

Cuantificación del daño moral en la cancelación y gran retraso de los vuelos en el transporte aéreo de pasajeros

Rocío López San Luis

Prof.^a Titular de Derecho civil. Universidad de Almería

Práctica de Derecho de Daños, Nº 146, Sección Estudios, Primer trimestre de 2021, Wolters Kluwer

LA LEY 3894/2021

Resumen

A pesar de que la normativa en materia de transporte aéreo de pasajeros regule las indemnizaciones derivadas de las cancelaciones y del gran retraso en los vuelos, quedan diversos aspectos por resolver, al menos satisfactoriamente, en lo que se refiere al daño moral y su cuantificación. En este trabajo, se analiza la normativa y el reconocimiento del daño moral derivado de las cancelaciones y gran retraso en los vuelos, prestando especial atención a la evolución jurisprudencial en torno a la dificultad de la prueba y la determinación del *quantum* indemnizatorio. Igualmente, se hace constar como la discrecionalidad por parte de nuestros tribunales y la diversidad de criterios en la valoración del mismo crean desigualdades entre los usuarios del transporte aéreo de pasajeros. Por todo ello, se propone un sistema de baremos, al igual que rige para otro tipo de accidentes, considerando que se evitaría la discrecionalidad del órgano juzgador y se obtendría, de manera objetiva, la *restitutio in integrum*. Además de facilitar la práctica judicial y la mayor satisfacción del usuario en este tipo de transporte, cuando sufre las consecuencias derivadas de la cancelación o gran retraso de los vuelos.

Palabras clave

Derecho de los pasajeros aéreos, retraso, cancelación, daño moral, cuantificación del daño, acreditación del *quantum indemnizatorio*.

Abstract

Despite the fact that the regulations on passenger air transport regulate the compensation derived from cancellations and long delays in flights, various aspects remain unresolved, at least satisfactorily, with regard to moral damages and its quantification. In this paper, the regulations and the recognition of non-pecuniary damage derived from cancellations and long delays in flights are analyzed, paying special attention to Case Law evolution around the difficulty of the proving and the determination of the compensation quantum. Likewise, it is stated how the discretion on the part of our courts and the diversity of criteria in its assessment creates inequalities among users of passenger air transport. For all these reasons, a system of scales is proposed, as it applies to other types of accidents, considering that the discretion of the judging body would be avoided and the restitutio in integrum would be obtained, objectively. In addition to facilitating the judicial work and the greater satisfaction of the user of this type of transport, when they suffer the consequences derived from the cancellation or long delay of flights.

Keywords

Air passenger right, delay, cancellation, moral damage, quantification of damage, accreditation of the quantum indemnity.

I. Planteamiento general

Podríamos pensar que con la normativa vigente en materia de transporte aéreo de pasajeros la problemática en torno a las indemnizaciones por el retraso y cancelaciones de vuelos está resuelta.

Sin embargo, todavía quedan diversos aspectos por resolver teniendo en cuenta que, a pesar de las cuantías indemnizatorias reconocidas a los usuarios en este tipo de transporte, todos los daños ocasionados por la cancelaciones o retrasos en los vuelos no están cubiertos, al menos satisfactoriamente, fundamentalmente en lo que se refiere al daño moral.

De todos es sabido que, las compañías aéreas no muestran preocupación o esmero por intentar remediar o minorar, en la medida de lo posible, los numerosos daños y perjuicios que se infligen al pasajero en demoras y cancelaciones, sino al contrario, esta desidia e indiferencia intencionadas se han convertido en conducta normalizada y patrón de actuación habitual que, pese a ser manifiestamente contrarias a Derecho, no dejan de resultar económicamente rentables para la compañía infractora porque al final, la mayoría de usuarios perjudicados se aburren y desisten de sus pretensiones compensatorias en el largo y tortuoso camino de reclamaciones y comunicaciones desatendidas que, siendo pertinaces, derivarían en sede judicial. Pero no son, en la actualidad, los Tribunales de Justicia ajenos a estas prácticas abusivas de las grandes compañías frente al pequeño consumidor, y lo demuestran con resoluciones claras y tajantes que, protegiendo los derechos del pequeño consumidor, penalizan, cada día más, las abusivas conductas de las poderosas compañías.

En este sentido, es unánime la Jurisprudencia que reconoce la existencia de daños morales cuando de la cancelación del vuelo se derivan situaciones —más allá de la mera molestia o aburrimiento— de desatención, desinformación o falta de asistencia que provocan una razonable perturbación, incertidumbre, tensión e incluso, ansiedad o sufrimiento psíquico en el pasajero por la incapacidad o impotencia para resolver la situación y llegar a destino para cumplir obligaciones, máxime, cuando el retraso y las repetidas desatenciones provocan perjuicios concretos, individualizables y económicamente valorables en el ámbito profesional, existiendo un nexo causal entre el retraso y el daño, y que el daño esté individualizado en función de los distintos perjuicios que sufra cada pasajero. Y ello, sin olvidar que «... *la magnitud del retraso constituye normalmente un factor que aumenta la probabilidad de daños más importantes...*» (1) .

En este trabajo analizaremos la evolución jurisprudencial en torno a la determinación del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros, en lo que se refiere a la dificultad de la prueba y la determinación del *quantum* del daño; haciendo constar como la discrecionalidad por parte de nuestros tribunales y la diversidad de criterios en la valoración del mismo, crean desigualdades entre los usuarios de dicho transporte.

II. Normativa materia de cancelación de vuelos y gran retraso en el transporte aéreo de pasajeros

La Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, vigente en la actualidad, fue la primera norma nacional en abordar las consecuencias que se derivan de los retrasos y cancelaciones de vuelos, aunque con una escasa regulación en materia de responsabilidad del transportista (2) . Tras la promulgación de diversos instrumentos legislativos comunitarios e internacionales relativos a la responsabilidad del transportista aéreo, dicha ley ha quedado relegada, desempeñando en la actualidad un papel muy residual.

El Convenio de Varsovia es el primero de los instrumentos con carácter internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado el 12 de octubre de 1929, en su versión modificada y completada por el Protocolo de la Haya de 28 de septiembre de 1955, el Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1961, el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971, y los cuatro Protocolos adicionales de Montreal de 25 de septiembre, de 1975 (3) .

Posteriormente, nos encontramos con el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 (4) (en adelante CM), del que España es parte desde el 14 de enero del 2000, entrando en vigor el 28 de junio de 2004. A partir de esta fecha, y en particular entre los Estados miembros, el Convenio de

Montreal prevalece sobre el Convenio de Varsovia, conforme lo previsto en el artículo 55 del primero (5) .

Dentro del citado CM son varios los preceptos que se refieren a la responsabilidad del transportista de pasajeros por retraso en los vuelos cualquiera que sea la causa que lo motive, aunque no se alude al supuesto o hipótesis de cancelación del vuelo ni denegación de embarque. Entre los artículos de referencia destacamos los siguientes:

Art. 19. CM: El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipajes o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por el retraso si se prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas.

Art. 22 CM: En caso de daño causado por retraso, como se especifica en el artículo 19, en el transporte de personas la responsabilidad del transportista se limita a 4.150 derechos especiales o de giro por pasajeros. (6)

Art. 29. 1.º CM: En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria.

En el contexto europeo, la preocupación por la desprotección de los viajeros en los supuestos de retrasos y cancelaciones de vuelos se hizo patente con la aprobación del Reglamento (CE), n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y Consejo, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos, y por el que se deroga el Reglamento (CE), n.º 295/1991 (7) . Con la aprobación del citado instrumento europeo se pretende compensar la situación de debilidad en la que los pasajeros aéreos suelen encontrarse frente a las compañías aéreas, teniendo en cuenta que el contrato de transporte es un contrato de adhesión, con lo que ello implica.

El Reglamento (CE) n.º 261/2004, tal y como indica el art. 1 1.º, pretende establecer unos derechos mínimos de los pasajeros en los casos de denegación de embarque, de cancelación de vuelo y de gran retraso. Ahora bien, tales derechos, y las correlativas obligaciones a cargo del transportista, no operan por igual en todos los supuestos contemplados en el texto normativo.

El ámbito Reglamento (CE), n.º 261/2004 viene establecido en el artículo 3.1.º, aplicándose a los siguientes supuestos: *a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea transportista comunitario.*

Si bien, para beneficiarse de las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 261/2004, el pasajero debe, por un lado, disponer de una reserva confirmada en el vuelo de que se trate; por otro, y salvo que estemos ante un supuesto de cancelación, el pasajero debe haberse presentado a la facturación en el momento indicado y con las condiciones requeridas que le hayan sido transmitidas por escrito por el transportista aéreo, por el operador turístico o por agente de viajes autorizado. Si no se le ha indicado ninguna hora a la que presentarse a la facturación, habrá de hacerlo con una atención mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la hora de salida anunciada. También se beneficiarán del

Reglamento aquellas personas que hayan sido transbordadas por un transportista aéreo u operador turístico de vuelo para el que disponía de una reserva en otro vuelo, con independencia de las razones que hayan motivado dicho transbordo. (art. 3. 2.º) (8) .

