

Diritto e politica dei trasporti

rivista semestrale *open access*
di dottrina, giurisprudenza
e documentazione

Promossa da:

demetra

CENTRO STUDI

Fascicolo
II/2019

ISSN 2612-5056

Diritto e politica dei trasporti
rivista semestrale *open access*
di dottrina, giurisprudenza
e documentazione

Fascicolo II/2019

Promossa da

demetra
CENTRO STUDI

Anno 2, n. 3 (II-2019)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

info@demetracentrostudi.it

www.demetracentrostudi.it/



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione.

Vietate la vendita e la modifica.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di maggio 2020

Comitato di direzione/Executive Editors

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” - Roma e Centro Studi Demetra)

Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees' Board

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)
Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” - Roma e Centro Studi Demetra)
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
Avv. Valentina Lener (Assaeroporti)
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. José Manuel Martin Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
Prof. Roberto Miccù (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)
Prof. Aristide Police (Università “Tor Vergata” - Roma)
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)
Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)
Dott.ssa Adele Scarani Pesapane (Fondazione 8 ottobre 2001)
Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri “Dante Alighieri” - Reggio Calabria)
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Dott.ssa Flaminia Aperio Bella	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Avv. Anton Giulio Pietrosanti
Avv. Patrizia Beraldi	Prof.ssa Annarita Iacopino	Dott. Marco Ragusa
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Fabrizio Doddi	Dott.ssa Francesca Miceli	Prof.ssa Martina Sinisi
Dott. Simone Francario	Avv. Andrea Nardi	Dott.ssa Veronica Sordi
Avv. Raissa Frascella	Dott. Simone Paoli	Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
 - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
 - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
 - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
 - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi. Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
 - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
 - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
 - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
 - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Indice

Fascicolo II/2019

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

Ruggiero Dipace

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Cristiano Celone

La regolazione indipendente del settore ferroviario.....pag. 65

M^a Victoria Petit Lavall

La Protección del pasajero más allá del Reglamento (CE) 261/2004 y del Convenio de Montreal: cláusulas abusivas y competencia desleal.....pag. 104

Luis Alberto Marco Arcalá

La nueva regulación de los servicios de viaje vinculados y de las garantías en estos servicios en la normativa de la Unión Europea y en el derecho interno español.....pag. 130

Fernando Elorza Guerrero

El mantenimiento y promoción de altos niveles sociales como objetivo de la estrategia de aviación para Europa.....pag. 174

Anna L. Melania Sia

Rete transeuropea dei trasporti e infrastrutture del trasporto aereo. Brevi note sulle nuove proposte per il riordino del sistema aeroportuale italiano.....pag. 197

Ruwantissa Abeyratne

Regulating Drones in a Digital World.....pag. 210

Presentazione del Fascicolo

Ruggiero Dipace

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi del Molise

Componente del Comitato di direzione

Il presente fascicolo affronta le tematiche della regolazione dei trasporti da differenti angolazioni tra diritto nazionale, comunitario e internazionale, con contributi interdisciplinari. Nello spirito che caratterizza la rivista vengono pubblicati lavori di studiosi italiani e stranieri. Ciò dimostra la volontà di caratterizzare la rivista come un punto di riferimento per gli studiosi e gli operatori del settore non solo nazionali. A tal fine, la rivista si caratterizza non solo per i contributi di autorevoli studiosi della materia ma anche per la pubblicazione in varie sezioni delle ultimissime novità in materia, sia normative sia giurisprudenziali, accuratamente selezionate dalla nostra redazione.

Il lavoro di Cristiano Celone dedicato al tema della regolazione indipendente del settore ferroviario, allargando la visuale, analizza le funzioni e i principali atti adottati dall'Autorità del trasporto nonché il delicato tema dell'intreccio di attribuzioni tra ART ed altre autorità di regolazione.

Sul fronte regolatorio, in ottica di tutela dei passeggeri, considerati utenti e consumatori, di particolare interesse sono i lavori di Luis Alberto Marco Arcalá e M^a Victoria Petit Lavall. Il primo analizza la disciplina dei contratti di viaggio nella disciplina europea e spagnola. La seconda si sofferma sull'analisi dei problemi relativi alla tutela rispetto a clausole abusive dei passeggeri nel trasporto aereo anche attraverso una ragionata analisi della giurisprudenza. Fernando Elorza Guerrero analizza la "aviation strategy for Europe" e le sue ricadute sociali. In questo caso si prendono in considerazione i problemi legati al dumpig sociale nell'ambito del trasporto aereo.

Direttamente collegato al tema della tutela dei passeggeri è quello del miglioramento delle infrastrutture dei trasporti. Il lavoro di Anna L. Melania Sia analizza i principali problemi legati alla rete di infrastrutture del trasporto aereo con alcune proposte per il riordino del sistema aeroportuale italiano.

Il tema dei trasporti è indissolubilmente connesso con quello della innovazione tecnologica. Ruwantissa Abeyratne affronta l'argomento delle nuove tecnologie funzionali alla introduzione di valide alternative all'attuale sistema di vettori aerei; in tale ottica vengono, quindi, analizzate le prospettive dell'utilizzo dei droni e i problemi relativi alla loro regolazione.

Articoli e Saggi

La regolazione indipendente del settore ferroviario^{*}

Cristiano Celone

*Professore associato di diritto amministrativo
nell'Università degli Studi di Palermo*

Abstract

The wide regulatory power of the Independent Transport Authority on the railway sector.

The National Independent Authority for Transport, imposed by European Law and established in Italy in 2013, is characterized by using wide powers of control, regulation and sanction, which cover all transport sectors.

Regulatory competences seem in particular to interfere, in some areas, with the functions, also of political direction, of the State, Regional and Local Government, as well as the competences of the other administrative independent bodies such as the National Antitrust Authority or National Anti-Corruption Authority. This requires the provision of forms of coordination and cooperation between those authorities, waiting for a clear actio finium regundorum by the national legislator, in order to avoid risks of conflicts between the activities of the various authorities or the adoption of contradictory or misaligned decisions and measures on the same issues.

The paper will give a general outline of this type of independent regulation and the several public interests assigned to the Transport Authority, and, in particular, it will focus the attention on many regulatory competences of the Transport Authority on the railway sector, recently extended by the legislative decree n. 139/2018, as well as the content of the several measures adopted by the Transport Authority for the railway market, considered in the light of European policy of market liberalization, establishing a single European railway area and promoting a safe, efficient, multimodal and sustainable trans-European transport network.

Key words: regulation; independent authority; transport; railway sector.

Sommario: — 1. L'istituzione in Italia, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto. — 2. L'intreccio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità. — 3. I tratti caratterizzanti dell'attività regolativa dell'ART. — 4. Una panoramica delle competenze regolatorie dell'ART e dei poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione. — 4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: i poteri a garanzia dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza

^{*} Sottoposto a referaggio. Questo lavoro è stato già pubblicato nel volume collettaneo *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, curato da G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani e A. Police, Napoli, 2019, ed aggiorna i contenuti dell'articolo *L'ampio potere di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario*, pubblicato nella Rivista quadrimestrale di diritto pubblico *Nuove Autonomie* n. 3/2018, p. 411 ss.

finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate. — 5. Contenuti e finalità dei principali atti di regolazione.

1. L'istituzione in Italia, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto

Il legislatore italiano, nel dare attuazione alla normativa europea sulla liberalizzazione del mercato ferroviario¹, ha scelto di sottoporre l'intero settore dei trasporti, nelle sue diverse modalità e infrastrutture (non solo ferroviarie, ma anche stradali ed autostradali, portuali e aeroportuali, interportuali o intermodali²), ad una impegnativa ed incisiva attività di vigilanza, regolazione e sanzione, da parte dell'Autorità dei trasporti (ART): l'ultima delle autorità amministrative indipendenti create nel settore dei servizi di

¹ Il trasporto ferroviario in Europa è stato liberalizzato in modo “graduale” e “parziale” per una serie di ragioni quali: l'appartenenza della rete ferroviaria al patrimonio pubblico nella maggior parte dei Paesi europei; il notevole valore e la natura di monopolio naturale della rete infrastrutturale, considerata non duplicabile, tant'è che la concorrenza tra le imprese è ammessa soltanto nello svolgimento dei servizi e non nella gestione della rete; l'elevato livello di finanziamenti statali “*legati in parte all'interesse generale al trasporto e alla mobilità dei cittadini (anche in base agli obblighi di servizio universale), in parte alla concezione di una modalità alternativa al trasporto su gomma, che invece produce costi di congestione ed esternalità ambientali negative più elevate*” (M. DEL SIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in Riv. it. dir. pub. comun., 2014, p. 451). Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione del trasporto ferroviario in Europa ed in Italia si v. A. POLICE, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in *Nuove Autonomie*, 2015, n. 3, p. 321 ss. Le logiche che in generale ispirano i processi di liberalizzazione dei servizi a rete ed i caratteri che assumono le relative attività amministrative coinvolte sono oggetto delle riflessioni di B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in AIPDA, *Annuario 2003. Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, 2004, p. 333 ss., spec. 355 ss. Per una lettura giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale si v. pure M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 507 ss. Le basi giuridiche, gli obiettivi e le strategie di intervento della politica europea di liberalizzazione delle attività economiche nazionali sono illustrate da N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, 2018, p. 38 ss., spec. 162 ss.

² Gli “interporti”, detti anche “nodi intermodali”, sebbene non siano espressamente menzionati dal decreto istitutivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) nel novero delle infrastrutture sottoposte all'azione di vigilanza e regolazione del nuovo organismo indipendente (cfr. art. 37, comma 2, lett. a), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, succ. mod.), tuttavia vi rientrano, come ha tenuto a precisare la stessa Autorità, il 15 luglio 2015, nel secondo rapporto annuale al Parlamento (disponibile nel sito dell'Autorità all'indirizzo <http://www.autorita-trasporti.it/relazioni-annuali>, 54). Tali infrastrutture sono infatti definite, all'art. 1 della legge n. 240/1990, come “*un complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendente uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione*”. Si tratta quindi di strutture logistiche localizzate in posizione nodale nell'ambito delle reti di trasporto e provviste di collegamenti funzionali stradali e ferroviari destinati a favorire l'intermodalità nel trasporto delle merci, come tali rientranti nel perimetro regolatorio dell'ART in tema di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture di trasporto ed ai relativi servizi. Tra gli atti di regolazione che interessano il settore interportuale rileva la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria. Sugli interporti e in generale sulle infrastrutture adibite al trasporto intermodale, si rinvia a M. TRIMARCHI, *Le infrastrutture per il trasporto intermodale*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, Vol. II, Napoli, 2019, p. 907 ss.

pubblica utilità, prevista alla fine del 2011³, ma effettivamente istituita nella seconda metà del 2013⁴.

L'ART viene considerata inizialmente un *unicum* all'interno dell'Unione europea per l'ampiezza e la diversità sia dei settori affidati alle sue cure sia dei poteri esercitati in ciascuno di essi⁵. La scelta del legislatore italiano ha preceduto di alcuni anni le configurazioni che hanno via via assunto analoghe istituzioni in altri Paesi europei, sia pure con diverse caratterizzazioni. Oltre all'Italia, pochi altri Stati membri si sono in effetti dotati di un'unica autorità indipendente, chiamata a regolare l'intero settore dei trasporti⁶, con competenze che - si vedrà - abbracciano tutti gli aspetti essenziali della materia.

L'ART, una volta istituita, ha assorbito le competenze dell'ormai soppresso Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)⁷. E' stata una scelta opportuna rispetto all'obiettivo di assicurare la progressiva apertura del mercato ferroviario alla concorrenza, perché in questo modo si sono evitate o ridotte le potenziali deviazioni che potevano derivare dalla commistione tra lo Stato regolatore e lo Stato nel contempo imprenditore⁸, quest'ultimo ancora ampiamente presente nel campo dei trasporti, diversamente da altri settori nei quali lo Stato non gestisce più le attività economiche ed il passaggio da una regolazione ministeriale ad una regolazione indipendente dei mercati, che ne costituiscono

³ Art. 37, d. l. n. 201/2011.

