CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 2 de julio de 2009 [1]

1. En los presentes asuntos acumulados el Bundesgerichtshof (Tribunal supremo federal alemán) y el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo mercantil de Viena, Austria) piden al Tribunal de Justicia que aclare la distinción entre los conceptos de «retraso» y «cancelación» de un vuelo del Reglamento (CE) nº 261/2004 (en lo sucesivo, «Reglamento»). El Handelsgericht Wien también solicita orientación sobre el significado del concepto de «circunstancias extraordinarias» que figura en el artículo 5, apartado 3, de ese Reglamento. [2]

Disposiciones jurídicas relevantes

El Convenio de Montreal [3]

2. El Convenio de Montreal, en el que es parte contratante la Comunidad, moderniza y refunde el Convenio de Varsovia. [4] Se propone entre otros aspectos proteger los intereses de los usuarios en el transporte aéreo internacional y establecer una indemnización equitativa fundada en el principio de restitución. [5]

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento 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) nº 295/91 (DO L 46, p. 1).

3 — Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Montreal, de 28 de mayo de 1999, aprobado en nombre de la Comunidad por la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) (DO L 194, p. 38). El Convenio entró en vigor en cuanto afecta a la Comunidad el 28 de junio de 2004.

4 — Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, 137 Colección de Tratados de la Sociedad de Naciones, volumen 11.

5 — Véanse los considerandos segundo y tercero del preámbulo.

3. El artículo 19 del Convenio de Montreal, titulado «Retraso», dispone:

«El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas.»

El Tratado CE

4. El artículo 3 CE establece:

«1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, [6] la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

[…]

t) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores;

[…]»

Reglamento nº 261/2004

5. El Reglamento contiene los siguientes considerandos:

«[…]

(2) Las denegaciones de embarque y las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos ocasionan graves trastornos y molestias a los pasajeros.

6 — «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, [diversos objetivos, incluido por ejemplo un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible] en el conjunto de la Comunidad.»

[…] […]»

6. El artículo 2, letra l), define «cancelación» a los efectos del Reglamento como la «no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza.» No hay una definición correspondiente del término «retraso».

(12) Asimismo, deben reducirse los trastornos y molestias que ocasiona a los pasajeros la cancelación de un vuelo. A fin de alcanzar este objetivo, debe inducirse a los transportistas aéreos a informar a los pasajeros de las cancelaciones antes de la hora de salida prevista y ofrecerles, además, un transporte alternativo razonable, de modo que los pasajeros puedan optar por otra solución. Los transportistas aéreos deben compensar a los pasajeros si no hacen lo anterior, excepto en el caso de que las cancelaciones se produzcan debido a circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables.

7. El artículo 5, titulado «Cancelación», dispone:

«1. En caso de cancelación de un vuelo:

a) el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá asistencia a los pasajeros afectados conforme al artículo 8, [7] y

[…]

b) el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá asistencia a los pasajeros afectados conforme a la letra a) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 9, [8] así como, en caso de que se les ofrezca un transporte alternativo cuando la salida prevista del nuevo vuelo

(17) Los pasajeros cuyos vuelos tengan un retraso de duración determinada deben recibir atención adecuada y han de tener la posibilidad de cancelar sus vuelos, con reembolso de sus billetes, o de proseguirlo en condiciones satisfactorias.

7 — Véase el punto 10 *infra*.
8 — Véase el punto 11 *infra*.

sea como mínimo al día siguiente de la salida programada del vuelo cancelado, la asistencia especificada en las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 9, y

c) los pasajeros afectados tendrán derecho a una compensación por parte del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo conforme al artículo 7, a menos que:

i) se les informe de la cancelación al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, o

ii) se les informe de la cancelación con una antelación de 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) se les informe de la cancelación 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.

2. Siempre que se informe a los pasajeros de la cancelación, deberá darse una explicación relativa a los posibles transportes alternativos.

3. Un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación conforme al artículo 7 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.

4. La carga de la prueba de haber informado al pasajero de la cancelación del vuelo, así como del momento en que se le ha informado, corresponderá al transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo.»

8. El artículo 6, titulado «Retraso», establece:

«1. Si un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo prevé el retraso de un vuelo con respecto a la hora de salida prevista:

a) de dos horas o más en el caso de todos los vuelos de 1 500 kilómetros o menos, o

b) de 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, o

c) de cuatro horas o más en el caso de todos los vuelos no comprendidos en las letras a) o b),

el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá a los pasajeros la asistencia especificada en:

i) la letra a) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 9, [9] y

ii) las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 9 cuando la hora de salida prevista sea como mínimo al día siguiente a la hora previamente anunciada, y

iii) la letra a) del apartado 1 del artículo 8 cuando el retraso es de cinco horas como mínimo. [10]

2. En cualquier caso, se ofrecerá la asistencia dentro de los límites de tiempo establecidos más arriba con respecto a cada tramo de distancias.»

9. El artículo 7, titulado «Derecho a compensación», dispone:

«1. Cuando se haga referencia al presente artículo, los pasajeros recibirán una compensación por valor de:

a) 250 euros para vuelos de hasta 1 500 kilómetros;

b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1 500 y 3 500 kilómetros;

9 — Véase el punto 11 *infra*.

10 — Véase el punto 10 *infra*.

c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en a) o b).

el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo podrá reducir en un 50 % la compensación prevista en el apartado 1.

La distancia se determinará tomando como base el último destino al que el pasajero llegará con retraso en relación con la hora prevista debido a la denegación de embarque o a la cancelación.

[…]»

2. En caso de que, con arreglo al artículo 8, se ofrezca a los pasajeros la posibilidad de ser conducidos hasta el destino final en un transporte alternativo con una diferencia en la hora de llegada respecto a la prevista para el vuelo inicialmente reservado

10. El artículo 8, titulado «Derecho al reembolso o a un transporte alternativo», establece:

«1. Cuando se haga referencia a este artículo, se ofrecerán a los pasajeros las opciones siguientes:

a) que no sea superior a dos horas, para todos los vuelos de 1500 kilómetros o menos, o

a) — el reembolso en siete días […] del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o partes del viaje efectuadas, si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, junto con, cuando proceda,

b) que no sea superior a tres horas, para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros, o

c) que no sea superior a cuatro horas, para todos los vuelos no comprendidos en a) o en b),

— 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.

[…]»

11. El artículo 9, titulado «Derecho a atención», enumera los tipos de atención a la que tienen derecho los pasajeros:

«1. Cuando se haga referencia a este artículo, se ofrecerá gratuitamente a los pasajeros:

a) comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar;

b) alojamiento en un hotel en los casos:

— en que sea necesario pernoctar una o varias noches, o

— en que sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero;

c) transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros).

2. Además, se ofrecerán a los pasajeros gratuitamente dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos.

3. […]»

Los litigios principales y las cuestiones planteadas

Asunto C-402/07, Sturgeon

12. El Sr. Sturgeon y su esposa reservaron en Condor Flugdienst GmbH (en lo sucesivo, «Condor») para sí y para sus dos hijos un vuelo de ida y vuelta Frankfurt-Toronto. Me referiré al grupo familiar en conjunto como «los Sturgeon».

13. Los Sturgeon debían volver en un vuelo desde Toronto el 9 de julio de 2005 a las 16.20 h. En realidad no salieron hasta el día siguiente En consecuencia llegaron a Frankfurt unas veinticinco horas más tarde de lo previsto, el 11 de julio de 2005 a las 7.00 o 7.15 h.

