinerario»¹¹. Después, el término 'itinerario' fue descrito como «un elemento esencial del vuelo y éste, a su vez, se efectúa conforme a una programación fijada con antelación por el transportista»¹². Después de haber visto las tres interpretaciones conceptuales, el Tribunal concluye: «dado que el término 'itinerario' designa el recorrido que ha de efectuar el avión desde el aeropuerto de salida hasta el aeropuerto de llegada, según una cronología establecida, 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.»¹³ Con base en este razonamiento el Tribunal juzgó que, en este caso, se trataba de una 'cancelación'.

A pesar del resultado correcto que la sentencia Sousa Rodríguez implica, el razonamiento da un rodeo innecesario. No es porque A

⁶Ver artículos 5 y 9 del Reglamento.

⁷Ver artículos 5 y 7 del Reglamento.

⁸Artículo 2, letra l) del Reglamento.

⁹Ver también, sobre el significado del término 'vuelo': R. VAN DER BRUGGEN, "European air passenger rights: the concept of "flight"", *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht - Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2014.

¹⁰Sentencia Sousa Rodríguez, apartados 26-27.

¹¹Ver sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-173/07 (Emirates Airlines/Schenkel), ECLI:EU:C:2008:400, apartado 40.

¹²Ver sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2009, asuntos acumulados C-402/07 (Sturgeon y otros/Condor) y C-432/07 (Böck y Lepuschitz/Air France), ECLI:EU:C:2009:716, apartado 30.

¹³Sentencia Sousa Rodríguez, apartado 28.

(‘cancelación’) se aclare por B (‘vuelo’), y B se aclare por C (‘un itinerario programado’), que C explica A. Algunos ejemplos: un transportista aéreo decide 1) reemplazar el avión del vuelo programado, 2) coger otra ruta, 3) no hacer escala prevista, 4) hacer escala que no estaba prevista. En estos ejemplos no podemos hablar de una cancelación del vuelo.¹⁴ En otras palabras: no es porque el ‘itinerario’ sea diferente de lo previsto que en todo caso haya una cancelación.

El ‘criterio de la ejecución’ — El criterio adoptado por el Tribunal de ‘itinerario’ es difícil de aplicar en la práctica. Como también la pregunta conexas de si el itinerario final se desvía del itinerario fijado (con antelación) por el transportista o no. Además, por causa de su carácter ‘sí o no’, esta pregunta es poco flexible. La pregunta sobre *cómo se ejecuta* un vuelo puede funcionar mejor. Para esta pregunta hay múltiples respuestas posibles. Por ejemplo, la ejecución puede ser retrasada, defectuosa, insuficiente, insegura, ..., o totalmente no ejecutada. Este ‘criterio de la ejecución’ es más flexible y más realista (por lo cual podríamos aplicarlo más fácil en la práctica).

Los problemas de matiz que el ‘criterio del itinerario’ padece¹⁵ pueden desaparecer con el ‘criterio de la ejecución’. Por ejemplo, no es porque un vuelo haga una escala intermedia imprevista que el vuelo no sea ejecutado (o que el vuelo sea cancelado). Evidentemente, cuando un vuelo no es ejecutado puede concluirse que ha sido cancelado. Con el ‘criterio de la ejecución’ el TJUE también conserva su libertad judicial. El Tribunal puede desarrollar principios en su futura jurisprudencia para decidir cuándo un vuelo no es ejecutado (y cuándo por eso hay una cancelación).