⁴ Il Presidente e gli altri due componenti del Consiglio dell'Autorità di regolazione dei trasporti sono stati nominati con Decreto del Presidente della Repubblica del 9 agosto 2013, pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, SG n. 217 del 16 settembre 2013. Sulla procedura di nomina si rinvia al par. 3. Le prime delibere regolative dell'ART sono state adottate nel 2014.

⁵ F. BASSAN (a cura di), *Prefazione*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, 2015, XIII.

⁶ Per una rassegna dei diversi modelli di autorità preposte negli Stati membri dell'Unione europea alla regolazione dei trasporti, si veda: M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, *ivi*, p. 32 ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinali; nonché, il quinto rapporto annuale dell'ART, presentato al Parlamento il 20 giugno 2018, disponibile nel sito dell'Autorità (<http://www.autorita-trasporti.it/relazioni-annuali>).

⁷ L'URSF è stato soppresso nel 2014, nell'anno in cui l'ART è divenuta effettivamente operativa (cfr. art. 6-bis, d.l. n. 201/2011). Nello stesso anno il MIT è stato riorganizzato (con il DPCM 11 febbraio 2014, n. 72) ed è stata istituita (con un successivo decreto ministeriale del 4 agosto 2014, n. 346) la Direzione generale per le investigazioni ferroviarie e marittime (DIGFEMA), che è chiamata a svolgere soltanto attività di investigazione sugli incidenti ferroviari e marittimi (cfr. decreto legislativo 10 agosto 2007, n. 162, e decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 165), allo scopo di individuarne le cause e prevenirli in futuro, anche attraverso il potere di formulare raccomandazioni agli operatori del settore.

⁸ Sulle ragioni politiche, sociali ed economiche, che nel nostro Paese hanno determinato il declino del modello dello Stato imprenditore ed il passaggio al modello dello Stato regolatore delle attività economiche tramite le autorità amministrative indipendenti, si rinvia a A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 7 ss., in part. p. 15 ss. M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello ?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2018, p. 1 ss., osserva, però, che il modello dello Stato regolatore è stato recentemente messo in discussione, non solo in Italia, ma anche in altri Paesi, poiché è stato ripreso in parte il precedente modello dello Stato interventista, ovvero programmatore e gestore delle attività economiche. L'Autore ritiene, tuttavia, che il ruolo dello Stato regolatore, di cui le autorità indipendenti sono in questo momento l'emblema, vada difeso attraverso "una strategia più ampia che guardi in modo più unitario la "economic regulation" e la "social regulation" (5). Con quest'ultima, infatti, si possono, per un verso, evitare o "correggere una serie di effetti collaterali o esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori e gli interessi dei consumatori", per altro verso, "attuare politiche redistributive volte a contrastare eccessi di disuguaglianza e a fornire i cosiddetti beni meritori (istruzione, abitazioni a prezzo politico per i poveri, ecc.)" (7).

“l’oggetto problematico”⁹, è già avvenuto da tempo ed ha rappresentato uno dei principali cambiamenti intervenuti nei rapporti tra Stato ed economia¹⁰, tra la fine del secolo scorso e l’attuale¹¹.

La creazione di un’autorità indipendente unica è conforme alle prescrizioni dell’art. 55 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 34 del 21 novembre 2012, che istituisce uno “spazio ferroviario europeo unico”¹². Tale disposizione ha infatti imposto agli Stati membri di istituire un unico organismo nazionale di regolamentazione del settore ferroviario, lasciandoli poi liberi di scegliere se affidare allo stesso o a più organismi la regolamentazione degli altri settori del trasporto, purché tali autorità soddisfino tutte il requisito della indipendenza (organizzativa, giuridica, funzionale, decisionale e finanziaria) da qualsiasi altro ente pubblico o privato.

D’altra parte, l’opzione a favore di un modello unitario di amministrazione indipendente con competenza regolatoria generale per tutti i tipi di trasporto può risultare nel suo complesso innovativa e lungimirante, se comporta una regolazione efficiente ed efficace e lo sviluppo di un alto livello di professionalità, se è di supporto agli orientamenti di politica economica, industriale, sociale e ambientale, infine, se è capace di ricondurre a sistema la regolamentazione dei trasporti, storicamente assente poiché frammentata fra più Ministeri¹³.

⁹ Il mercato - come è stato messo in luce da B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, p. 6-7, p. 23-28, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali sul tema - costituisce un oggetto problematico della regolazione, intendendo con essa in generale qualsiasi vincolo giuridico che interferisca con la libertà d’impresa degli operatori economici. Il mercato, infatti, non è mai semplicemente l’oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto gli strumenti da utilizzare per risolverlo. Tali strumenti regolatori possono essere sia quelli tipici del diritto pubblico sia quelli tradizionali del diritto privato, attesa la loro fungibilità, almeno nelle visioni ispirate all’analisi economica del diritto. La questione regolatoria del mercato si pone naturalmente quando vi siano delle alternative rispetto ad un profilo di funzionamento del mercato, che genera o potrà generare problemi in ordine a valori o interessi da salvaguardare. In questo contesto è molto importante che l’immagine del mercato assunta dal regolatore come presupposto della propria valutazione corrisponda alla realtà effettiva del mercato preso in considerazione, sia per quanto riguarda la situazione attuale sia per quanto riguarda i suoi sviluppi futuri, al fine di evitare che l’analisi giuridica della regolazione si allontani dalla realtà (sempre concreta, particolare e in divenire) dei singoli mercati e allo scopo di fare in modo che quel particolare mercato accolga la *regulation* e impari da essa, anziché respingerla o ignorarla o, addirittura, esserne fuorviato.

¹⁰ I diversi modelli di intervento pubblico nell’economia, che in Italia si sono succeduti nel tempo, sono descritti da F. MERUSI, C.G. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell’)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, p. 2084 ss.

¹¹ Tale mutamento è stato a sua volta preceduto dalla perdita della sovranità statale sull’economia. Quest’ultima, ormai globalizzata, ha finito per dominare, infatti, i singoli Stati nazionali, trasformandone la politica economica: da proattiva in reattiva (seguace ed adattiva), orientata oramai soltanto a correggere le (eventuali) tendenze negative dell’economia (il cui andamento complessivo sfugge al controllo dei singoli paesi), perché incapace di guidarla, essendone piuttosto guidata e giudicata (in questi termini, S. CASSESE, *I rapporti tra stato ed economia all’inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 96-97). La globalizzazione dell’economia ha poi accresciuto il ruolo delle istituzioni sovranazionali e ha determinato la necessità di forme di coordinamento e intesa tra i vari Governi nazionali per promuovere politiche volte a ridurre le disuguaglianze sociali e ambientali e garantire maggiore equità nella distribuzione della ricchezza tra i vari Paesi e all’interno degli stessi.

¹² Per approfondimenti sulla politica dei trasporti ferroviari in Europa, in Italia ed in altri Stati membri, si rinvia ai volumi collettanei curati da: P. CHIRULLI, *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, e L. AMMANNATI, A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2016.

¹³ M. SEBASTIANI, *La regolazione dei trasporti e di altre utilities*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell’Advisory Board – 2015*, p. 59, disponibile nel sito

2. L'intreccio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità

Sebbene le competenze dell'ART siano molto estese, come si avrà modo di vedere, tuttavia le disposizioni di legge¹⁴ non tracciano una chiara linea di confine con le attribuzioni, che vengono espressamente fatte salve¹⁵, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)¹⁶ e del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), delle Regioni e degli Enti locali in tema di trasporto pubblico locale, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), nonché, per quanto riguarda in particolare il trasporto ferroviario, dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF¹⁷), oggi, Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA)¹⁸.

Si ha così l'impressione che l'intero settore dei trasporti rimanga assoggettato a più centri di potere normativo ed amministrativo¹⁹, situazione questa che, per un verso, crea incertezza tra gli operatori economici del settore e disincentiva gli investimenti, a causa della possibile sovrapposizione di interventi, conflittuali o comunque disallineati, da parte di amministrazioni diverse con poteri uguali o assimilabili sugli stessi oggetti e soggetti, per altro verso, si pone in contrasto con i principi dell'unicità e dell'indipendenza del regolatore stabiliti dall'art. 55 della direttiva europea n. 34/2012²⁰.

Questa "confusione" di funzioni e poteri può essere tuttavia evitata, se si segue il principio generale valevole per tutte le autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità (contenuto nella legge n. 481 del 1995, richiamata dal decreto istitutivo dell'ART), che impone di trasferire a tali autorità tutte le funzioni amministrative

dell'Autorità (<http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/12/Rapporto-Advisory-Board-2015.pdf>).

¹⁴ Art. 37, decreto legge n. 201/2011, istitutivo dell'ART, art. 37, decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, attuativo della direttiva europea n. 34/2012, cit.

¹⁵ Cfr. art. 37, comma 4 e 6-ter, d.l. n. 201/2011, nonché art. 37, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, ove viene ribadito che sono fatte salve le competenze dell'AGCM.

¹⁶ Cfr. art. 42, decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁷ Istituita dall'art. 4, d.lgs. 10 agosto 2007, n. 162.

¹⁸ L'istituzione dell'ANSFISA (che non è ancora pienamente operativa) è stata disposta dall'art. 12 del decreto legge 28 settembre 2018, n. 109 (convertito con modifiche dalla legge 16 novembre 2018, n. 130), che ha previsto nel contempo la soppressione dell'ANSF, a cui il nuovo organismo succede a titolo universale in tutti i rapporti attivi e passivi, acquisendone le risorse umane, strumentali e finanziarie.

¹⁹ In questo senso, M. D'ALBERTI, C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, cit., p. 46. Similmente, M. SEBASTIANI, *Conclusioni*, ivi, p. 138, osserva come l'assetto normativo attuale non sia tale da permettere di ottimizzare la qualità della regolazione dei mercati di trasporto, poiché la legge istitutiva dell'ART conserva un'ingiustificata e inefficiente frammentazione di competenze fra diversi "corpi" dello Stato, che nuoce ad una sana dialettica fra la sfera politica, da un lato, cui spetta di dare indirizzi e di indicare obiettivi di politica industriale e sociale, le autorità indipendenti di regolazione, dall'altro, competenti a promuovere la concorrenza e l'efficienza nel quadro fissato "più in alto". Le criticità del disegno normativo sui confini dell'attività regolativa dell'ART sono messe in luce pure da G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Italian Antitrust Review*, 2/2014, p. 70 ss., disponibile su <http://iar.agcm.it>.

²⁰ M. GIACHETTI FANTINI, *Funzioni, poteri e ruolo istituzionale dell'Autorità dei trasporti nel settore ferroviario alla luce del d.lgs. n. 112/2015 di recepimento della direttiva 2012/34/UE*, in *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., p. 146.

esercitate da organi statali e da altri enti e amministrazioni pubbliche (anche a ordinamento autonomo), qualora riguardino le loro attribuzioni, mantenendo in capo al Governo soltanto poteri di indirizzo nel settore²¹.

Su questa linea sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, quando tende ad interpretare estensivamente l'ambito dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti, traslando in capo alle stesse competenze in passato spettanti ad altri organi dello Stato²².

In coerenza con il suddetto principio, l'art. 37, comma 4 e comma 6 *ter*, del decreto n. 201/2011, andrebbe interpretato restrittivamente nella parte in cui consente il permanere in vita di competenze regolatorie in capo a soggetti diversi dall'ART, oppure di poteri di vigilanza, controllo e sanzione (nei confronti delle imprese ferroviarie), che tendono a sovrapporsi con quelli dell'ART.

Spetterebbe, pertanto, soltanto all'ART la regolazione del settore dei trasporti, da esercitarsi in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, mantenendo invece in capo al Governo, al MIT, al CIPE, alle Regioni ed agli Enti locali, poteri di indirizzo politico, nonché funzioni e poteri amministrativi effettivamente diversi da quelli affidati all'ART²³.

Una possibile situazione conflittuale potrebbe porsi, per esempio, con riferimento alle competenze, espressamente fatte salve, del MIT, del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) e del CIPE, in materia di approvazione dei contratti di programma e delle convenzioni, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica²⁴, nella misura in cui tali atti consensuali presentino contenuti ascrivibili alla regolazione dei rapporti economici e dei corrispettivi²⁵, considerato che all'ART spetta il potere di regolare i rapporti tra i gestori delle infrastrutture e le imprese di trasporto²⁶ e in particolare il potere di definire i criteri tariffari che dovranno essere seguiti dalle autorità competenti per determinare i canoni ed i pedaggi²⁷.