1. Responsabilidad del transportista aéreo en caso de cancelación o gran retraso de vuelos en el reglamento (ce) n.º 261/2004

Antes de analizar la responsabilidad del transportista aéreo en caso de cancelación de vuelos, es conveniente precisar el concepto de «cancelación». El artículo 2 de la letra I) del Reglamento define la cancelación como «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza». Si bien, el TJUE (Sala tercera), con fecha de 13 de octubre de 2011 (asunto C-83/10), precisó que «no se refiere exclusivamente al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado en modo alguno, sino que igualmente el supuesto de que el avión haya despegado pero, cualquiera que sea la razón, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión hayan sido transferidos a otros vuelos». Por el contrario, un vuelo no podrá considerarse cancelado cuando los lugares de salida y llegada se ajustan a la programación, aunque se haya efectuado una escala que no estaba prevista (9) .

La cancelación de los vuelos no depende siempre de la voluntad del transportista aéreo —denegación de embarque—, sino que puede tener su origen en otros factores ajenos a él como puede ser el cierre del espacio aéreo, huelga de controladores, condiciones meteorológicas adversas, etc. Es por ello que, el art. 5. 3.º del Reglamento (CE) n.º 261/2004 exonera de la obligación de pagar una compensación al transportista aéreo que pruebe «que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado, incluso si se hubieran tomado las medidas razonables» (10) . El transportista no debe probar que adoptó todas las medidas razonables, sino que, incluso sirviéndose de todo el personal y los medios financieros disponibles, evitar las circunstancias extraordinarias le habrían sido manifiestamente imposibles, salvo acometiendo sacrificios insoportables para sus capacidades en aquel momento (11) .

En este sentido, son varias las causas por las que pueden producirse las circunstancias extraordinarias que hayan podido provocar la cancelación del vuelo programado (12) . Así, el segundo inciso del Considerando 14 enumera una lista abierta entre los que se encuentran los siguientes supuestos: inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo, y huelgas (13) que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo, etc. (14)

Conviene resaltar que es unánime y consolidada Jurisprudencia que los problemas técnicos detectados con ocasión del mantenimiento de las aeronaves, o a causa de fallos en dicho mantenimiento, no constituyen, como tales, circunstancias extraordinarias que pudieran exonerar de responsabilidad al transportista, pues se consideran inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo que debe enfrentarse ordinariamente a estos problemas técnicos, y que son consecuencia ineluctable del funcionamiento de estos aparatos. Al respecto, destacamos la doctrina del TJUE fundada, entre otras, en las sentencias de 17 de septiembre de 2015 (asunto C-257/14), de 22 de diciembre de 2008 (asunto C-549/07, F.W. Hermann contra Alitalia) (15) y de fecha 19 de noviembre de 2009 (asunto C-402/07, Sturgeon y otros contra Condor) (16) . Por el contrario, si constituyen circunstancias extraordinarias aquellos problemas técnicos derivados de actos de sabotaje o terrorismo y, también, cuando su origen sea un defecto de fabricación oculto que afecta a la seguridad de los vuelos, siempre que el fabricante de los aparatos informe de ese defecto una vez que tales aparatos se encuentran ya en servicio (17) .

Centrándonos en la responsabilidad por cancelación de vuelos el Considerando 13 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 señala que *Los pasajeros cuyos vuelos queden cancelados han de tener la*

posibilidad de obtener el reembolso de los billetes o un transporte alternativo en condiciones satisfactorias, y, deben recibir atención adecuada mientras esperan un vuelo posterior. Pues bien, la concreción de los citados objetivos se encuentra en los denominados Derecho a una compensación económica y Derecho de atención o asistencia.

En relación al primero de ellos, *Derecho a la compensación genérica*. El Reglamento (CE) n.º 261/2004 establece en el artículo 5 las consecuencias de la cancelación al señalar que:

1. *En caso de cancelación de un vuelo:*

- a)** *el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá asistencia a los pasajeros afectados conforme al art. 8, y*
- b)** *el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo ofrecerá asistencia a los pasajeros afectados conforme a la letra a) del apartado 1 y el apartado 2 del art. 9 así como, en caso de que se les ofrezca un transporte alternativo cuando la salida prevista del nuevo vuelo sea como mínimo al día siguiente de la salida programada del vuelo cancelado, la asistencia especificada en el apartado 1 del art. 9, y*
- c)** *los pasajeros afectados tendrán derecho a una compensación por parte del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo conforme al art. 7, a menos que: (i) se les informe de la cancelación al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, o (ii) se les informe de la cancelación con una antelación de entre dos semanas y siete días con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista, o (iii) se les informe de la cancelación con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista, y llegar a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista.*

En los casos en los que el transportista no tiene que abonar la compensación encuentra su razón de ser en que el pasajero tiene capacidad de reaccionar a la cancelación, en que se le proporcionará un medio alternativo para llevar a cabo su viaje, y en el que el artículo 12 del Reglamento, como veremos con posterioridad le permite reclamar una compensación suplementaria (18) .

Por su parte, el mencionado artículo 7 establece que:

1. *Cuando se haga referencia al presente artículo, los pasajeros recibirán una compensación por valor de: a) 250 euros para vuelos de hasta 1500 kilómetros; b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en a) o b).*

En relación al Derecho de atención. Dice literalmente el artículo 9 del Reglamento (CE) n.º 261/2004:

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

- a)** *Comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar;*
- b)** *Alojamiento en un hotel en los casos en que sea necesario pernoctar una o varias noche...*
- c)** *Transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento.*

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

El artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 261/2004, ordena dar prioridad a las personas con movilidad reducida, a sus acompañantes o perros de acompañamientos certificados, y a los menores no acompañados, tanto en cuanto a su transporte como al deber de asistencia previsto en el artículo 9.

Nótese que el Derecho asistencia o atención, no pueden verse como una prestación integrante de la indemnización de daños y perjuicios que corresponden al pasajero en caso de que la cancelación o el retraso le ocasione un daño. El derecho de atención y asistencia que corresponde a todo pasajero cuyo vuelo sufra un retraso o cancelación, trata de evitar la aparición de ciertos daños vinculados a la espera (manutención, alojamiento, comunicaciones, etc.), siendo por tanto ajeno al eventual daño que le pueda ocasionar al pasajero la cancelación o el retraso del vuelo; daño ese que tiene que ver no con la espera en el aeropuerto, sino con el momento de la llegada al destino, y que se puede materializar de distintas formas: pérdida de días de vacaciones, no acudir o acudir tardíamente a un evento, que era precisamente el objeto del vuelo, etc. (19) .

El Reglamento (CE) n.º 261/2004 también recoge la posibilidad *del reembolso o transporte alternativo* para el supuesto de la cancelación de vuelo. Así, el artículo 8. 1.º establece que se ofrecerán al pasajero las siguientes opciones.

a) el reembolso en siete días, según las modalidades del apartado 3 del artículo 7, del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o partes del viaje efectuadas, sí el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible.

b) la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible, o;

c) la conducción hasta el destino final, en condiciones de transporte comparables, en una fecha posterior que convenga al pasajero, en función de los asientos disponibles.

En el caso de ciudades o regiones en las que existan varios aeropuertos, sí el transportista aéreo ofrece al pasajero un vuelo a otro aeropuerto distinto de aquél para el que se efectuó la reserva, el artículo 8. 3.º del Reglamento establece que: *deberá correr con los gastos de transportes del pasajero desde ese segundo aeropuerto, bien hasta el aeropuerto para el que se efectuó la reserva, bien hasta otro lugar cercano convenido con el pasajero.*

Diferente al caso de la cancelación del vuelo es el retraso. Éste, a diferencia de la cancelación, no supone que se anule un vuelo que estaba programado, sino que parte más tarde del horario previsto o que llega al destino excediendo el horario de llegada programado. El retraso del vuelo es una adversidad de menor gravedad que el caso de cancelación para el pasajero, teniendo su reflejo en el régimen de responsabilidad del transportista aéreo establecido en el Reglamento. Tanto es así que, en un principio, no se le reconoce al pasajero el derecho de compensación económica. Si bien, tras la STJCE (Sala cuarta) de 19 de noviembre de 2009 (asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07) (20) , el derecho a la compensación económica para el caso del retraso en los vuelos ha sido matizada; Así, el apartado 69 de dicha sentencia afirma que «Los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 deben de interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos de la aplicación del derecho de compensación y de que, por lo tanto, pueden invocar el derecho de compensación previsto en artículo 7 apartado 2 de dicho Reglamento, cuando soportan en relación con el vuelo que sufre el retraso una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo» (21) . Sin embargo, «este retraso no da derecho a compensación a los pasajeros sí el transportista aéreo puede probar que el gran retraso producido se debe a circunstancias extraordinarias que no podría haberse evitado incluso sí se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, circunstancias

que escapan al control efectivo del transporte aéreo (22) . En cambio, el Reglamento sí reconoce para el caso de retraso en un vuelo el derecho a recibir asistencia y reembolso del billete cuando el retraso sea de una determinada magnitud. Así se pronuncia el Considerando 17 del Reglamento *Los pasajeros cuyos vuelos tengan un retraso de una duración determinada deben recibir el reembolso de sus billetes, o de proseguirlo en condiciones satisfactorias* (23) .