14. Los Sturgeon manifiestan que el 9 de julio de 2005, hacia las 23.30 h, el capitán del vuelo anunció la cancelación del vuelo y la misma información mostraban los paneles indicadores de salidas. El equipaje ya facturado fue devuelto a los pasajeros, que fueron conducidos para pernoctar a un hotel, al que llegaron hacia las 2.30 h. Al día siguiente los pasajeros tuvieron que presentarse de nuevo al embarque en el mostrador de un diferente transportista aéreo. Les fueron adjudicadas plazas diferentes y tuvieron que pasar de nuevo el control de seguridad. No obstante el número del vuelo de vuelta, realizado con un día de retraso, correspondía al de su reserva.

15. Los Sturgeon alegan que, dadas todas esas circunstancias, en especial el retraso de veinticinco horas, su vuelo no se retrasó sino que fue cancelado y que por ello tienen derecho a una compensación de 600 euros por persona como compensación por la cancelación. [11]

16. Condor mantiene que el vuelo sólo fue retrasado.

17. El Amtsgericht Rüsselsheim consideró que el vuelo se había retrasado y no cancelado. Desestimó por tanto las pretensiones de compensación de los Sturgeon.

18. El recurso de apelación de los demandantes fue desestimado por el Landgericht Darmstadt que no obstante admitió el recurso

11 — Además solicitan el resarcimiento por la pérdida de ingresos, la reserva inutilizada de plazas y billetes de tren. Subsidiariamente, reclaman la devolución del 30 % del precio de sus billetes. Sin embargo ninguna de esas pretensiones es relevante respecto a las cuestiones planteadas.

de casación porque la distinción entre «cancelación» y «retraso» no es clara y sin embargo es fundamental.

19. El Bundesgerichtshof estimó que el resultado del recurso de casación de los Sturgeon dependía de la interpretación del artículo 2, letra l), y en su caso del artículo 5, apartado 1, letra c), del Reglamento. Suspendió en consecuencia el procedimiento y remitió las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Es determinante para la interpretación del concepto de "cancelación" el hecho de que se abandone el programa original de vuelo, con la consecuencia de que un retraso, sea cual fuere su duración, no constituye una cancelación si la compañía aérea no abandona de hecho el programa original de vuelo?

2) En caso de respuesta negativa a la cuestión 1, ¿en qué circunstancias debe considerarse que un retraso del vuelo programado ya no constituye un retraso sino una cancelación? ¿Depende la respuesta a esta cuestión de la duración del retraso?»

Asunto C-432/07, Böck y Lepuschitz

20. El Sr. Stefan Böck y la Sra. Cornelia Lepuschitz reservaron en Air France SA (en lo sucesivo, «Air France») un vuelo de Viena a Ciudad de México. El viaje se dividía en los siguientes trayectos: el 18 de febrero de 2005, de Viena a París y de París a Ciudad de México; el 7 de marzo de 2005, de Cancún a Ciudad de México y de Ciudad de México a París; el 8 de marzo de 2005, de París a Viena.

21. Cuando el Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz se presentaron a embarque en el vuelo AF439 que debía salir de Ciudad de México el 7 de marzo de 2005 a las 21.30 h, fueron informados –antes de que se formalizara el embarque– de que su vuelo había sido cancelado. En respuesta a su petición de un vuelo alternativo se les ofreció plaza en el vuelo con el número CO1725Y de la compañía Continental Airlines (en lo sucesivo, «Continental»), que partió de Ciudad de México el 8 de marzo de 2005 a las 12.20 h.

22. El Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz aceptaron esa oferta. Para obtener el billete tuvieron que solicitar antes una confirmación en la oficina de Air France en la Ciudad de México, que autorizó que recibieran los billetes en el mostrador de Continental. Air France les ofreció alojamiento en un hotel, comida y transporte a y desde el hotel. El Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz llegaron finalmente a Viena veintiuna horas después de la hora de llegada programada.

23. El resto de los pasajeros que hubieran debido viajar el 7 de marzo de 2005 en el vuelo AF439, y que no obtuvieron nuevo billete en el vuelo de Continental, embarcaron en un avión cuyo registro era FGSPV el 8 de marzo de 2005, de Ciudad de México a París. Partió a las 19.35 h con un número de vuelo algo diferente (AF439A); y llegó a París el 9 de marzo de 2005 a las 13.09 h. Este vuelo operó al mismo tiempo que el vuelo regular programado por Air France el 8 de marzo.

24. El Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz pretenden que Air France pague 600 euros a cada uno de ellos como compensación por la cancelación de su vuelo con arreglo al artículo 5, en relación con el artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento.

25. En primera instancia el Bezirksgericht für Handelssachen Wien desestimó la demanda ya que consideró que el vuelo programado el 7 de marzo de 2005 se había retrasado pero no cancelado en el sentido del Reglamento y que en caso de mero retraso no existe derecho a compensación.

26. El Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz recurrieron en apelación ante el Handelsgericht Wien, que decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 5, en relación con los artículos 2, letra l), y 6 del Reglamento (CE) nº 261/2004 […], en el sentido de que una demora de veintidós horas en la hora de salida del vuelo constituye un "retraso" a los efectos del artículo 6?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 2, letra l), del Reglamento (CE) nº 261/2004 en el sentido de que se produce una "cancelación" y no un "retraso" en los casos en que los pasajeros sean transportados significativamente más tarde (veintidós horas después), en un vuelo que opera con un número de vuelo más extenso (el mismo número de vuelo inicial con la adición de la letra "A"), y que sólo transporta a una parte –aunque numerosa– de los pasajeros con reserva de plaza en el vuelo inicial pero también a otros pasajeros sin reserva de plaza en ese vuelo inicial?

En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

3. ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 261/2004 en el sentido de que los problemas técnicos en una aeronave y la consi-

guiente modificación del programa de vuelo constituyen circunstancias extraordinarias (que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables)?»

27. Han presentado observaciones escritas los Sturgeon, el Sr.Böck y la Sra. Lepuschitz, Condor, Air France, los Gobiernos austriaco, francés, griego, italiano, polaco, sueco y del Reino Unido, y la Comisión.

28. En la vista se presentaron observaciones orales en nombre de los Sturgeon, el Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz, Condor, los Gobiernos griego y del Reino Unido y la Comisión.

Sobre la distinción entre «retraso» y «cancelación»

29. En sus dos cuestiones el tribunal remitente en el asunto Sturgeon pide aclaración sobre si, para que haya «cancelación», es esencial que se abandone el programa original de vuelo, y si no lo es, si un retraso puede convertirse en cancelación cuando haya transcurrido cierto tiempo. Mediante las cuestiones primera y segunda del tribunal remitente en el asunto Böck y Lepuschitz ese tribunal pregunta al Tribunal de Justicia si un retraso de veintidós horas sigue siendo un «retraso» en el sentido del artículo 6 del Reglamento, o si dicho retraso, junto con el hecho de transportar a los pasajeros en un vuelo que opera con un diferente número de vuelo y que no transporta a todos los pasajeros con reserva de plaza en el vuelo inicial, puede constituir antes bien una cancelación.

30. Por tanto ambos tribunales remitentes preguntan en esencia cómo distinguir un «retraso» de una «cancelación» en el sentido del artículo 2, letra l), del Reglamento, y si un «retraso» puede ser considerado una «cancelación» en el sentido del Reglamento una vez transcurrido cierto tiempo.

