

EL PASAJERO AÉREO DESPROTEGIDO:
*Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos
por incumplimientos de las compañías aéreas*
(A propósito de la STJUE de 9 julio 2009, Rehder, As. C-204/08)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 12.08.2011 / Aceptado: 23.08.2011

Resumen: A fin de precisar los tribunales competentes en demandas de compensación de los pasajeros contra compañías aéreas por cancelación de vuelos, el TJUE resuelve el problema de determinar el lugar de prestación del servicio en el caso de obligaciones contractuales derivadas de un contrato de transporte aéreo internacional.

La solución aportada [«en caso de transporte aéreo de personas desde un Estado miembro con destino a otro Estado miembro, llevado a cabo en ejecución de un contrato celebrado con una única compañía aérea que es el transportista efectivo, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte (...), es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato»] puede contribuir a aplacar la desprotección del pasajero, siempre que, bien el lugar de partida, bien el lugar de llegada, coincidan con el domicilio del pasajero. De otro modo, sigue sin poder acudir al *forum actoris* previsto para los contratos de consumo a pesar de cumplir con todas las circunstancias exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

Palabras clave: transportes aéreos, Reglamento 44/2001, Reglamento 261/2004 y Convenio de Montreal, demandas de compensación por cancelación de vuelos, tribunal del lugar de cumplimiento de la prestación: órganos jurisdiccionales de los lugares de partida y llegada, protección del consumidor.

Abstract: In order to fix jurisdiction in suits against airlines for compensation in case of cancellation of flights, the Court of Justice of the European Union resolved the problem of determining the place where the service was rendered in the case of contractual obligations deriving from an international air transport contract.

The solution given [‘in the case of air transport of passengers from one Member State to another Member State, carried out on the basis of a contract with only one airline, which is the operating carrier, the court having jurisdiction to deal with a claim for compensation founded on that transport contract (...) is that, at the applicant’s choice, which has territorial jurisdiction over the place of departure or place of arrival of the aircraft, as those places are agreed in that contract’] may contribute to alleviating the passenger’s lack of protection, as long as the place of departure or the place of arrival coincides with the passenger’s domicile. Otherwise, the passenger still cannot apply to the *forum actoris* stipulated for consumer contracts despite fulfilling all the circumstances demanded in Article 15 of Regulation 44/2001.

Key words: air transport, Regulation 44/2001, Regulation 261/2004 and Montreal Convention, passenger claims for compensation in the case of flight cancellation, jurisdiction of the Court at the places of arrival and departure, consumer protection.

Sumario: I. Presentación del problema. 1. Supuesto de hecho. 2. El porqué de la cuestión prejudicial. 3. Aspectos problemáticos. II. Derechos de compensación y asistencia de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. 1. Pluralidad normativa: Convenio de Montreal y Reglamentos comunitarios. 2. Reglamento 261/2004 relativo a 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. A) Ámbitos de aplicación. B) Objetivos. C) Puesta en práctica del Reglamento 261/2004. III. Acciones judiciales de reclamación del derecho a compensación y asistencia. 1. Calificación del contrato de transporte aéreo de pasajeros y su ubicación en el sistema de competencia judicial internacional. 2. Competencia judicial internacional en contratos de servicios. 3. Competencia judicial internacional en contratos de consumo. IV. Solución a la cuestión prejudicial. 1. Respuesta y fundamentos de la misma. 2. Oportunidad de la solución. V. Conclusiones.

I. Presentación del problema

1. Los hechos que dan lugar a la sentencia objeto de comentario, lamentablemente, no son infrecuentes sino, al contrario, pueden resultarnos muy familiares como usuarios del transporte aéreo. Se trata de situaciones harto conocidas, incluso padecidas, de todo tipo de incumplimientos en el transporte aéreo. Al desasosiego y ansiedad que crea la espera durante largas horas en un aeropuerto se une la incertidumbre sobre el viaje que, con más frecuencia de la deseable, puede verse frustrado. La cancelación de un vuelo, los grandes retrasos, la denegación de embarque por *overbooking*, son situaciones que pueden ocasionarnos graves molestias¹.

2. Como pasajeros somos acreedores de toda una batería de derechos que nos reconoce la normativa y, en concreto, en el ámbito comunitario el Reglamento (CE) n° 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) n° 295/91 (en adelante Reglamento 261/2004)².

Para conocer nuestros derechos como pasajeros basta con dar un paseo por la dirección web de AESA (Agencia Estatal de Seguridad Aérea), organismo español responsable del cumplimiento del Reglamento 261/2004³.

3. A pesar del carácter obligatorio del Reglamento 261/2004, las dificultades radican en garantizar su cumplimiento, pues si bien están previstos Organismos Responsables del Cumplimiento (ORCs) del Reglamento 261/2004, hemos de saber que cuando adquirimos un billete, estamos formalizando un contrato con la compañía aérea y, en caso de incumplimiento, únicamente la compañía es responsable frente al pasajero. Si la compañía no cumple con las obligaciones que le corresponden, o la solución dada por la compañía no nos satisface «siempre le queda la vía judicial para conseguir que éstas cumplan con la normativa o para obtener una indemnización por daños y perjuicios»⁴.

Ahora bien, ¿dónde vamos a solicitar la compensación que la norma nos reconoce? ¿A quién vamos a reclamar los gastos generados o costes adicionales cuando la espera en el aeropuerto se hace interminable o, sencillamente, no podemos realizar el viaje programado?

¹ Para una muestra B.A. GONZÁLEZ NAVARRO, «Transporte aéreo: enero de 2009 en el Aeropuerto de Madrid-Barajas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2009, en www.westlaw.es BIB 2009\1488. Todo lo que narra puede ser trasladado a diciembre de 2010 con la guerra abierta por los controladores aéreos.

² DO L 46 de 17 febrero 2004, texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo (EEE). Para una exposición del salto del Reglamento 295/91 al Reglamento 261/2004, *vid.* B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La responsabilidad del transportista aéreo en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos en el Derecho comunitario», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1225-1247.

³ http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/

⁴ *Vid.* la última línea del texto en el apartado reclamaciones a compañías aéreas http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/RECLAMACIONES/reclamaciones_companias_aereas.htm

4. Esta es la cuestión, cómo ejercer el derecho a tutela judicial en litigios transfronterizos vinculados al transporte aéreo de pasajeros siendo que la solución de reclamación judicial en casos de incumplimiento de la norma por parte de la compañía aérea resultará un método costoso y largo, a la par que poco operativo, sobre todo cuando el consumidor y compañía aérea no comparten Estado de domicilio⁵, pues en su mayoría serán reclamaciones consistentes en pequeñas cantidades en relación con las costas judiciales⁶.

La supervisión que de la aplicación del Reglamento lleven a cabo los ORCs no afecta a los derechos de los pasajeros a obtener reparación por vía judicial con arreglo a los procedimientos nacionales.

5. El litigio que da lugar a la sentencia objeto de comentario aborda directamente y por primera vez este problema: la reclamación vía judicial de cantidad en concepto de compensación por cancelación de un vuelo aéreo.

Se trata de concretar ante qué tribunales puede accionar el pasajero en caso de incumplimiento de contrato.

6. Podría pensarse que ésta es una cuestión menor, por tratarse de materia procesal y no de fondo⁷, y, sin embargo, únicamente con reglas claras sobre los tribunales o autoridades ante los que reclamar en litigios transfronterizos se logrará una tutela judicial efectiva del pasajero aéreo⁸.

En nuestro análisis, necesariamente limitado, al hilo del asunto que comentamos, partiendo de la exposición de los hechos que dan lugar a las cuestiones prejudiciales, intentaremos abordar algunos aspectos que giran en torno al contrato de transporte de pasajero aéreo y al ejercicio de los derechos de los pasajeros contenidos en la normativa comunitaria europea, limitándonos a los casos de denegación de embarque, cancelación o gran retraso de los vuelos.

1. Supuesto de hecho

7. El señor Rehder, residente en Munich (Alemania), reclama contra la compañía aérea Air Baltic, domiciliada en Riga (Letonia), por la cancelación del vuelo que el demandante había reservado para desplazarse de Munich a Vilnius (Lituania), debiendo viajar vía Copenhague (Dinamarca) tras la modificación de su reserva por Air Baltic, lo que le supuso un retraso de más de seis horas en la llegada a su destino en Lituania respecto del vuelo inicialmente contratado.

La indemnización que solicita, por importe de 250 €, es la que le corresponde con arreglo al Reglamento 261/2004, concretamente a los artículos 5.1, letra c) y 7.1, letra a) del mismo, por tratarse de un vuelo de menos de 1.500 kilómetros⁹.

8. La demanda de compensación se interpuso en Alemania ante el tribunal correspondiente a la demarcación territorial en que se halla el aeropuerto de Munich (Amtsgericht Erding), entendiéndose que, como aeropuerto de salida, ahí se concreta el lugar de prestación del servicio para hacer operativo el criterio especial de competencia judicial internacional contenido en el artículo 5.1, letra b), segundo guión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la compe-

⁵ Vid. la noticia a la que alude S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 763-764, al parecer los recortes de vuelos de Spanair e Iberia con origen o destino en Vigo llevaron a los vigueses a usar Oporto para volar a Europa.

⁶ B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 47.

⁷ N.E. LUONGO Y A. PIERA, «La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros», *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 4, 2010, pp. 115-150, en particular p. 150.

⁸ A nuestros tribunales no parece preocuparles la cuestión de la competencia judicial internacional, véase a modo de ejemplo la SAP Valencia (Sección 9ª) 9 diciembre 2010 (AC 2011\205).

⁹ Para el cálculo de las distancias se usa el método de la ruta ortodrómica que puede consultarse en la dirección web de AESA http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/GUIA_VIAJERO/PREGUNTAS_FRECUENTES/REG261/faq_rutaortodromica.htm

tencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento 44/2001)¹⁰.