Le possibili interferenze in merito al potere di definire gli ambiti del servizio pubblico, che spetterebbe sia alle amministrazioni pubbliche, statali e regionali²⁸, sia all'ART (la quale, nello specifico settore del trasporto ferroviario, non si limita soltanto a sollecitare e coadiuvare mediante l'adozione di pareri, che può rendere pubblici, le amministrazioni competenti ad individuare gli ambiti del servizio pubblico e i metodi più efficienti per finanziarli²⁹, ma ha anche il potere di definire tali ambiti), sarebbero invece attenuate per il fatto che l'ART, prima di intervenire, debba sentire il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati³⁰.

²¹ Cfr. art. 2, commi 2 e 14, legge 14 novembre 1995, n. 481.

²² Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, p. 96-97.

²³ In questo senso, M. D'ALBERTI, C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, cit., p. 46-49.

²⁴ Art. 37, comma 6-ter, d.l. n. 201/2011.

²⁵ A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, n. 6, 600; F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, n. 1, p. 94.

²⁶ Cfr. art. 37, commi 1, 2, lett. a), f), i), d.l. n. 201/2011.

²⁷ Art. 37, comma 2, lett. b).

²⁸ Cfr. art. 37, comma 4.

²⁹ Art. 37, comma 3, lett. a).

³⁰ Art. 37, comma 1, decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

In presenza di queste sovrapposizioni, appare certamente utile, al di là di un intervento legislativo di razionalizzazione dei poteri delle varie istituzioni, sviluppare forme di cooperazione tra l'ART e le altre amministrazioni pubbliche, in modo da coordinare le rispettive azioni ed evitare conflitti di competenza.

Si possono stipulare, per esempio, protocolli d'intesa, in linea con la normativa europea e la normativa interna di recepimento³¹, che prescrivono una collaborazione stretta tra l'ART, l'Autorità preposta al rilascio della licenza ferroviaria e l'Autorità nazionale di sicurezza, ossia: tra l'ART ed il MIT, che è titolare del potere di rilasciare alle imprese l'autorizzazione necessaria allo svolgimento dei servizi di trasporto ferroviario³², valida adesso sull'intera rete dell'Unione europea, salvo specifiche limitazioni³³; nonché, tra l'ART e l'ANSFISA, che ha il compito di garantire la sicurezza del sistema ferroviario nazionale e delle infrastrutture stradali e autostradali conformemente ai poteri di indirizzo e vigilanza esercitati dal MIT.

Con l'ANSF (oggi, ANSFISA) è stato in effetti concluso, il 24 maggio 2018, un protocollo d'intesa, che disciplina le modalità di cooperazione tra i due soggetti, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni, raccomandazioni, segnalazioni e pareri, in merito alle questioni che possono pregiudicare la concorrenza o la sicurezza nel trasporto ferroviario.

Un problema analogo di possibile duplicazione di interventi regolatori, con il rischio di posizioni divergenti sulle stesse questioni, questa volta tra autorità indipendenti, si è posto con riferimento alle competenze (che la legge anche in questo caso ha previsto che restino ferme e possano essere contestualmente esercitate³⁴) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per l'*enforcement* del diritto *antitrust*, nonché dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) per la definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni giudicatrici.

Nel primo caso, infatti, l'Autorità di regolazione dei trasporti interviene anche per promuovere e tutelare la concorrenza, con il rischio di comprimere le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sebbene la trasversalità e la flessibilità dell'intervento *antitrust* fanno sì che esso possa sempre svolgere una funzione riparatoria ovvero sussidiaria rispetto a persistenti anomalie anticoncorrenziali. L'AGCM è infatti legittimata ad intervenire allorché le regole fissate dall'ART lascino agli operatori economici uno spazio di discrezionalità che gli consente di porre in essere condotte in violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante³⁵.

³¹ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015, ed art. 56, paragrafo 3, direttiva 2012/34/UE. In tema, si v. pure art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011, ed art. 5, comma 5, d.lgs. 17 aprile 2014, n. 70.

³² Il MIT è anche titolare del potere di concedere la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, che è stata rilasciata, nel 2000, per la durata di sessant'anni, a Rete Ferroviaria Italiana Spa (RFI), proprietaria peraltro dell'infrastruttura. Sul punto, ci si potrebbe domandare se il periodo di validità della concessione sia eccessivamente lungo e rischi di sacrificare la concorrenza e di non incentivare l'efficienza del gestore, che gode di un'esclusiva per più di mezzo secolo. Sulla durata dell'atto concessorio sarebbe tuttavia possibile incidere, qualora vi siano apportate delle modifiche sostanziali, poiché in questo caso si dovrebbe procedere ad una nuova gara, come prescrive l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

³³ Cfr. modifiche apportate al d.lgs. n. 112/2015 dal d.lgs. n. 139/2018.

³⁴ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011. Per l'AGCM viene ribadito all'art. 37, commi 3 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

³⁵ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014, p. 4; ID., *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, *ivi*, 19 marzo 2014, p. 8; S. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., p. 105; G. BRUZZONE, *Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti*

Di contro, l'*Antitrust* tende talora ad assumere un'atipica ed innovativa vocazione regolatoria del mercato³⁶, che potrebbe invadere lo spazio d'azione riservato all'Autorità di regolazione dei trasporti. Questa situazione si manifesta in maniera più evidente allorquando l'Autorità garante della concorrenza e del mercato impone misure positive alle quali è sottoposta un'operazione di concentrazione. Ma affiora anche in occasione delle decisioni di chiusura del procedimento *antitrust*, avviato per abuso di posizione dominante o intesa restrittiva della concorrenza, nel momento in cui l'Autorità accetta gli impegni proposti dalle imprese interessate. Le valutazioni che sorreggono tale accettazione presentano, infatti, un carattere regolatorio, con un respiro spesso generale e di indirizzo che si distacca dal concreto disvalore della fattispecie. Riemerge, infine, nell'ipotesi in cui l'AGCM interviene per sanzionare ed inibire le pratiche commerciali scorrette, nel momento in cui impartisce indirizzi e prescrizioni aventi proiezione futura e portata generale, ossia vere e proprie misure regolatorie con funzione *ex ante* a tutela di interi gruppi di consumatori³⁷.

Il rischio, in questi casi, è di creare incertezza tra gli operatori economici a causa di troppe e talora disallineate misure regolatorie, di comprimere anziché incentivare l'iniziativa economica privata e di pregiudicare l'ottimale efficienza allocativa delle risorse. Inoltre, sussiste il pericolo che l'*Antitrust* finisca per compiere valutazioni di ordine politico-finalistico, che esulano dall'ambito proprio delle sue funzioni e minano la sua neutralità³⁸.

Tali inconvenienti possono essere tuttavia scongiurati, almeno in parte, se la funzione *antitrust* viene mantenuta entro i suoi limiti caratteristici, che sono quelli di prevenire e sanzionare l'illecito anticoncorrenziale tramite il potere di diffida e di sanzione. Il potere *antitrust*, d'altra parte, alla luce della giurisprudenza europea e nazionale, "*non può spingersi sino a sostituire un assetto regolatorio, considerato anticompetitivo, con un diverso assetto ritenuto preferibile dall'Agcm*", dal momento che deve essere volto "*a riequilibrare e non a modificare l'assetto del mercato*". Il potere *antitrust* non può, cioè, "*tradire la propria funzione arbitrale e ripristinatoria*", oltre che sanzionatoria, né può "*trasmodare da strumento di riequilibrio in strumento di regolazione e conformazione del mercato*"³⁹.

Nonostante il carattere complementare delle due funzioni, si possono tuttavia determinare in concreto momenti di sconfinamento tra la funzione di regolazione dell'ART e la funzione *antitrust* dell'AGCM e quindi possibili conflitti di competenza tra le due autorità, e ciò proprio a causa della promiscuità di poteri e fini che la legge assegna ad entrambe, conflitti che spetta poi al giudice amministrativo risolvere.

di vigilanza e garanzia, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board*, 2015, cit., p. 53.

³⁶ La connotazione regolatoria *ex ante* della funzione svolta dall'AGCM è stata già sostenuta da chi scrive (C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, p. 73 ss.).

³⁷ Così, F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Torino, 2010, 117, p. 122.

³⁸ In questi termini, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Torino, 2007, p. 149.

³⁹ L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, 12-15, consultabile in www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf, alla quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali sul tema.

Questo fenomeno mostra quindi la fragilità del diaframma tra regolazione settoriale *ex ante* dell'ART per il mercato e tutela della concorrenza *ex post* dell'AGCM nel mercato ed evidenzia la difficoltà di delimitare esattamente gli ambiti di operatività delle due autorità, tanto che diventa inevitabile un certo grado di sovrapposizione⁴⁰.

Si pensi, nello specifico, al potere dell'ART di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi da parte dei soggetti competenti, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese e gli utenti: aspetti rilevanti per il funzionamento di un mercato concorrenziale e per una efficace politica di tutela dei passeggeri. L'esercizio di tale potere è invero condizionato dalle valutazioni della medesima Autorità sulle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi di trasporto nazionali e locali: valutazione questa che sembra interferire con le competenze dell'*Antitrust*. Per cui, sarebbe opportuno un coordinamento tra le due autorità anche in questo caso, soprattutto quando tali valutazioni siano propedeutiche all'elaborazione di criteri di formazione delle tariffe idonei a scongiurare il pericolo di abusi di posizione dominante o intese restrittive della concorrenza⁴¹.

Anche il potere dell'ART di evitare e di correggere con misure adeguate discriminazioni tra le imprese⁴², oppure di fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore⁴³, sembra duplicare le competenze dell'AGCM.

Si possono poi determinare altre sovrapposizioni nell'esercizio delle funzioni a tutela dei diritti dei passeggeri e degli operatori economici. All'ART è infatti attribuito il potere di valutare e decidere tutti i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelli trasmessi dagli utenti, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte delle imprese esercenti il servizio di trasporto sottoposto a regolazione⁴⁴, sia quelli presentati dalle imprese ferroviarie che lamentino un trattamento ingiusto o discriminatorio o qualsiasi altro pregiudizio in relazione all'assegnazione della capacità di infrastruttura, al prospetto informativo della rete ed ai criteri in esso contenuti, al sistema di imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ed agli altri profili indicati dalla legge⁴⁵. La norma, nonostante abbia cura di precisare che restino salve le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, tuttavia attribuisce all'ART il potere di adottare “*le misure necessarie per rimediare alla situazione*” e di decidere, di propria iniziativa, ove lo ritenga opportuno, in merito a “*misure adeguate per correggere le discriminazioni contro i richiedenti, le distorsioni del mercato e altri eventuali sviluppi indesiderabili su questi mercati [...]*”⁴⁶. Di contro, all'AGCM è conferito il potere di agire, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, contro le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive, con poteri inibitori, prescrittivi,

⁴⁰ A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, n. 2, p. 64.

⁴¹ Si veda sul punto F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., p. 94.

⁴² Cfr. art. 37, comma 2, lett. f), d.l. n. 201/2011, ed art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴³ Art. 37, comma 2, lett. f), comma 4, d.l. n. 201/2011.

⁴⁴ Art. 37, comma 3, lett. g), d.l. n. 201/2011.

⁴⁵ Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴⁶ Art. 37, comma 9, cit.

cautelari e sanzionatori⁴⁷. Si aggiunga inoltre che, ai sensi dell'art. 2, comma 34, della legge n. 481/1995, per le materie attinenti alla tutela della concorrenza, l'AGCM esprime parere obbligatorio, entro il termine di trenta giorni, alle amministrazioni pubbliche competenti in ordine alla definizione delle concessioni, dei contratti di servizio e degli altri strumenti di regolazione dei servizi nazionali.