Observaciones previas – antecedentes legislativos del Reglamento

31. En la exposición de motivos de su propuesta original de Reglamento, [12] la Comisión observó en el punto 20 que «la anulación de un vuelo por parte de un operador también significa que éste se niega a prestar el servicio para el que se le ha contratado, salvo en

12 — Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y anulación o gran retraso de los vuelos [COM(2001) 784 final] (en lo sucesivo, «exposición de motivos de la propuesta original de la Comisión»).

circunstancias excepcionales que no les son imputables como, por ejemplo, situaciones de inestabilidad política, condiciones climáticas extremas, un nivel de seguridad física insuficiente y fallos técnicos imprevistos. La anulación de un vuelo en circunstancias normales, debido a motivos comerciales, ocasiona al pasajero molestias y retrasos inaceptables, especialmente cuando no se le ha avisado con antelación.» En el punto 23 manifestó: «aunque los retrasos ocasionan casi tantas molestias y frustración a los pasajeros como las denegaciones de embarque o las anulaciones, la diferencia radica en que el operador es el responsable de la denegación de embarque o la anulación (a menos que sea por razones que no le son imputables), pero no siempre de los retrasos. Otras causas frecuentes son los sistemas de gestión del tráfico aéreo y la limitada capacidad de los aeropuertos. Tal y como señaló en su Comunicación sobre la protección de los pasajeros aéreos, la Comisión considera que, en las actuales circunstancias, no debería obligarse a los operadores a indemnizar a los pasajeros que sufren retrasos.»

32. No es nada fácil discernir la lógica que apoya la distinción que la Comisión trazaba en ese momento. La exposición de motivos expresa en primer lugar que los transportistas aéreos son siempre responsables por las cancelaciones salvo cuando circunstancias excepcionales les exoneran de esa responsabilidad (un principio que después se reflejó en el artículo 5 del Reglamento adoptado en el que las «circunstancias excepcionales» a las que se refería la Comisión pasan a ser denominadas «circunstancias extraordinarias»). [13] La exposición de motivos identificó después diversas circunstancias en las que los transportistas aéreos no son (objetivamente) responsables por los retrasos. Éstas –al igual que las «circunstancias excepcionales» previamente identificadas respecto a las cancelaciones– son circunstancias por las que (objetivamente) los transportistas aéreos no son responsables. Lógicamente se podría esperar que la exposición de motivos prosiguiera proponiendo (tanto para los vuelos cancelados como para los retrasados) que las compañías aéreas no estarían obligadas a pagar una compensación si objetivamente el retraso o la cancelación no les fuera imputable. En lugar de ello la exposición de motivos se limita a la escueta afirmación de que «la Comisión considera que, en las actuales circunstancias, no debería obligarse a los operadores a indemnizar a los pasajeros que sufren retrasos.»

33. La compensación prevista por la Comisión en su propuesta para los casos de cancelación era la misma que para los casos de denegación de embarque, de la que se afirmaba en el punto 11 de la exposición de motivos que estaba fijada en un nivel disuasorio. En el punto 14 el cálculo fue expuesto con mayor precisión: «a fin de disuadir a los operadores de denegar el embarque a todos los pasajeros, independientemente de la clase en que viajen, la Comisión propone que la cuantía fija de la compensación equivalga al doble del importe de la mayoría de las tarifas de clase preferente.»

13 — Véanse los puntos 98 a 101 *infra*.

34. Es posible que la distinción entre «cancelación» y «retraso» en la que pensaba la Comisión en su propuesta no se basara en el efecto para los pasajeros sino en el grado de responsabilidad del operador –la diferencia entre una decisión deliberada de cancelar un vuelo por razones comerciales («cancelación»), que debía desalentarse mediante niveles de compensación disuasorios, y un intento real de llevar a los pasajeros a su destino por tarde que fuera, ante dificultades externas («retraso»), en cuyo caso los operadores sólo estarían obligados a prestar cierto grado de asistencia–. Si fuera así parece haber cierta confusión entre «causa» y «culpa». No es difícil imaginar supuestos en los que un intento real de llevar a los pasajeros a su destino tan pronto como sea posible puede implicar la cancelación del vuelo programado (porque es evidente que éste no podrá en ningún caso salir a tiempo) y asegurarse en ese caso de que los pasajeros podrán salir en otro vuelo. [14] A la inversa, un retraso de un vuelo en el que sólo unos pocos pasajeros tienen reserva puede prolongarse por razones que son en sustancia comerciales, ya que la compañía aérea utilizó el primer avión de sustitución disponible para resolver ante todo el problema de un diferente vuelo, en el que había más pasajeros con reserva. [15] Si el principio que daba soporte a la propuesta de la Comisión hubiera sido «los transportistas aéreos tienen que indemnizar si incurren en culpa pero no en caso contrario», se puede suponer que habría previsto una disposición que tipificara (y sancionara) los retrasos imputables a decisiones comerciales.

35. Sin embargo, no parece que se haya prestado mucha atención a esa distinción durante el proceso legislativo, en particular una vez que los niveles de compensación se redujeron. Es difícil deducir del texto finalmente adoptado criterios para diferenciar «cancelación» y «retraso».

¿Por qué es importante la distinción entre «retraso» y «cancelación»?

36. El artículo 2, letra l, del Reglamento define «cancelación» como «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza». El Reglamento no contiene la definición correspondiente del término «retraso». Tampoco se define «retraso» en los Convenios de Varsovia y de Montreal. El artículo 19 del Convenio de Montreal sólo dispone, en términos bastante generales, que el transportista aéreo será responsable del daño ocasionado por «retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga». Esa frase parece abarcar muchos –si no todos– los casos que se incluyen en el concepto «cancelación de un vuelo», y parece ser mucho más amplia que el «retraso de un vuelo» según el Reglamento.

37. Conforme al Reglamento, no obstante, la distinción entre «retraso» y «cancelación» es importante. El artículo 5 del Reglamento atribuye a los pasajeros cuyo vuelo se haya cancelado el derecho a una compensación

14 — Dado que la cancelación lleva consigo la compensación de los pasajeros conforme al artículo 7 del Reglamento, en este ejemplo se produce el resultado adverso de que es «mejor» para la compañía aérea (pero no para los pasajeros) retrasar «sólo» el vuelo.

15 — Véanse los hechos que originaron la remisión prejudicial en mis conclusiones en el asunto Kramme (C-396/06), expuestos en éstas (disponible en el sito web del Tribunal de Justicia). La remisión se retiró antes de la sentencia.

especificada. El artículo 6 del Reglamento no contiene una disposición equivalente para los retrasos.

38. El Reglamento tiene el apreciable mérito de conceder una compensación automática a los pasajeros cuyos vuelos hayan sido cancelados. Sin embargo, como el Gobierno polaco señala en sus observaciones escritas la distinción que el Reglamento establece entre cancelación y retraso puede llevar a que los pasajeros que se encuentran en situaciones objetivamente similares sean tratados de forma diferente.

39. Ello suscita inevitablemente la cuestión (fundamental) de si el Reglamento vulnera el principio de igualdad de trato.

Incidencia del principio de igualdad de trato

40. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente. [16]

41. La validez de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento a la luz del principio de igualdad de trato fue controvertida en el asunto IATA y ELFAA, pero desde el punto de vista de los transportistas aéreos antes que de los pasajeros.