2.3. La cancelación reemplazada

El TJUE repite lo que precisó en la sentencia *Sturgeon*, «que es posible en principio constatar una cancelación cuando el vuelo inicialmente previsto que se haya visto retrasado se transfiera a otro vuelo, es decir, cuando se abandone la programación del vuelo inicial y sus pasajeros se unan a los de otro vuelo también programado, con independencia del vuelo para el que los pasajeros transferidos hubieran efectuado su reserva.»¹⁶

Aquí también, el desvío innecesario del término ‘programación’ (o ‘itinerario’) del vuelo inicial causa problemas. Imaginemos un vuelo programado (vuelo ‘A’) que simplemente se sustituye por otro (vuelo ‘B’). Todos los pasajeros del vuelo sustituido ‘A’ son tratados en el vuelo ‘B’ tal y como estaba previsto en el primero de ellos. Es difícil argumentar que esta situación es una cancelación en el sentido del Reglamento. No es justo que estos pasajeros disfruten de los derechos reconocidos en caso

¹⁴Estos ejemplos se explicarán adicionalmente a través del texto.

¹⁵Por ejemplo: ¿qué hacer con un vuelo que reemplaza otro vuelo? ¿Qué hacer cuando se sigue otra ruta? ¿Qué hacer cuando no se hace una escala prevista? ¿Qué hacer cuando se hace una escala que no estaba prevista?

¹⁶Ver sentencia *Sturgeon*, apartado 36; sentencia *Sousa Rodríguez*, apartado 30.

de cancelación de un vuelo. Pagar una compensación monetaria de 250, 400 o 600 EUR a los pasajeros en este caso generaría incentivos perversos en los transportistas aéreos. Un vuelo reemplazado no puede calificarse simple y llanamente como vuelo cancelado.

3. RETRASO

3.1. Derechos de los pasajeros aéreos

Cuando la aerolínea prevé el retraso de un vuelo con respecto a su hora de salida inicialmente prevista, y este retraso alcanza ciertos límites (respectivamente dos, tres, cuatro horas o más, dependiente de la distancia del vuelo),¹⁷ el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá (gratuitamente) la siguiente 'asistencia' a los pasajeros: comida y refrescos suficientes (en función del tiempo que sea necesario esperar); dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos; y (de ser necesario) alojamiento en un hotel con transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento.¹⁸

En caso de que el retraso sea de cinco horas como mínimo, el transportista aéreo ofrecerá a los pasajeros el derecho de optar por el reembolso del coste íntegro del billete (junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible).¹⁹

El derecho a una compensación económica de entre 250 y 600 EUR no está previsto en el Reglamento en caso de retraso del vuelo. No obstante, el TJUE consideró en su sentencia *Sturgeon* «que los perjuicios que sufren los pasajeros aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos, no se puede, so pena de menoscabar el principio de igualdad de trato, tratar de manera diferente a los pasajeros de los vuelos retrasados y a los pasajeros de los vuelos cancelados.»²⁰ Por esta razón, el Tribunal decidió lo siguiente:

«Los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento [...] deben interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos de la aplicación del derecho a compensación y de que, por lo tanto, pueden invocar el derecho a compensación previsto en el artículo 7 de dicho Reglamento cuando soportan, en relación con el vuelo que sufre el retraso, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas[²¹]

¹⁷(a) dos horas o más en el caso de todos los vuelos de 1.500 kilómetros o menos; (b) tres horas o más en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y de todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros; (c) cuatro horas o más en el caso de todos los vuelos no comprendidos en las letras (a) o (b).

¹⁸Ver artículos 6 y 9 del Reglamento.

¹⁹Ver artículos 6 y 8 del Reglamento.

²⁰Sentencia *Sturgeon*, apartado 60.

²¹Para comprobar el error de cálculo del TJEU (sobre las tres horas de retraso) ver: R. VAN DER BRUGGEN, "Vertraagde en geannuleerde vluchten in de Europese luchtvaart: een vlucht doorheen de criteria van het Hof van Justitie", *Droit de la consommation - Consumentenrecht*, 96, 2012; R. VAN DER BRUGGEN, "European air passenger rights:

después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, este retraso no da derecho a compensación a los pasajeros si el transportista aéreo puede probar que el gran retraso producido se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, circunstancias que escapan al control efectivo del transportista aéreo.»²²