Riguardo ai rapporti tra l'ART e l'ANAC, si osserva, invece, come il codice dei contratti pubblici, per un verso, la legge istitutiva dell'ART, per altro verso, attribuiscono ad ambedue le autorità funzioni interferenti in tema di definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici. L'ANAC è tenuta sia ad adottare i "bandi tipo", a cui le stazioni appaltanti si devono conformare in sede di redazione dei bandi di gara, sia a definire con apposite linee guida i criteri di nomina e le modalità di funzionamento dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴⁸. Di contro, l'ART è chiamata a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici⁴⁹. Non può peraltro escludersi un'area di contiguità più ampia, in considerazione, per un verso, della generale competenza dell'ANAC a vigilare sui contratti pubblici, anche in relazione ad aspetti diversi da quelli strettamente connessi alle procedure di gara, come, per esempio, sui profili connessi all'economica ed efficiente esecuzione dei contratti⁵⁰, per altro verso, della generale competenza dell'ART di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori⁵¹.

Per superare l'*impasse* è necessario, pertanto, prevedere anche in questi casi forme di coordinamento delle rispettive azioni, tant'è che l'ART, nel 2014, ha stipulato due distinti protocolli d'intesa con l'AGCM e con l'ANAC⁵², al fine di disciplinare le

⁴⁷ Cfr.: art. 27, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo); art. 8, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145; art. 27, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146. In materia di tutela del consumatore-utente contro le pratiche commerciali scorrette ci sono stati diversi interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno tentato di fare chiarezza sui delicati rapporti di delimitazione degli ambiti di competenza dell'*Antitrust* e delle Autorità di regolazione settoriali (cfr. sul tema B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2016, p. 89 ss.). Sulla questione è intervenuta la Corte di Giustizia UE, sez. II, 13 settembre, 2018, n. 54 (a seguito delle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 267 TFUE), sostenendo che non contrasta con il diritto europeo la normativa nazionale che, pur in presenza di una disciplina di settore come il codice delle comunicazioni elettroniche regolante in maniera compiuta le pratiche commerciali vietate, impone l'applicazione della normativa generale sulle pratiche scorrette del codice del consumo con la conseguente competenza sanzionatoria dell'AGCM, anziché dell'AGCOM.

⁴⁸ Artt. 71 e 78, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁴⁹ Art. 37, comma 2, lett. f), d.l. n. 201/2011. Con particolare riferimento al settore autostradale cfr. pure lett. g).

⁵⁰ Art. 213, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

⁵¹ Art. 37, comma 2, lett. a), d.l. n. 201/2011.

⁵² I Protocolli d'intesa tra ART e AGCM, nonché tra ART e ANAC, sono stati stipulati rispettivamente il 27 agosto 2014 ed il 20 novembre 2014 e sono disponibili nel sito dell'ART. Il 30 novembre 2016 è stato anche stipulato dall'ART un protocollo d'intesa con un'altra autorità indipendente, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), soprattutto in seguito allo sviluppo di servizi e applicazioni digitali ed alla necessità di adeguare reti e tecnologie per la fornitura dei servizi di connettività necessari al funzionamento dei nuovi dispositivi *smart* anche nel settore dei trasporti, che hanno aumentato l'interesse per un percorso di collaborazione e confronto su tematiche comuni. La ricerca di sinergie tra i suddetti regolatori è stata pure stimolata dai tavoli di confronto e cooperazione per favorire la

modalità di cooperazione nelle materie di interesse comune, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni e pareri e iniziative congiunte.

In proposito, vale la pena ricordare, per l'importanza della questione affrontata⁵³ e perché inedita nel suo genere, la segnalazione congiunta di ART, AGCM e ANAC, del 25 ottobre 2017, in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, in deroga alle procedure di gara, che al momento è consentito dalla normativa europea⁵⁴ ed è seguito dalla quasi totalità delle nostre Regioni. Le tre autorità indipendenti richiedono, in particolare, che tale forma di affidamento diretto si conformi ai principi concorrenziali, soprattutto quando le amministrazioni competenti ricevano manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi dal potenziale affidatario.

3. I tratti caratterizzanti dell'attività regolativa dell'ART

Prima di entrare nel vivo delle singole competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria attraverso l'analisi di alcuni dei provvedimenti più significativi, che danno l'idea del ruolo ampio e delicato svolto da questa Autorità, occorre mettere in luce anzitutto i caratteri salienti della sua funzione generale di regolazione, che, in virtù delle attribuzioni e dei criteri e delle modalità di organizzazione e funzionamento di tale organismo, può essere subito rappresentata in termini schematici come regolazione: indipendente e neutrale; imperativa; partecipata; generale e preventiva, oppure individuale e successiva, con finalità orientativa, conformativa, integrativa e correttiva; atipica o, più precisamente, non sempre tipizzata; europea; intermodale ovvero multimodale; economica, sociale e ambientale.

Passando in rassegna ciascuno di questi elementi distintivi, può dirsi che l'indipendenza di questa forma di regolazione discende dalla natura e dalle modalità di organizzazione e funzionamento dell'ART, in particolare dai criteri e dal procedimento per la nomina degli organi di vertice, dal regime del loro mandato, dall'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, dalla sottrazione ai poteri di indirizzo e vigilanza del Governo e del Ministero competente.

Il Consiglio, che è l'organo deliberativo apicale, è infatti composto dal Presidente e da altri due membri, che sono scelti (nel rispetto dell'equilibrio di genere), per un periodo di sette anni non rinnovabili, tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l'ART. La loro nomina, formalizzata con decreto del Presidente della Repubblica, viene deliberata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il parere favorevole di almeno due terzi dei componenti della Commissione parlamentare competente. In questo modo, dovrebbe essere garantito il controllo democratico delle nomine, in quanto il Governo è obbligato a raggiungere un'intesa *bipartisan* e necessita della sottoscrizione del decreto da parte del Capo dello Stato⁵⁵.

digitalizzazione del settore dei trasporti, che sono nati nell'ambito della più ampia Strategia europea verso il mercato unico digitale come il “*Digital Transport and Logistics Forum (DTLF)*”.

⁵³ Il trasporto ferroviario regionale è un settore nevralgico per il Paese ed un mercato dalle dimensioni enormi: secondo le stime del MIT, ove sono considerati sia i contributi pubblici sia i ricavi provenienti dal traffico, vale, infatti, 3,8 miliardi di euro annui (di cui 2,6 sono finanziamenti pubblici).

⁵⁴ Sul tema si veda M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, fasc. 1, p. 183 ss.

⁵⁵ In tema sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., p. 106.

Durante il mandato i componenti del Consiglio sono inoltre sottoposti ad un rigoroso regime di incompatibilità, in quanto non possono esercitare, direttamente o indirettamente, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, non possono essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, non possono ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, né possono avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. Se poi sono dipendenti di amministrazioni pubbliche vanno collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico.

Infine, in forza delle disposizioni della legge n. 481/1995, per almeno due anni dalla cessazione dell'incarico, i componenti dell'ART, al pari dei dirigenti della medesima Autorità, non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza, altrimenti vanno incontro ad una sanzione pecuniaria, che nel massimo edittale è piuttosto elevata⁵⁶. L'intento di una simile previsione è quello di evitare il pericolo che durante l'espletamento dell'incarico i membri delle autorità indipendenti siano "catturati" dai soggetti regolati, tramite l'offerta, alla scadenza del mandato, di assunzione presso le società che in precedenza erano sottoposte alla loro attività di vigilanza, regolazione e sanzione. Si vuole cioè impedire il fenomeno del "*revolving door*", che è comunque scongiurato, almeno in parte, dalla natura collegiale dell'organo deliberativo, che rende più difficili gli eventuali condizionamenti esterni⁵⁷. Per una maggiore garanzia di indipendenza delle persone nominate, il predetto regime di incompatibilità si ritiene che vada applicato anche al biennio che precede l'assunzione dell'incarico, prevedendo l'inconferibilità dello stesso ai soggetti che nei due anni pregressi abbiano svolto incarichi di vertice nelle imprese vigilate e regolate dall'ART. In questo modo, si sarebbe in linea, tra l'altro, con quanto stabilisce l'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 2013 (in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico), applicabile alle amministrazioni indipendenti in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. a).

Un altro elemento che garantisce l'indipendenza dell'ART è la sua autonomia, non solo organizzativa, ma anche contabile e soprattutto finanziaria, dal momento che l'Autorità, concluso il periodo transitorio che prevedeva l'erogazione di una somma *una tantum* da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si finanzia attraverso un

⁵⁶ L'art. 2, comma 9, della legge n. 481 del 1995, applicabile all'ART, ai sensi dell'art. 37, comma 1, ult. per., d.l. n. 201/2011, prevede in particolare che la violazione di tale divieto sia punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e nel massimo alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito. All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell'atto concessorio o autorizzativo. I valori di tali sanzioni sono rivalutati secondo il tasso di variazione annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall'ISTAT. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai dirigenti che negli ultimi quattro anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto. Si sottolinea come in origine il regime delle incompatibilità si estendesse per almeno un quadriennio successivo alla cessazione dell'incarico.

⁵⁷ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 44. L. CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. Zaccaria, Padova, 1999, p. 127, sottolinea che la collegialità rafforza il carattere imparziale e indipendente di queste autorità.

contributo proveniente dalle imprese regolate, che è stato giudicato legittimo sul piano costituzionale⁵⁸. In base alle norme istitutive, si tratta in ogni caso di una somma che

⁵⁸ La Corte cost., con sentenza 7 aprile 2017, n. 69, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale della disposizione del decreto legge istitutivo dell'ART, censurata per violazione degli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost., laddove preveda che le attività dell'Autorità siano finanziate con un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, in misura non superiore all'uno per mille del fatturato derivante dall'esercizio delle attività svolte e percepito nell'ultimo esercizio. Per la Corte è indubitabile che il contributo previsto dalla norma impugnata costituisca una prestazione patrimoniale imposta e rientri nel campo di applicazione dell'art. 23 Cost., con conseguente soggezione alla riserva relativa di legge, in virtù della quale la fonte primaria debba stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina, richiedendosi in particolare che la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dai pertinenti precetti legislativi, che il soggetto e l'oggetto della prestazione imposta siano indicati compiutamente, mentre l'intervento complementare ed integrativo da parte della pubblica amministrazione debba rimanere circoscritto alla specificazione quantitativa (e qualche volta, anche qualitativa) della prestazione medesima. Ciononostante la previsione impugnata risulta conforme ai predetti criteri, in quanto il potere impositivo dell'amministrazione trova in essa e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, *“limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità, anche nella prospettiva dei controlli e, segnatamente, dei controlli giurisdizionali ..., la cui incisività in concreto è, a propria volta, essenziale per l'effettività dell'art. 23 Cost”*. Per analoghe ragioni sono da ritenere non fondate le censure formulate in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost. *“La platea degli obbligati deve intendersi accomunata dall'essere in concreto assoggettati all'attività regolativa dell'ART. A tutti gli operatori economici che si trovano in tale posizione è imposto il contributo, il quale, pertanto, non può non essere determinato attraverso un atto generale È poi compito del giudice comune verificare se, nella determinazione della misura dei contributi, oltre che nella individuazione dei soggetti tenuti a corrisponderli, siano stati o meno rispettati i criteri desumibili dall'intero contesto normativo che regola la materia, potendosi eventualmente trarre le naturali conseguenze nella sede giudiziaria appropriata ...”*. Inoltre, *“L'insieme delle norme, sostanziali e procedurali, che disciplinano i poteri dell'ART, smentisce l'asserita imprevedibilità degli oneri contributivi, assunta dal rimettente come premessa di un turbamento ... della libertà individuale di iniziativa economica”*. Infine, in riferimento all'art. 97 Cost., *“il coinvolgimento delle categorie imprenditoriali nel procedimento di determinazione del contributo non riduce, ma invece accresce imparzialità, obiettività e trasparenza dell'azione amministrativa, la quale rimane comunque caratterizzata ... da inequivocabili tratti autoritativi, assicurati anche dalla partecipazione governativa al procedimento di determinazione annuale del contributo”*. Riguardo poi alla concreta individuazione dei soggetti obbligati, il TAR Piemonte, sez. II, 21 maggio 2018, n. 631 - sulla base di quanto affermato nella precedente sentenza della Corte costituzionale, in cui si legge che *“la platea degli obbligati non è individuata [...] dal mero riferimento a un'ampia, quanto indefinita, nozione di “mercato dei trasporti” (e dei “servizi accessori”); al contrario, deve ritenersi che includa solo coloro che svolgono attività nei confronti delle quali l'ART ha concretamente esercitato le proprie funzioni regolatorie istituzionali ...”* - ha ritenuto che *“L'obbligo di pagamento del contributo riguarda solo i soggetti che svolgono attività che siano già state assoggettate all'esercizio delle funzioni regolatorie affidate all'Autorità”*. Per cui, *“L'individuazione di tali soggetti dipende ... da un dato concreto e non dalla circostanza (teorica e quindi di per sé opinabile) che l'ART possa intervenire nel settore in cui operano. Tantomeno l'obbligo di versamento del contributo può sorgere nei confronti di soggetti che della regolazione possono beneficiare ... né la partecipazione a consultazioni pubbliche preliminari alla regolazione in qualità di “stakeholders” trasforma questi soggetti [ossia, le ricorrenti associazioni di categoria e società che operano nei settori dell'autotrasporto e della logistica] in regolati”*. Per questi motivi il TAR in questione ha annullato le deliberazioni dell'ART n. 139/2016 e n. 145/2017, nella parte in cui individuano tra gli obbligati al versamento del contributo sia i *“servizi di trasporto merci su strada”,* anche se connessi con porti, scali ferroviari merci, aeroporti, interporti”, sia i *“servizi logistici e accessori ai settori dei trasporti”*. In senso conforme, di recente, TAR Piemonte, sez. II, 26 marzo 2019, n. 342, che riprende l'orientamento già espresso (dallo stesso Tribunale) in altre sentenze, secondo il quale le imprese assoggettate a contribuzione sono tutte quelle che operano nei settori ove l'ART abbia concretamente esercitato le proprie prerogative istituzionali, ossia: le attività di regolazione vera e propria, ma anche quelle meramente strumentali a tali attività (come l'acquisizione di informazioni, lo svolgimento di