2. Carácter mínimo de las compensaciones previstas en el Reglamento (CE) n.º 261/2004

Al margen de la compensación genérica (art. 5), el artículo 12 del Reglamento permite la reclamación de una compensación suplementaria; interpretándose ésta en el sentido de que el juez nacional puede conceder, en las condiciones previstas en el CM o por el Derecho nacional, indemnización adicional de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el Reglamento establece un régimen compensatorio de mínimos (art. 1.1. °del Reglamento habla de «derechos de mínimos») que en ningún caso debe ser interpretado como un límite a la responsabilidad de los transportistas aéreos en los supuestos que contempla la norma, sino como indemnizaciones que no impiden el derecho del pasajero a exigir otras suplementarias en función de los daños y perjuicios individualizados que haya sufrido (24) . Así, el referido artículo 12 del Reglamento establece en su apartado 1 que el mismo se aplicará *sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria*. Es posible, por tanto, que el pasajero pueda invocar daños y perjuicios superiores de los que deba ser resarcido, con base en lo previsto en el CM, o en el art. 1.101 del Código Civil (25) .

En este sentido, la STJCE de 9 de julio de 2009 (asunto 204/08) (26) señala que el derecho de compensación que otorga el artículo 7 del Reglamento (CE) n.º 1 261/2004 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 CM; y en STJCE de 10 de enero de 2006 (asunto C-344/04) (27) se reitera que « ... *de las disposiciones de los artículos 19, 22 y 20 del Convenio de Montreal, resulta claramente que éstas se limitan a regular las circunstancias de que los pasajeros perjudicados, con posterioridad al retraso de un vuelo, pueden entablar las acciones destinadas a obtener una reparación por daños y perjuicios con carácter individual, es decir, indemnización por parte de los transportistas responsables del daño resultante del retraso* (44); *En consecuencia el Convenio de Montreal no puede constituir un obstáculo a la intervención del legislador comunitario para determinar, en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de transporte y protección de consumidores las condiciones en que conviene reparar los perjuicios relacionados con las molestias anterior mencionadas. Puesto que la asistencia y la atención de pasajeros a que se refiere el artículo 6 del Reglamento núm. 261/2004 en caso de gran retraso de un vuelo constituyen tales medidas reparadoras estandarizadas e inmediatas, no se encuentran entre aquéllas cuyas condiciones de ejercicio fija el referido Convenio. El dispositivo previsto en ese artículo se sitúa así simplemente en un momento previo al que resulta del Convenio de Montreal* (46); *Las medidas de asistencia y atención estandarizadas e inmediatas no impiden por sí mismas que los pasajeros afectados en el caso en que el mismo retraso les cause también daños que den derecho a una indemnización, puedan ejercitar, además, las acciones de indemnización de dichos daños en las circunstancias previstas en el Convenio de Montreal* (47). *Estas medidas, que mejoran la protección de los intereses de los pasajeros y las condiciones en que se les aplica el principio de reparación, no pueden, por tanto, considerarse incompatibles con el Convenio de Montreal*» (28) .

Los pasajeros, por tanto, pueden invocar una indemnización superior a la compensación prevista por el citado Reglamento, con fundamento en el propio instrumento comunitario, en el Código civil y en el CM que establece, para los supuestos de retraso en el transporte de pasajeros (y de equipajes) un

régimen de responsabilidad civil por daños con presunción de culpa del transportista. Todo ello, ratificado por abundante y unánime Jurisprudencia (29) .

Esta compensación suplementaria tiene por objeto que los pasajeros se vean resarcidos por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento por parte del transportista aéreo de sus obligaciones contractuales. Si bien, dentro de esta compensación complementaria, las obligaciones de reembolso y asistencia no se encuentran incluidas (arts. 8 y 9). Por tanto, sí dichas obligaciones resultan incumplidas, los pasajeros están legitimados para invocar los citados derechos sobre la base de los elementos enunciados en esos preceptos, nunca sobre la base del artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 (30) .

Por todo ello, podemos afirmar que, procede la indemnización adicional por daños morales cuando, además de los perjuicios producidos por igual —«estandarizados»— a todos los pasajeros, se añaden otros «individualizados» y específicos inherentes a cada caso. Así lo han puesto de manifiesto abundante jurisprudencia (31) en las que coinciden que tiene cabida una indemnización complementaria a la compensación de mínimos del artículo 7 del Reglamento cuando de la cancelación del vuelo y actuaciones posteriores del transportista se desarrollen y evidencien graves negligencias que deriven objetivamente en daños y perjuicios morales y de otra índole, individualizados y debidamente acreditados por el pasajero. (32)

III. Dificultad probatoria y cuantificación del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros

1. El Daño moral indemnizable en el transporte aéreo de pasajeros

Nuestro Derecho de Daños parte de que toda pretensión indemnizatoria por el resultado lesivo de una acción u omisión debe suponer la reparación integral de la consecuencia dañosa, lo que se conoce como la *restitutio in integrum*, por cuya virtud la víctima merece ser resarcida en todos los extremos en que ha sido dañada. Por ello, y relacionado con el tema que nos ocupa, la jurisprudencia casacional civil ha elaborado desde STS 6 de diciembre de 1912 (33) una doctrina continuada y progresiva sobre la procedencia de indemnizar los daños morales.

Con la indemnización del daño moral se pretende que quién lo ha padecido se vea repuesto de cualquier perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona —salud, libertad, intimidad, dignidad— o de nuestros sentimientos o afectos más elevados. Es decir, no se trata de reparar la disminución del patrimonio moral del perjudicado, sino más bien se dirige a compensar el dolor sufrido por la víctima, por lo que, de manera habitual, se debe proyectar en el ámbito de la persona que lo padece (34) .

España, al igual que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, admite bajo determinados presupuestos la indemnización del daño moral contractual (35) . Esta posición favorable se ha visto reconocida en sentencias de nuestro TS afirmándose que iniciada —la indemnización del daño moral— en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con la clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* (36) y los ataques a los derechos de la personalidad (37) .

Nótese que el problema fundamental en torno al daño moral radica en la fijación de su indemnización, al no contar con normativa específica en buena parte de su ámbito. Si bien, ello no impide que los tribunales puedan valorar el daño moral conforme a los criterios que contempla nuestra legislación (38) , vislumbrando la existencia de una multiplicidad de criterios que conforme a la discrecionalidad del órgano judicial nos impiden ofrecer argumentos homogéneos para sistematizar el establecimiento del *quantum* indemnizatorio (39) .

A pesar de la dificultad que entraña su valoración, es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que el daño moral se encuentra representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto sí implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como sí el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, honor, honestidad ...»). (40) En concreto, se han recogido diversas situaciones de las que podría derivarse un daño moral por sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, por ejemplo, en situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre. En cambio, no podrían derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que puedan originarse como consecuencia de un incumplimiento contractual.

Asimismo, se admite que su valoración no puede alcanzarse meramente de una prueba objetiva, lo que de modo alguno no puede impedir al tribunal la fijación de su cuantificación, a cuyo efecto deberán ser ponderadas siempre las circunstancias concurrentes en cada caso (41) . Prueba de ello es la tan citada sentencia de 31 de mayo de 2000 en la que el TS afirmó que ... *lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (...), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, ... Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 10 de octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994 y 11 de marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria (...).* (42)

Centrándonos en la indemnización por daños morales en el transporte aéreo de pasajeros, conviene recordar que ninguna de las principales regulaciones en materia de transporte aéreo de pasajeros (CM (43) , Reglamento (CE) n.º 1 261/2004 y C. Varsovia), contienen mención alguna al daño moral, si bien, este hecho no ha sido obstáculo para que nuestros Tribunales hayan estimado la existencia del daño moral por incumplimiento del contrato en los supuestos de gran retraso y cancelación de vuelos cuando las circunstancias que los provocan fueran completamente injustificables, afectando a la psique del pasajero. Como ya hemos manifestado, se consideran compatibles las indemnizaciones recogidas en la normativa sobre transporte aéreo con la estimación de indemnizaciones en concepto de daño moral por incumplimiento del contrato, siempre y cuando se den los requisitos mencionados. Opinión compartida por la doctrina al considerar que el sistema de indemnizaciones previsto en el Reglamento comunitario es compatible con la estimación del daño moral en los casos de incumplimiento del contrato de pasajero aéreo (44) .

No obstante, y en el ámbito de la UE, en relación con los contratos de viajes combinados, es opinión unánime en la doctrina, confirmada por el TJUE que el artículo 5 de la Directiva del Consejo 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*, (45) la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los servicios que integran el viaje combinado (46) , tanto sí el daño moral es consecuencia de un daño corporal, como sí se trata del mero daño moral derivado de la pérdida del disfrute de vacaciones». Tanto es así, que son muchos los fallos jurisprudenciales en los que se aprecia el criterio aperturista de la indemnización del daño moral contractual como consecuencia de unas «vacaciones malgastadas» (47) .

Sin embargo, el problema surge a la hora de determinar sí el concepto de daño moral, tal y como viene siendo entendido por parte de la doctrina y jurisprudencia, es aplicable a la aflicción producida por un retraso o cancelación de vuelo. Sobre el tema se han pronunciado nuestros tribunales, siendo referencia la STS de 31 de mayo de 2000 en la que se concretó el daño moral en el transporte aéreo de pasajeros con ocasión de retrasos o cancelaciones de vuelo, afirmando que...*No pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen*

*originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; y, obviamente, también tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera los viajeros no han sido debidamente atendidos o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna.... Sin embargo, el Alto Tribunal señaló que para que el retraso pueda ocasionar un daño moral éste debe reunir tres requisitos: 1.º La no existencia de una justificación a la que pueda ser imputada la demora sobre el horario previsto; 2.º Que el retraso, cuantitativamente considerado, sea de una entidad relevante; y, 3.º Que las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes permitan inducir, a través de la realización de un juicio de notoriedad, la realidad de la afección de la esfera psíquica del pasajero perjudicado, produciéndole sensaciones que puedan ser definidas como sensaciones anímicas de inquietud, incertidumbre, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor..., que permitan fundar la aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*; sin que puedan ser tomadas en consideración las molestias no relevantes, los enojos o enfados poco justificados o la mera sensación de aburrimiento (48) .*

Como se puede observar, los dos últimos presupuestos de los señalados habrán de ser objeto de apreciación y valoración discrecional *ad casum* por el órgano jurisdiccional que, en cada caso, conozca de la pretensión indemnizatoria, teniendo en cuenta todas las circunstancias subjetivas y objetivas que hayan resultado probadas y concurren en cada caso (49) .