En primera instancia la demanda es estimada pero la compañía aérea Air Baltic recurre en apelación ante el Oberlandesgericht Munich, alegando que el lugar de prestación del servicio se concreta en el lugar donde la compañía tiene su domicilio y no en el aeropuerto de salida, lo cual eliminaría la competencia de los tribunales alemanes para pronunciarse sobre la demanda obligando al señor Rehder a litigar ante los tribunales de Letonia, y en concreto ante los de Riga.

La estimación de la apelación anulando la resolución dictada en primera instancia lleva al señor Rehder a recurrir en casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán) debiendo resolver el problema de concretar el lugar de cumplimiento en el caso de contratos de prestación de servicios como los de transporte aéreo internacional de pasajeros.

2. El porqué de la cuestión prejudicial

9. La pregunta surge a propósito de la interpretación que para entonces había ofrecido el TJUE en el caso *Color Drack* sobre el foro especial del «lugar de entrega» en contratos de compraventa internacional de mercaderías, contenido en el artículo 5.1, letra b), primer guión del Reglamento 44/2001¹¹.

En este asunto se declaró que el criterio «el lugar de entrega» es válido para supuestos de pluralidad de lugares de entrega de las mercaderías, como criterio de vinculación autónomo que debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa de mercaderías y no sólo a las basadas en la propia obligación de entrega¹². Habrá que considerar como «lugar de cumplimiento», en caso de pluralidad de lugares de entrega, el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, encontrándose este vínculo, por regla general, en el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos¹³. De no poderse determinar el lugar de entrega principal, cada lugar de entrega tiene una relación de proximidad suficiente con los elementos materiales del litigio y, por consiguiente, un vínculo de conexión significativa en el ámbito de la competencia judicial. En tal caso, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección sobre la base del artículo 5, número 1, letra b), primer guión del Reglamento 44/2001¹⁴.

10. No puede pasarse por alto que en el caso *Color Drack* se estaba resolviendo un problema de pluralidad de lugares situados en el territorio de un único Estado miembro sembrando la duda, particularmente, desde que el propio TJUE manifestó que las consideraciones en las que fundamentaba su respuesta se limitaban al supuesto de una pluralidad de lugares de entrega en un único Estado miembro sin prejuzgar la respuesta en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros¹⁵.

Hecha la salvedad y, como era previsible, las cuestiones prejudiciales para los casos de pluralidad de lugares de cumplimiento en varios Estados miembros no se hicieron esperar, poniendo de manifiesto que no son pocos los problemas sobre cómo determinar ese «lugar de la prestación principal» en función de criterios económicos¹⁶.

¹⁰ DO L 12 de 16 enero 2001. Última modificación llevada a cabo por el Reglamento (UE) n° 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento 44/2001 (DO L 119 de 13 mayo 2010).

¹¹ STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05, comentada por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ en *REDI*, vol. LIX, núm. 1, 2007, pp. 282-285 y R. ARENAS GARCÍA en *AEDIPr*; t. VII, 2007, pp. 919-929.

¹² Apartado 26 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹³ Apartado 40 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05, apartándose de la propuesta del Abogado general Sr. YVES BOT (apartado 131) que quiso evitar el término «lugar de entrega principal» proponiendo que «... Cuando la demanda concierne a todas las entregas, corresponde al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se han entregado las mercaderías determinar si el demandante puede emplazar al demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección o únicamente ante el tribunal de uno de esos lugares en particular. Si el Derecho de dicho Estado no establece reglas de competencia especial, el demandante podrá emplazar al demandando ante el tribunal del lugar de entrega de su elección».

¹⁴ Apartado 42 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹⁵ Apartado 16 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹⁶ Así, en la STJUE de 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger*, As. C-19/09, con nota de K. FACH

11. Un primer interrogante que el asunto *Color Drack* dejó sin respuesta es el de la extensión por analogía a los contratos de servicios plurilocalizados en distintos Estados miembros.

A esto se añade la dificultad de aplicar esos criterios económicos a casos de prestación de servicios con cumplimiento extendido, tal como sucede en un contrato de transporte en el cual se van prestando diferentes elementos del servicio en diferentes Estados¹⁷.

Si se trata de determinar un único lugar de cumplimiento, habrá que fijar los criterios relevantes al efecto y aclarar si es el lugar de partida o el de destino del vuelo contratado el lugar en el que se prestan esencialmente los servicios.

12. En este estado de la cuestión, el Tribunal Supremo Alemán se plantea si para el caso de obligaciones contractuales derivadas de un contrato de transporte aéreo internacional debe seguirse la interpretación del TJUE que llevaría a concentrar la competencia para conocer de este tipo de litigios en un único lugar de cumplimiento, como lugar de la prestación principal determinada en función de criterios económicos.

3. Aspectos problemáticos

13. No vamos a reprochar al TJUE que pase de puntillas por las diversas preguntas que surgen a propósito de los contratos de transporte aéreo de pasajeros, pues ciertamente su respuesta está condicionada por las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sorprende que siendo la primera vez que se pide la interpretación del foro especial «lugar de cumplimiento de los servicios» prestados en varios Estados miembros (insistiendo en la salvedad «no prejuzgan la respuesta que deba darse en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros»), la sentencia haya sido dictada sin Conclusiones del Abogado general¹⁸.

A propósito del supuesto de hecho nos detendremos en algunas cuestiones que en absoluto son pacíficas, y, quizá, hubieran exigido un mayor detenimiento por parte del Tribunal. Así:

14. No habría estado de más una mayor precisión en los motivos de aplicación del Reglamento 44/2001 frente al Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes.

15. La calificación de los contratos de transporte como contratos de servicios no es tan pacífica como se da a entender a lo largo de la sentencia. El Tribunal no dedica ni un apartado a calificar el tipo de contrato; parte de la premisa de que es un contrato de prestación de servicios ubicado en el foro especial previsto para obligaciones contractuales, sin mayores consideraciones.

16. Si en vez de centrarnos en el contrato de servicios nos centramos en la pretensión del demandante¹⁹, dada la incidencia del principio de igualdad de trato de los pasajeros, analizando la normativa en la que basa su pretensión debemos plantearnos por qué sí son consumidores los pasajeros que contratan un viaje combinado y no los que compran un viaje simple. Al pasajero víctima de retraso, cancelación o denegación de embarque de un vuelo que forma parte de un viaje combinado se le considera un consumidor en los términos del Reglamento 44/2001 y, por tanto, se le ofrece la posibilidad de actuar en vía judicial en su propio domicilio.

GÓMEZ en *REDI*, vol. LXII, núm. 1, 2010, pp. 208-210, el Tribunal resuelve qué ha de entenderse por lugar de prestación del servicio en un contrato de agencia que se lleva a cabo en varios Estados siendo que no se puede determinar un lugar de cumplimiento principal. Esta sentencia dio lugar al archivo por Auto de 29 abril 2010 (*DO C 234* de 28 agosto 2010) de la Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria) el 24 de abril 2009, *Ronald Seunig/Maria Hölzel*, Asunto C-147/09 (*DO C 153* de 4 julio 2009) al tratarse de cuestiones similares.

¹⁷ S. LEIBLÉ, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 572.

¹⁸ Cf. L. IDOT, «Compétence spéciale en matière contractuelle, note à l'arrêt CJCE, 9 juill. 2009, aff. C-204/08, Peter Rehder», *Europe*, octubre 2009, comentario núm. 385, p. 29.

¹⁹ Vid. M. COMBET, «Indemnisation des passagers de transports aériens au sein de l'Union européenne: quelle loi? quel juge? (à propos de l'arrêt *Rehder* du 9 juillet 2009)», *Revue Lamy Droit des Affaires*, núm. 42, 2009, pp. 67-70, en particular p. 69.

17. Puesto que el pasajero no deja de ser un consumidor, nos merece una consideración particular el porqué de la exclusión del pasajero aéreo del beneficio de la tutela judicial en litigios transfronterizos prevista en el Reglamento 44/2001 a los consumidores²⁰.

II. Derechos de compensación y asistencia de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos

1. Pluralidad normativa: Convenio de Montreal y Reglamentos comunitarios

18. Para determinar la responsabilidad del transportista aéreo respecto del pasajero contamos con una pluralidad de normas que plantean los ya habituales problemas de delimitación en Derecho internacional privado²¹. No pretendemos ningún exhaustivo análisis de la normativa al respecto sino únicamente valorar su aplicabilidad a los efectos de delimitar los tribunales competentes, para lo cual debemos considerar la pretensión del demandante que no es otra que obtener una indemnización por cancelación de vuelo²².

19. Primeramente debemos considerar el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario a partir 28 de junio de 2004²³. Éste regula de forma directa la responsabilidad del transportista aéreo, tanto por daños a las personas como a las mercancías transportadas e incumplimiento de horarios²⁴.

Por lo que nos interesa, contiene disposiciones dedicadas a la jurisdicción, al arbitraje así como a la validez de la cláusula de elección de foro (artículos 33, 34 y 49 respectivamente). Así, en su artículo 33.1 se establece que «una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino...». Y para el caso de acciones de responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero, en el artículo 33.2 contiene la llamada *quinta jurisdicción* permitiendo al pasajero litigar en su domicilio (*forum actoris*), con ciertas condiciones particulares, cuando éste se localice en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial²⁵.

²⁰ Si consultamos en *Eur-Lex* la referencia al derecho a compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, el *DESCRIPTOR EUROVOC* NO DEJA LUGAR A DUDAS, ESTAMOS ANTE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, *VID.* en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0261:ES:NOT>

²¹ *Vid.* R. RUEDA VALDIVIA, «La responsabilidad del transportista aéreo en el transporte internacional de pasajeros. Pluralidad normativa y problemas de delimitación», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1301-1327.

²² Para un estudio más completo de la normativa, ver S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 759-801. Recientemente en esta misma revista A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, en <http://www.uc3m.es/cdt>

²³ Convenio de 28 mayo 1999 (*BOE* de 20 mayo 2004, *RCL* 2004\1224). Firmado por la Comunidad el 9 de diciembre 1999 y aprobado por la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 abril 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (*DO* L 194 de 18 julio 2001).