42. En ese asunto ELFAA alegaba que las compañías aéreas de tarifa reducida a las que representaba sufrían un trato discriminatorio puesto que las medidas previstas en dichos artículos imponen las mismas obligaciones a todos los transportistas aéreos, sin distinción alguna en función de sus políticas de precios y de los servicios ofrecidos. ELFAA afirmaba también que el Derecho comunitario no impone las mismas obligaciones a los demás medios de transportes, y de modo implícito que era discriminatorio individualizar de esa forma al sector del transporte aéreo.

43. El Tribunal de Justicia estimó que la situación de las empresas que operan en los diferentes sectores del transporte no era comparable y que los pasajeros que sufren

16 — Véanse por ejemplo las sentencias de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 95; y de 10 de julio de 2008, Emirates Airlines (C-173/07, Rec. p. I-5237), apartado 39.

una cancelación o un gran retraso en su vuelo se encuentran en una situación objetivamente diferente de la que afrontan los pasajeros de los demás medios de transporte en caso de incidentes de la misma naturaleza. Además los perjuicios que sufren los pasajeros de los transportistas aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos, cualquiera que sea la compañía aérea con la que han contratado y no tienen relación con la política de precios practicada por ésta. [17] El Tribunal de Justicia concluyó que «correspondía al legislador comunitario tratar de forma idéntica a todas las compañías aéreas, so pena de vulnerar el principio de igualdad en relación con la finalidad perseguida por el Reglamento nº 261/2004 de aumentar la protección de todos los pasajeros de los transportistas aéreos». [18]

44. En la sentencia IATA y ELFAA, el Tribunal de Justicia confirmó expresamente que el objetivo principal del Reglamento era reforzar la protección de todos los pasajeros aéreos. En realidad esa afirmación es el fundamento del análisis y la refutación por el Tribunal de Justicia de las alegaciones de ELFAA. Ésta mantenía que el transporte aéreo y las demás formas de transporte son comparables. El Tribunal de Justicia estimó que no lo son para los pasajeros que se encuentran ante una cancelación o un gran retraso. ELFAA alegó que las compañías aéreas de vuelos regulares y las de tarifas reducidas no son comparables. El Tribunal de Justicia afirmó que lo son para los pasajeros que se encuentran ante una cancelación o un gran retraso. En suma, ELFAA pedía al Tribunal de Justicia que examinara el Reglamento desde el punto de vista de las compañías aéreas. El Tribunal de Justicia refutó ese criterio y examinó la alegación de ELFAA (y el Reglamento) desde *la perspectiva de los pasajeros*.

45. También merece atención el hecho de que a lo largo de su análisis el Tribunal de Justicia consideró a los pasajeros cuyos vuelos se cancelan y a los pasajeros cuyos vuelos sufren un gran retraso como parte de una *sola categoría*.

46. Como el Tribunal de Justicia manifestó en la sentencia Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, «la vulneración del principio de igualdad de trato a causa de un trato diferente implica que las situaciones en cuestión son comparables, habida cuenta del conjunto de elementos que las caracterizan». Esos elementos y, de este modo, su carácter comparable, «deben apreciarse, en particular, *a la luz del objeto y la finalidad del acto comunitario* que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión». [19]

17 — Acerca de la naturaleza del daño el Tribunal de Justicia estimó en el apartado 43 que todo retraso en el transporte aéreo de pasajeros, y especialmente si es importante, puede ocasionar, con carácter general, dos tipos de daño. Por una parte, un retraso demasiado grande ocasionará perjuicios prácticamente idénticos para todos los pasajeros, cuya reparación puede adoptar la forma de una asistencia o de una atención, estandarizadas e inmediatas, a todos los interesados mediante, por ejemplo, el ofrecimiento de refrescos, comidas, alojamiento y llamadas telefónicas. Por otra parte, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales, inherentes al motivo de su desplazamiento, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados, y sólo puede, en consecuencia, ser objeto de una indemnización *a posteriori* e individualizada.

18 — Sentencia IATA y ELFAA, apartados 94 a 98; véase también la sentencia Emirates Airlines, apartado 35.

19 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, Rec. p. I-9895), apartados 25 y 26 (la cursiva es mía), con referencia a las sentencias de 27 de octubre de 1971, Rheinmühlen Dusseldorf (6/71, Rec. p. 823), apartado 14; de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 8; de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo (C-280/93, Rec. p. I-4973), apartado 74, así como de 10 de marzo de 1998, T. Port (C-364/95 y C-365/95, Rec. p. I-1023), apartado 83.

47. En la sentencia IATA y ELFAA el Tribunal de Justicia afirmó inequívocamente que la finalidad de los artículos 5 (cancelación) y 6 (retraso) del Reglamento se desprende con toda claridad de los considerandos primero y segundo del Reglamento, según los cuales la actuación de la Comunidad en el ámbito del transporte aéreo debe tener como objetivo, entre otros, garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros y tomar en consideración los requisitos de protección de los consumidores en general, ya que las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos ocasionan graves molestias a los pasajeros. [20]

48. Así pues en la sentencia IATA y ELFAA el Tribunal de Justicia identificó claramente la protección de los pasajeros como el «objetivo inmediato» o el «objetivo directo, expuesto explícitamente por el legislador comunitario», sin dejar de reconocer que el Reglamento puede contener implícitamente otros objetivos secundarios (como el de reducir, de antemano, el número de cancelaciones y de grandes retrasos en los vuelos). [21]

49. Ese criterio reposa en el hecho de que, como observó el Tribunal de Justicia, el alcance de las diferentes medidas elegidas por el legislador comunitario «varía según la importancia de los daños sufridos por los pasajeros, que es apreciada en función ya sea de la duración del retraso y del tiempo de espera del siguiente vuelo, ya sea del plazo empleado en informar a los pasajeros de la cancelación del vuelo». [22] Aunque el punto de referencia utilizado para calcular el tiempo sea diferente, tanto en lo que respecta a la cancelación como al gran retraso, la importancia del daño se evalúa mediante referencia al transcurso del tiempo.

50. El aumento de la protección del usuario es además una de las actuaciones expresamente mencionadas en el artículo 3 CE, apartado 1, letra t), que la Comunidad debe proseguir para alcanzar los fines generales enunciados en el artículo 2 CE. [23]

51. No obstante, con independencia de la gravedad de las molestias causadas, el Reglamento establece que la cancelación de un vuelo genera automáticamente un derecho a compensación (conforme al artículo 7) en tanto que el retraso nunca lo genera. Como la resolución de remisión en el asunto Sturgeon apunta y la Comisión señaló en la vista, el Reglamento parece por tanto basarse en la presunción de que una cancelación causa

20 — Sentencias IATA y ELFAA, citada en la nota 16 (apartado 69); de 22 de diciembre de 2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, Rec. p. I-11061), apartado 18. El segundo considerando del Reglamento habla en una sola frase de «las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos», sin distinguir entre ambos.

21 — Sentencia IATA y ELFAA, citada en la nota 16 (apartados 82 y 83), y conclusiones del Abogado General Geelhoed (puntos 121 y 122).

22 — Sentencia IATA y ELFAA, citada en la nota 16 (apartado 85).