non può superare l'uno per mille del fatturato riferito all'ultimo esercizio dell'impresa. Sotto il profilo procedurale, il contributo al quale le imprese regolate sono assoggettate è determinato annualmente con atto dell'Autorità, anche se è sottoposto all'approvazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze. L'atto dell'ART si intende tuttavia approvato, se nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione non vengono formulati rilievi, ai quali l'Autorità è tenuta a conformarsi.

La neutralità della funzione regolativa risiede, invece, nella posizione terza assunta dall'ART rispetto agli interessi dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato dei trasporti, in quanto l'Autorità non cura un determinato interesse pubblico, di apparato o collettivo, né sceglie tra gli interessi degli esercenti e degli utenti, ma tenta di comporli sulla base dei principi e dei criteri stabiliti dalla legge⁵⁹.

Gli atti di regolazione deliberati dall'ART⁶⁰ hanno natura imperativa, in quanto, oltre ad essere definitivi, sono vincolanti per tutti i destinatari della sua azione⁶¹, tant'è che, per un verso, l'Autorità può imporne il rispetto, comminando adeguate sanzioni (in caso di inosservanza), per altro verso, sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo e precisamente - almeno secondo il Consiglio di Stato - del TAR Piemonte, anziché del TAR Lazio (sede di Roma). Salvo poi domandarsi sul punto, in virtù del principio sancito dall'13, comma 1, seconda parte, del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), se la competenza spetti, in realtà, ad altro TAR, quando gli "effetti diretti" del provvedimento regolativo dell'ART, che ha sede a Torino, siano circoscritti all'ambito territoriale di una regione diversa dal Piemonte⁶².

ispezioni, l'esame di reclami e segnalazioni, la redazione di pareri), nonché quelle di irrogazione di sanzioni nei casi previsti dalla legge.

⁵⁹ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 102-104.

⁶⁰ Sia gli atti regolativi a carattere individuale sia quelli a carattere generale.

⁶¹ Il gestore della rete, le imprese ferroviarie, gli operatori di impianto, le amministrazioni statali, regionali e locali, ove interessate.

⁶² Il Consiglio di Stato, con due ordinanze per regolamento di competenza, una, della sezione V, 13 luglio 2018, n. 4293, e un'altra, della sezione VI, 31 dicembre 2018, n. 7321, ha deciso che i ricorsi contro i provvedimenti regolativi dell'ART rientrano nella competenza del TAR del Piemonte e non nella competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, com'è previsto, invece, dalle disposizioni del codice del processo amministrativo per le controversie sui provvedimenti dello stesso genere (ma non solo) adottati dalle altre autorità amministrative indipendenti, ad eccezione delle liti relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, devolute alla competenza funzionale del TAR della Lombardia, sede di Milano (cfr.: art. 14, art. 133, comma 1, lettera l), richiamato dall'art. 135, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 104/2010). Il ragionamento sviluppato dalla quinta sezione per giustificare la competenza del tribunale torinese desta interesse, poiché il collegio, nonostante riconosca "la natura statale dell'ART e l'efficacia nazionale dei suoi provvedimenti", ritiene tuttavia, "in assenza di una norma derogatoria espressa", che prevalga l'applicazione del criterio territoriale della "sede dell'amministrazione che ha adottato l'atto", espresso all'art. 13, comma 1, prima parte, c.p.a., poiché sarebbe "coerente con la manifesta finalità della legge del decentramento amministrativo a Torino della sede legale dell'Autorità", nonché "conforme ad una elementare esigenza operativa di funzionalità ed effettività della difesa erariale". La linea argomentativa seguita dalla quinta sezione del Consiglio di Stato solleva, però, qualche perplessità, in quanto, benché si muova nell'ottica condivisibile di favorire la funzionalità e l'effettività della difesa erariale e di salvaguardare la specializzazione del giudice torinese su questo genere di controversie, tuttavia finirebbe per disapplicare il principio codificato dalla prima parte del comma 3, dell'art. 13, in virtù del quale andrebbe invece devoluta al TAR del Lazio la competenza per le controversie sugli "atti statali" con effetti ultraregionali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n. 1647), come nel caso di specie. Ma il giudice considera quest'ultimo criterio di riparto della competenza territoriale sussidiario e residuale rispetto a quello ritenuto principale della sede dell'organo. Finora si è comunque ragionato sul presupposto dell'efficacia ultraregionale delle delibere

L'azione di regolazione dell'ART è poi partecipata, in modo ampio e rafforzato, nel rispetto del valore della "legalità procedimentale". Una forma di legalità, questa, che, secondo l'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato⁶³, non solo resisterebbe alla dequotazione dei vizi procedimentali, in quanto non sarebbe in questo caso applicabile il regime della non annullabilità degli atti (disciplinato dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento), ma compenserebbe anche il *deficit* di "legalità sostanziale" che talora si avverte in taluni atti e provvedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, legittimandone in un certo senso l'operato. L'idea che la partecipazione procedimentale possa sostituire la legalità sostanziale non può però diventare un dogma, altrimenti finirebbe per assolvere sistematicamente il legislatore dal dovere di definire il potere pubblico in modo da evitare l'eccessiva latitudine delle scelte amministrative.

Nello specifico, tutti i soggetti interessati a vario titolo (gestore dell'infrastruttura, imprese ferroviarie, operatori di impianto, associazioni di settore, Regioni, Enti locali, etc.) dagli atti di regolazione che l'ART intende concretamente adottare sulle questioni di sua competenza, vengono avvisati ed invitati a presentare, entro un tempo ragionevole predeterminato, che varia a seconda della complessità dell'atto, le proprie osservazioni e proposte sullo schema dell'atto regolatorio, pubblicato preventivamente dall'ART con l'individuazione dei presupposti, degli obiettivi (che intende raggiungere) e dei contenuti (ovvero, le questioni che intende affrontare).

Alcuni atti di regolazione sono preceduti da un'analisi di impatto della regolazione (AIR), che illustra gli effetti attesi dalle misure regolatorie individuate nel documento.

In altri casi, l'Autorità, al fine assicurare la massima partecipazione degli *stakeholders*, oltre a sottoporre il documento che intende adottare a consultazione pubblica, tiene anche un'audizione pubblica nel corso della quale i portatori di interesse possono illustrare le proprie osservazioni e proposte, che l'Autorità è tenuta a valutare.

Il procedimento si conclude con l'approvazione dell'atto finale di regolazione, corredato di una relazione, che reca gli esiti dell'attività condotta in fase istruttoria, con una sintesi dei contributi pervenuti e delle relative valutazioni, l'illustrazione delle eventuali

regolative dell'ART. Cosa accade, invece, se gli "effetti diretti" degli atti regolativi dell'ART siano limitati all'ambito territoriale di una sola regione diversa dal Piemonte? Si pensi, per esempio, alla recente delibera dell'ART n. 121 del 6 dicembre 2018, che disciplina l'accesso all'infrastruttura ferroviaria regionale umbra e fissa i criteri per la determinazione da parte del gestore dei relativi canoni di accesso. Qui dovrebbe addirittura applicarsi un altro principio, codificato all'art. 13, comma 1, seconda parte, che devolve la competenza al TAR della regione entro i cui confini si producono gli effetti diretti ed immediati dell'atto impugnato. La regola ordinaria della sede dell'organo andrebbe, infatti, integrata e sostituita con quella del "luogo di produzione degli effetti diretti dell'atto" impugnato, ove essi siano "limitati all'ambito territoriale di un'altra regione", ossia di una regione diversa da quella in cui l'organo ha sede, come è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'ordinanza per regolamento di competenza del 4 febbraio 2013, n. 4. Per il supremo organo di giustizia amministrativa i rapporti tra il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale sono costruiti, d'altra parte, "secondo una logica di complementarità e di reciproca integrazione", nel senso che "il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico" (così, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 31 luglio 2014, n. 17). Resta, pertanto, da chiedersi, laddove si intendano salvaguardare i principi di funzionalità e effettività della difesa erariale e di specializzazione del giudice amministrativo, se non sia il caso di introdurre una norma espressa che devolva al TAR del Piemonte tutte le controversie che coinvolgono i poteri esercitati dall'ART.

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

modifiche apportate al testo originario con le relative motivazioni, nonché le valutazioni che l'Autorità pone a fondamento delle misure adottate⁶⁴.

La partecipazione dei destinatari dell'azione dell'ART, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, è ampiamente garantita anche nei procedimenti sanzionatori avviati dalla medesima, in cui si prevede la possibilità di chiudere il procedimento "in via negoziale", per così dire, senza cioè accertare l'infrazione, analogamente a quanto può avvenire nei procedimenti dinanzi all'AGCM. L'ART può cioè decidere di approvare e rendere obbligatori gli eventuali impegni proposti dalle imprese interessate, se idonei a far venir meno le violazioni riscontrate. Tali impegni, in ogni caso, prima di essere approvati, vengono sottoposti ad una procedura trasparente, denominata *market test*, che prevede la comunicazione degli impegni proposti agli altri soggetti partecipanti al procedimento (diversi dal proponente) e la loro pubblicazione nel sito dell'Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni scritte, entro un termine di trenta giorni. Anche queste osservazioni, a loro volta, vengono pubblicate nel sito, al fine di consentire al proponente di controdedurre. Le osservazioni e le controdeduzioni vengono poi valutate dall'Autorità prima dell'adozione del provvedimento finale⁶⁵.

Gli atti di regolazione adottati dall'ART possono poi essere generali e preventivi, con una finalità orientativa e conformativa delle condotte dei destinatari, nella misura in cui interessino la generalità delle imprese che gestiscono e utilizzano l'infrastruttura ferroviaria ed i servizi connessi e siano adottati prima che le stesse svolgano la loro attività, allo scopo di orientarla e conformarla in vista del raggiungimento dei fini di pubblico interesse, alla cui cura la medesima Autorità è preposta. E' il caso, per esempio, delle delibere: che regolano le condizioni di accesso alle infrastrutture ferroviarie ed ai servizi connessi; che determinano i criteri tariffari, oppure i criteri che gli operatori economici del settore devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria, o per la separazione contabile ed eventualmente societaria; che definiscono i criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni aventi ad oggetto le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, o i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; che stabiliscono le condizioni minime di qualità dei servizi ferroviari di trasporto dei passeggeri, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico.