²⁴ Para estudios más detallados, consultar J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006; Mª.J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002.

²⁵ Regla que nos recuerda a la «actividad dirigida» del artículo 15.1, letra c) del Reglamento 44/2001. *Vid.* N.E. LUONGO Y A. PIERA, «La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros», *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 4, 2010, pp. 115-150, particularmente pp. 128-131.

20. Al Convenio de Montreal lo acompañan, de un lado, el Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje²⁶, que, incorporando por referencia el Convenio de Montreal²⁷, establece un régimen de responsabilidad por daños desarrollando las disposiciones pertinentes del Convenio de Montreal en relación con el transporte aéreo de pasajeros y su equipaje a todos los vuelos realizados por compañías aéreas comunitarias, ya sean internos, comunitarios o extracomunitarios²⁸. De otro, el ya mencionado Reglamento 261/2004 que establece 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 que no contiene ni reglas sobre daños a las personas o al equipaje ni disposiciones sobre tribunales competentes²⁹.

Con este marco normativo, el régimen de responsabilidad del transportista aéreo dependerá del tipo de daño por el que se exige responsabilidad, distinguiendo dos grandes categorías de daños, una por los ocasionados por muerte o lesión del pasajero, avería, destrucción o pérdida del equipaje, así como por retraso del pasajero o de su equipaje y, otra, por los ocasionados por incumplimiento del contrato, estando la primera categoría regulada por Derecho material uniforme, convencional o comunitario, mientras que la segunda únicamente está prevista en normativa de carácter comunitario³⁰.

21. 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 telefónicas³¹. 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 individualizada³².

Tanto el Convenio de Montreal como el Reglamento contemplan en su ámbito material la responsabilidad por retrasos, si bien la compensación prevista en el Convenio de Montreal se basa en el principio de reparación mientras que el Reglamento 261/2004 prevé una compensación automática a tanto alzado sin prueba de daño real³³.

El Reglamento 261/2004 recoge derechos mínimos de los pasajeros por lo que sin perjuicio de los mismos, se podrán ejercitar acciones para recibir compensaciones suplementarias, tales como reparaciones por daños morales que no contempla el Reglamento 261/2004³⁴.

²⁶ DO L 285 de 17 octubre 1997, con las modificaciones realizadas por el Reglamento (CE) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo 2002 (DO L 140 de 30 mayo 2002).

²⁷ De acuerdo con su artículo 3.1 «La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad». Cf. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 184, en <http://www.uc3m.es/cdt>

²⁸ Especialmente crítico con el mismo se muestra S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 766-768.

²⁹ Las bases de ambos Reglamentos, que constituyen el régimen comunitario de protección de los pasajeros se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [Documento COM (2000) 365 final, Bruselas, 21 junio 2000] sobre «protección de los pasajeros en la Unión Europea» y la Resolución del Consejo de 2 de octubre 2000, sobre los derechos de los pasajeros de líneas aéreas (DO C de 14 octubre 2000).

³⁰ R. RUEDA VALDIVIA, «La responsabilidad del transportista aéreo en el transporte internacional de pasajeros. Pluralidad normativa y problemas de delimitación», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1301-1327, en particular 1323.

³¹ Apartado 69 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04 y apartado 18 de la STJCE de 22 diciembre 2008, *Wallentin-Hermann*, As. C-549/07.

³² Apartado 43 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

³³ S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, p. 785.

³⁴ El artículo 12.1 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. Se trata de un «primer tramo de responsabilidad» del transportista, Cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 360.

De ahí que el régimen del Reglamento sea diferente y complementario del sistema del Convenio de Montreal³⁵, lo que todavía hoy sigue provocando serias fricciones entre uno y otro³⁶.

Esta es la situación que se plantea en el caso pendiente ante el Tribunal de Justicia afectando a varios pasajeros que viajaban en un vuelo de Air France de París a Vigo en septiembre de 2008³⁷. De acuerdo con las Conclusiones presentadas por la Abogada General, la normativa comunitaria no establece ninguna limitación al tipo de daño por el que el pasajero puede reclamar incumbiendo la determinación al Derecho nacional que, a su vez, ha de tener en cuenta el Convenio de Montreal, pudiendo incluir el daño moral³⁸. El hecho de que se deba una compensación con arreglo a los artículos 5.1, letra c) y 7 del Reglamento no impide que un pasajero pretenda obtener una compensación suplementaria por los gastos realizados debido a que el transportista aéreo no cumplió con sus obligaciones conforme a los artículos 8 o 9. Aunque tal compensación no se prevea explícitamente, está claro que la obligación de proporcionar atención y asistencia sería inane si su cumplimiento no pudiera imponerse, incluso aunque el demandante no haya invocado explícitamente tales disposiciones. De hecho, una norma nacional que condujera a ese resultado sería inadmisibles en la medida en que negaría a los demandantes unos derechos que el Reglamento les reconoce. El deber de pagar una compensación con arreglo al artículo 7 y el deber de atención y asistencia son concurrentes y cumulativos³⁹.

Por tanto, el ejercicio de los derechos reconocidos en el Reglamento 261/2004 por parte de los pasajeros, sea por contrato de transporte simple, sea por viaje combinado, no impide que el pasajero, tras verse compensado y asistido, inicie un procedimiento por los daños ocasionados, bien directamente contra el transportista, bien contra la agencia de viajes con quien contrató el viaje⁴⁰.

³⁵ Vid. J. DE PAZ MARTÍN, «El carácter complementario del Reglamento 261/2004/CE respecto del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (Comentario a la STJCE de 10 de enero de 2006, en el Asunto C-344/2004)», *Diario La Ley*, núm. 6431, 28 de febrero 2006, Ref. D-53.

³⁶ En estos momentos se encuentran pendientes de pronunciamiento múltiples cuestiones prejudiciales (por ejemplo, todas las planteadas por tribunales alemanes en los Asuntos C-226/10, C-581/10, C-11/11, C-151/11, C-255/11) poniendo de relieve que el derecho a compensación en caso de gran retraso aún no es una cuestión cerrada, así como tampoco los plazos para la reclamación (vid. la cuestión prejudicial planteada por la AP Barcelona el 21 de marzo 2011, *Juan Cuadrench Moré c. KLM*, Asunto C-139/11).

³⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (España) el 11 de febrero 2010, *Sousa Rodríguez y otros contra Air France*, As. C-83/10 (DO C 113 de 1 mayo 2010). El Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra pregunta, además de la interpretación del concepto cancelación por las circunstancias que se describen en el caso de despegue del vuelo y vuelta al aeropuerto de partida por problemas técnicos, «si el concepto de compensación suplementaria del artículo 12 del Reglamento 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional, en caso de cancelación, conceder indemnización de daños y perjuicios, incluyendo daños morales por incumplimiento del contrato de transporte aéreo conforme a los criterios establecidos en la normativa y jurisprudencia nacional sobre el incumplimiento contractual o (si), por el contrario dicha compensación ha de obedecer sólo a gastos realizados por los pasajeros debidamente acreditados y no resarcidos suficientemente por el transportista aéreo conforme a lo que exigen los artículos 8 y 9 del Reglamento 261/2004/CE, sin haberse invocado dichos preceptos o, por último, si estos dos conceptos de compensación suplementaria son compatibles entre sí».

³⁸ Apartado 59 de las Conclusiones de la Abogado General ELEANOR SHARPSTON el 28 de junio 2011, citando la STJUE de 6 mayo 2010, *Axe Walz*, As. C-63/09, comentada por R. RUEDA VALDIVIA, «AXEL WALZ c. CLICKAIR, S.A.: ¿Voluntad de asegurar una interpretación uniforme del Convenio de Montreal en la U.E. o protección de los intereses de las compañías aéreas comunitarias en tiempos de crisis?», *Diario La Ley*, núm. 7435, 30 Jun. 2010. No compartimos la opinión de B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 47 que propone que «el Reglamento podría haber constituido la ocasión perfecta para establecer una compensación alzada del daño moral como específica de la denegación de embarque, el retraso y la cancelación de vuelos. Es decir, el Reglamento podría haber fijado una cantidad, que sirviese para compensar los daños morales sufridos y que comúnmente afectan a los viajeros, sin necesidad de tener que reclamarlos a través de la vía judicial. De este modo, se podrían haber evitado muchas demandas de bajas cuantías porque los intereses de los viajeros ya han quedado satisfechos».

³⁹ Apartados 60 y 61 de las Conclusiones de la Abogado General.

⁴⁰ Vid. M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las agencias de viajes en los contratos de viaje combinado y la protección del consumidor (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001)», en A. J. AURIOLAS MARTÍN, (Coord.), *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 139-148.

2. Reglamento 261/2004 relativo a 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

A) Ámbitos de aplicación

22. Los beneficiarios del Reglamento son los pasajeros que toman un vuelo bien con salida desde un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro [artículo 3.1, letra a)], bien con salida desde un aeropuerto situado en un país tercero y con destino en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro a condición de que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo sea un transportista comunitario [artículo 3.1, letra b)] siempre que se den además las condiciones del apartado 2 del artículo 3⁴¹.

Son beneficiarios todos los pasajeros, incluidos los consumidores de viajes combinados (artículo 3.6), salvo los que viajen gratuitamente o con un billete de precio reducido que no esté directa o indirectamente a disposición del público (artículo 3.3).

Se trata de un ámbito de aplicación que busca beneficiar a los pasajeros comunitarios, discriminando el dato de la nacionalidad de la compañía aérea (comunitaria o extracomunitaria)⁴².

23. Materialmente se aplica en caso de denegación de embarque contra la voluntad del pasajero, cancelación de su vuelo o retraso del mismo (artículo 1.1)⁴³.

Con el Reglamento 261/2004, aparece por primera vez en el orden internacional la responsabilidad por cancelación de vuelo que junto con la denegación de embarque, configuran los supuestos de incumplimiento absoluto del contrato, lo que nos sitúa fuera del ámbito material del Convenio de Montreal⁴⁴.