2. Criterios para la cuantificación del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros en las decisiones judiciales

La cuantificación del daño moral en nuestro sistema judicial es una cuestión compleja por su carácter subjetivo, atendiendo a la repercusión que el mismo tiene para cada reclamante y la dificultad intrínseca, como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, de probar el hecho dañoso que ha afectado a la víctima, en qué medida y de qué manera la zozobra o inquietud perturba a la persona, y la determinación de una compensación justa.

Partimos de que no existen reglas que fijen las cuantías indemnizatorias del daño moral; al mismo tiempo que la unificación de criterios, en cuanto al reconocimiento y valoración del daño moral, se encuentra limitada por la propia peculiaridad del sistema judicial español, por cuanto el orden judicial competente dependerá del responsable del daño, particular o administración pública —jurisdicción civil o contencioso- administrativa—, e incluso de la existencia o no de infracción penal —jurisdicción penal—.

La jurisprudencia establece determinadas reglas de cuantificación del daño moral, de aplicación no excluyente ni taxativa, que facilitan al órgano jurisdiccional el cálculo de la indemnización que por el perjudicado o lesionado se interese. De entre ellas, podemos señalar las siguientes: 1) la aplicación analógica del baremo de accidentes de circulación para cuantificar el padecimiento moral (50) ; 2) La vinculación del daño material al daño moral; 3) El establecimiento de cifras discretivas, donde el Juez dispone a tanto alzado de una suma discretivamente acordada, en aquellos supuestos en los que el montante de la indemnización resulta fijado en la petición que se contiene en la demanda (51) ; 4) El recurso a la equidad.

Trasladados estos criterios al contexto del transporte aéreo de pasajeros, podemos observar que en las resoluciones judiciales tampoco se establecen unos parámetros uniformes a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio; pues en algunas de ellas utilizan el importe del billete para la determinación del daño moral por pérdida de día de vacaciones, en otras se acude a la aplicación de

indemnizaciones previstas en el Reglamento (CE) 295/1991, del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo (*overbooking*); otras al Reglamento (CE), n.º 261/2004; y, por supuesto, el criterio del precio alzado establecido discrecionalmente por la autoridad judicial.

A continuación, aludimos los criterios comúnmente manejados por los órganos judiciales en la determinación del *quantum* indemnizable del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros en los supuestos de cancelación o gran retraso de los vuelos que originan la pérdida de día de vacaciones o días de trabajo, asistencia a actos de suma relevancia para los pasajeros, eventos familiares, reuniones o actos relacionados con la vida laboral (actos académicos). Con este análisis jurisprudencial, pretendemos poner de manifiesto la falta de uniformidad en los criterios utilizados para la determinación de la cuantía indemnizable del daño moral, y la desproporcionalidad generada por la discrecionalidad judicial en las resoluciones, provocando, como bien ha manifestado un sector doctrinal, que «la inexistencia de unas bases objetivas para realizar esta cuantificación determina que el perjudicado cuando ejercita judicialmente su pretensión indemnizatoria entre en una especie de ruleta de la suerte judicial.» (52)

a) Discrecionalidad del Juez en la determinación del quantum en la indemnización del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros

El recurso a la determinación de *quantum* indemnizatorio del daño moral en el transporte aéreo de manera alzada y a discrecionalidad de la autoridad judicial es el criterio más recurrente en las decisiones judiciales, lo que provoca que ante, prácticamente, unos mismos hechos nos encontremos con sentencias muy dispares, en las que las cuantías indemnizatorias sean en algunos casos un tanto irrisorias, y, en otras, partiendo de las cantidades requeridas por los demandantes, los jueces sin criterio alguno o de manera discrecional las reducen al considerarlas desproporcionadas; Prueba de ello son, a modo de ejemplo, resoluciones judiciales a las que nos referimos a continuación.

La primera, es la sentencia de referencia de TS (Sala de lo civil) núm. 533\2000, de 31 de mayo (53) . El objeto de la reclamación indemnizatoria eran unos 70.000 dólares USA formulada por Jordi E.S contra la compañía Trans World Airlines, en concepto de daños patrimoniales y morales, por un retraso de ocho horas en un vuelo de Nueva York a Barcelona. El citado órgano reconoce el daño moral en el transporte aéreo, recogiendo el criterio aperturista sobre la indemnización del mismo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Si bien, estima que no procede el recurso de casación contra la SAP de Barcelona de fecha de 24 de mayo de 1995, en la que se reduce de manera discrecional la cuantía solicitada por los demandantes por daños morales a 250.000 pesetas, frente a la cuantía fijada alzadamente en un millón de pesetas por el Juez de Primera instancia n.º 13 de Barcelona, y, todo ello, sin argumentación alguna.

En segundo lugar, nos encontramos con dos sentencias en la que los Tribunales de Primera Instancia no solo reconocen la indemnización por daño moral en el transporte aéreo, fijando su cuantía de manera discrecional a tanto alzado, sino que llegan a reconocer que sí los demandantes hubiesen solicitado mayor cuantía en la demanda se les hubiese reconocido.

Una, es la del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, Sentencia núm. 207/2019, de 20 de septiembre (54) , donde la pretensión de los demandantes frente a la compañía aérea Vueling, se fundamenta en el incumplimiento del contrato de transporte aéreo de un vuelo París a Alicante. Se trataba de un viaje de unos cuatro días en Eurodisney París en familia, compuesta por abuelos tíos, hijos, yernos y cinco menores de edad. El vuelo de vuelta fue cancelado, siendo reubicados en otro con 24 horas después de lo inicialmente contratado, llegando la madrugada de un día laborable, con la consiguiente pérdida de un día de trabajo por cada uno de los adultos. Los demandantes cuantificaron los daños morales sufridos en 180 euros por cada uno de los diez viajeros afectados (1800€), a los que añaden 60 € por el desplazamiento al hotel, y otros 400€ por compensación económica por cancelación de vuelo,

por tratarse de una distancia superior a 1.500 km. El pronunciamiento del órgano judicial es del siguiente tenor *...no puede obviarse que los menores estaban bajo los cuidados y atenciones de su progenitor/es y demás familiares, por lo que se estima ponderado indemnizar a cada uno de los menores en la cantidad de 100€, y no los 180 € que se reclaman de forma indiscriminada para todos los afectados, en tanto que a los adultos, atendiendo a la perturbación derivada de la tensión generada, a la «sensación anímica de inquietud, temor o presagio de incertidumbre» (STS 22 de mayo de 1995), al «trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre» (STS 27 de enero de 1998), y al «impacto, quebranto o sufrimiento psíquico» por la situación, fue sin duda de mucha mayor entidad, pues a la inquietud por ellos mismos habría que sumar la que sufrieron por los menores, por lo que la indemnización por daño moral inferido a los adultos se hubiese incrementado, incluso a un importe superior al solicitado, pero a tenor del principio dispositivo de daños morales inferidos a los adultos deben ser fijados en el importe reclamado (...). Curiosa decisión del órgano judicial al entender desproporcionada la cantidad demandada por daños morales en relación a los menores de edad, mientras que la de los adultos la considera insuficiente, tomado como criterio único su propia discrecionalidad.*

Y, la segunda, es la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz, núm. 119/2018, de 4 de septiembre de 2018 (55) , en la que los demandantes contrataron un vuelo desde Gerona a Trapani (Italia), con la compañía aérea RYANAIR D.A.C. El vuelo fue cancelado y las alternativas que le ofrecieron a los demandantes no satisfacían sus intereses, al perder días de vacaciones, así como otras actividades turísticas contratadas. El órgano judicial consideró que, *... El hecho es que la cancelación del vuelo de ida tuvo unas consecuencias superiores a un mero retraso o pérdida de tiempo en el destino vacacional para los demandantes; supuso la cancelación total del viaje, consecuencia de la derivada del incumplimiento contractual por parte de la demandada que justifica plenamente un perjuicio moral indemnizable con 150 € añadidos a la compensación automática prevista en el Reglamento (...).* Como se puede observar, el órgano judicial no cuestiona la cantidad indemnizatoria por daño moral solicitada por los demandantes, de lo que podemos deducir que sí la cuantía reclamada hubiese sido superior posiblemente se la hubiesen concedido.