23 — Véanse también las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto IATA y ELFAA, citado en la nota 16, puntos 117 a 119, en los que el Abogado General se refiere al artículo 153 CE, apartado 2 (que exige que el legislador comunitario tenga en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores en el marco de otras políticas) y al artículo 95 CE, apartado 3 (que exige un nivel elevado de protección de los consumidores) y concluye que la protección de los consumidores es indudablemente un objetivo legítimo expresamente previsto en el Tratado.

necesariamente más molestias a los pasajeros y por tanto merece una forma de protección superior al «mero» retraso. [24]

52. Es totalmente incierto a mi entender por qué debe ser así. De hecho la Comisión reconoce eso mismo en sus observaciones escritas, al admitir que las cancelaciones no siempre causan en realidad más molestias que los retrasos.

53. Supóngase que el pasajero A y el pasajero B han reservado ambos plaza en vuelos de Bruselas a Nueva York con diferentes transportistas aéreos, que salen los dos a las 08.30 h. Cuando el pasajero A llega al aeropuerto se le informa de que su vuelo ha sido cancelado. Se le ofrece plaza en otro vuelo a Nueva York que sale un día después a las 08.30 h. Al llegar el pasajero B al aeropuerto se le informa de que su vuelo ha sido retrasado. Finalmente su vuelo despega a la misma hora que el nuevo vuelo del pasajero A, es decir un día después del tiempo de salida programado. El pasajero A y el pasajero B llegan ambos a Nueva York al mismo tiempo. Los dos pasajeros están efectivamente en idénticas situaciones. No obstante sólo el pasajero A tiene derecho a compensación automática en virtud del Reglamento.

54. La distinción entre cancelación y retraso según existe actualmente en el Reglamento parece por tanto estar en conflicto con su finalidad.

55. Ello resulta aún más claro si se considera que el Reglamento puede originar el resultado (absurdo) de que sea posible denegar compensación automática a los pasajeros que han sufrido mayores molestias a la vez que pueda concederse ésa a quienes han sufrido menores molestias. Supongamos que los mismos pasajeros A y B (que evidentemente viajan con frecuencia) hayan reservado ambos plaza en vuelos de Bruselas a Nueva York con diferentes transportistas aéreos, que salen los dos a las 10.30 h. Cuando el pasajero A llega al aeropuerto se entera de que su vuelo ha sido cancelado. Sin embargo el transportista aéreo propone inmediatamente un vuelo alternativo con un diferente transportista que partirá a las 11.00 h. Cuando el pasajero B llega al aeropuerto es informado de que su vuelo ha sido retrasado. Su vuelo despega finalmente a las 22.30 h, o sea doce horas después del tiempo de salida programado. Es obvio que el pasajero B ha sufrido la mayor molestia.

56. El pasajero A (que apenas ha sido afectado) podrá reclamar compensación en virtud de los artículos 5, apartado 1, letra c), y 7 del Reglamento. El pasajero B sólo habrá podido reclamar comidas y refrescos a medida que pasa el tiempo; [25] un par de llamadas

24 — Compárense los considerandos 12 (cancelación) y 17 (retraso) del preámbulo del Reglamento. Las diferentes soluciones que ambos proponen contradicen directamente el segundo considerando que reconoce que «las denegaciones de embarque y las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos» ocasionan «graves trastornos y molestias a los pasajeros.»

25 — Artículo 6, apartado 1, letra c), inciso i), que remite al artículo 9, apartado 1, letra a). Dado que el vuelo de mi ejemplo es transatlántico el pasajero B tendrá que esperar cuatro horas antes de obtener cualquier «derecho de atención» conforme al artículo 9.

telefónicas gratuitas (télex o mensajes de fax, o correos electrónicos); [26] y más tarde (cinco horas después) el derecho a optar por el reembolso si la espera ya no parece merecer la pena. [27] Por valioso que sin duda es el derecho a atención, apenas es equivalente a la compensación que percibirá el pasajero A.

57. En la exposición de motivos de su propuesta de reglamento, a partir del presupuesto de que la medida se proponía reforzar la protección del pasajero, la Comisión ofrecía el siguiente comentario sobre la distinción entre cancelación y retraso: «aunque los retrasos ocasionan casi tantas molestias y frustración a los pasajeros como las denegaciones de embarque o las anulaciones, la diferencia radica en que el operador es el responsable de la denegación de embarque o la anulación (a menos que sea por razones que no le son imputables), pero no siempre de los retrasos». [28]

26 — Idem, con remisión al artículo 9, apartado 2.

27 — Artículo 6, apartado 1, letra c), inciso iii), que remite al artículo 8, apartado 1, letra a).

28 — Exposición de motivos de la propuesta original de la Comisión, citada en la nota 12, punto 23.

58. Esa explicación no resiste el examen.

59. La Comisión reconoce expresamente que las molestias sufridas por los pasajeros son similares, esté su vuelo sujeto a un gran retraso o a cancelación. Si eso es cierto (y parece que lo es realmente) se podría esperar que las dos categorías de pasajeros fueran tratadas de igual forma, porque ambas necesitan y merecen protección por igual (pero no son tratadas así). La Comisión afirma entonces que la diferencia entre cancelación y retraso (e implícitamente al menos la justificación de la diferencia de trato) es que el operador siempre es responsable por las cancelaciones (excepto cuando no lo es); y que no siempre es responsable por los retrasos (excepto, presumiblemente, cuando lo es). Es esa una distinción donde no hay una diferencia.

60. Me parece que la lógica que la sustenta (a partir siempre del presupuesto de la protección reforzada del usuario), tuvo que ser que cuando el operador *no es responsable* por las molestias (sean causadas por la cancelación o un gran retraso) no debe estar obligado a pagar una compensación; y que, a la inversa, cuando *es* responsable, tiene que pagarla. Dicho de otra manera el criterio para la compensación no es la causación sino la culpa (definida con amplitud) del operador.

61. Si eso es cierto, deja sin explicar por qué los pasajeros que sufren las molestias de una cancelación y los que sufren las de un gran retraso son tratados de forma diferente. El operador puede ser (o no) responsable tanto por el gran retraso como por la cancelación. Sin embargo la diferencia de trato conforme al Reglamento no depende de la culpa por parte del operador. Sólo depende de que lo sucedido se clasifique como retraso o cancelación. En los *travaux préparatoires* no puede encontrarse otra explicación, que sea objetiva.

62. La diferencia de trato parece por tanto vulnerar el principio de igualdad de trato.

63. Ello se corrobora por el hecho de que en la sentencia IATA y ELFAA el Tribunal de Justicia afirmó clara e inequívocamente que la protección del consumidor es el objetivo principal del Reglamento. Visto desde la perspectiva de los pasajeros, las personas en una situación comparable son tratadas de forma diferente, en beneficio de una categoría (los pasajeros cuyos vuelos son cancelados) y en perjuicio de la otra categoría (los pasajeros cuyos vuelos sufren un gran retraso).

64. También parece, al menos a primera vista, que el objetivo principal del Reglamento (la protección reforzada del consumidor) podría lograrse con medidas que respetaran el principio de igualdad. Incumbe desde luego al legislador comunitario examinar y decidir acerca de tales medidas. [29]

65. En el presente procedimiento, excepto una breve mención del Gobierno polaco, no se ha expuesto ante el Tribunal de Justicia ninguna observación sobre la posible incidencia del principio de igualdad de trato en las cuestiones planteadas. Por tanto no se ha abordado en absoluto de forma adecuada la posibilidad de que un examen de la distinción entre retraso y cancelación lleve a la conclusión de que la regulación de esos dos conceptos en el Reglamento vulnera ese principio fundamental de Derecho comunitario. Soy consciente de que caben argumentos en sentido contrario que no he llegado a identificar. Tanto las instituciones como los Estados miembros deben tener la oportunidad de comentar el análisis que he expuesto y de presentar argumentos sobre la justificación objetiva.