3.2. El retraso reemplazado

Como se ha dicho anteriormente, el TJUE repite su afirmación de la sentencia Sturgeon según la cual «es posible en principio constatar una cancelación cuando el vuelo inicialmente previsto que se haya visto retrasado se transfiera a otro vuelo, es decir, cuando se abandone la programación del vuelo inicial y sus pasajeros se unan a los de otro vuelo también programado, con independencia del vuelo para el que los pasajeros transferidos hubieran efectuado su reserva.»²³

Un lector atento notará que el Tribunal habla del «vuelo inicialmente previsto que se haya visto *retrasado*». ¿Cómo entender en concreto este «vuelo inicialmente previsto que se haya visto retrasado»? Imagínese: el transportista aéreo advierte que el vuelo 'X' (inicialmente previsto) tendrá un gran retraso; el transportista decide utilizar un avión 'Y' para llevar a los pasajeros; todos los pasajeros salen y llegan a tiempo. ¿Podemos hablar en este caso de una cancelación, porque el vuelo inicialmente previsto que se haya visto retrasado ('X') se transfiera a otro vuelo ('Y'); o, solamente porque la programación del vuelo inicial ('X') se abandone y sus pasajeros se unan a los de otro vuelo también programado ('Y'), con independencia del vuelo para el que los pasajeros transferidos hubiesen efectuado su reserva? ¿Podemos hablar en este caso de un retraso (porque todos los pasajeros salen y llegan a tiempo)? Cuando se tiene en cuenta sólo el vuelo inicialmente previsto y/o el retraso de este vuelo inicialmente previsto ('X'), sin tener en cuenta la hora efectiva de salida (del vuelo reemplazante 'Y'), se envía un mensaje poco conveniente al sector del transporte aéreo. El transportista aéreo no dispondrá otro avión para eliminar el retraso (del vuelo 'X') porque el vuelo reemplazante ('Y') nunca será calificado como el vuelo inicialmente previsto ('X'). Consecuentemente, los pasajeros del vuelo 'Y' – que salió y llegó a tiempo – tienen derecho a todos los derechos reconocidos en caso de cancelación. Este ejemplo aclara, otra vez, que el vuelo reemplazante no puede simplemente calificarse como vuelo cancelado (tampoco en caso de que el vuelo inicialmente previsto sufra un retraso).

delay & cancellation”, *European journal of consumer law - Revue européenne de droit de la consommation*, 2015/1, 2015.

²²Sentencia Sturgeon, parte dispositiva 2.

²³Ver sentencia Sturgeon, apartado 36; sentencia Sousa Rodríguez, apartado 30.

3.3. El reemplazo

El reemplazo perfecto — De los ejemplos se desprende que el criterio del TJUE de 'itinerario' (con base en la programación fijada con antelación por el transportista) es insostenible. El criterio sugerido de 'ejecución' funciona mejor. Cuando el 'vuelo inicialmente previsto' o 'la programación del vuelo inicial' son reemplazados y todos los pasajeros son tratados del mismo modo que lo habrían sido en dicho vuelo inicialmente previsto, puede concluirse que el vuelo es correctamente ejecutado. Por consiguiente, el resultado lógico en este contexto es que los pasajeros no tengan derecho a todo los derechos en caso de cancelación (pese al hecho de que el vuelo o la programación reemplazante no sea el vuelo o la programación inicialmente previsto).

Otros reemplazos — ¿Qué sucede cuando el vuelo reemplazante sufre un retraso? Primer ejemplo: un retraso de diez minutos. Los derechos en caso de cancelación son aquí también desproporcionados. Segundo ejemplo: un retraso de veinticuatro horas. Parece que los derechos en caso de cancelación son adecuados para esta situación. Se puede clasificar el vuelo del segundo ejemplo como un vuelo cancelado.