Y, finalmente, podemos señalar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1º de Almería, núm. 45/2020, de 11 de marzo (56) . En ella, los demandantes solicitaron la cuantía de tres mil setenta y tres euros, por razón de la cancelación del vuelo de Chicago-Madrid-Almería que llegó a su destino con más de un día de retraso y mediante ruta alternativa. En concreto reclamaron 600 € por compensación, los gastos generados por el retraso, y 1000 y 800 euros cada uno de los actores por daños morales. El órgano judicial reconoce la existencia del daño moral, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el mismo en el transporte aéreo de pasajeros, y se pronuncia en relación a la cuantificación del mismo de la siguiente manera: *... en relación a los daños morales consecuencia del retraso que D.^a (X) cifra en 1000 euros por su inasistencia a un acto de graduación como Vicedecana se considera acreditada la existencia de los mismos ante la certificación aportada y el programa, siendo inherente el hecho de no poder asistir, sin embargo no se comparte la cuantificación efectuada, estimando mucho más proporcionado reconocer el importe de 250€. Lo razonado es igualmente aplicable a los daños reclamados por D. (X), que también acredita la inasistencia a una reunión de trabajo, siendo igualmente manifiestamente desproporcionada la cuantía de 800 €. En cambio, se estima más adecuada la cuantía de 200 € por este concepto, pues no se acredita la facturación o que la desconvocatoria de la reunión causase perjuicios más allá del evidente por incumplimiento de la agenda».*

b) Las indemnizaciones establecidas en el Reglamento (CE) n.º 261/2004 como criterio para la determinación del quantum del daño moral

Los últimos pronunciamientos judiciales sobre la cuantificación del daño moral están tomando como referencia las cuantías indemnizatorias establecidas en el Reglamento (CE) n.º 261/2004. Ello implica

que las cuantías cada vez sean superiores, pues la cantidad mínima establecida como indemnización compensatoria es de 250 € para el caso de cancelación de gran retraso de vuelos de 1.500 km. No obstante, sigue habiendo una desproporcionalidad notable en la determinación del *quantum* dependiendo del órgano sentenciador.

En primer lugar, contamos, a modo de ejemplo, con dos sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz en las que se toman como referencia las cuantías indemnizatorias establecidas como compensatorias obligatorias del Reglamento (CE) n.º 261/2004, a pesar de que el mismo no es de aplicación a los supuestos objeto de litigio. La primera es la sentencia núm. 70/2018, de 20 de abril (57) , en la que los tres demandantes reclaman en concepto de daño moral 1.800€ por llegada a su destino (Madrid) con tres horas de retraso como consecuencia de la cancelación por overbooking de primer vuelo de Phuket-Abu Dhabi. El órgano judicial tras reconocer el daño moral sufrido por la parte demandante, sostiene que *...baste recordar que el Reglamento 261/2004 contempla una indemnización de 600€ por pasajero para trayectos superiores a 3.500 km, luego aun no resultando de aplicación el indicado Reglamento es útil el parámetro de valoración, con lo que los 1800€ reclamados por los tres pasajeros en modo alguno resulta desproporcionado.* (F.3). Y, la segunda, la sentencia núm. 154/2018, de 21 de noviembre (58) , en la que los demandantes llegan con un retraso superior a 17 horas a su destino final en un vuelo Tokio-Madrid con escala en Beijing. Los actores reclaman una compensación económica por daños morales de 600€ por cada uno más otros importes que no vienen al caso. Al igual que la sentencia anterior y siguiendo el mismo criterio, afirma el órgano judicial que: *... La indemnización por daño moral solicitada es coherente y acorde con lo previsto en el Reglamento 261/2004 (600 euros) que si bien no resulta aplicable al caso sirve de orientación en la cuantificación de la indemnización. Por ello, procede condenar a la compañía demandada a abonar en concepto de indemnización pro daño a los demandantes la cantidad de 600€* (59) .

Por último, aludimos a la sentencia del mismo órgano juzgador que las anteriores de fecha de 25 de septiembre de 2019, núm. 133/2019 (60) , donde se acude al criterio del Reglamento (CE) n.º 261/2004 para la determinación de la cuantía del daño moral, pero, a diferencia de las anteriores, en este caso sí procede la aplicación del mismo. En el litigio, los demandantes adquirieron un paquete vacacional integrado por el transporte aéreo a Alemania, estancia en distintos hoteles, manutención y visitas guiadas en distintas ciudades y lugares en Alemania. El primer vuelo que cubría el trayecto Bilbao-Barcelona resultó cancelado, siendo conducidos en autobús a Barcelona y recolocados en un vuelo con destino Múnich con un día de retraso. Ello originó que no solo llegaran con un día de retraso a su destino, sino que perdieron días de vacaciones, así como algunas de las actividades programadas —visitas a otras ciudades alemanas— al tratarse de un viaje combinado. El tribunal, partiendo de los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial en torno al reconocimiento del daño moral en el transporte aéreo se manifiesta en el siguiente sentido: *... este caso presenta especialidades acreditadas, que justifican una indemnización complementaria en concepto de daño moral debido a la dificultad en cuantificar el importe del viaje pagado y que no pudieron disfrutar las actoras. Para empezar la compañía aérea proporcionó un transporte alternativo al contratado y pagado por los demandantes. Pero no cabe depreciar que en lugar de un viaje en avión desde Bilbao a Múnich con salida a las 08:55 horas y llegada a Múnich a las 12:25 horas del mismo día, escala en Barcelona incluida, tuvieron que soportar en el inicio de un viaje programado de diez días por distintas ciudades de Alemania, un viaje en autobús desde Bilbao a Barcelona, una noche en Barcelona, salida al día siguiente de madrugada a Múnich en otro vuelo y llegada a destino un día después del previsto del descanso del primer día y visita guiada en Múnich el 19.08.2018. Obviamente, tales circunstancias acreditan por sí solas un perjuicio moral al que cabe esperar se indemnice con una compensación estándar de 250€ que se aplican automáticamente a cualquier cancelación, denegación de embarque o retraso superior a tres horas, aunque no conlleve incidencias. Por ello, estimo suficientemente*

justificado un daño moral superior al que cabe indemnizar con los 250 euros pagados por pasajero de forma que además de los 105, 80€ allanados y debidos al daño patrimonial, debe concederse una indemnización suplementaria: En la cuantificación de la misma; sin embargo, estimo razonable un total por pasajeros de 250€. (61) .

c) El precio del billete como referencia para determinar el quantum indemnizatorio del daño moral

Finalmente, nos referimos a otro de los criterios que ha servido de referencia en la práctica judicial a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria del daño moral en el transporte aéreo como es el precio del billete. No obstante, es preciso señalar que no es el más frecuente, y que en determinados casos se utiliza como un parámetro más, que no el único, para la determinación de la cuantía indemnizatoria del daño moral.

Así, por ejemplo, encontramos la SAP de Vizcaya (sección 4.º) núm. 278/2010, de 31 de marzo (62) en la que se afirma que :*...Es cierto que el importe del billete y el tipo del viaje contratado, por las diferentes expectativas que permiten las distintas clases de billetes en función de sus prestaciones, son elementos a tener en cuenta para valorar un perjuicio moral, lo que necesariamente exige, según jurisprudencia muy nuestra que se excusa en citar, una aproximación prudente y ponderada hacia valoraciones inexorablemente subjetivas. El importe superior de un viaje sin duda debe tenerse en cuenta a la hora de valorar el daño moral derivado de su frustración. Sin embargo, no debe ser empleado como único criterio, pues se corre el riesgo de no indemnizar en debida forma precisamente lo que integra el daño moral, que es la impotencia, la angustia, la incertidumbre, la pesadumbre y la tensión y aflicción que produjeron las antedichas circunstancias: son todos padecimientos ligados causalmente a las mismas, que no acontecen necesariamente en relación al precio del billete. Así lo establece la STJCE (Gran Sala) de 10 de enero de 2006 (...), que ha concluido que las medidas de asistencia y atención a los pasajeros en caso de gran retraso de un vuelo (sobre el que versaba la cuestión), prevista en el artículo 6 del Reglamento n-º 261/2004, que constituyen medidas estandarizadas e inmediatas de reparación de los perjuicios derivados de las molestias que ocasionan los retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, rechazando que las mismas deban determinarse en proporción al precio del billete (párrafo 88). (F.3).*

Y, finalmente, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm. 65/2007, de 27 de abril (63) , donde se toma como parámetro único el precio del billete para determinar la cuantía por daño moral. En este supuesto, los demandantes se vieron privados de un día completo de sus vacaciones por el retraso del vuelo Málaga-Madrid, lo que originó la pérdida del enlace Madrid-Santiago de Chile. Los demandantes solicitaron 600 € en concepto de daños morales, no solo por las molestias e incomodidades soportadas, sino también por la pérdida de un día completo no disfrutado en el destino de vacaciones. El órgano juzgador resolvió con el siguiente argumento *...conjugando las características de los límites estándar del Reglamento y del Convenio y de las circunstancias señaladas, en función de lo previsto 1101 y 1103 del Código civil, es necesario limitar dicha indemnización de daños morales en función del billete y de la afección aprobada que se sitúa en dos particularidades: la necesidad de buscar solución a dicho retraso por defectuosa prestación de la compañía y el tiempo perdido de un día. Es necesario tener en cuenta que la propia actora incide específicamente en la pérdida de este día de vacaciones en el lugar de destino. Todo ello, no puede sino dar lugar a una indemnización máxima de cien euros por pasajero del valor del billete dividido entre los días de estancia e incrementado en un cien por cien por el cumplimiento defectuoso reseñado.*

IV. Conclusiones finales

El reconocimiento de la autonomía de la indemnización del daño moral con respecto al patrimonial en el transporte aéreo de pasajeros no es cuestionable, pues son abundantes las decisiones judiciales que lo reconocen sin ningún género de duda, aplicando la doctrina del TS y del TJUE.