Y es aquí donde encontramos la razón de la aplicación del Reglamento 44/2001 y no del Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes en el caso que comentamos⁴⁵.

24. En el texto de la Sentencia *Rehder* se pone de manifiesto que esta cuestión había sido objeto de debate, se limita a señalar que los derechos basados en uno u otro acto normativo [refiriéndose al Convenio de Montreal y al Reglamento 44/2001] se rigen por distintas normas, resolviendo sin más con un «puesto que la demanda interpuesta en el asunto principal se formuló únicamente sobre la base del Reglamento 261/2004, debe examinarse dicha demanda sobre la base del Reglamento 44/2001»⁴⁶.

Creemos que no habría estado de más una mayor precisión en los motivos de aplicación del Reglamento 44/2001 frente al Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes.

Técnicamente, puesto que el Reglamento 261/2004, en el que basa su pretensión el demandante, no contiene ninguna regla de competencia y tampoco es aplicable el Convenio de Montreal, porque el derecho a una compensación estandarizado que ha invocado el demandante no encuentra fundamento en dicho Convenio, debemos recurrir a la normativa general de competencia judicial internacional.

⁴¹ Vid. apartados 30 y 31 de la STJCE 10 julio 2008, *Emirates Airlines*, C-173-07.

⁴² Cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 362 y 415.

⁴³ Para cada una de las materias, Vid. B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48; M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad del transportista aéreo por cancelación del vuelo», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3181-3186 y P. BENAVIDES VELASCO, «La responsabilidad por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3173-3180.

⁴⁴ M^a.J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 425; M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad del transportista aéreo por cancelación del vuelo», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3181-3186.

⁴⁵ La ausencia de regulación de la cancelación y la denegación de embarque del Convenio de Montreal es coherente con el sistema de responsabilidad que establece, pues la regulación de éste se refiere al incumplimiento defectuoso o tardío, cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 404.

⁴⁶ Apartado 28 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

Tratándose de un litigio que cumple con los ámbitos territorial, material, temporal y espacial del Reglamento 44/2001, éste será el régimen a considerar. Y dentro de éste debemos valorar qué disposición es la aplicable, a lo que nos dedicaremos más adelante.

B) Objetivos

25. 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 pasajeros⁴⁷.

26. Como objetivo inmediato el Reglamento 261/2004 persigue reforzar la protección de los pasajeros víctimas de cancelaciones o de retrasos en los vuelos, reparando de forma estandarizada e inmediata los perjuicios causados a los interesados que se encuentran en tales situaciones. Las medidas de reparación estandarizada e inmediata (transporte alternativo de los pasajeros, suministro de refrescos, comidas, alojamiento, ofrecimiento de medios de comunicación con terceros), tienen por objeto atender sus necesidades inmediatas sobre el terreno, cualquiera que sea la causa de la cancelación o del retraso del vuelo⁴⁸.

Mientras que el derecho a compensación sólo nace en determinadas circunstancias [artículo 5.1, letra c)]⁴⁹ y siempre que no estemos en supuestos de circunstancias extraordinarias (artículo 5.3)⁵⁰, pesa sobre el transportista la obligación de ofrecer atención al pasajero durante el tiempo de espera (artículo 9).

27. La finalidad última es que las medidas de reparación contenidas en el Reglamento 261/2004 se perciban de forma automática «sin necesidad de que [los pasajeros] deban padecer los inconvenientes inherentes a la reclamación de indemnizaciones por vía judicial»⁵¹.

⁴⁷ Vid. Considerandos primero y segundo del Reglamento 261/2004. En la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04, el Tribunal confirmó expresamente que el objetivo principal del Reglamento era reforzar la protección de todos los pasajeros aéreos examinando las alegaciones de IATA y ELFAA desde la perspectiva de los pasajeros y no de las compañías aéreas. De ahí que en el apartado 98 declarara que «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. En consecuencia, 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 261/2004 de aumentar la protección de todos los pasajeros de los transportistas aéreos». No olvidemos que en sus orígenes, el establecimiento de un sistema de indemnización tasada para los supuestos de *overbooking* estaba pensado fundamentalmente para la protección de las compañías aéreas, que de esa forma podrían incluir las cantidades pagadas a los pasajeros en sus previsiones de costes e incluso asegurarlos con las Compañías aseguradoras (cf. I QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, p. 67).

⁴⁸ Apartado 82 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

⁴⁹ En el asunto *Sturgeon*, sobre grandes retrasos, el TJUE sostuvo que un gran retraso de al menos tres horas en la llegada al destino puede dar derecho a los pasajeros a solicitar la misma compensación que hubieran obtenido en caso de anulación del vuelo por cuanto las molestias ocasionadas a los pasajeros son semejantes (STJCE de 19 noviembre 2009, *Sturgeon*, As. C-402-07 y C-432-07). Siguiendo esta Jurisprudencia encontramos la SAP Madrid (sección 28) 12 febrero 2010 (*La ley* 25217/2010). Las reacciones por parte de las compañías no se han hecho esperar. Como muestra, en la Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln (Alemania) el 13 de diciembre 2010, *Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson / Deutsche Lufthansa AG*, Asunto C-581/10, se pide al Tribunal que aclare si el derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento constituye una indemnización no compensatoria en el sentido del artículo 29, segunda frase, del Convenio de Montreal y qué relación guarda el derecho de compensación basado en el artículo 7, en el caso de que el pasajero no alcance su destino final tres horas o más después de la hora de llegada prevista inicialmente, con el derecho a la indemnización del daño causado por un retraso, previsto en el artículo 19 del Convenio, habida cuenta de la exclusión que lleva a cabo el artículo 29, segunda frase, de este mismo Convenio.

⁵⁰ Contamos con la STJCE de 22 diciembre 2008, *Wallentin-Hermann*, As. C-549/07 que aclaró cuándo no puede considerarse «circunstancia extraordinaria» un problema técnico en una aeronave. Recientemente encontramos la STJUE 12 mayo 2011, *Eglitis y Ratiņeks*, C-294-10, que vuelve sobre las «circunstancias extraordinarias». La crisis del volcán islandés puso de manifiesto lo importante que es una interpretación clara, basta con echar un vistazo a las cuestiones que penden ante el Tribunal (Vid. Petición de decisión prejudicial en el caso *McDonagh*, As. C-12-11 o en el caso *Finnair*, C-22-11).

⁵¹ Apartado 45 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

C) Puesta en práctica del Reglamento 261/2004

28. El Reglamento prevé en su artículo 16 que «1. Cada Estado miembro designará un organismo responsable del cumplimiento del presente Reglamento en lo que concierne a los vuelos procedentes de aeropuertos situados en su territorio y a los vuelos procedentes de un país tercero y con destino a dichos aeropuertos. Cuando proceda, este organismo adoptará las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de los pasajeros. Los Estados miembros notificarán a la Comisión el organismo que hayan designado con arreglo al presente apartado; 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, todo pasajero podrá reclamar ante cualquier organismo designado en el apartado 1, o ante cualquier otro organismo competente designado por un Estado miembro, por un supuesto incumplimiento del presente Reglamento en cualquier aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro o con respecto a cualquier vuelo desde un tercer país a un aeropuerto situado en ese territorio...»⁵².

De acuerdo con el espíritu del Reglamento, la tramitación de reclamaciones debe tener por objeto dar una respuesta válida a los pasajeros sobre sus derechos concretos en un plazo prudencial, y no solamente informar del grado de observancia de la normativa por parte del transportista o las posibles sanciones. Ahora bien, se concede plena libertad a los Estados miembros para decidir la naturaleza del organismo encargado de esta última tarea, que puede ser o no el mismo que el que vela por el cumplimiento de la normativa sin que se defina la tramitación de reclamaciones ni se confíe su responsabilidad a un ORC competente concreto.

29. Recientemente se ha presentado la Segunda Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo acerca de la aplicación del Reglamento 261/2004⁵³.

Según la Comunicación, entre las conclusiones extraídas se señala la dificultad en la aplicación del Reglamento dada la falta de interpretación uniforme del mismo; las llamativas diferencias entre los procedimientos de tramitación de reclamaciones, los plazos de respuesta a los pasajeros y el carácter no vinculante y el alcance de los dictámenes de los ORC, que son motivo de frustración para los pasajeros y, además, menoscaban la aplicación del Reglamento.

En esta ausencia de procedimientos de tramitación de reclamaciones armonizados y accesibles, más el carácter no vinculante de los dictámenes de los ORCs, se encuentra la mayor quiebra de la protección ofrecida a los pasajeros.

30. Desde el punto de vista de los pasajeros, si, como señala la Comunicación, los ORCs formulan dictámenes no vinculantes que las compañías aéreas pueden no seguir y además no siempre son reconocidos por los tribunales nacionales, especialmente cuando emite la decisión un ORC de otro Estado miembro, al pasajero no le resta más que «padecer los inconvenientes inherentes a la reclamación de indemnizaciones por vía judicial»⁵⁴.

Lo que pone de manifiesto el Asunto *Rehder* es que, aunque las medidas de reparación se califican de percepción automática, los tribunales están llenos de peticiones de compensación y/o asistencia incumplidas por parte de las compañías aéreas. Está claro que el señor Rehder acudió a los tribunales ante la falta de solución extrajudicial, bien porque, si presentó una reclamación en el aeropuerto de salida o en el de llegada, los ORCs implicados, alemán o lituano, no tramitaron su reclamación, o si la tramitaron, la compañía aérea Air Baltic no atendió la reclamación⁵⁵.

⁵² La relación de los ORCs la encontramos en http://www.seguridadaerea.es/NR/rdonlyres/0B8671E4-70AE-43C7-9EF3-DAC942B5AF20/39373/org_europ_responsables_reglamento_ce261_2004.pdf

⁵³ Documento COM (2011) 174 final, Bruselas 11 de abril 2011. *Vid.* el informe elaborado por Steer Davies Gleeve en http://ec.europa.eu/transport/passengers/studies/passengers_en.htm. El anterior se presentó en 2007, *vid.* «Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento y los resultados del Reglamento 261/2004» [Documento COM (2007) 168 final, Bruselas 4 de abril 2007].