La regolazione dell'ART può anche essere individuale, preventiva o successiva, con una finalità conformativa, integrativa e correttiva, nella misura in cui l'Autorità intervenga nei confronti di uno o più operatori economici individuati, prima che svolgano determinate attività, prescrivendogli le condotte da porre in essere, oppure nei confronti di imprese che abbiano già svolto un'attività considerata deviante o non conforme rispetto a regole eterodeterminate (a livello europeo o nazionale) o autodeterminate (dalla stessa ART), al fine di rimetterle per così dire "in riga", imponendo obblighi di

⁶⁴ Le finalità e le modalità di coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi decisionali delle autorità e in particolare dell'ART sono illustrate da E. CASCETTA, S. BATTINI, C. DE LUCA, *Regolazione dei mercati e interazione con gli stakeholders*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*. ..., cit., p. 67 ss.

⁶⁵ Cfr. art. 37, comma 3, lett. f), m), d.l. n. 201/2011, nonché regolamento deliberato dall'ART il 22 luglio 2015, che disciplina lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di sua competenza. Per quanto riguarda i poteri sanzionatori di tipo pecuniario dell'ART in materia ferroviaria, si applica, tuttavia, anziché la disciplina generale prevista dal decreto istitutivo del 2011, la normativa speciale contenuta nei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015, come precisato nel testo alla fine del successivo paragrafo.

facere, a pena di sanzione pecuniaria (in caso di inosservanza)⁶⁶. Si pensi, al riguardo, alle delibere con le quali l'Autorità prescrive al gestore dell'infrastruttura modifiche ed integrazioni da apportare al prospetto informativo della rete (PIR), da predisporre o già presentato, oppure alle delibere con le quali l'Autorità accetta e rende obbligatori gli impegni assunti dalle imprese regolate, qualora li consideri idonei a rimuovere le contestazioni da essa avanzate per la presunta infrazione di una regola.

La regolazione posta in essere dall'ART in alcuni casi può essere definita pure atipica, se gli atti che ne sono manifestazione non risultino tipizzati dalla legge. Talvolta, gli ambiti della regolazione ed i contenuti concreti e specifici che essa può assumere non sono sufficientemente predeterminati dal legislatore, sì da rendere impliciti taluni provvedimenti regolatori in concreto adottati, ma non illegittimi, nella misura in cui essi siano riconducibili inequivocabilmente alle attribuzioni e quindi al fascio di competenze dell'Autorità e siano necessari per lo svolgimento delle funzioni attribuitegli dalla legge e per il perseguimento efficace della pluralità di fini di pubblico interesse demandati dalla legge alle sue cure⁶⁷. Si pensi, per esempio, al potere dell'ART di disporre le “*misure opportune di ripristino*” a carico delle imprese ferroviarie che abbiano posto in essere condotte contrastanti con i propri atti di regolazione o con gli impegni dalle stesse assunti⁶⁸, oppure di decidere di propria iniziativa in merito a “*misure adeguate per correggere le discriminazioni contro i richiedenti, le distorsioni del mercato e altri eventuali sviluppi indesiderabili*”⁶⁹.

La regolazione dell'ART ha altresì una dimensione europea, in quanto siffatta Autorità è stata voluta dall'Unione europea ed è stata inserita nel quadro di una politica volta a liberalizzare il settore e a sviluppare una rete transeuropea dei trasporti competitiva, sicura e sostenibile. La missione istituzionale dell'Autorità è, d'altra parte, quella di garantire l'attuazione della normativa europea nei vari comparti del trasporto attraverso l'esercizio di un ricco assortimento di poteri, sia regolatori sia di controllo e vigilanza, cautelari e inibitori, paragiurisdizionali e sanzionatori, di *advocacy* (pareri, segnalazioni e raccomandazioni, proposte, relazioni), con l'obbligo di cooperare con le amministrazioni nazionali, indipendenti e non, regionali e locali, che svolgono specifici compiti nel settore, nonché con le autorità similari degli altri Stati membri e con la Commissione europea⁷⁰. Al riguardo, si segnala l'*Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail)*, il *network* internazionale, fondato nel 2011, che oggi riunisce gli organismi di regolazione dei trasporti ferroviari di 31 Paesi europei, che ha lo scopo di promuovere lo scambio di informazioni e la condivisione di *best practice* tra i Paesi membri e di sviluppare il dialogo con le Istituzioni europee per la creazione in Europa di uno spazio ferroviario unico, competitivo, efficiente e sostenibile.

Altro tratto distintivo della regolazione dell'ART è la sua intermodalità o multimodalità, nel senso che le sue delibere incidono anche sulle altre reti di trasporto di persone e di

⁶⁶ Sui caratteri della regolazione posta in essere dalle autorità indipendenti, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 33, 47, 53, 76 ss., 201.

⁶⁷ I presupposti per l'ammissibilità di poteri impliciti di regolazione delle autorità indipendenti, in ossequio al principio di legalità ed al principio di buon andamento dell'amministrazione, sono indagati da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 289 ss. In tema, di recente, si veda pure il lavoro monografico di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

⁶⁸ Art. 37, comma 3, lett. f), d. l. n. 201/2011.

⁶⁹ Art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁷⁰ Cfr. art. 38, d.lgs. n. 112/2015.

merci e sui servizi connessi⁷¹, in linea con la *policy* europea, che intende utilizzare un approccio globale ed integrato al tema e puntare molto sull'intermodalità e sull'interoperabilità dei sistemi, allo scopo di costruire un sistema di mobilità sostenibile in tutto il territorio europeo e ridurre le esternalità negative tipiche dei trasporti, ossia i costi ambientali legati all'inquinamento acustico, dell'aria e dell'acqua, alla congestione prodotta dal traffico, ai costi della sicurezza dovuti ad incidenti e disastri.

L'ART, sotto questo profilo, attraverso, per esempio, il potere di definire i criteri a cui si devono uniformare i soggetti pubblici e privati competenti a vario titolo a fissare le tariffe, i canoni ed i pedaggi nei vari mercati dei servizi di trasporto, può favorire l'intermodalità nel trasporto di persone e di merci, secondo un approccio orientato allo sviluppo sostenibile, che, in base agli obiettivi fissati nel Libro Bianco della Commissione europea del 2011, richiede, tra le altre cose, di far viaggiare su strade ferrate o su vie navigabili, entro il 2030, il trenta per cento delle merci che percorre più di trecento chilometri, fino a raggiungere, entro il 2050, il cinquanta per cento. Una grande sfida per l'Italia, considerato che il sistema dei trasporti è per il momento molto sbilanciato sulla gomma.

Sul piano dell'intermodalità rilevano anche le delibere dell'ART che contengono indicazioni e prescrizioni per il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, da inserire nel prospetto informativo della rete, in quanto la riscontrata carenza di determinate informazioni nel prospetto, che il gestore dell'infrastruttura è tenuto a predisporre e ad aggiornare tempestivamente, è stata causa di mancate coincidenze intermodali, com'è emerso, per esempio, dagli oltre quattrocento reclami e segnalazioni di passeggeri riguardanti le varie modalità di trasporto, pervenuti e riscontrati dall'ART tra il 2015 ed il 2016⁷².

⁷¹ Negli Stati membri dell'Unione europea si registrano soluzioni diversificate: Svezia, Danimarca e Finlandia hanno istituito autorità con competenze generali nel settore dei trasporti; mentre, Spagna, Francia e Regno Unito, hanno optato per l'istituzione di agenzie con competenze limitate a singoli settori del trasporto; in Germania ed Olanda, le autorità istituite hanno competenze regolatorie che riguardano sia i settori del trasporto che altri settori a rete (come, per esempio, poste, telecomunicazioni, elettricità, gas). Al trasporto multimodale è dedicata la prima parte del quinto rapporto annuale presentato dall'ART al Parlamento, il 20 giugno 2018, in cui si sottolinea come su tale tema si orientino ormai le riflessioni dei regolatori e dei *policy makers* nei diversi contesti nazionali e internazionali. L'anno in corso è stato, tra l'altro, dedicato, dalla Commissaria europea Violeta Bulc, alla multimodalità nei trasporti. Per gli studi comparati sul trasporto ferroviario si rinvia ai volumi citati alla nota 12.

⁷² A partire dal mese di giugno 2015, sono pervenute all'ART più di quattrocento segnalazioni e reclami da parte di viaggiatori, titolari di abbonamenti emessi da due imprese ferroviarie su diverse tratte ad alta velocità, che hanno evidenziato, anche tramite associazioni ed organizzazioni rappresentative dei loro interessi, una serie di disservizi, come: la scarsa accessibilità e l'esistenza di difficoltà nel perfezionamento o nelle modifiche della prenotazione del posto; l'impossibilità di accedere ai posti a sedere (e dunque di fruire del servizio di trasporto pagato anticipatamente), pur in presenza di posti liberi a bordo treno; l'assenza di informazioni chiare e trasparenti, prima e all'atto dell'emissione del titolo di viaggio, sull'esistenza di limitazioni alla fruibilità del servizio connesse alla scarsità del numero di posti resi disponibili sulle singole tratte per i viaggiatori in possesso dell'indicato titolo di viaggio, anche nelle ore di maggiore affluenza; l'assenza di un sistema di indennizzi specifico per il caso del susseguirsi di ritardi, di soppressione di treni e di mancata fruizione del titolo di viaggio. L'ART, dopo avere richiesto chiarimenti alle imprese, con la delibera n. 103 del 30 novembre 2015, ha avviato il procedimento di consultazione pubblica nel corso del quale i soggetti interessati hanno potuto presentare, entro un dato termine, osservazioni e proposte sullo schema dell'atto di regolazione predisposto dall'Autorità con riguardo al contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri in possesso di titoli di viaggio prepagati per spostamenti ripetuti tra determinate città e con validità temporalmente definita, ivi compresi gli abbonamenti, possono esigere nei confronti dei gestori dei

L'attività di regolazione dell'ART ha inoltre una valenza sociale, diretta o indiretta, in quanto si estende alla tutela dei diritti degli utenti dei servizi di trasporto. L'ART è chiamata, infatti, a definire il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono pretendere nei confronti dei gestori dei diversi tipi di servizi e infrastrutture⁷³. Ma la finalità di tutela del passeggero emerge anche dalle misure di regolazione che incidono sulla qualità dei servizi e sull'economicità ed efficienza delle gestioni. Sebbene esse siano rivolte alle imprese ferroviarie, agli enti concedenti e ai gestori delle infrastrutture, sono tuttavia dirette a garantire tariffe e prezzi che riflettano costi efficienti, che costituiscono, in sé, un beneficio per gli utenti. Il contenimento dei costi di produzione dei servizi che consegue all'efficientamento può tradursi in una riduzione dei prezzi e in un aumento dei servizi, a vantaggio degli utenti. Così come la trasparenza dei costi e della loro copertura tramite ricavi derivati, rispettivamente, dalla vendita di biglietti e da contributi pubblici, accresce la consapevolezza dei fruitori in ordine ai costi effettivi sottostanti all'erogazione dei servizi.

Anche le condizioni di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture, definite dal regolatore nell'esercizio delle sue funzioni di garanzia, possono influenzare l'offerta di servizi collegati, che aggiungono valore all'utilizzo dei servizi di mobilità da parte del cittadino-utente. Nell'esercitare funzioni di regolazione delle stazioni, essenziali in un contesto di crescente rilevanza dell'intermodalità nei trasporti, l'Autorità rivolge primariamente le proprie misure al gestore dell'infrastruttura, tenuto a garantire che le imprese di trasporto vi abbiano accesso in condizioni eque e non discriminatorie. Tra gli obblighi del gestore rientrano, tuttavia, anche adempimenti che hanno effetti sulle condizioni di erogazione dei servizi agli utenti, quali la messa a disposizione di informazioni sugli orari, sulla possibilità di accedere a connessioni con servizi resi con altre modalità e di usufruire di biglietti integrati, sulle condizioni di accessibilità fisica delle stazioni, che sono anche oggetto di specifiche attività di regolazione della qualità dei servizi e di tutela dei diritti.