La pregunta clave es: ¿qué son los límites? ¿Dentro de qué límites se puede hablar de un reemplazo *razonable*?²⁴ ¿Cuándo se convierte el retraso irrazonable en una cancelación?²⁵ Si no hubiese límites, nunca hablaríamos de una cancelación, sino de un retraso (aunque éste durase, por ejemplo, 12 días). A título ilustrativo, la sentencia Nelson²⁶: Los miembros de la familia Nelson realizaron una reserva en Lufthansa para el vuelo de 27 de julio de 2007 con salida de Fráncfort del Meno (Alemania) y destino a Lagos (Nigeria), y en el vuelo de vuelta LH 565 de Lagos a Fráncfort del Meno de 27 de marzo de 2008. La hora de despegue prevista para este vuelo de vuelta era las 22:50 horas. El vuelo LH 565 despegó finalmente a la 1 de la madrugada del 29 de marzo de 2008, en un aparato de sustitución. El avión reemplazante aterrizó en Fráncfort del Meno a las 07:10 h, con más de 24 horas de retraso sobre la hora de llegada prevista inicialmente.²⁷ A este respecto Lufthansa alegó que, puesto que el vuelo se llevó a cabo, no podía tratarse de una cancelación en el sentido del Reglamento, sino de un retraso, para el que el Reglamento no prevé derecho a compensación.²⁸

¿Qué son los límites? El artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento parece responder a esta pregunta: en caso de cancelación de un vuelo, *los pasajeros afectados no tendrán derecho a una compensación por parte del transportista aéreo cuando se les informe de la cancelación*

²⁴Ver (a favor y en contra) conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON presentadas el 2 de julio de 2009 en la sentencia *Sturgeon*, ECLI:EU:C:2009:416, apartados 84-90.

²⁵Ver conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON en la sentencia *Sturgeon*, apartados 77-83.

²⁶Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2012, asunto C-581/10 (*Nelson/Lufthansa*), ECLI:EU:C:2012:657.

²⁷Sentencia *Nelson*, apartado 15.

²⁸Sentencia *Nelson*, apartado 17.

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. Parece que este artículo considera este periodo de tiempo como el punto crítico. Dentro de estos límites no es razonable conceder la compensación monetaria que varía entre 250 a 600 EUR. Según el Reglamento, ese tipo de modificaciones en la hora de salida o de llegada se consideran normales. Consecuentemente, el artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento establece los límites de 'un vuelo reemplazante *ejecutado normal*'. Cuando el vuelo reemplazante sobrepasa estos límites razonables, se puede hablar de un vuelo mal (o anormalmente) ejecutado. Este vuelo reemplazante mal ejecutado, a su vez, puede someterse al 'criterio de la ejecución'. En otras palabras, podemos preguntarnos *cómo* ha sido ejecutado el vuelo reemplazante. Por ejemplo: el vuelo reemplazante ha sido ejecutado pero con un retraso. En este caso se puede también aplicar la regulación de retraso (artículo 6 del Reglamento)²⁹.

¿Un reemplazo retrasado o cancelado? — La respuesta para la pregunta «¿cuándo se convierte el retraso irrazonable en una cancelación?» se encuentra en la regulación de retraso de artículo 6 del Reglamento. El artículo 6 del Reglamento ordena sistemáticamente (según las horas de retraso sufrido) los derechos de los pasajeros aéreos. De comida y refrescos (dos horas o más de retraso para vuelos de 1.500 kilómetros o menos) al alojamiento en un hotel (cuando la hora de salida prevista sea como mínimo al día siguiente) e incluso al reembolso del coste íntegro del billete (cinco horas de retraso como mínimo). Estos derechos están previstos también en el Reglamento en caso de cancelación del vuelo.³⁰ Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a una compensación financiera de 250 a 600 EUR no está previsto en el Reglamento en caso de retraso del vuelo. No obstante, el TJUE decidió en su sentencia *Sturgeon* que «los pasajeros de los vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos de la aplicación del derecho a compensación y de que, por lo tanto, pueden invocar el derecho a compensación previsto en el artículo 7 de dicho Reglamento cuando soportan, en relación con el vuelo que sufre el retraso, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas^[31] después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo [...]».³²

Visto el artículo 6 (párrafo 1, iii) del Reglamento en relación con el sentencia *Sturgeon*, podemos decir que cuando se excede del límite de cinco horas de retraso, el pasajero afectado se encuentra *de facto* en la misma situación que un pasajero de un vuelo cancelado. En otras

²⁹Comida, refrescos, alojamiento en un hotel, etc.