⁵⁴ Apartado 45 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

⁵⁵ De acuerdo con la Comunicación [Documento COM (2011) 174 final, Bruselas 11 de abril 2011] según los informes de los centros europeos de los consumidores (CEC) y de las organizaciones de consumidores no es fácil averiguar cómo presentar reclamaciones a determinadas compañías aéreas. El plazo que debe esperar un pasajero para obtener el dictamen final del ORC puede oscilar hoy en día entre 4 y 18 meses, amén del tiempo que tarda la compañía en responder a la reclamación. En

III. Acciones judiciales de reclamación del derecho a compensación y asistencia

1. Calificación del contrato de transporte aéreo de pasajeros y su ubicación en el sistema de competencia judicial internacional

31. Con carácter general el contrato de transporte de viajeros se define como «acuerdo de voluntades por el que una de las partes (transportista) se obliga mediante precio a trasladar a la otra (viajero) de un lugar a otro en las condiciones pactadas»⁵⁶. Más concretamente se alude a contrato de pasaje cuando se trata del transporte de personas por aire o por mar sin que la definición difiera de la ofrecida para el transporte de viajeros salvo por el medio de transporte utilizado⁵⁷.

32. A cerca de la naturaleza del contrato de transporte de personas, y para determinar la esencia del contrato, la doctrina mercantilista lo califica de arrendamiento de obra. En el contrato de transporte de pasaje aéreo el transportista se obliga frente al pasajero a trasladarle de un lugar a otro, sin menoscabo de su integridad física ni de su equipaje⁵⁸.

«El transportista se compromete a un resultado: la realización del transporte y no simplemente a poner los medios para que el viaje pueda efectuarse independientemente de que el viajero llegue o no»⁵⁹. No se trata, por tanto, de una obligación de medio, propia de los arrendamientos de servicios⁶⁰, que simplemente exigiría efectuar un servicio sin garantizar un resultado concreto. La realización del transporte es el fin económico del contrato y la causa por la que cada una de las partes acuerda efectuarlo⁶¹. De ahí que los casos de denegación de embarque o de cancelación de vuelo constituyen incumplimientos absolutos del contrato: el transportista no traslada al pasajero siendo, sin embargo, la esencia del contrato⁶²; además debe cumplirse en el tiempo convenido en el contrato, lo que supone que si el plazo no se cumple estaremos en un cumplimiento defectuoso que generará igualmente responsabilidad⁶³.

estos momentos, para reclamar con respecto a dos incidentes similares ocurridos con el mismo billete de ida y vuelta y con el mismo transportista -por ejemplo, falta de asistencia durante dos grandes retrasos, uno en el vuelo de ida y otro en el de vuelta-, los pasajeros tienen que presentar sus reclamaciones ante dos ORC distintos, seguir dos procedimientos diferentes con plazos diferentes y obtener dos distintos tipos de dictámenes, uno de los cuales cuantifica los derechos específicos que les asisten, mientras que el otro evalúa el nivel de observancia del Reglamento... La experiencia muestra que a veces los pasajeros, al estar vinculados más estrechamente a otro punto del trayecto, parecen preferir que se les permita elegir al ORC competente para tramitar sus reclamaciones (como ocurre en el caso de las jurisdicciones competentes -Sentencia *Rehder*-). Podría estudiarse la conveniencia de ofrecer a los pasajeros una posibilidad de elección semejante en relación con el ORC competente para tramitar sus reclamaciones, ya que ello podría facilitar no sólo las acciones legales de los pasajeros, sino también el seguimiento de las decisiones del ORC por el tribunal competente del mismo país.

⁵⁶ Cf. I. QUINTANA CARLO, «El contrato de transporte de pasajeros». A) «El contrato de transporte terrestre de pasajeros» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 427 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 359.

⁵⁷ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 461 y 465.

⁵⁸ I. QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 101.

⁵⁹ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

⁶⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ nos advierte que el arrendamiento de servicios no debe identificarse con el concepto de prestación de servicios, siendo éste un concepto más amplio. Cf. *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 352.

⁶¹ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

⁶² M^a B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sobre las medidas comunitarias de compensación y asistencia a los usuarios del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, pp. 35-45, esp. p. 40.

⁶³ Como tempranamente apuntara I. QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 104. Igualmente, P. BENAVIDES VELASCO, «La responsabilidad por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, p. 3173 y M^a B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sobre las medidas comunitarias de compensación y asistencia a los usuarios del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, pp. 35-45, esp. p. 40.

33. Los contratos de transporte aparecen mencionados expresamente, por primera vez, en el sistema de competencia judicial internacional en el artículo 13 del Convenio de Bruselas, versión 1978⁶⁴, precisamente para indicar que la sección 4 relativa a competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores «no se aplicará al contrato de transporte». La exclusión se justifica, según el Informe del profesor Dr. P. SCHLOSSER, «por el hecho de que los convenios internacionales someten dichos contratos a un régimen especial con ramificaciones y de que la inclusión de dichos contratos en el Convenio, únicamente desde el punto de vista de la competencia judicial, complicaría la situación jurídica»⁶⁵. Pero añade que «la exclusión pura y simple de los contratos de transporte del ámbito de aplicación de la sección 4 significa, además, que la aplicabilidad de las secciones 1 y 2 y, en particular, del apartado 1 del artículo 5, continúa garantizada»⁶⁶.

Y esta ha sido la línea mantenida en toda la normativa comunitaria de competencia judicial internacional y ley aplicable a las obligaciones contractuales, siempre con la salvedad de los viajes combinados⁶⁷.

34. No obstante, y como se ha puesto de manifiesto, la regulación convencional uniforme no cubre todos los aspectos relativos al contrato de transporte, lo que, en términos de competencia judicial internacional, plantea el debate sobre la oportunidad de la aplicación al contrato de transporte del foro previsto para prestación de servicios en general o su inclusión en los contratos de consumo⁶⁸.

2. Competencia judicial internacional en contratos de servicios

35. Se afirma que la expresión «contratos de servicios» es una noción económica y no jurídica lo que implica que debe definirse con arreglo a criterios económicos y no mediante un análisis jurídico de la ley que rige el contrato y que establece el cuadro de obligaciones que nacen del contrato⁶⁹.

A partir de tales criterios económicos se ofrece una definición como «contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa⁷⁰, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no la transmisión de la propiedad de una cosa»⁷¹, debiendo ser interpretado en sentido muy amplio para lograr un auténtico efecto útil y evitar entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato⁷².

⁶⁴ Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas 1968 (DO C 189 de 28 julio 1990).

⁶⁵ DO C 189 de 28 julio 1990, p. 227.

⁶⁶ DO C 189 de 28 julio 1990, p. 227.

⁶⁷ Lo mismo ocurre en otros ámbitos jurídicos, véase, por ejemplo, el artículo 5 de la Propuesta brasileña de Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (noviembre 2008) presentada en la CIDIP-VII, aunque en rigor sólo se excluyen los «regulados por instrumentos internacionales en vigor». Un detallado análisis de la Propuesta puede consultarse en J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección del consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano*, Asunción-Paraguay, CEDEP, 2009, pp. 589-638.

⁶⁸ Especialmente combativo por su inclusión en contratos de consumo se muestra S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 9-22. En el mismo sentido A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 182.

⁷⁰ Para I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 71, las obligaciones de no hacer deberían quedar fuera del concepto prestación de servicios en la medida en que la inacción no puede considerarse como prestación de un servicio. En el mismo sentido M. VAQUERO PINTO, «Contratos de servicios», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. I, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 960, poniendo de relieve que, desde la perspectiva jurídica, deben identificarse, exclusivamente a partir de la acepción jurídica del «servicio» como objeto de la obligación de hacer y, por tanto, tienen tal consideración aquellos en que la prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes consiste en el despliegue de cierta actividad intelectual o material.

⁷¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 182. En este sentido, *vid.* la STJUE de 25 febrero 2010, *Car Trim*, As. C-381-08, con notas de F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7392, de 30 abril 2010, Ref. D-142, versión *on line* y en *REDI*, vol. LXII, núm. 1, pp. 204-206.

⁷² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 181, refiriéndose al artículo 4.1, letra b) del Reglamento Roma I.

La única forma de aplicar uniformemente el foro especial contenido en el artículo 5.1, letra b) segundo guión del Reglamento 44/2001, será imponiendo un concepto de «prestación de servicios» autónomo, propio del Reglamento 44/2001⁷³, pero teniendo en cuenta que lo que son servicios a efectos de competencia judicial igualmente lo deben ser a efectos de ley aplicable⁷⁴.

36. Como ya hemos apuntado, la inclusión de los contratos de transporte entre los contratos de servicios no es tan pacífica como da a entender la sentencia comentada⁷⁵.

Los fundamentos para defender una posible exclusión del contrato de transporte del foro especial del artículo 5.1, letra b) Reglamento 44/2001 se encuentran en las exclusiones que de ellos se hacen en el artículo 57 TFUE (antiguo artículo 50 TCE), disposición que ofrece una primera definición de prestación de servicios⁷⁶, así como en otras disposiciones del ordenamiento comunitario⁷⁷. En esa misma línea mantiene la exclusión nuestro Derecho estatal⁷⁸.

Cuando el TJUE tuvo que pronunciarse sobre la concreción del lugar de cumplimiento de la obligación de reparar al pasajero por cancelación de vuelo, sin mayores precisiones, se ubica en el segundo guión de la letra b) del apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (foro especial para prestación de servicios). Teniendo en cuenta que poco antes el TJUE acababa de precisar el contenido del concepto prestación de servicios a los efectos del foro especial en competencia judicial internacional en el caso *Falco*⁷⁹, sorprende que en *Rehder* no encontremos ni una sola referencia a la cuestión.