29 — Sólo a modo de ejemplo: podría limitarse la compensación automática a los casos de cancelación sin ofrecer vuelo alternativo en un plazo determinado (por ejemplo, dos horas), a la vez que establecer la compensación automática en caso de un retraso superior al mismo plazo de tiempo. En caso de cancelación (como ocurre actualmente) el transportista aéreo no estaría obligado a pagar una compensación económica si pudiera demostrar que el retraso o la cancelación fueron causados por circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Sería precisa una disposición equivalente para los retrasos de los que el transportista pudiera demostrar que no es responsable. Si fuera necesario y apropiado el plazo elegido podría variar según la distancia del vuelo (como actualmente según los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 2, del Reglamento). Una solución como esa se ajustaría a mi parecer a los requisitos de proporcionalidad (expresamente invocada en la sentencia IATA y ELFAA, citada en la nota 16, apartado 79).

66. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia que ordene la reapertura de la fase oral del procedimiento e inste la presentación de observaciones sobre esta cuestión por los Estados miembros, la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo.

67. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no asintiera a esta propuesta presento las siguientes observaciones sobre si es posible interpretar el Reglamento de conformidad con el principio de igualdad de trato. [30]

Indicaciones de que un vuelo ha sido cancelado

68. Algunos factores que se han mencionado ante el Tribunal de Justicia y en la jurisprudencia y la doctrina jurídica nacionales [31] como posibles indicaciones de que un vuelo ha sido cancelado incluyen: el cambio de transportista aéreo, el cambio de aeronave, el cambio de número del vuelo, el cambio de aeropuerto de salida o de llegada, la devolución de los equipajes a los pasajeros, la nueva presentación a embarque de los pasajeros, la asignación de nuevas plazas, el embarque de todos los pasajeros en uno o varios aviones distintos, la emisión de nuevas tarjetas de embarque y el hecho de que el vuelo se describa como «cancelado» por el piloto (o por otro dependiente del transportista) o en la pantalla de salidas.

69. El sentido común sugiere que todos esos factores pueden ser indicaciones de que un vuelo ha sido cancelado en lugar de sólo retrasado. Cuantos más factores concurran más probable se hace que haya existido en realidad una cancelación. Por igual criterio no pienso que ningún factor singular sea decisivo.

70. Por ejemplo, retirar de funcionamiento una aeronave no lleva automáticamente a la cancelación del vuelo al que estaba asignada. El vuelo aún puede salir si se pone en servicio una aeronave de sustitución. [32] Me parece irrelevante que los pasajeros sean embarcados en una sola aeronave de sustitución o distribuidos entre varias aeronaves de sustitución. [33]

71. Similar análisis puede aplicarse a la mayoría de los demás factores expuestos. Forman parte corriente del viaje en avión. Pueden presentarse en el contexto de un vuelo

30 — Cuando es necesario interpretar una norma de Derecho comunitario derivado debe darse preferencia, en la medida de lo posible, a la interpretación que mejor se adecue a las disposiciones del Tratado CE y a los principios generales del Derecho comunitario. Véase por ejemplo la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Rec. p. I-4951), apartado 174, y la jurisprudencia citada.

31 — Véase por ejemplo R. Schmid, «Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis – Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004» (2006) *NJW* 26, p. 1843; E. Gaedtke, «Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004», (2007) *Verbraucher und Recht*, pp. 203 y 204; B. Wagner, «Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004», (2006) *VuR*, pp. 338 y 339; y la jurisprudencia citada en esos artículos.

32 — Véanse mis conclusiones en el asunto Kramme, citado en la nota 15 (punto 39).

33 — Un factor mencionado en la resolución de remisión del asunto Böck y Lepuschitz.

que por lo demás sea normal (no necesariamente incluso en un vuelo retrasado).

72. La Comisión, con el apoyo en la vista de los representantes del Sr. Böck y de la Sra. Lepuschitz, de Condor, y del Gobierno griego, sugiere en sus observaciones escritas que un cambio del número del vuelo [34] es una sólida indicación de que se ha cancelado un vuelo. [35] Estoy de acuerdo.

73. Dicho eso, un nuevo número de vuelo no es una orientación infalible para diferenciar un vuelo retrasado y un vuelo cancelado. Puede ser necesario cambiar el número de vuelo por razones puramente técnicas fuera del control del transportista aéreo, incluso si ninguno de los demás parámetros del vuelo cambian. [36] En esas circunstancias el cambio del número de vuelo no puede ser prueba decisiva de una cancelación. A la inversa, el mantenimiento del número de vuelo original no necesariamente indica que un vuelo no ha sido cancelado.

74. Lo mismo es cierto respecto a las manifestaciones del personal del transportista aéreo o del aeropuerto de que el vuelo ha sido cancelado. No es difícil imaginar interminables disputas ante el tribunal nacional acerca de si el agobiado miembro del personal que dijo que el vuelo estaba cancelado a un pasajero de un grupo que se empujaba en espera de atención en un mostrador desbordado de público estaba autorizado para afirmarlo (o si el miembro del personal y el pasajero compartían en realidad una lengua común en grado suficiente para que tuviera sentido inequívoco lo que se dijera, fuera lo que fuere). Un aviso del piloto o la lista oficial en la pantalla de salidas puede tener más peso pero no es necesariamente decisivo.

75. Dado que ninguno de los factores citados puede ser determinante por sí solo los tribunales nacionales tienen que valorar la importancia de cada uno de ellos, cuando se presentan unidos, en cada caso singular. Ello puede llevar a problemas importantes en relación con la seguridad jurídica. [37]

76. También es evidente que los propios transportistas aéreos tienen una influencia

34 — También mencionados como un factor en la resolución de remisión del asunto Böck y Lepuschitz.

35 — En su documento de información sobre el Reglamento, la Comisión manifiesta igualmente que, en su opinión, un vuelo «puede considerarse cancelado, en general, cuando cambia el número del vuelo en la misma ruta para la que el pasajero tenía un contrato con una fecha y hora específicas programadas»: Documento de información de la Dirección General de Energía y Transportes: respuestas a preguntas sobre la aplicación del Reglamento nº 261/2004, p. 3, disponible en http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf.

36 — Por ejemplo, en una ruta en la que un transportista aéreo de vuelos regulares ofrece un servicio diario es muy probable que el vuelo del lunes y el del martes tengan el mismo número de vuelo. Si es así y si el vuelo del lunes se retrasara 24 horas, sería forzoso cambiar su número de vuelo para evitar la posible confusión en las instrucciones del control de tráfico aéreo, ya que el piloto del vuelo del lunes y el piloto del vuelo del martes se estarían preparando para la salida, solicitando un tiempo de despegue, permiso de circulación en la pista (etc.) al mismo tiempo, o casi.

37 — Véanse los puntos 89 y 90 *infra*.

significativa en varios de los factores que pueden servir para diferenciar el retraso de la cancelación. Sirve al interés económico de esos transportistas tomar medidas para conseguir que un incidente se clasifique como retraso antes que como cancelación, por larga que sea la demora, y rebatir (siempre que sea posible) las alegaciones de los pasajeros de que el vuelo fue realmente cancelado. [38]

El tiempo como un factor para identificar la cancelación

77. A diferencia de los factores antes enumerados el paso del tiempo no se presta a manipulación. [39] ¿Puede un retraso «excesivamente largo» convertirse en una cancelación *de facto,* que origine el derecho a compensación conforme al artículo 5, apartado 1, letra c), del Reglamento?