³⁰Ver artículos 5, 8 y 9 del Reglamento.

³¹Ver nota a pie 21.

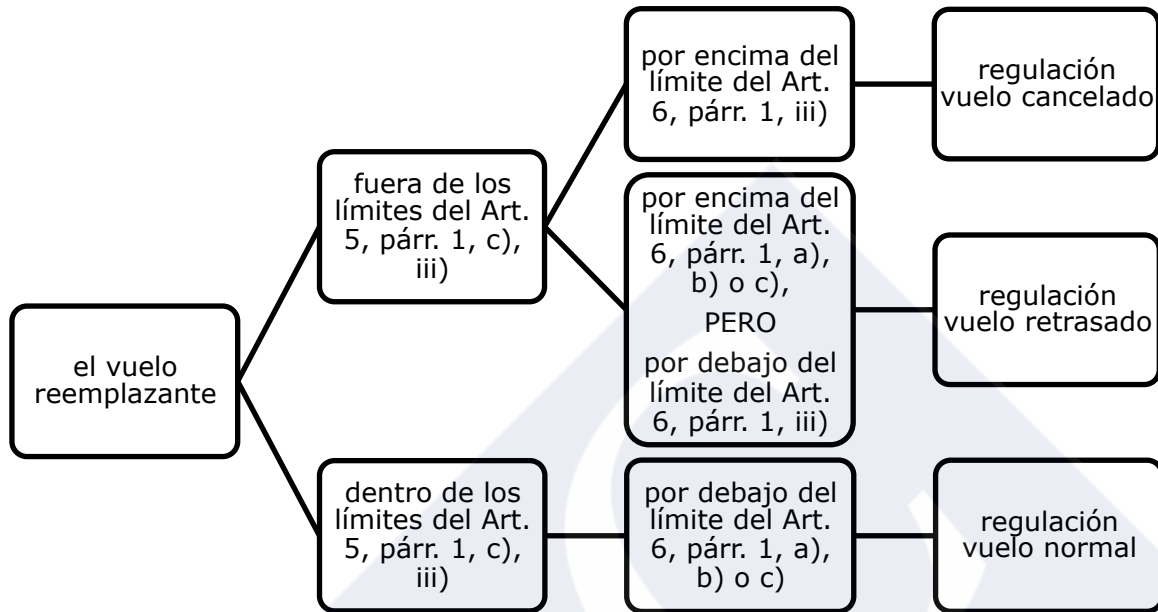
³²Sentencia *Sturgeon*, apartados 40-69.

palabras, cuando el vuelo reemplazante sufre un mínimo de cinco horas de retraso, puede ser equiparado a un vuelo cancelado. Otra vez deducimos que *el modo en que* el contrato de transporte aéreo es *ejecutado* (el 'criterio de la ejecución') es más importante que el 'criterio del itinerario' (que está basado en la programación fijada con antelación por el transportista).

El siguiente cuadro ilustra por qué un pasajero de vuelo reemplazante con cinco horas de retraso puede equipararse a un pasajero de un vuelo cancelado.