37. Y la calificación que se haga no es baladí, pues de ésta depende que nos ubiquemos en la letra b) o en la letra c) del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. Como es bien sabido, de acuerdo con la letra c) del artículo 5.1, cuando no sea aplicable la letra b) se aplicará la letra a) del mismo⁸⁰. O sea,

⁷³ Cf. I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 69. Ver Detalladamente P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"», *JDI Clunet*, T. 135, núm. 3, 2008, pp. 675-717.

⁷⁴ En este aspecto nos llama la atención que en el Considerando 17 del Reglamento Roma I, a propósito de la necesidad de interpretación de los conceptos de «prestación de servicios» y «compraventa de mercaderías» del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento 44/2001, se haga la precisión de la sujeción a normas específicas de dos tipos de contratos de servicios (franquicias y distribución) y no se mencione los servicios de transporte que también están sujetos a normas específicas.

⁷⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*, concretamente apartado IV, punto 1; M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 154, manifiestan que resulta discutible que puedan incluirse como contratos de prestación de servicios los contratos de transporte.

⁷⁶ I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 71.

⁷⁷ En el Considerando 21 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27 diciembre 2006, pp. 36 -38) se alude a los servicios de transporte, incluido el transporte urbano, los taxis y ambulancias, así como los servicios portuarios, para quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Aunque como apunta P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"», *JDI Clunet*, T. 135, núm. 3, 2008, pp. 675-717, esp. 686 su exclusión se debe a que son objeto de legislación comunitaria específica y no a que no constituyan una prestación de servicios.

⁷⁸ Ley 17/2009 relativa al libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24 noviembre 2009), artículo 2.2 letra d): «los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento».

⁷⁹ En los apartados 30 a 38 de la STJCE de 23 abril 2009, *Falco*, As. C-533/07, sobre «prestación de servicios en contratos de concesión de derechos de propiedad intelectual» con nota de P. DE MIGUEL ASENSIO en *REDI*, vol. LXI, núm. 1, 2009, pp. 200-202, el Tribunal deja claro que el concepto amplio de servicios contenido en el artículo 50 del Tratado no es coincidente con el término a efectos de aplicación del artículo 5.1 letra b), debiendo ser más restrictivo a los efectos de la determinación de la competencia judicial internacional.

⁸⁰ R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002, se muestra contrario a la aplicación del apartado b) del artículo 5.1 a los contratos de transporte aéreo de pasajeros, no obstante la consideración de contratos de prestación de servicios, y «ello por cuanto en los referidos contratos, más que la prestación de servicio en sí, lo que prima es el resultado, que no es otro que el trasladar al pasajero y a su equipaje, en el tiempo convenido, hasta el punto de destino», por lo que habría que estar al apartado a) según lo dispuesto en el apartado c), *vid.* p. 151, nota 217.

bien porque nos encontremos ante contratos distintos a la compraventa de mercaderías o prestación de servicios (si fuera el caso el contrato de transporte), bien porque el juego de la letra b) lleva a la competencia de tribunales de un tercer país, podríamos acudir al «lugar de cumplimiento que sirve de base a la demanda»⁸¹. Precisamente por esto el Reglamento lleva a cabo una nueva redacción del artículo 5.1, respecto de la contenida en su antecesor del Convenio de Bruselas, al incorporar una letra b) que aporta una solución directa para dos categorías contractuales: compraventa de mercaderías y prestación de servicios⁸².

3. Competencia judicial internacional en contratos de consumo

38. Para no excedernos en la dimensión del comentario, nos limitaremos a mencionar el particular régimen de competencia judicial internacional previsto en la sección 4ª del Reglamento 44/2001⁸³. La finalidad de esta sección, sobradamente conocida, no es sino permitir al consumidor apartarse de la regla general *actor sequitur forum rei* pudiendo recurrir a su propio foro, el *forum actoris*, lo que otorga verdadera eficacia a estas normas, pues a un consumidor que se le exija litigar en el extranjero se le está disuadiendo de acudir a los tribunales⁸⁴.

39. Como es bien sabido, sólo si se cumplen todas las condiciones subjetivas, materiales y espaciales, exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001, el consumidor podrá demandar en los tribunales del lugar de su propio domicilio (artículo 16). Un repaso sumarisimo por las condiciones para beneficiarse del régimen pone en evidencia la situación de desigualdad de los pasajeros en el acceso a los tribunales respecto de otros consumidores, incluso pasajeros también.

Que los pasajeros son «personas, que han concluido un contrato para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (el consumidor) con otra persona que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (el profesional)», nadie lo pone en duda⁸⁵. Se cumple pues la condición personal para su aplicación⁸⁶.

Son muchas las probabilidades, sobre todo con las nuevas tecnologías, de que se cumpla la condición espacial porque «el cocontratante (en nuestro caso la compañía aérea) del consumidor debe ejercer las actividades mercantiles o profesionales en el Estado miembro en el que está domiciliado el consumidor o debe dirigir, por cualquier medio, sus actividades a dicho Estado miembro o a varios Es-

Este discurso le lleva a exponer los problemas de concreción del foro del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, de acuerdo con el apartado a) del artículo 5.1 manteniendo que en casos de cancelación, denegación de embarque o retraso, cabría considerar como lugar de ejecución el lugar de destino (p. 159).

⁸¹ Vid. R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148; A. STAUDINGER, «Streitfragen zum Erfüllungsortsgerichtsstand im Luftverkehr», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 140-143.

⁸² Vid. M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 150-157.

⁸³ Para un estudio de carácter completo y clarificador sobre contratos de consumo, vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010; además, P. DE MIGUEL ASENSIO, «La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-44.

⁸⁴ Considerando Decimotercero del Reglamento 44/2001 se desprende que el consumidor, al ser la parte más débil en los contratos de consumo, debe ser protegido mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.

⁸⁵ Es más, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección por encontrarse en un país muchas veces desconocido, lejos de su residencia habitual, de los lugares que conoce y domina, en circunstancias extrañas, con un idioma distinto que en muchas ocasiones ignora, con regímenes jurídicos distintos y un largo etcétera, Cf. I. QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, pp. 61-79, esp. p. 61 y B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 37.

⁸⁶ Según la Jurisprudencia del TJCE, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo (STJCE de 19 enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, As. C-88/91; STJCE de 3 julio 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit*, As. C-269/95; STJCE de 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*, As. C-96/00).

tados entre los que se encuentre dicho Estado miembro, siempre que el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades» (=consumidor activo y pasivo)⁸⁷.

El apartado 1, letra c) del artículo 15 Reglamento 44/2001, se refiere a los contratos en general sin referencia material al objeto del contrato («en todos los demás casos»), no obstante este ámbito material se ve reducido por distintos motivos. Así, se excluyen los contratos de seguros, al disponer de una sección propia dentro del Reglamento 44/2001; se excluyen los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, al estar cubiertos por una regla de competencia exclusiva en el artículo 22.1 Reglamento 44/2001. Salvo los contratos de transporte que ofrecen una combinación de viaje y alojamiento por un precio global, o sea, los contratos de viaje combinado, los demás contratos de transporte quedan sujetos a las reglas de competencia generales, o sea, fuera de la sección 4⁸⁸, o, en su caso, a la regulación llevada a cabo en contratos internacionales, conforme al artículo 71 Reglamento 44/2001.

40. Con la intención de «garantizar la aplicación del artículo 5 en situaciones en que el primer servicio prestado, dentro de un viaje organizado, es efectuar el transporte de ida a partir de otro país»⁸⁹, el Convenio de Roma establece un régimen separado de los contratos de consumo relativos a viajes organizados y los de transporte, incluyendo los primeros como contratos de consumo⁹⁰. Esta distinta calificación se trasladó a las normas de competencia judicial internacional con la transformación del Convenio de Bruselas en Reglamento 44/2001, proporcionando un régimen de competencia judicial internacional separado para unos y otros contratos de pasaje, y así se mantiene⁹¹, siendo difícil aceptar la exclusión del contrato de transporte teniendo en cuenta que en múltiples ocasiones en el contrato de transporte una de las partes es un consumidor⁹², a lo que se añade la incoherencia entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I porque éste unifica en el artículo 5 la regulación de todos los contratos de transporte, de mercancías y de personas, ofreciendo soluciones propias de ley aplicable al contrato de pasaje⁹³.

⁸⁷ Vid. A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y de jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2001. Recientemente, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, pp. 815-817. Y, particularmente, el capítulo III del libro de E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010. Además puede consultarse S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 9-22; A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario”», *Diario La Ley*, núm. 6001, de 21 abril 2004, versión *on line*. Una interpretación de «actividad dirigida» la ofrece la STJUE de 7 diciembre 2010, *Peter Pammer /Hotel Alpenhof*, As. Acumulados C-585/08 y C-144/09.

⁸⁸ En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización» (*DO C 108* de 30 abril 2004, apartado 4.7.2.7) se propone que «no está justificada la exclusión de los contratos de simple transporte del ámbito de aplicación de la norma del artículo 5, ... parece más lógico que dicha exclusión se mantenga en el artículo 15 del Reglamento “Bruselas I”», con objeto de concentrar los pleitos en una misma sede jurisdiccional».

⁸⁹ *DO C 327* de 11 diciembre 1992, p. 23. En el Informe de los profesores M. GIULIANO y P. LAGARDE al Convenio de Roma de 1980 la exclusión del contrato de transporte del artículo 5 se justifica, sin más, «por el hecho de que las medidas de protección especiales establecidas en el artículo 5 no son apropiadas para regir los contratos de este tipo» (*DO C 327* de 11 diciembre 1992, p. 22).

⁹⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁹¹ Lo mismo ocurre en otros ámbitos jurídicos, véase, por ejemplo, Artículo 5 de la Propuesta brasileña de Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (noviembre 2008) presentada en la CIDIP-VII, aunque en rigor sólo se excluyen los «regulados por instrumentos internacionales en vigor». Un detallado análisis de la Propuesta puede consultarse en J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección del consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano*, Asunción-Paraguay, CEDEP, 2009, pp. 589-638.