78. Los Sturgeon, el Sr. Böck y la Sra. Lepuschitz, los Gobiernos austriaco, francés, griego, italiano, polaco y sueco, y la Comisión opinan que, una vez transcurrido cierto tiempo, un retraso puede calificarse como una cancelación. El Gobierno del Reino Unido considera sin embargo que sólo el legislador comunitario puede establecer válidamente que el tiempo transcurrido es un medio para diferenciar ambos hechos. Condor alega que el artículo 19 del Convenio de Montreal atribuye a los pasajeros derecho a indemnización si su vuelo se retrasa. Las consideraciones sobre la protección de los pasajeros no exigen por tanto que un gran retraso sea interpretado como una cancelación en el sentido del artículo 5 del Reglamento.

79. Puedo examinar con brevedad esa última alegación. El Convenio de Montreal es ciertamente aplicable en la Comunidad. Prevé una compensación basada en el principio de reparación. En un determinado caso esa compensación puede ser más ventajosa para un pasajero singular que la compensación automática a tanto alzado por cancelación del vuelo, sin prueba de daño real, prevista por el artículo 7, apartado 1, del Reglamento. El

38 — En un informe sobre la incidencia práctica del Reglamento, la Comisión señaló la preocupación de que haya compañías aéreas que clasifiquen de largo retraso las cancelaciones de vuelos con el fin de evitar las solicitudes de compensación económica, aunque no pudo hallar una clara demostración estadística de tal práctica (un descenso de las cancelaciones con el consiguiente aumento de los retrasos): véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento 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, punto 4.1.2. Las presentes remisiones prejudiciales acreditan el potencial problema.

39 — Compárese con la aguda observación de Screwtape (un diablo mayor que enseña a su sobrino el arte de la tentación) de que los seres humanos siempre pretenden poseer «su» tiempo: «Los humanos siempre están afirmando reivindicaciones de propiedad que resultan igualmente cómicas en el cielo y en el infierno» (C.S. Lewis, *The Screwtape Letters* (1942), pp. 112 y 113).

régimen conforme al Reglamento es diferente, y complementario, del sistema con arreglo al artículo 19 del Convenio de Montreal. [40] Los pasajeros cuyo vuelo haya sido cancelado perciben una compensación conforme al artículo 7, apartado 1, del Reglamento «sin necesidad de que […] deban padecer los inconvenientes inherentes a la reclamación de indemnizaciones por vía judicial». [41] Si un gran retraso y una cancelación causan similares molestias a los pasajeros, la protección de éstos indica que unos y otros deben beneficiarse de forma parecida de un sistema cómodo de compensación automática a tanto alzado. Ello basta para rebatir la alegación de Condor.

80. ¿Y la alegación principal de que pasado cierto tiempo el retraso se convierte en cancelación *de facto?*

81. Como cuestión de sentido común el tiempo es obviamente un factor para identificar si un vuelo se ha cancelado. Si concurren varios de los factores antes enumerados y/o el vuelo se ha retrasado durante un tiempo excesivo, existe una indicación muy firme de que el vuelo se ha cancelado de hecho.

82. Además, como la Comisión observó en la vista, cuando un pasajero reserva plaza en un vuelo hay un contrato tácito con el transportista aéreo para el transporte en un momento determinado entre dos lugares. Si el momento de salida del vuelo se demora excesivamente es difícil mantener que el vuelo es aún el «vuelo previamente programado». [42] Así, por ejemplo, si un vuelo regular sale diariamente a la misma hora, en circunstancias normales el hecho de que ese vuelo aún no haya despegado tras la salida del vuelo del día siguiente es una indicación firme de que el primer vuelo ha sido cancelado. [43]

83. A falta de toda definición el término «retraso» debe interpretarse a la luz de las disposiciones del Reglamento en conjunto y de sus objetivos. [44] Considerar el paso del tiempo como un importante factor para identificar una cancelación reforzaría con claridad el objetivo del Reglamento de aumentar la protección del pasajero. No obstante hay dos dificultades respecto a ese criterio. En primer lugar, ¿qué significa «retraso excesivo»? En segundo lugar, ¿es permisible interpretar el Reglamento de tal forma que califique el retraso excesivo como una cancelación *de facto?*

40 — El artículo 12, apartado 1, del Reglamento pone de manifiesto que la compensación a tanto alzado del artículo 7, apartado 1, no pretende sustituir la compensación en virtud del Convenio de Montreal.

41 — Véase la sentencia IATA y ELFAA, citada en la nota 16, apartado 45, en el que el Tribunal de Justicia expuso la diferencia entre el sistema del Convenio de Montreal y el derecho automático a asistencia en relación con el retraso conforme al artículo 6 del Reglamento.

42 — Véase la definición de «cancelación» en el artículo 2, letra l), del Reglamento.

43 — No sugiero que, cuando un vuelo funciona una vez por semana, la aplicación de esa orientación signifique que la compensación por cancelación sólo podría reclamarse después del despegue del vuelo de la semana siguiente.

44 — Véase por analogía la sentencia Emirates Airlines, citada en la nota 16, apartados 27 y 28.

¿Cuándo es «excesivo» un retraso?

84. La Comisión señala acertadamente que el Reglamento no contiene base para identificar cualquier momento temporal pasado el cual un retraso puede calificarse como una cancelación. El Reglamento deja claro que un retraso puede durar más de cinco horas [artículo 6, apartado 1, inciso iii)] y que puede prolongarse al menos hasta el día siguiente, y tal vez más [artículo 6, apartado 1, inciso ii) en relación con el artículo 9, apartado 1, letra b), primer guión].

85. El Gobierno francés observa que el Reglamento contiene varios elementos que pueden servir como indicadores. Conforme al artículo 6, apartado 1, del Reglamento el período de tiempo que hace exigible la obligación de ofrecer formas determinadas de asistencia varía según la distancia cubierta por el vuelo; dos horas o más en el caso de vuelos de 1500 kilómetros o menos; [45] tres horas o más en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y de todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; [46] y cuatro horas o más en el caso de todos los demás vuelos. [47] Así pues el legislador comunitario ha dispuesto que el derecho a atención dependa de la distancia del vuelo –los pasajeros que viajan más lejos tienen que esperar más tiempo para tener derecho a atención–. [48]

86. En la apreciación de cuándo llega a ser «excesivo» un retraso, y por tanto clasificable como una cancelación, se podrían tener en cuenta los diferentes períodos de tiempo indicados en esas disposiciones. Sin embargo, para que un retraso sea «excesivo» tendría que ser necesariamente más prolongado que cada una de esos períodos de referencia. Entonces la cuestión sería: ¿cuánto más prolongado?

87. Me parece imposible identificar con un grado de precisión aceptable qué período de tiempo exacto debe transcurrir para que un retraso llegue a ser «excesivo».

88. Por tanto correspondería al tribunal nacional en cada supuesto singular valorar los hechos y alcanzar un criterio –basado en alguna conjunción de la tradición jurídica nacional, el buen sentido e intuición antes que en una norma jurídica comunitaria precisa– acerca de si el retraso en ese caso ha sido «excesivo» y debe por tanto considerarse

45 — Letra a).