	¿Reembolso del coste íntegro del billete?	¿Compensación financiera entre 250 a 600 EUR?
Pasajero de un vuelo cancelado	<p style="text-align: center;">SI</p> <p>Sobre la base de: Artículo 5, párrafo 1, letra a) <i>más</i> Artículo 8, párrafo 1, letra a) del Reglamento</p>	<p style="text-align: center;">SI</p> <p>Sobre la base de: Artículo 5, párrafo 1, letra c) <i>más</i> Artículo 7 del Reglamento</p>
Pasajero de un vuelo reemplazante retrasado un mínimo de cinco horas	<p style="text-align: center;">SI</p> <p>Sobre la base de: Artículo 6, párrafo 1, iii) <i>más</i> Artículo 8, párrafo 1, letra a) del Reglamento</p>	<p style="text-align: center;">SI</p> <p>Sobre la base de: La sentencia Sturgeon</p>

Tres regulaciones: normal, retrasado o cancelado — Un vuelo reemplazante retrasado debe evaluarse en función de los límites mencionados. En primer lugar, se puede verificar si el vuelo reemplazante sale «no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llega [...] a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista» (artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento). Si el vuelo reemplazante se encuentra dentro de estos límites, queda considerado como 'normal'. Cuando el vuelo reemplazante sobrepasa este límite de dos horas de retraso, podemos aplicar, en segundo lugar, la regulación de retraso de artículo 6 del Reglamento. Si el vuelo reemplazante sufre cinco horas como mínimo de retraso, se puede equiparar a un vuelo cancelado. En este último caso y en tercer lugar podemos aplicar la regulación de cancelación de artículo 5 del Reglamento. El esquema siguiente representa este sistema de límites de forma gráfica.



También la hipótesis de que el vuelo reemplazante salga con más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista puede situarse en el esquema. Esta hipótesis está fuera de los límites del artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento y por eso no se considerará un vuelo normal, razonable o ejecutado correctamente. En caso de 'antelación' del vuelo no hay una regulación prevista en el Reglamento que organice sistemáticamente (según las horas de 'antelación' del vuelo) los derechos de los pasajeros aéreos (contrariamente a la regulación de *retraso*: artículo 6 del Reglamento). Consecuentemente, en caso de 'antelación' del vuelo, cuenta solamente con un límite, es decir, el artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento. No hay soluciones intermedias. Cuando la antelación se encuentra dentro de los límites del artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento (el vuelo reemplazante no sale más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista), el vuelo es considerado como 'normal' o *ejecutado* 'normalmente'. Cuando la antelación no se encuentra dentro de los límites del artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento (el vuelo reemplazante sale con una hora de antelación o más con respecto a la hora de salida prevista), podemos aplicar la regulación de cancelación.

4. CRITERIOS

Otros criterios — Reproduciendo de nuevo lo establecido por el TJUE en su sentencia *Sturgeon*, «es posible en principio constatar una cancelación cuando el vuelo inicialmente previsto que se haya visto retrasado se transfiera a otro vuelo, es decir, cuando se abandone la programación del vuelo inicial y sus pasajeros se unan a los de otro vuelo también programado, con independencia del vuelo para el que los pasajeros transferidos hubieran efectuado su reserva.»³³ Las deficiencias

³³Sentencia *Sturgeon*, apartado 36; sentencia *Sousa Rodríguez*, apartado 30.

del criterio adoptado por el Tribunal de 'itinerario' (a base de la programación fijada con antelación por el transportista) ya han sido explicadas. Del párrafo reproducido se pueden extraer otros criterios. Desgraciadamente, éstos tampoco están libres de dificultades.

Otros pasajeros — No hay muchos argumentos para concluir que el vuelo ha sido cancelado solamente a condición de que los pasajeros se unan a los de otro vuelo. La pregunta sobre *cómo se ejecuta* el vuelo reemplazante es de importancia capital. Si los pasajeros son transportados de la manera inicialmente prevista (por ejemplo en clase superior, con comida, sin retraso, etc.), el transporte aéreo está ejecutado correcto, con o sin pasajeros de otro vuelo.

Programado — ¿Qué importa si el vuelo reemplazante fue ya programado o no? ¿Qué importa si el transportista aéreo fleta otro avión no programado o no? Cuando los pasajeros son tratados de la misma manera inicialmente prevista, el vuelo se ha ejecutado correctamente. No hay argumentos para otorgar la compensación financiera entre 250 a 600 EUR, únicamente porque se decidió utilizar un avión reemplazante que no estaba programado, o que fue alquilado en el último momento.