Nel determinare l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito da imprese pubbliche o private in attività pertinenti alla gestione delle infrastrutture o all'erogazione del servizio, il regolatore è tenuto a valutare e considerare i potenziali impatti anche in termini di benefici apportati ai cittadini-utenti.

La tutela dell'ambiente e delle esigenze sociali rappresenta, quindi, uno dei fini della regolazione posta in essere dall'ART, al pari delle finalità economiche, che spaziano dalla progressiva liberalizzazione del settore all'adeguato sviluppo infrastrutturale delle reti di trasporto in Italia, dall'efficienza produttiva delle gestioni al contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori, dalle condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle varie infrastrutture ed ai relativi servizi di trasporto (anche in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano) alla qualità dei servizi di trasporto⁷⁴.

L'apertura alla concorrenza del mercato ferroviario rappresenta, pertanto, solo uno dei fini perseguiti dall'attività di regolazione posta in essere dall'ART, non il fine ultimo, essendo la concorrenza concepita, a sua volta, come obiettivo strumentale rispetto alla

servizi ferroviari ad alta velocità. L'atto di regolazione è stato poi approvato dall'ART con la delibera 11 maggio 2016, n. 54.

⁷³ Art. 37, comma 2, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁷⁴ Art. 37, comma 2, lett. a), d).

tutela di altri valori e interessi (finali)⁷⁵, potenzialmente confliggenti e individuati dalla legge senza alcun ordine gerarchico, come il pieno dispiegarsi della libertà economica privata, l'adeguato sviluppo della rete infrastrutturale, l'efficienza gestionale dell'impresa che amministra la rete e delle imprese che offrono i servizi di trasporto, la salvaguardia dell'ambiente, il benessere dei consumatori-utenti attraverso l'offerta di servizi di qualità migliore e a prezzi più bassi⁷⁶.

La funzione regolativa delle autorità indipendenti non è rivolta, d'altra parte, alla cura di un determinato interesse pubblico, ma a conciliare principi e valori di sistema, a comporre diritti e interessi, privati e pubblici, che si contrappongono all'interno di mercati (più o meno) aperti alla concorrenza⁷⁷.

Il ruolo regolatorio dell'ART è dunque molto ampio e complesso e, in virtù di taluni poteri conferiti, potrebbe anche interferire con la politica economica, industriale, ambientale e sociale del Governo, dovendosi l'interprete interrogare sulla problematica individuazione dei confini tra la funzione di regolazione indipendente e la funzione di indirizzo politico in materia⁷⁸. A tal proposito, si pensi, per esempio, al potere dell'ART di: garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori; assicurare l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, alle infrastrutture ferroviarie; definire i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi connessi, nonché i criteri di assegnazione della capacità e delle tracce⁷⁹; definire gli ambiti del servizio pubblico ferroviario sulle tratte e le modalità di finanziamento, dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati⁸⁰; fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, sulla congruenza di tali delibere con la regolazione economica⁸¹.

4. Una panoramica delle competenze regolatorie dell'ART e dei poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione

⁷⁵ In questo senso, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., p. 510.

⁷⁶ In questo senso, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale. Rilievi preliminari sul diritto delle reti di trasporto e sulla nuova autorità indipendente*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Napoli, 2013, p. 1651-1652.

⁷⁷ Così, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 102-104.

⁷⁸ I rapporti fra decisori politici e autorità indipendenti di regolazione, con particolare riferimento all'ART, sono analizzati da vari Autori in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board, 2015*, cit., con una breve sintesi ragionata delle principali conclusioni ad opera di M. SEBASTIANI, p. 131 ss. A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, cit., p. 52-53, osserva come nell'art. 37 del decreto istitutivo dell'ART si possano rinvenire "sottotraccia" anche poteri di indirizzo politico, tra i quali include i poteri di effettuare segnalazioni e rilasciare pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza, sulle tariffe e sull'accesso alle infrastrutture. Anche A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., p. 598-599, sottolinea come le funzioni ed i poteri dell'Autorità influenzino significativamente la sostanza stessa delle indicazioni di *policy*, pensando a tal proposito all'incidenza delle tariffe sugli investimenti nel settore (che spetta allo Stato ed agli enti territoriali programmare, promuovere e finanziare) e sulle scelte degli utenti.

⁷⁹ Art. 37, comma 2, lett. b) e i).

⁸⁰ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁸¹ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011.

Dall'analisi finora condotta sono emerse le competenze regolatorie dell'ART, numerose fin dalla legge istitutiva del 2011 ed ampliate negli anni grazie al diritto europeo. Il quadro normativo appare, però, piuttosto disorganico ed in parte ripetitivo, in quanto le funzioni dell'ART sono disseminate tra varie disposizioni contenute in diversi testi di legge, modificati nel corso del tempo: l'art. 37 dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, gli artt. 14 e 37 del decreto legislativo n. 112/2015, l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017⁸².

Con specifico riferimento al mercato ferroviario l'attività di regolazione dell'ART incide su tutti gli elementi essenziali: dai servizi infrastrutturali ai servizi di trasporto, dagli assetti generali del settore ai diritti degli utenti.

Per quanto riguarda la regolazione dei servizi infrastrutturali, compete in generale all'ART il potere di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, condizioni di accesso eque e non discriminatorie all'infrastruttura ferroviaria, agli impianti ed ai servizi accessori e, più nel dettaglio, il potere di definire i criteri per l'assegnazione della capacità di infrastruttura e delle tracce orarie e per la determinazione dei canoni da parte del gestore. L'Autorità può altresì dettare al gestore dell'infrastruttura prescrizioni e indicazioni integrative e modificative del prospetto informativo della rete (PIR).

In tema di regolazione dei servizi di trasporto l'ART ha il potere di definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti, i criteri di determinazione delle tariffe da parte delle imprese ferroviarie, nonché, di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico.

Nella regolazione degli assetti di settore possono essere inclusi svariati poteri dell'ART, taluni dei quali individuati attraverso formulazioni generiche che ne indicano le finalità ma non ne tipizzano il contenuto, così da renderli atipici, almeno in parte, come, per esempio, il potere dell'Autorità di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori, oppure, il potere di adottare misure adeguate per correggere eventuali discriminazioni contro le imprese ferroviarie, i gestori di impianto e gli altri operatori economici del settore, o distorsioni e altri possibili sviluppi indesiderati del mercato. Rientra in questa categoria anche il potere dell'Autorità di definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, oppure, il potere di determinare i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici. Ancora, all'ART compete di stabilire, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati, gli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le relative modalità di finanziamento. L'Autorità determina pure i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e impone, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate (cd. *unbundling*).

Nella regolazione dei diritti dell'utente va annoverato il potere dell'ART di determinare, in relazione ai diversi tipi di servizio e infrastruttura, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri e gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture.

⁸² Decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. L'art. 48 di tale decreto detta misure per promuovere la concorrenza e contrastare l'evasione tariffaria nei servizi di trasporto pubblico regionale e locale.

Può essere, infine, sussunto nella regolazione sia dei servizi infrastrutturali e di trasporto sia degli assetti generali del settore e dei diritti degli utenti, l' incisivo potere attribuito all'Autorità di porre delle "limitazioni" nello svolgimento dei servizi ferroviari di trasporto passeggeri tra un dato punto di partenza e una data destinazione, quando uno o più contratti di servizio pubblico coprono lo stesso percorso o un percorso alternativo, se l'esercizio del diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria compromette l'equilibrio economico del contratto o dei contratti di servizio pubblico in questione⁸³.

Per l'efficace svolgimento della funzione di regolazione rilevano, infine, quei poteri attribuiti all'ART per ogni comparto del trasporto (sparsi, anche questi, con talune ripetizioni, tra le disposizioni, già citate, dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, e dei decreti legislativi n. 70/2014 e n. 112/2015), che svolgono un ruolo che può essere definito strumentale e complementare rispetto all'attività regolativa. Si tratta di una ricca panopia di poteri: di monitoraggio e informazione, di controllo, anche ispettivo, inibitori, di segnalazione e raccomandazione, consultivi, cautelari, paragiurisdizionali, di proposta, nonché, in ultima analisi, in funzione di *enforcement*, di poteri sanzionatori di tipo pecuniario.

Nello specifico, l'ART è chiamata a monitorare la situazione concorrenziale nel mercato ferroviario ed a controllare di propria iniziativa le attività del gestore dell'infrastruttura, degli operatori degli impianti di servizio e delle imprese di trasporto, al fine di evitare trattamenti ingiusti, discriminazioni o qualsiasi altro pregiudizio nei confronti dei richiedenti, oppure allo scopo di verificare l'osservanza delle disposizioni relative alla separazione contabile e societaria. Controlla, in particolare, che il prospetto informativo della rete non contenga clausole discriminatorie o non attribuisca al gestore dell'infrastruttura poteri discrezionali che possano essere utilizzati per discriminare i richiedenti⁸⁴. Vigila sull'indipendenza e sulla trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura e sulla corretta applicazione da parte dello stesso dei criteri per la determinazione dei pedaggi e per l'assegnazione delle capacità di rete e delle tracce orarie⁸⁵. Con riferimento al trasporto ferroviario regionale, verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o condizioni che impediscano l'accesso al mercato dei potenziali concorrenti e, più specificamente, controlla che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti⁸⁶.

Nell'esercizio delle sue competenze l'ART ha il potere di richiedere informazioni a chiunque ne sia in possesso, inclusa l'esibizione di documenti necessari per l'esercizio delle sue funzioni, di raccogliere dichiarazioni da qualunque soggetto informato, di consultare regolarmente, e in ogni caso almeno ogni due anni, i rappresentanti degli utenti dei servizi ferroviari di trasporto merci e passeggeri, per tenere conto del loro punto di vista in relazione al mercato ferroviario⁸⁷.

Qualora l'ART sospetti possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza, dispone anche del potere di svolgere ispezioni presso i soggetti sottoposti alla regolazione, mediante l'accesso agli impianti, ai mezzi di trasporto ed agli uffici.

⁸³ Cfr. art. 12, comma 5, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito dal d.l. n. 139/2018. Si v. sul punto pure i commi 6, 7 e 10.

⁸⁴ Art. 37, commi 3 e 13, d.lgs. n. 112/2015.

⁸⁵ Art. 37, comma 2, lett. i), d.l. n. 201/2011.

⁸⁶ Art. 37, comma 2, lett. f), d.l. n. 201/2011.

⁸⁷ Art. 37, commi 7, 8 e 13, d.lgs. n. 112/2015; art. 37, comma 3, lett. d), d.l. n. 201/2011.

Durante l'ispezione può avvalersi della collaborazione di altri organi dello Stato (come la Guardia di Finanza, con la quale, il 30 novembre del 2016, ha stipulato un protocollo d'intesa), al fine di controllare i libri contabili e qualsiasi altro documento aziendale, ottenerne copia, chiedere chiarimenti e informazioni, apporre sigilli⁸⁸.

Tra i poteri inibitori può ricomprendersi il potere dell'ART di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con i propri atti di regolazione e con gli impegni assunti dai soggetti regolati⁸⁹.

In circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, l'ART può anche adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare⁹⁰.

Tra le funzioni paragiurisdizionali rientra il potere dell'ART di valutare e decidere tutte le vertenze, i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelle degli utenti e dei consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione⁹¹, sia quelle delle imprese ferroviarie o degli altri operatori economici del settore, che ritengano di essere stati vittime di un trattamento ingiusto o discriminatorio o di qualsiasi altro pregiudizio. Nello svolgimento di questa competenza giustiziale l'ART può in particolare adottare qualunque misura ritenga necessaria per rimediare alla situazione⁹²: un potere, questo, individuato dalla legge con una formula vaga, che lo rende molto ampio ed atipico, non essendo sufficientemente predeterminato il suo contenuto.

L'Autorità ha altresì il compito di favorire l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti ed utenti⁹³.

L'ART può proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico e di programma e degli atti assimilabili, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento⁹⁴.

L'Autorità effettua segnalazioni e rilascia pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, nonché sulla congruenza di tali delibere con i propri atti e provvedimenti di regolazione⁹⁵.