⁹² La afirmación que se hace, desde la perspectiva de la ley aplicable, se mantiene aún hoy para competencia judicial internacional. Cf. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 337-372, en particular, pp. 349-350; *Idem*, «La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 160-178, en particular, p. 175, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁹³ Vid. en particular C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA «La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 160-178, <http://www.uc3m.es/cdt> y A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, esp. p. 191, en <http://www.uc3m.es/cdt>; Otros trabajos de carácter más general F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El

41. En conclusión, no siempre que el contrato cumpla todas las condiciones del artículo 15.1 Reglamento 44/2001 será un contrato de consumo a los efectos de aplicación de la sección 4, dejando al consumidor en una situación de desprotección al tener que acudir a la regla general del domicilio del demandado o a la especial para contratos del artículo 5.1 del mismo. Tal es el caso de contratos de pasaje que cumpliendo todas las condiciones de aplicabilidad de la sección 4, menos la material, no se les permitir litigar en su propio domicilio, lo que llevó a sugerir la supresión radical del artículo 15.3 en la revisión del Reglamento 44/2001⁹⁴.

IV. Solución a la cuestión prejudicial

1. Respuesta y fundamentos de la misma

42. El TJUE señala que, puesto que las reglas de competencia especial en materia de contratos de venta de mercancías y de prestación de servicios establecidas en el Reglamento 44/2001 persiguen la misma finalidad y ocupan el mismo lugar en el sistema establecido por dicho Reglamento, «las consideraciones en las que se basó el Tribunal de Justicia para llegar a la interpretación dada en la sentencia *Color Drack*, son también aplicables en lo que atañe a los contratos de prestación de servicios, incluidos los casos en los que la prestación no se lleve a cabo en un único Estado miembro»⁹⁵.

Las referidas consideraciones se deben a que con esta regla de competencia especial contenida en la letra b) del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, por lo que se refiere a contratos de compraventa, se pretende romper de forma explícita con la solución anterior según la cual el lugar de cumplimiento se determinaba, para cada una de las obligaciones litigiosas, en virtud del Derecho internacional privado del órgano jurisdiccional que conocía del litigio. Al designar de forma autónoma como «lugar de cumplimiento» el lugar en que debe cumplirse la obligación que caracteriza el contrato, el legislador comunitario pretendió centralizar la competencia judicial en el lugar de cumplimiento para los litigios relativos a todas las obligaciones contractuales y determinar una competencia judicial única para todas las demandas basadas en el contrato⁹⁶.

Se busca una concentración de la competencia judicial a través de la determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en un mismo contrato, lo que responde a los objetivos de proximidad y de previsibilidad perseguidos en el Reglamento 44/2001.

Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*. En el mismo sentido A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo Artículo 6 Reglamento Roma I», *AEDIP*; t. VIII, 2008, pp. 511-529. B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios (cuestiones de Derecho aplicable)*, Madrid, Marcial Pons, 2003; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003; A. LÓPEZ TARRUELLA «La protección del consumidor en los contratos internacionales tras la Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 313-335; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Concepto de vínculo estrecho en las Directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (As. 70/03, *Comisión c. España*) en las leyes nacionales y en la propuesta de Reglamento Roma I (2005)», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 465-479; *Idem*, «Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005», *InDret* 3/2006.

⁹⁴ Cf. S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, p. 13. Cf. punto 16 de la «Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la convention de rome du 19 juin 1980, et de l’article 15 de la proposition de reglement Bruxelles I» del GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Roma, 15-17 septembre 2000, en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf.html>

⁹⁵ Apartado 36 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

⁹⁶ Apartado 39 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05. Según H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, párs. 198 y 203, dado que subsisten todas las dificultades anteriores, a pesar de los esfuerzos de objetivación e intentos de poner fin a las incertidumbres de la Jurisprudencia anterior, se pregunta si no será más simple suprimir pura y simplemente el artículo 5.1, incluso aunque la desaparición de esta disposición no está prevista en los trabajos de la revisión del Reglamento 44. *Vid.* cada una de las objeciones a la solución del artículo 5 del Convenio de Bruselas, calificándolas de «críticas endebles» en I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, pp. 55-84, en particular pp. 61-68.

Para no apartarse de la solución ofrecida en *Color Drack*, se afirma que no cabe un planteamiento distinto en caso de pluralidad de lugares de prestación de los servicios en diferentes Estados miembros⁹⁷. Por consiguiente, en caso de pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros, debe determinarse asimismo qué lugar garantiza la vinculación más estrecha entre el contrato de que se trate y el órgano jurisdiccional competente, en particular aquél en el que, en virtud del contrato, deba efectuarse la principal prestación de servicios⁹⁸.

43. En esa línea, para concretar el lugar que garantiza la vinculación más estrecha entre el órgano jurisdiccional y el contrato de transporte aéreo de pasajeros, se exige fijar el lugar de la prestación principal determinada en función de criterios económicos. Para ello se valora cuáles son los servicios esenciales de este tipo de contrato.

Y se afirma que los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas son el registro y el embarque de pasajeros así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del avión a la hora prevista, el transporte de pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el lugar de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato, siendo irrelevantes las posibles escalas del avión⁹⁹.

Se descarta como criterio de vinculación con el contrato el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea así como el lugar de celebración del contrato de transporte aéreo y el de expedición del billete¹⁰⁰.

De ahí que concluya que los únicos lugares que presentan un vínculo directo con los citados servicios prestados en cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del contrato son tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión, según sean convenidos en el contrato de transporte, como lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de este tipo de contrato¹⁰¹.

Por tanto, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte aéreo de pasajero es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato.

44. Obviamente, tal solución provoca una ruptura con la concentración de la competencia judicial en un único lugar, lo que se justifica porque a diferencia de las entregas de mercancías en lugares distintos, que constituyen operaciones diferentes y cuantificables en orden a determinar la entrega principal en función de criterios económicos, los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso¹⁰².

⁹⁷ Aspecto en el que insiste P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369 y en *REDI*, vol. LXI, núm. 2, 2009, pp. 487-489.

⁹⁸ Apartados 37 y 38 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

⁹⁹ Apartado 40 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹⁰⁰ Porque las operaciones y acciones llevadas a cabo desde dicho lugar, como la puesta a disposición de un aparato y de un equipo adecuados, constituyen medidas logísticas y preparatorias con vistas al cumplimiento del contrato de transporte aéreo y no servicios cuya prestación esté vinculada al contenido propiamente dicho del contrato (Apartado 39 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08).

¹⁰¹ Apartado 41 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹⁰² Apartado 42 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08. Como señala R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache *Rehder*», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148, ciertamente, partiendo de que, independientemente de que el servicio deba ser prestado en uno o varios Estados miembros, el lugar de cumplimiento principal será el primer fundamento de la competencia, cuando éste no pueda determinarse el demandante deberá demandar ante el tribunal del lugar de cumplimiento de su elección a condición de que dicho lugar tenga una «proximidad suficiente» con las circunstancias del caso.

Los términos del pronunciamiento no se apartan de lo que hemos definido como el fin económico del contrato, es decir, la realización del transporte¹⁰³. En este sentido, el derecho a elegir que se le otorga al demandante no contradice la estrecha relación entre el contrato y la jurisdicción competente, pues cada una de las prestaciones (embarque y desembarque) presenta proximidad con un lugar diferente¹⁰⁴.

Está claro que esta forma de proceder da contenido a la necesidad de precisar el lugar de cumplimiento de forma autónoma¹⁰⁵. En este sentido, el Tribunal es consecuente con la finalidad buscada por el legislador comunitario al introducir el foro especial para compraventa de mercaderías y prestación de servicios¹⁰⁶, distinto es que la solución sea generalizable para otro tipo de contratos de transportes¹⁰⁷.

2. Oportunidad de la solución

45. La solución ofrecida por el Tribunal se fundamenta, única y exclusivamente, en los principios de proximidad y previsibilidad y, en ningún caso, en la protección del pasajero como parte débil del contrato¹⁰⁸.

Al pasajero se le ofrecen tres opciones, o demandar conforme al foro general del domicilio del demandado (artículo 2) o por el foro especial según ha quedado precisado por el Tribunal, o sea, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato, lo cual, indiscutiblemente, beneficia prácticamente en exclusiva al pasajero¹⁰⁹.

¹⁰³ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

¹⁰⁴ Como manifiesta S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 572, la referencia al artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, que puede desconcertar a primera vista, se justifica porque en delitos a distancia el Tribunal no busca una mayor protección del perjudicado sino la cercanía con la prueba, puesto que si sólo fuera competente el tribunal del lugar del hecho o del resultado, se estaría excluyendo a un tribunal igualmente cercano al objeto del litigio. No es diferente la situación en Derecho contractual si hubiera de restringirse solamente al lugar de comienzo o finalización de la prestación cuando ésta se realice en dos Estados. En el mismo sentido R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148. No compartimos las razones de P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369 (ver nota 26) y en *REDI*, vol. LXI, núm. 2, 2009, pp. 487-489.

¹⁰⁵ Forma de proceder, de forma abierta y con paciencia, que tiene su precio según R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148, esp. p. 148. En el mismo sentido se manifiesta S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573 esp. p. 573, al referirse a la «partida de ping pong» entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE para formar un concepto de lugar de cumplimiento por vía judicial a base de experimentos mediante el proceso «ensayo y error».

¹⁰⁶ S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 573, critica que esta decisión no aporta la seguridad jurídica necesaria, proponiendo establecer grupos de casos bien diferenciados y, dentro de cada grupo de casos, cuáles son los criterios de valoración porque el enfoque propuesto por el TJCE de determinación fáctica del lugar de cumplimiento, no exime de la obligación de poner de relieve los criterios normativos de decisión; tras la relevancia de uno u otro criterio subyace una valoración de diferentes intereses y, por ende, decisiones normativas. Planteamiento que se aproxima a la afirmación de que «la realidad procesal se construye a partir de la realidad material» de I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 77.