El motivo de regresar — El Tribunal, la Abogada General Sharpston y la Comisión Europea están todos de acuerdo – con razón – en que el motivo por el cual el vuelo regresa es irrelevante para determinar si el mismo ha sido cancelado o no.³⁴ Este motivo solo es pertinente para la compensación económica. «Un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar [la compensación que oscila entre 250 y 600 EUR] si puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables»³⁵. Las otras obligaciones (el reembolso del coste íntegro del billete o la conducción hasta el destino final; comida, refrescos y dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos; y en algunos casos alojamiento con transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento) siguen en vigor invariablemente. Las circunstancias extraordinarias no tienen impacto a las últimas obligaciones mencionadas.

Regresar — Solamente el hecho de que el avión regrese – abandonando la programación/el itinerario inicialmente previstos – no puede ser un criterio autónomo. Hay varias situaciones que permiten ilustrar esto. Por ejemplo, que después de regresar los pasajeros despeguen con un aparato de sustitución y lleguen a tiempo – o con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista. Además, es posible que el avión inicialmente programado pueda llegar a tiempo a la destinación prevista, después de una reparación, por ejemplo saltándose una escala intermedia inicialmente proyectada. En estas hipótesis, el contrato de transporte aéreo ha sido ejecutado. Si el hecho

³⁴Sentencia Sousa Rodríguez, apartado 34; conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON presentadas el 28 de junio de 2011 en la sentencia Sousa Rodríguez, ECLI:EU:C:2011:427, apartado 30.

³⁵Artículo 5, párrafo 3 del Reglamento.

de regresar se configura como un criterio autónomo generaríamos incentivos perversos en los transportistas aéreos.

5. CONCLUSIÓN

Respuesta del Tribunal — El Tribunal de Justicia declara: «el concepto de 'cancelación' [...] debe entenderse en el sentido de que [...] no se refiere exclusivamente al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado en modo alguno, sino que incluye igualmente el supuesto de que el avión haya despegado, pero, cualquiera que sea la razón, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión hayan sido transferidos a otros vuelos.»³⁶

Análisis — Los criterios adoptados por el Tribunal para decidir cuándo un vuelo es 'cancelado' han dado por el momento un resultado correcto, pero sufren ciertas deficiencias. El rodeo innecesario a través del concepto de 'itinerario' es difícil de aplicar en la práctica y poco flexible. La pregunta sobre *cómo* el vuelo es *ejecutado* funciona mejor. Este 'criterio de la ejecución' conserva la libertad judicial del TJUE, hace que las sanciones y derechos sean aplicados de manera correcta, y genera los incentivos adecuados a los transportistas aéreos.

El 'criterio de la ejecución' implica que se puede igualar el vuelo reemplazante (en lo posible) con el vuelo inicialmente previsto. Por eso, si el vuelo reemplazante es ejecutado tal y como había sido previsto el vuelo reemplazado, podemos considerar el vuelo ejecutado correctamente. Cuando el vuelo reemplazante sufre un retraso, se pueden tener en cuenta las tres regulaciones: (1) 'normal', (2) 'retraso' y (3) 'cancelación'. El vuelo reemplazante es considerado 'normal' (1) si el vuelo reemplazante sale con «no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista, y llega [...] a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista»³⁷. Cuando el vuelo reemplazante sobrepasa este límite de dos horas de retraso, podemos aplicar, en segundo lugar, la regulación de 'retraso' (2).³⁸ Si el vuelo reemplazante sufre como mínimo cinco horas de retraso, podemos igualarlo con un vuelo cancelado. En este último caso, podemos aplicar la regulación de 'cancelación' (3).³⁹

En esta sentencia del TJEU, a la familia Pato Rodríguez, a la familia López Sousa y a Sr. Puga Lueiro les concedieron los derechos reconocidos a los pasajeros en caso de cancelación del vuelo porque el regreso al aeropuerto de origen no estaba previsto en el itinerario inicialmente programado. Sería más lógico que se les hubiesen concedido porque los límites de un vuelo normalmente ejecutado – o que se consideró como normal en el Reglamento – fueron sobrepasados. En otras palabras: el vuelo ha sido ejecutado tan mal (cada demandante sufrió un retraso de más de cinco horas) que se puede igualar a un vuelo no ejecutado.