Sin embargo, el daño moral sí presenta dificultades en lo que se refiere a la determinación de la cuantía indemnizatoria, quedando a la discrecionalidad del órgano juzgador su valoración de la prueba, en el sentido de que las circunstancias hayan provocado en el pasajero zozobra, ansiedad, angustia, temor, etc.

Tras el análisis de los diferentes criterios para la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral en relación a la cancelación o gran retraso del vuelo, se puede vislumbrar, como se ha manifestado en varias ocasiones, la «lotería indemnizatoria» a la que se encuentran sometidos los usuarios del transporte aéreo dado que, a pesar de que los tribunales están admitiendo todo tipo pruebas para la determinación del mismo, la valoración del mismo va a depender de los criterios utilizados por el órgano juzgador.

Ello, me lleva a proponer un sistema de baremos, al igual que rige para los accidentes de circulación (64) ; ya que sí ha sido posible recoger las diversas situaciones directas y colaterales que se derivan de dichos accidentes, entiendo que también sería posible para los daños morales ocasionados en el retraso y cancelación de vuelos; permitiendo este sistema que la indemnización obtenida por los usuarios no quede a la discrecionalidad del órgano juzgador, y pudiéndose alcanzar de manera objetiva la *restitutio in integrum*. Por todo ello, me inclino por un sistema de baremos para la determinación del *quantum* del daño moral en el transporte aéreo de pasajeros, al considerar que facilitaría la práctica judicial y sería una solución a la discrecionalidad judicial, alcanzándose una mayor satisfacción del usuario de este tipo de transporte cuando sufre la consecuencia derivada de la cancelación o gran retraso de los vuelos (65) .

V. Bibliografía

BLANCO SARALEGUI, J., «El daño moral en el transporte aéreo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *El Derecho Lefebvre* (01-03-2012).

BUSTO LAGO, J.M., «Demoras en los aeropuertos (daños patrimoniales y daños morales por el retraso en el transporte aéreo de viajeros y de sus equipajes)», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 8 (2003), pp. 5-18.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. Del. C. (2018) «El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación», *Actualidad civil*, n.º 6, junio 2018, pp. 1-22.

CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013), «La responsabilidad de las compañías aéreas por cancelaciones y retrasos de vuelos», *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 32, 2013, pp. 1-15.

GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2010), «La aplicación de los límites de responsabilidad del Convenio de Montreal al daño moral en el transporte de pasajeros (Comentario a la STJCE de 6 de mayo de 2010)», *Revista del Derecho del Transporte*, n.º 5, 2010, pp. 290-291.

GARCIA SANZ, A. (2013), «El daño moral en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 286/2012, pp. 1-12.

GARRIDO PARENT, D. (2005), «Los derechos de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación, retraso o cambio de clase de los vuelos. Especial referencia al Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento europeo y del Consejo», *Revista de Derecho VLEX*, n.º 33 (2005), pp. 1-52.

LUONGO, N.E. (2009), «El daño moral en el sistema de responsabilidad por el transporte aéreo internacional. Un enfoque moderno para nuevas necesidades», *Revista del Derecho del Transporte*, n.º 2, 2009, pp. 99-130.

MAGRO SERVET, V. (2009), «El daño moral en los retrasos en los viajes aéreos», *Práctica de Tribunales*, n.º 63, sección Práctica procesal (septiembre 2009), pp. 1-12.

— (2016) «Problemas y soluciones ante daños de viajeros en el transporte aéreo», *Práctica de Tribunales*, n.º 118, enero-febrero, 2016, La Ley 7954/2015, pp. 1-14.

MARQUEZ LOBILLO, P. (2009), «Los daños morales como objeto de la indemnización por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista Andaluza del Derecho del Turismo*, n.º.1, 2009, pp. 121-129.

MOYA JIMÉNEZ, A.,(2020), *Régimen Jurídico del transporte de viajeros y los usuarios*, ed. Aferre. (2020).

NIETO ALONSO, A (2006) «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, vol. 59, n. 3. pp. 1115-1198.

PAZOS CASTRO, R. (2017), «El derecho a compensación por retraso en la normativa europea del transporte aéreo de pasajeros». *InDret*, 2/2017, pp.1-57.

PÉREZ MORIONES, A. (2019), «Derecho a compensación en caso de cancelación al hilo de la STJUE de 17 de abril de 2018 (asuntos acumulados C-195/17 y otros, Helga Krüsemann y otros/Tulfly GmbH)», *Revista Aranzadi Doctrinal* (2019), n.º 2, pp. 1-24.

RUBIO TORRANO, E. (2012), «Cancelación de vuelo y compensación económica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, pp.1-3.

RUEDA VALDIVIA, R. (2018), «Acciones de compensación frente a transportistas de hecho por denegación de embarque, cancelación o gran retraso de vuelos de conexión: Aspectos jurisdiccionales», *La Ley Unión europea*, n.º 59, 31 de mayo de 2018 (LA LEY 4481/2018), pp. 1-47.

SERRANO RUIZ, M. A. (2012) «Precios y condiciones del transporte aéreo. Comentario a la STJUE de 13 octubre de 2011 (PROV 2011, 353311)», pp. 1-15.

— (2016), *El daño moral por incumplimiento del contrato*, Sevilla. 2016. (tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide), <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2384/serrano-ruiz-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SOLÉ FELIU, J. (2009), «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derechos», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (2009), pp. 1-41.

VI. JURISPRUDENCIA

STJCE (Sala cuarta), de 9 de julio de 2009 (Cendoj. 62008CJ0204).

STJCE (Sala cuarta), de 19 de noviembre de 2009 (La Ley 226576/2009).

SAP de Asturias, núm. 179/2016, de 10 de junio.

SAP de Barcelona, sección 15.^a, núm. 60/2010, de 11 de marzo, 2010 (Rec. 171/2009) (LA LEY 119505/2010).

SAP de las Islas Baleares (sección 15^a) núm. 442/2006 de 4 de octubre.

SAP Madrid, núm. 108/2011, de 1 de abril.

SAP Madrid, núm.115/2012, de 9 de abril.

Juzgado de lo Mercantil núm 1 de Almería, núm 45/2020, de 11 de marzo. file:///S. juzgado Mercantil n.1, núm 45/2020.pdf

Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), sentencia núm. 171\2015 de 18 de mayo.

Juzgado de lo Mercantil de Málaga, sentencia núm. 65/2007, de 27 de abril.

Juzgado de lo Mercantil de Murcia, sentencia núm. 207/2019, de 20 de septiembre.

Juzgado de lo Mercantil de Donostia-San Sebastián, sentencia núm. 65/2018, de 7 de marzo.

Juzgado de Primera Instancia de Victoria (Provincia de Álava), sentencia núm. 91/2017 de 11 de septiembre.

Juzgado de lo Mercantil, n.º 1 de Victoria-Gasteiz, sentencia núm. 119/2018, de 4 de septiembre.

Juzgado de lo Mercantil, n.º 1 de Victoria-Gasteiz, sentencia núm. 70/2018, de 4 20 de abril.

Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz núm. 154\2018, de 21 de noviembre.

Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz núm. 133\2019, de 25 de septiembre.

- (1) STJUE de 23 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10).
- (2) Art. 94.1.º LNA «Cuando el viaje se suspenda o retrase por causas de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad devolviendo el precio de billete»; y en el párrafo 2.º « Si una vez comenzado el viaje se interrumpiera por cualquiera de las causas señaladas en el párrafo anterior, el transportista viene obligado a efectuar el transporte de viajeros y equipajes por su cuenta, utilizando el medio más rápido posible, hasta dejarlos en su destino, salvo que los pasajeros optasen por el reembolso de la parte proporcional al trayecto no recorrido».
- (3) Sobre la evolución del sistema normativo de la responsabilidad del transportista aéreo en el plano internacional y, en especial, sobre el Convenio de Varsovia, se puede consultar LUONGO (2009), pp. 99-130.
- (4) Firmado por la CE el 9 de diciembre de 1999, y aprobado mediante Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001.
- (5) El Convenio de Varsovia sigue siendo aplicado por nuestros Tribunales en aquellos contratos de transporte aéreo de pasajeros en los que no concurren los requisitos necesarios para la aplicación del Reglamento 889/2002. Por ejemplo, cuando afecte a una compañía aérea no comunitaria.
- (6) Sobre esta unidad de medida se precisa en el art. 23. 1.º que «Se considerará que las sumas expresadas en derechos especiales de giro mencionadas en el presente Convenio se refieren al derecho especial de giro definido en el Fondo Monetario Internacional. La conversión de las sumas en las monedas nacionales, en el caso de procedimientos judiciales, se hará conforme al valor de dichas monedas, derechos especiales de giro en la fecha de la sentencia».
- (7) Reglamento CE n.º 295/1991 del Consejo, de 4 de febrero de 1991 por el que se establecen normas relativas a un sistema de compensación por la denegación de embarque en el transporte regular. En dicho Reglamento, se establecía un régimen de protección básica del pasajero con intención de asegurar a los consumidores una indemnización fija para los supuestos de denegación de embarque, sin necesidad de demostración del daño, y sin perjuicio de la facultad del pasajero de reclamar indemnización adicional por los daños sufridos.
- (8) Para un exhaustivo análisis del alcance y contenido del régimen de protección del pasajero aéreo frente a los supuestos de denegación de embarque, cancelación o gran retraso o cambio de clase de los vuelos se puede consultar GARRIDO (2005), pp. 1-52.
- (9) STJUE de 13 de octubre de 2011, asunto Aurora Sousa Rodríguez y otros contra Air France. En el mismo sentido, TJUE de 5 de octubre de 2016, asunto C-32/16. Doctrina recogida en nuestra jurisprudencia, entre otras: Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), Sentencia núm. 171\2015 de 18 de mayo; Juzgado de lo Mercantil de Murcia núm. 2017/2019 de 20 de septiembre; Sobre el tema se puede consultar SERRANO (2012), pp. 6 y 7; y RUBIO (2012), pp.1-3.
- (10) La STJUE (sala Tercera) de 12 de mayo de 2011, asunto C- 294/10 ha matizado el artículo 5. 3.º señalando que «ha de interpretarse en el sentido de que el transportista aéreo, toda vez que está obligado a tomar todas las medidas razonables