46 — Letra b).

47 — Letra c).

48 — Véase, de modo similar, el artículo 7, apartado 2, y por analogía el artículo 5, apartado 1, letra c), incisos ii) y iii), del Reglamento. Los considerandos del Reglamento no ofrecen explicación del escalonamiento del derecho a atención, que puede deberse más a una valoración pragmática de la carga económica razonable que cabe imponer a los transportistas aéreos (dado que se conocen las pautas de retraso de los vuelos de corto, medio y largo trayecto) que a cualquier lógica profunda sobre las necesidades relativas de los pasajeros.

como una cancelación de facto. La jurisprudencia existente sugiere que los tribunales nacionales divergen en grado elevado sobre si debe considerarse el tiempo al decidir si se ha producido una cancelación, y si debe hacerse, en qué medida. [49] Aparte de confirmar que el tiempo puede ser un importante factor al identificar una cancelación, y que la distancia programada del vuelo debe tenerse en cuenta al apreciar si un retraso ha llegado a ser excesivo, el Tribunal de Justicia puede ofrecer escasa orientación concreta y útil a los tribunales nacionales.

89. La variabilidad consiguiente de los resultados probablemente entre en conflicto con el principio de seguridad jurídica.

90. Según jurisprudencia reiterada, el principio de seguridad jurídica –que es uno de los principios generales del Derecho comunitario– exige, en particular, que las normas jurídicas sean claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos, en especial, cuando pueden tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas. [50] Así pues los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y por esta razón deben ser respetados por las instituciones comunitarias. [51] Es ciertamente importante que los pasajeros y los transportistas aéreos conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones. Si se atribuye a los tribunales nacionales la decisión sobre cuándo un retraso es «excesivo» habrá poca claridad, precisión o previsibilidad del resultado para cada una de las partes.

¿Es permisible considerar un retraso como una cancelación de facto?

91. Si fuera posible identificar un momento temporal preciso en el que el retraso llega a ser excesivo o bien elaborar un conjunto de criterios que pudieran servir como orientación efectiva para los tribunales nacionales, la respuesta a esa pregunta exigiría elegir entre una consideración muy teleológica de la protección del consumidor y el texto simple y literal del Reglamento.

92. En el presente asunto me parece que la elección que debe hacerse es más sencilla.

49 — Véase por ejemplo la jurisprudencia mencionada en las obras citadas en la nota 31.

50 — Véase la sentencia de 18 de diciembre de 2008, Altun (C-337/07, Rec. p. I-10323), apartado 60 y la jurisprudencia citada. Sobre ese principio y el de protección de la confianza legítima véase por ejemplo S. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (2000).

51 — Sentencia de 19 de marzo de 2009, Mitsui & Co. Deutschland (C-256/07, Rec. p. I-1951), apartado 31 y la jurisprudencia citada.

93. Cualquier límite numérico relativo a la adquisición de un derecho delimita dos grupos –los afortunados y los desgraciados– y al establecer ese límite el legislador ha de tener cuidado para no infringir el principio de igualdad de trato. El legislador tiene la potestad de elegir una cantidad y defenderla después como objetivamente justificable en el caso de que su elección sea impugnada por infringir ese principio. La selección efectiva de esa cantidad mágica es una prerrogativa del legislador. En la medida en que *cualquier* cantidad es fruto del arbitrio su carácter libre está amparado por esa prerrogativa (el margen de discrecionalidad legislativa).

94. Así pues el legislador comunitario puede elegir un plazo determinado (23 horas y media, 24 horas, 25 horas o 48 horas, el que sea) que da lugar al derecho a compensación. No lo puede hacer el Tribunal de Justicia. Cualquier cifra que se decidiera fijar implicaría hacer decir al Reglamento algo que éste claramente no expresa y sería una usurpación judicial de la prerrogativa legislativa.

95. Con carácter más fundamental, *cualquiera que fuera el límite elegido,* con arreglo a la actual estructura del Reglamento todos los pasajeros de vuelos cancelados continuarían teniendo derecho automático a una compensación en tanto que sólo los pasajeros de vuelos retrasados en exceso (como quiera que eligiera definir ese concepto el Tribunal de Justicia) tendrían dicho derecho. Algunos pasajeros que habrían sufrido sólo molestias menores seguirían obteniendo una compensación automática a la vez que otros que habrían sufrido molestias mucho mayores seguirían sin indemnización. [52]

Conclusión sobre las cuestiones relativas al retraso y a la cancelación

96. Me parece que, al intentar evitar Escila (la manifiesta discriminación en perjuicio de los pasajeros cuyos vuelos se retrasan en exceso en comparación con los pasajeros que obtienen una compensación automática por su vuelo cancelado) se tropieza inmediatamente en Caribdis (la inseguridad jurídica). Además, las dificultades subyacentes que antes he advertido en relación con el principio de igualdad de trato no se resuelven por desgracia con la adopción de un criterio teleológico sobre el concepto de «retraso excesivo». Creo que esas dificultades son inherentes a la estructura del Reglamento en su actual redacción.

52 — Véanse los ejemplos presentados en los puntos 53, 55 y 56 *supra*.

97. Dado que no pienso que el problema de fondo pueda «arreglarse» por vía interpretativa por muy creativa que sea, propongo al Tribunal de Justicia que ordene la reapertura de la fase oral del procedimiento e inste la presentación de observaciones de los Estados miembros, la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo acerca de si los artículos 5 y 7 del Reglamento y el artículo 6 del Reglamento, y en particular la distinción que establecen entre cancelación y retraso, son inválidos a la luz del principio de igualdad de trato.

Sobre el concepto de «circunstancias extraordinarias»

98. La tercera cuestión planteada en el asunto Böck y Lepuschitz pide aclaración sobre si los problemas técnicos en una aeronave y los cambios resultantes en la programación del vuelo encajan en la definición de circunstancias extraordinarias.

99. He tratado con detalle de esa cuestión en mis conclusiones en el asunto Kramme, [53] pero esa remisión prejudicial fue retirada antes de que el Tribunal de Justicia pronunciara su sentencia. Una remisión semejante se produjo posteriormente en el asunto Wallentin-Hermann. [54]

100. En su sentencia el Tribunal de Justicia afirmó que el artículo 5, apartado 3, del Reglamento «debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "circunstancias extraordinarias" utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista.» [55]

101. La misma respuesta debe darse lógicamente a la tercera cuestión en el asunto Böck y Lepuschitz.

53 — Citado en la nota 15.

54 — Citado en la nota 20.

55 — Sentencia Wallentin-Hermann, citada en la nota 20, apartado 34.

Conclusión

102. Por consiguiente propongo que:

1) Antes de pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof y sobre las cuestiones primera y segunda planteadas por el Handelsgericht Wien, el Tribunal de Justicia acuerde la reapertura de la fase oral del procedimiento conforme al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento e inste a presentar observaciones a los Estados miembros, la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo acerca de si los artículos 5 y 7 del Reglamento y el artículo 6 del Reglamento (CE) nº 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) nº 295/91, en cuanto establecen una distinción entre cancelación y retraso (cualquiera que sea su duración), son inválidos a la luz del principio de igualdad de trato.

2) Cuando se dicte sentencia, se debe responder a la tercera cuestión del Handelsgericht Wien como sigue:

«El artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "circunstancias extraordinarias" utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista.»