¹⁰⁷ No creemos que el ejemplo de los contratos de viaje combinado, como contrato de servicios plurilocalizados, sea el mejor para poner en duda la extensión de la solución ofrecida en *Rehder*; pues en este tipo de contrato está claro que estamos ante un consumidor, lo que evitaría plantearse la aplicación del artículo 5 del Reglamento (cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*).

¹⁰⁸ Según el TJUE la posibilidad de elegir reconocida al demandante, además de respetar el criterio de proximidad cumple también la exigencia de previsibilidad, ya que permite tanto al demandante como al demandado identificar fácilmente los órganos jurisdiccionales a los que pueden recurrir. Siempre le queda al demandante además la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, o sea, el órgano jurisdiccional en cuya demarcación tenga el transportista aéreo su domicilio estatutario, su administración central o su establecimiento principal (Apartado 42 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*; As. C-204/08).

¹⁰⁹ Como señala P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*,

46. Queda por ver cómo se valoraría el «salvo pacto en contrario» de la letra del artículo 5.1, letra b) del Reglamento 44/2001 para esta categoría de contratos de servicios. Imaginemos que la compañía aérea deroga la jurisdicción competente del lugar de cumplimiento fijando otro distinto en virtud de un pacto. Si se pensara en la protección de la parte débil, tal pacto debería considerarse abusivo¹¹⁰.

47. Por lo mismo, si no estamos en contratos con parte débil, la cláusula de elección de foro contenida en el contrato de transporte, en principio no estará sujeta a limitaciones, como sí lo estaría de considerarlo contrato celebrado por un consumidor¹¹¹.

48. A esto añadimos que, por ahora, el recurso al foro especial del artículo 5.1, letra b) del Reglamento 44/2001 sólo es posible cuando la compañía aérea tenga domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea¹¹². El pasajero que quiere ver satisfechos sus derechos en caso de incumplimiento de contrato por compañía aérea sin domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, salvo una impensable cláusula de elección de foro a su favor, no tiene más opción que litigar en el domicilio (extracomunitario) de la demandada, pues al no tratarse de un consumidor no pueden operar los cuasidomicilios del artículo 15.2 del Reglamento 44/2001¹¹³.

V. Conclusiones

49. Si realmente se busca la protección del pasajero como parte débil del contrato, la cuestión es si es conveniente la exclusión de los contratos de transporte de viajeros, en general, y de pasajeros en particular, del régimen protector de los contratos celebrados por consumidores en el sistema de competencia judicial internacional.

Partiendo del objetivo fundamental del Reglamento 261/2004, garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros tomando plenamente en consideración los requisitos de protección de los

núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*, teniendo en cuenta además que «los pasajeros son los que casi en exclusiva van a ser los demandantes, porque una eventual demanda por el transportista para el pago del precio es impensable en este ámbito al abonarse éste por adelantado a la propia realización del transporte».

¹¹⁰ Vid. A. STAUDINGER, «Streitfragen zum Erfüllungsortsgerichtsstand im Luftverkehr», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 140-143.

¹¹¹ Vid. las acertadas críticas de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, esp. p. 191, en <http://www.uc3m.es/cdt>

¹¹² En los términos de los artículos 4 y 60 Reglamento 44/2001. O en su caso conforme a los criterios del artículo 22 LOPJ. Si lo consideramos contrato de servicios, bastaría con haber celebrado el contrato en España para atribuir competencia a los tribunales españoles, conforme al artículo 22.3 LOPJ. Y si lo consideramos consumidor, pues ya no estamos en el ámbito material del Reglamento 44/2001 entonces operaría el artículo 22.4 («los tribunales españoles serán competentes «en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en caso de cualquier otro de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida de oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato»). Por su parte la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) establece en su artículo 90 como cláusulas abusivas sobre competencia «1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico; 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble». Sin entrar a valorar esta disposición baste decir que, dada la primacía del régimen convencional e institucional, puede que lo considerado abusivo en la ley estatal pueda ser perfectamente admitido en aquellos.

¹¹³ En algo se paliarían estos inconvenientes si finalmente se aprobara el contenido de la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Documento COM (2010) 748, Bruselas, 3 enero 2011] que pretende la aplicación del foro contractual a los demandados no domiciliados en la Unión Europea, lo que parece no va a ser nada pacífico tras consultar el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo publicado el día 28 junio 2011 [2010/0383 (COD)]. Al respecto, vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, «Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados», *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285-306; *Idem*, «Consumidor residente en la Unión Europea vs. Consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I», *AEDIPr*, 2006, pp. 379-401.

consumidores en general, está claro que debemos recurrir al expediente de la protección del consumidor comunitario para que los pasajeros, sea por contrato de transporte simple sea por viaje combinado, puedan ejercer los derechos reconocidos en el Reglamento.

50. Desde el principio dijimos que esta solución puede contribuir a aplacar la desprotección del pasajero, siempre y cuando el lugar de partida o el de salida coincida con su domicilio, pero sigue sin poder acudir al *forum actoris* previsto para los contratos de consumo a pesar de cumplir con todas las circunstancias exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001, menos la material.

Esta exclusión material provoca una clara discriminación entre pasajeros que cuyo transporte es en viaje combinado y los que únicamente viajan. La compensación automática a tanto alzado y sin prueba de daño real que contiene el Reglamento 261/2004 se fundamenta en que los perjuicios son prácticamente idénticos para todos los pasajeros. 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. Siendo así, el pasajero que cuyo transporte es en viaje combinado puede solicitar la compensación ante los tribunales de su propio domicilio, porque es un consumidor, mientras que el pasajero con billete simple no siempre va a beneficiarse del *forum actoris*, ni siquiera en los casos que la salida o llegada se localice en el Estado de su domicilio, pues el foro especial de competencia internacional también lo es de competencia territorial y, obviamente, aeropuertos no hay en todas las demarcaciones territoriales.

51. Si reconducimos los argumentos del Tribunal para aplicar el Reglamento 44/2001 y no el Convenio de Montreal (obviamente sólo en caso de que coincidiera el ámbito de aplicación, lo que ocurre en demandas de compensación por retraso), podríamos vislumbrar que la respuesta del Tribunal, en el caso concreto del señor Rehder, se justifica en la protección del pasajero como parte débil del contrato.

Como pusimos de relieve en el punto 24 de nuestro comentario, el Tribunal alude a la pretensión del demandante y la normativa en la que basa su pretensión en estos términos: «el derecho que en el caso de autos invoca el demandante en el asunto principal, que se basa en el artículo 7 del Reglamento 261/2004, constituye un derecho a una compensación a tanto alzado y uniforme del pasajero, a raíz de la anulación de un vuelo, derecho que es independiente de la reparación del perjuicio en el marco del artículo 19 del Convenio de Montreal... Por tanto, los derechos basados respectivamente en las disposiciones antes citadas del Reglamento 261/2004 y del Convenio de Montreal se rigen por distintas normas»¹¹⁴. Y concluye «de ello se desprende que, puesto que la demanda interpuesta en el asunto principal se formuló únicamente sobre la base del Reglamento 261/2004, debe examinarse dicha demanda sobre la base del Reglamento 44/2001»¹¹⁵.

Podría entenderse que el Tribunal pretende la protección de la parte débil por tratarse de un demandante, pasajero, que puede ser asimilado a un consumidor y la demanda se fundamenta en un derecho de compensación al amparo del Reglamento 261/2004, con lo cual al pasajero debe garantizársele la indemnización, sea cual sea el tribunal que conozca del asunto.

52. ¿Por qué no permitir que los pasajeros reclamen en su propio domicilio la compensación automática a tanto alzado y sin prueba de daño real que contiene el Reglamento 261/2004?

Ya que la automaticidad se fundamenta en que los perjuicios son prácticamente idénticos para todos los pasajeros, habrá que facilitar su compensación a todos los pasajeros. El usuario debe ser entendido como un consumidor y la compañía aérea deberá responder por abusos practicados como cualquier otro suministrador de productos o servicios.

En algo debe afectar que el Reglamento sea una norma de carácter imperativo, de idéntica aplicación en todo el territorio comunitario, cualquiera que sea la ley rectora del contrato, por tanto previsible para el transportista.

Claro está que nuestra propuesta no será del agrado de las compañías aéreas. Obviamente, lo ideal sería que ningún pasajero beneficiario del Reglamento 261/2001 tuviera que acudir a la vía judi-

¹¹⁴ Apartado 27 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹¹⁵ Apartado 28 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

cial para exigir los derechos en él reconocidos. Pero si la pretensión del pasajero demandante tiene su fundamento en la norma comunitaria, el recurso a la vía judicial es porque las compañías aéreas están incumpliendo con la normativa.

Sólo quien no se vea suficientemente compensado con las medidas estandarizadas e inmediatas que contiene el susodicho Reglamento iniciará un procedimiento por los daños ocasionados, pero su pretensión ya no se fundamentaría en la norma comunitaria.

Si la pretensión en uno y otro caso es distinta habrá, por tanto, que diferenciar los medios para su exigibilidad.

53. Todos los derechos del pasajero que se siente perjudicado deberían garantizarse con pronunciamientos judiciales ágiles, no por los ORCs, pues sus decisiones no son vinculantes, sino por medio de, por ejemplo, organismos de arbitraje o mediación o, por qué no juzgados especiales instalados en los aeropuertos con gran tráfico internacional, como única forma de obtener decisiones vinculantes, rápidas y poco onerosas que poder ejecutar con prontitud.

Fórmulas existen. El consumidor las necesita. Ahora sólo falta la voluntad de establecerlas en la Ley¹¹⁶. La mejor fórmula, en litigios transfronterizos, es permitir que el pasajero exija sus derechos en su domicilio, para ello la competencia judicial internacional para aplicar las sanciones relativas al incumplimiento del contrato de transporte aéreo debe encuadrarse en las normas de defensa del consumidor.

¹¹⁶ Como pusiera de relieve I QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, p. 74, a propósito de la entonces inminente publicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.