para evitar las circunstancias extraordinarias debe, razonablemente, al planificar el vuelo, tener en cuenta el riesgo del retraso vinculado a la posible aparición de tales circunstancias. En consecuencia, tiene que prever una cierta reserva de tiempo que le permita, si es posible, efectuar el vuelo en su integridad en el momento en que las circunstancias hayan finalizado. En cambio, dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que impone, en concepto de medidas razonables, planificar, de manera general e indiferenciada, una reserva de tiempo mínima aplicable indistintamente a todos los transportistas aéreos en todas las situaciones de aparición de circunstancias extraordinarias».

- (11)** STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-549/07; y sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2011, asunto C-294/10.
- (12)** Las circunstancias extraordinarias parecen ser una fuente de conflictos constantes entre pasajeros; por ello, la Comisión del Parlamento Europeo, reincide en la conveniencia de definir con mayor precisión las circunstancias que pueden considerarse casos de fuerza mayor en el ámbito de la aviación. Sobre la definición de «circunstancias extraordinarias» contenidas en la Propuesta que modifica el Reglamento n.º 261/2004, véase PÉREZ MORIONES (2019), pp. 18-20.
- (13)** Interesante es la STJUE de 17 de abril de 2018, en la que considera que una «huelga salvaje» no constituye una circunstancia extraordinaria a los efectos del artículo 5.3 del Reglamento n.º 261/2004, argumentos del Tribunal que no comparte PÉREZ MORIONES (2019), en un exhaustivo análisis de la sentencia y de doctrina del TJUE, pp. 21-23.
- (14)** La STJUE (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008, asunto C-549/07 en su apartado 22 señala que «el legislador comunitario ha querido dar a entender, no que dichos acontecimientos —cuya lista es por lo demás meramente indicativa— constituye en sí circunstancias extraordinarias, sino únicamente que pueden dar lugar a circunstancias de esta índole. De ello, se deduce que no todas las circunstancias que acompañan a tales acontecimientos constituyen necesariamente causas de exoneración de la obligación de compensación establecida en el artículo 5, apartado 1, letra c, de dicho Reglamento); sobre el análisis de las circunstancias extraordinarias RUEDA (2018), p. 8.
- (15)** Esta Sentencia refiere expresamente que el concepto de circunstancias extraordinarias utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación de un vuelo, a menos que este problema derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista; añadiendo que «el hecho de que un transportista aéreo haya respetado las normas mínimas de mantenimiento de una aeronave no basta por sí solo para acreditar que dicho transportista adoptó todas las medidas razonables con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento n.º. 261/2004 y para exonerar, por tanto, a dicho transportista de la obligación de indemnizar que le imponen los artículos 5, apartado 1, letra c) y 7, apartado 1, de dicho Reglamento»; doctrina del TJCE recogida por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia Sentencia núm. 207\2019 de 20 de septiembre.
- (16)** La Ley 226576/2009.
- (17)** Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), Sentencia núm. 171\2015 de 18 de mayo; Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz núm. 154\2018, de 21 de noviembre, recogen la doctrina de TJUE sobre qué se debe entender sobre circunstancias extraordinarias. Sobre el tema también se puede consultar, PAZOS (2017), p. 12.
- (18)** PAZOS (2017), p. 10.
- (19)** En este sentido, CHAPARRO (2013), manifiesta que «Los derechos asistenciales previstos en el Reglamento constituyen una cláusula de protección del consumidor que se incluye *ex lege*», en el contrato, y ello por varios motivos. En primer lugar, y muy especialmente, se trata de un derecho automático, cuya concesión no depende de la acreditación de ningún perjuicio. Asimismo, la nomenclatura usada por el Reglamento no deja lugar a la duda: el artículo 9 del Reglamento habla de «Derecho de atención», por lo que resulta coherente concluir que estamos ante un derecho que forma parte del contrato de transporte aéreo, como cláusula tuitiva del consumidor», p. 9.
- (20)** .

- (21)** Así ha sido recogido, entre otras, por la AP de Barcelona, sección 15.ª, en Sentencia 60/2010, de 11 de marzo, 2010 (Rec. 171/2009) (LA LEY 119505/2010).
- (22)** En el mismo sentido, STJUE (Gran Sala), de 23 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10); STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-11/11.
- (23)** Un sector de la doctrina no comparte la equiparación que realiza el TJUE entre la cancelación y el gran retraso para otorgar el derecho de compensación en este último supuesto; es más, considera que el citado tribunal no se ha circunscrito a una actividad de interpretación del Reglamento, sino que ha reescrito una disposición normativa y ha creado Derecho. Véase PAZO (2017), pp. 14-19.
- (24)** GARRIDO (2005), pp. 15-16 y 20-21.
- (25)** Sobre la posición del CM en relación al daño moral, LUONGO (2009), pp. 116-120
- (26)** Cendoj. 62008CJO20
- (27)** Cendoj. 62008CJO20
- (28)** En el mismo sentido, STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto C-83/10) «El concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el artículo 12 del Reglamento n.º 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que permite al Juez nacional conceder, en las condiciones previstas en el convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional o por el derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo»(46); STJUE de 23 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10); doctrina recogida por nuestros órganos judiciales, entre otras, Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), sentencia núm. 171\2015 de 18 de mayo, SSAP Madrid, núm. 108/2011, de 1 de abril y núm.115/2012, de 9 de abril.
- (29)** Sobre la compatibilidad entre el Reglamento 261/2004 y el Convenio de Montreal, véase CHAPARROS (2013), pp. 9-10; y, STJCE (Gran Sala), de 10 de enero de 2006 (asunto C-344/04) sobre cuestión prejudicial planteada en torno a la incompatibilidad entre el art. 6 del Reglamento y los arts. 19, 22 y 29 del CM.
- (30)** Según PAZOS (2017), «El Reglamento no impide que un juez nacional conceda de oficio una indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de asistencia y atención, pues en ningún momento requiere que los pasajeros lo hayan solicitado expresamente», p. 7. En el mismo sentido, RUBIO (2012), p. 2.
- (31)** Sirvan de referencia de lo manifestado la TS (Sala Primera), núm. 533/2000, de 31 de mayo de 2000; AP de Madrid, núm. 163/2013 de 20 de mayo y núm. 356/2013 de 13 de diciembre; AP de Valencia, núm. 526/201, de 16 de octubre; AP de Asturias, núm. 179/2016, de 10 de junio; Juzgado de lo Mercantil de Donostia-San Sebastián, núm. 65/2018, de 7 de marzo; Juzgado de lo Mercantil, n.º 1 de Victoria-Gasteiz, sentencia núm. 119/2018 de 4 de septiembre.
- (32)** En el mismo sentido, entre otros, BLANCO (2012), en relación a la STJCE (Sala tercera) de 13 de octubre de 2013, «...la sentencia, por último, merece al menos dos consideraciones adicionales: en primer lugar, consagra el Reglamento 261/04 como fuente directa de generación de daños morales a través de la compensación suplementaria del artículo 12, aunque la exégesis para la exacción de los mismos haya de basarse en una norma de derecho nacional o en el Convenio de Montreal, lo que puede tener su importancia en la aplicación del derecho comunitario en Estados miembros con legislación menos complaciente con el daño moral en la responsabilidad contractual; en segundo lugar, la aparente contradicción con la dictada en interpretación del artículo 22 del Convenio Montreal no es tal, porque opera en un ámbito de aplicación diferente: en la dictada en el asunto Walz vs Clickair, el fundamento es la limitación de la responsabilidad que compensa el régimen de responsabilidad objetiva del transportista, mientras que en la dictada en el asunto Sousa y otros vs Air France, el fundamento obedece a una ampliación de los derechos de los pasajeros en un marco regulatorio expresamente previsto como de mínimos, donde la causa indemnizatoria-retraso, cancelación, denegación de embarque- afecta, o puede afectar, al pasajero de forma mucho más individualizada y directa que el caso del equipaje, para el que ya existe la previsión de declaración de especial valor...» p. 7.