³⁶Sentencia Sousa Rodríguez, parte dispositiva 1.

³⁷Artículo 5, párrafo 1, letra c), iii) del Reglamento.

³⁸Artículo 6 del Reglamento.

³⁹Artículo 5 del Reglamento.

6. BIBLIOGRAFÍA

Reglamento CE 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 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, y se deroga el Reglamento CEE 295/91.

Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-173/07 (Emirates Airlines/Schenkel), ECLI:EU:C:2008:400.

Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2009, asuntos acumulados C-402/07 (Sturgeon y otros/Condor) y C-432/07 (Böck y Lepuschitz/Air France), ECLI:EU:C:2009:716.

Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, asunto C-83/10 (Sousa Rodríguez y otros/Air France), ECLI:EU:C:2011:652.

Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2012, asunto C-581/10 (Nelson/Lufthansa), ECLI:EU:C:2012:657.

Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON presentadas el 2 de julio de 2009 en la sentencia Sturgeon, ECLI:EU:C:2009:416.

Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON presentadas el 28 de junio de 2011 en la sentencia Sousa Rodríguez, ECLI:EU:C:2011:427.

R. VAN DER BRUGGEN, "Vertraagde en geannuleerde vluchten in de Europese luchtvaart: een vlucht doorheen de criteria van het Hof van Justitie", *Droit de la consommation - Consumentenrecht*, 96, 2012.

R. VAN DER BRUGGEN, "European air passenger rights: the concept of "flight"", *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht - Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2014.

R. VAN DER BRUGGEN, "European air passenger rights: delay & cancellation", *European journal of consumer law - Revue européenne de droit de la consommation*, 2015/1, 2015.

Ver también (sentencia Sousa Rodríguez)

K. FANGEROW, "Rodríguez revisited: On material and non-material damages in European air passenger law", *IFTTA Law Review*, 2, 2012.

M. FERNÁNDEZ BENAVIDES, "No cabe denegar la indemnización por cancelación en los supuestos de "reprogramación" de vuelos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2, 2012.

C.-I. GRIGORIEFF, "Case Rodriguez: what is « Further Compensation » under EC Regulation no 261/2004?", *European journal of consumer law - Revue européenne de droit de la consommation*, 2012/1, 2012.

G. POISSONNIER, "Un nouveau pas jurisprudentiel vers une meilleure protection des droits des passagers aériens", *Recueil Le Dalloz*, 7, 2012.

L. SANZ ACOSTA, "La cancelación de vuelo y sus consecuencias conforme a la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011", *Actualidad civil*, 5, 2012.

Ver también (derechos de los pasajeros aéreos)

- M. GILI SALDAÑA y F. GÓMEZ POMAR, "El coste de volar", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2005.
- I. GONZÁLEZ CABRERA, "Retraso, cancelación y denegación de embarque: un análisis comparado de su tratamiento en el derecho de la navegación marítima y aérea", *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, 11, 2013.
- J. P. JANKÖSTER, *Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr*, Mohr Siebeck, 2009.
- J. KARSTEN, "Passengers, consumers, and travellers: The rise of passenger rights in EC transport law and its repercussions for Community consumer law and policy", *Journal of Consumer Policy*, 2, 2007.
- K. LYCZKOWSKA, "Retrasos y cancelaciones de vuelo: Responsabilidad del transportista", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2, 2012.
- F. ROSSI DAL POZZO, *EU legal framework for safeguarding air passenger rights*, Springer, 2015.

*Dedicado a mi madre,
Dolores Rivas*