- (33)** *Jurisprudencia Civil* 1912, núm. 95 Ponente: Excmo. SR. D. Rafael Bermejo, y STS 9 de diciembre de 1949. Constituyen la base de toda la doctrina posterior en la admisión del daño moral. Sobre la expansión de la indemnización del daño moral al ámbito contractual teniendo en cuenta la interpretación doctrinal de los artículos 1106, 1107 y 1101 del CC, véase NIETO (2006), pp. 1117-1130.
- (34)** STS 9 diciembre de 2003, FJ (2) «... no es un medio de reparación patrimonial, sino un modo de contribuir a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro».
- (35)** Sobre un estudio comparado del daño moral derivado del incumplimiento contractual en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se puede consultar SOLÉ (2009), pp. 6-18.
- (36)** *Vid.* BLANCO (2012), p. 1.
- (37)** La STS de 9 de mayo de 1984 es la que, por primera, vez acepta de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato. En el mismo sentido las SSTS 5 de mayo de 2006, 31 de mayo 2000. Por su parte, NIETO (2006), considera que «puede resultar más adecuado reparar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual que reconocerlo en el campo de la responsabilidad extracontractual, para evitar así, como ha dicho la jurisprudencia, la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales.». p. 1126.
- (38)** *Cfr.* arts. 299, 316, 319, 326 LEC.
- (39)** CASTILLO (2018) p. 4, y, en la STS 9 de mayo 1984 expone en el Considerando quinto « que es preciso tener en cuenta que la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y, por lo mismo, exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio *alterum non laedere*. Sobre los criterios y valoración del daño moral que aplica el TS, así como la doctrina contraria a esa valoración, se puede consultar SERRANO (2016), pp. 235-254.
- (40)** El TS en la Sentencia de 27 de julio de 2006, entiende que el daño moral no deriva sólo de la lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, sino también de la lesión a intereses de naturaleza patrimonial. Así, «los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales», del mismo modo que los daños «que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial», y que «los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral (...) pueden ser de naturaleza patrimonial (...) y no solo moral (según admite implícitamente el artículo 9.3 de la LO de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen».
- (41)** Por ello, y según CASTILLO (2018) «...la estimación de los daños morales no puede supeditarse a la concurrencia de pruebas acreditativas del lucro cesante, sino que, más bien, interpretando progresivamente su proyección, debe conducir a la solución más equitativa, de manera que, aunque exista carencia de probanzas directas del daño ello no puede impedir su valoración por parte del Juzgador», p. 4.
- (42)** En el mismo sentido la STS de 9 de diciembre de 2003 cuando dice que : «Nuestros Código civil no contempla la indemnización de daños morales, si bien su artículo 1107 impone resarcimiento de «todos», y ha sido jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6-12-1912 y de 19 de diciembre de 1949 declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3-6-1991, 21-10-1996 y 19-10-2000) y, a tales efectos, han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal del otro». *Vid.* GARCIA SANZ (2012), P. 9; MAGRO (2009), p. 4.

- (43)** La STJCE (Sala 3) de 6 de mayo de 2010, en caso *Axel Walz v. Clickair, S.A*, sobre el daño moral en el transporte de pasajeros y su consiguiente indemnización, señaló en referencia al concepto del daño moral en el CM, que éste incluye ordinariamente tanto el daño material como el moral, y que no hay ninguna razón que indique, ni puede deducirse de los arts. 17.2 y 22. 2 del CM, que los Estados contratantes hayan pretendido darle a la noción de daño un sentido especial en este Convenio», sobre el tema ÁLVAREZ GARCIA, B. (2010), pp. 293-294; y., BLANCO (2012), pp. 3-4.
- (44)** En este sentido, INFANTE (2008), considera que «este sistema indemnizatorio es, además, compatible con la indemnización del daño moral, como ya ha venido estableciendo la jurisprudencia española que garantiza la indemnización en virtud de este concepto cuando los retrasos de los vuelos provoquen situaciones en los pasajeros que produzcan una aflicción o perturbación como consecuencia de la tensión proveniente de una demora importante del vuelo, o que den lugar a la frustración de las vacaciones programadas («vacaciones malgastadas)», p. 125, citado por SERRANO (2012), p., 7.
- (45)** DOCE núm. L 158 de 23/06/1990, pp. 59-54. En un primer momento, la Directiva se implementó en España por medio de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (BOE núm. 161, de 7.7.1995), refundida después en el RD. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30.11. 2007, pp. 49181-49215).
- (46)** Sobre los pronunciamientos del TJUE señala SERRANO (2016), que «es indiscutible que el reconocimiento del daño moral por un órgano europeo de la importancia del Tribunal de Justicia implica una mayor armonización en la reclamación del mismo entre los diferentes Estados de la Unión Europea y, a nuestro parecer, como resultado directo de este hecho, supone un paso más en la tan necesaria protección del consumidor ante las diferentes aerolíneas que actúan en el espacio aéreo de Europa», p. 288.
- (47)** Análisis de la Jurisprudencia en el campo de los viajes combinados donde se reconoce el daño moral en la responsabilidad contractual se puede encontrar en ALONSO (2006), pp. 1162-1163. SERRANO (2016), p. 292-294.
- (48)** Esta apreciación ha sido asumida sin fisuras por las diversas Audiencias Provinciales, especialmente, cuando el retraso del vuelo conlleva la pérdida de vacaciones de los pasajeros. Sobre la relación de sentencias y el daño moral se puede consultar MOYA (2020), pp. 60-71.
- (49)** BUSTO (2003), afirma que «en todo caso, la existencia de que se trate de un retraso que pueda calificarse como «considerable» constituye no sólo un requisito de la indemnizabilidad de los daños morales, sino de la propia toma en consideración del evento como posible evento dañoso en el que pueda ampararse una acción de responsabilidad por retraso frente a una compañía de transporte aéreo. En cuanto al primero de ellos, ha de precisarse que sólo la concurrencia de alguna de las circunstancias que determinan la no imputación de responsabilidad de conformidad con el sistema de Varsovia o de la Ley de Navegación aérea, según el que resulte aplicable al caso, puede reputarse que tenga eficacia frente a la pretensión indemnizatoria de los daños morales. Dicho de otra manera, no puede sostenerse que tengan virtualidad exoneradora de la responsabilidad por daños morales otras circunstancias diversas de aquellas que tienen este efecto para los daños patrimoniales. Entonces una vez imputada la responsabilidad civil al transportista aéreo, de conformidad con las normas ya expuestas, la presencia de daños morales ha de valorarse de acuerdo con los dos últimos presupuestos enunciados». pp. 18-19.
- (50)** Sobre la dificultad de la valoración del daño moral y la aplicación de baremo recogido en el RD 8/2004, tras la reforma por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas por accidentes de circulación, se puede consultar SERRANO (2016), pp. 243-251; si bien, este autor no es partidario de la baremación para la determinación del *quantum* indemnizatorio, pronunciándose al respecto de la siguiente manera «nos sumamos a aquellos autores que vienen defendiendo una separación en la valoración de daños morales y corporales en el baremo que parece haber conseguido en 2015, ya que ésta es la única vía para que los daños extrapatrimoniales puedan ser apreciados de forma autónoma dentro de este instrumento. Volver a la regulación anterior a 2015 supondría que el baremo no fuese coherente con la jurisprudencia relativa a los daños patrimoniales. A pesar de lo positivo de esta reforma, debemos defender que la naturaleza de los daños extrapatrimoniales conlleva que la víctima del accidente alcanzaría un mayor grado de protección en gran parte de los casos si la labor investigadora y resarcitoria del tribunal competente no se viera condicionada por la existencia de un baremo. El grado de protección de la víctima siempre debe primar sobre las ventajas que una baremación de indemnizaciones por daños pueda conllevar», p. 251.

- (51)** Como señala CASTILLO (2018), «se trata de una regla netamente subjetiva, pero tal y como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 2011, con precisa referencia a la de 6 de julio de 2010, «el daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en cada caso'», p. 6.
- (52)** BUSTOS (2003), p. 19.
- (53)** BUSTOS (2003), p. 19.
- (54)** BUSTOS (2003), p. 19.
- (55)** BUSTOS (2003), p. 19.
- (56)** file:///S. juzgado Mercantil n.1, núm 45/2020.pdf
- (57)** file:///S. juzgado Mercantil n.1, núm 45/2020.pdf
- (58)** file:///S. juzgado Mercantil n.1, núm 45/2020.pdf
- (59)** Y en el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz, núm. 91/2017 de 11 de septiembre.
- (60)** Y en el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz, núm. 91/2017 de 11 de septiembre.
- (61)** En el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 171/2015 de 18 de mayo, «...entiendo proporcionado condenar a Iberia a abonar al actor 300€ en concepto de daño moral, considerando que la concesión adicional de la mitad de la cantidad que el Reglamento concede por la circunstancia del retraso por este concepto resulta ajustada a las circunstancias del caso» (F.4).
- (62)** En el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 171/2015 de 18 de mayo, «...entiendo proporcionado condenar a Iberia a abonar al actor 300€ en concepto de daño moral, considerando que la concesión adicional de la mitad de la cantidad que el Reglamento concede por la circunstancia del retraso por este concepto resulta ajustada a las circunstancias del caso» (F.4).
- (63)** En el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 171/2015 de 18 de mayo, «...entiendo proporcionado condenar a Iberia a abonar al actor 300€ en concepto de daño moral, considerando que la concesión adicional de la mitad de la cantidad que el Reglamento concede por la circunstancia del retraso por este concepto resulta ajustada a las circunstancias del caso» (F.4).
- (64)** En principio se encontraron recogidos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y que, actualmente, se hallan en el anexo al RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, tras la reforma practicada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- (65)** Sobre el sistema de baremos y su dificultad, se puede consultar SERRANO (2016), pp. 243-251.