Nell'ambito dei rapporti di stretta cooperazione con il MIT e con l'ANSFISA, l'ART ha il potere di fornire raccomandazioni in merito alle questioni che possono pregiudicare la concorrenza nel mercato ferroviario, che il MIT e l'ANSFISA sono tenuti a prendere in considerazione, con l'obbligo di motivare se intendono discostarsi da esse; così come, allo stesso modo, l'ART è tenuta a valutare le raccomandazioni dell'ANSFISA in merito alle questioni che possono pregiudicare la sicurezza, dovendo eventualmente esplicitare le ragioni per cui non intende uniformarsi ad esse⁹⁶.

L'ART è inoltre tenuta a relazionare annualmente alle Camere sull'attività di regolazione svolta, evidenziando lo stato di attuazione della disciplina sulla

⁸⁸ Art. 37, comma 3, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁸⁹ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁹⁰ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁹¹ Art. 37, comma 3, lett. g).

⁹² Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁹³ Art. 37, comma 3, lett. h), d.l. n. 201/2011.

⁹⁴ Art. 37, comma 3, lett. c).

⁹⁵ Art. 37, comma 4.

⁹⁶ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015.

liberalizzazione⁹⁷. Nel settore ferroviario, in particolare, relaziona anche al Governo sugli esiti della propria analisi circa l'efficienza dei diversi gradi di separazione tra l'impresa che gestisce l'infrastruttura e l'impresa ferroviaria⁹⁸.

Le compete, infine, il potere di irrogare sanzioni amministrative di tipo pecuniario per le violazioni della disciplina nazionale ed europea, per l'inosservanza dei suoi ordini e delle sue prescrizioni, oppure per la mancata, inesatta, incompleta, fuorviante o ritardata ottemperanza alle sue richieste di informazioni. Le sanzioni pecuniarie, nel settore ferroviario, in forza dei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015⁹⁹, sono però sottoposte ad una disciplina speciale, che si pone come derogatoria rispetto a quella generale contenuta nel decreto istitutivo del 2011¹⁰⁰, con riferimento sia alle tipologie di violazioni sia ai tetti massimi delle sanzioni pecuniarie irrogabili¹⁰¹. I relativi introiti devono essere poi destinati ad un fondo per il finanziamento di progetti (proposti dall'ART ed approvati dal MIT) a beneficio degli utenti e dei consumatori nei settori dei trasporti.

4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: i poteri a garanzia dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate

Le funzioni dell'ART nel settore ferroviario sono state progressivamente ampliate, da ultimo con il decreto legislativo del 23 novembre 2018, n. 139 (entrato in vigore il 23 dicembre¹⁰²), che ha completato il processo di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri voluto dalle istituzioni europee, rafforzando l'indipendenza del gestore della rete nelle imprese integrate verticalmente.

Tra le nuove competenze acquisite dall'Autorità si segnalano: il potere di stabilire i requisiti per l'esercizio del diritto di accesso all'infrastruttura nei servizi di trasporto passeggeri ad alta velocità¹⁰³, il potere di definire i criteri di differenziazione dei canoni per l'utilizzo dei corridoi ferroviari europei¹⁰⁴, nonché i poteri di controllo, di regolazione e paragiurisdizionali, al fine di garantire i requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore della rete ferroviaria¹⁰⁵ nelle imprese ad integrazione verticale, che assumono un ruolo strategico nella prospettiva di una liberalizzazione "effettiva" del mercato dei servizi di trasporto ferroviario.

Per comprendere meglio la questione dell'indipendenza e dell'imparzialità del gestore della rete ferroviaria appare utile ripercorrere le tappe salienti del cammino italiano ed europeo sul punto, a partire dal 2016.

In Italia, il 16 maggio 2016, veniva approvato, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che definiva i criteri di privatizzazione sostanziale e le modalità di dismissione di una quota (non superiore al 40%) della partecipazione detenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel capitale della *holding* Ferrovie dello Stato

⁹⁷ Art. 37, comma 5, d.l. n. 201/2011.

⁹⁸ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁹⁹ Art. 37, commi 10 e 14.

¹⁰⁰ Art. 37, comma 2, lett. l), comma 3, lett. i), l), m).

¹⁰¹ M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, cit., p. 162.

¹⁰² Ad eccezione di alcune disposizioni in tema di licenza, condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria e richiesta di tracce orarie, applicabili dal 1° gennaio 2019.

¹⁰³ Art. 12-bis, d.lgs. n. 112/2015, inserito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰⁴ Art. 18, comma 9, d.lgs. n. 112/2015, sostituito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰⁵ Cfr. art. 37, comma 2, lettera g-quater), commi 3, 9, 13, 13-bis, d.lgs. n. 112/2015, aggiunti o modificati dal d.lgs. n. 139/2018.

Italiane S.p.a. (FSI)¹⁰⁶, che non ha finora avuto concreta realizzazione. Per cui, FSI continua ad essere, per il momento, una società in mano pubblica, partecipata al cento per cento dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF). A sua volta il gruppo Ferrovie dello Stato Italiane controlla al 100% sia Rete ferroviaria italiana S.p.A. (RFI), che è il gestore ed il proprietario unico dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, sia Trenitalia S.p.A., che detiene la posizione dominante sul mercato dei servizi di trasporto ferroviario, sia altre imprese che svolgono attività connesse alle infrastrutture, ai trasporti e ad altri servizi¹⁰⁷. Questo modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria e del servizio di trasporto tramite società "sorelle" in mano pubblica fa discutere, come si vedrà, soprattutto sotto il profilo della compatibilità con i principi europei ed interni sulla liberalizzazione del mercato ferroviario e in particolare sull'indipendenza e sull'imparzialità del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi impresa ferroviaria.

In Europa, nel corso del 2016, si è invece concluso l'*iter* di approvazione (da parte delle istituzioni comunitarie) del "quarto pacchetto ferroviario", composto da tre regolamenti e da tre direttive¹⁰⁸, che innova profondamente il quadro normativo del settore e

¹⁰⁶ I contenuti e le finalità del decreto sono descritti da L. BELVISO, *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, p. 132-134, il quale osserva, tra l'altro, come la delibera dell'ART n. 96/2015 (di cui si dirà nel successivo paragrafo) ne condivida i fini e ne faciliti la realizzazione.

¹⁰⁷ La *holding* Ferrovie dello Stato ha partecipazioni azionarie totalitarie o maggioritarie in numerose altre società che operano nel settore ferroviario, ma non solo. Alla fine del 2017 è entrata nel gruppo anche l'ANAS, gestore delle infrastrutture stradali ed autostradali italiane, dando vita al primo polo europeo integrato di infrastrutture ferroviarie e stradali.

¹⁰⁸ I regolamenti e le direttive del "quarto pacchetto ferroviario" sono accompagnati da una comunicazione ("Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee") e da due relazioni (una, sul profilo e sui compiti degli altri membri del personale viaggiante, l'altra, sulla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri). La Commissione europea ha presentato il pacchetto il 30 gennaio 2013 e, ad esito di un lungo percorso, a maggio del 2016, sono stati pubblicati: il regolamento n. 796/2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, che ridefinisce lo *status* giuridico, il ruolo, gli obiettivi, le funzioni ed i poteri dell'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie, cd. ERA (e abroga il regolamento n. 881/2004); la direttiva n. 797/2016, relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo; la direttiva n. 798/2016, sulla sicurezza delle ferrovie. Tali atti rappresentano il cd. "pilastro tecnico" del quarto pacchetto ferroviario, dal momento che contengono l'insieme delle iniziative volte a rimuovere le barriere tecniche ed amministrative che ancora si frappongono alla creazione di un sistema comune di sicurezza e interoperabilità all'interno di uno spazio ferroviario europeo unico. Nel mese di dicembre del 2016, sono stati infine pubblicati: il regolamento n. 2337/2016, sulla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie (che abroga il regolamento n. 1192/1969); il regolamento n. 2338/2016, che (modifica il regolamento n. 1370/2007 e) introduce nuove norme sull'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri; la direttiva n. 2370/2016, che riguarda anch'essa l'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, nonché la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria (e modifica la direttiva cd. *Recast* 2012/34/UE, istitutiva dello spazio ferroviario unico europeo, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 112/2015). Questi altri interventi costituiscono invece il cd. "pilastro politico" del quarto pacchetto, essendo diretti alla progressiva liberalizzazione di altri segmenti del trasporto ferroviario e al rafforzamento della posizione di indipendenza e imparzialità del gestore dell'infrastruttura. Alla base di tutti questi atti vi è la considerazione di una sostanziale stasi nello sviluppo del trasporto ferroviario. Malgrado, infatti, gli sviluppi positivi registrati in alcuni mercati, se si considera l'Unione europea nel suo complesso, la parte modale del trasporto ferroviario di merci ha subito un'inversione di tendenza dal 2000, passando, alla data di presentazione del pacchetto ferroviario, dall'11,5 al 10,2%, mentre, nello stesso periodo, la percentuale del trasporto ferroviario di passeggeri si è mantenuta pressoché costante intorno al 6%.

propone un approccio integrato volto a rivitalizzare il trasporto ferroviario all'interno dello "spazio unico europeo" tramite la sua graduale liberalizzazione¹⁰⁹, interoperabilità¹¹⁰ e intermodalità¹¹¹.

Le misure poste in essere dal legislatore europeo, nel 2016, intendono risolvere una serie di inefficienze riscontrate nel mercato ferroviario, derivanti dall'assenza di adeguati stimoli concorrenziali, dal fatto che in determinati Stati membri i finanziamenti pubblici sono erogati direttamente, senza ricorso a procedure concorrenziali, dalla durata eccessiva e dai costi elevati delle procedure di autorizzazione alla prestazione del servizio, dagli ostacoli all'ingresso nel mercato di nuovi operatori, dovuti anche alle divergenze tra le pertinenti norme dei vari Stati membri, dalle distorsioni del mercato, dallo sviluppo insoddisfacente delle strutture.

Questo nuovo *corpus* di atti è volto in particolare a: garantire l'efficienza e l'omologazione delle norme, al fine di ridurre gli oneri tecnici e amministrativi per le imprese ferroviarie e favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato¹¹²; potenziare la sicurezza, l'interoperabilità e l'intermodalità del sistema ferroviario; migliorare la qualità dei servizi e diversificarne l'offerta¹¹³; scongiurare i conflitti di interesse nelle imprese ad integrazione verticale ed assicurare a tutti gli operatori un accesso equo e non discriminatorio al mercato; garantire una gestione più equa ed efficiente della rete, rafforzando il ruolo e l'indipendenza organizzativa e decisionale dei gestori delle infrastrutture da tutti gli operatori che forniscono servizi di trasporto ferroviario; assicurare la presenza di personale qualificato e motivato, chiamato ad operare in un contesto innovativo e competitivo in seguito alla maggiore apertura dei mercati ferroviari.

Tali interventi dovrebbero quindi permettere al settore ferroviario di realizzare le performance richieste, incrementando la propria quota di mercato, migliorando l'affidabilità e l'efficienza dei servizi offerti e diventando una valida alternativa alle altre modalità di trasporto, in linea con la politica europea dei trasporti, che si costruisce necessariamente sulla connettività intermodale delle varie infrastrutture e che ha assunto tra le sue finalità prioritarie: il perseguimento di livelli più elevati di mobilità sostenibile e di sicurezza dei cittadini e delle imprese, la garanzia della libertà di movimento efficiente e a prezzi accessibili, la riduzione del consumo energetico e dell'impatto

¹⁰⁹ Sul tema si rinvia alla nota 1.

¹¹⁰ Per interoperabilità si intende la capacità dei sistemi ferroviari nazionali di consentire la circolazione sicura e senza soluzione di continuità dei treni su tutto il territorio europeo attraverso una rete infrastrutturale adeguata. L'Unione europea si preoccupa da molti anni di promuovere l'interoperabilità ferroviaria, al fine di pervenire alla creazione di un grande mercato del trasporto ferroviario nel quale si eserciti la libera concorrenza. L'azione comunitaria si è concentrata dapprima sulle linee ad alta velocità, dal momento che risulta più agevole l'armonizzazione di una rete in allestimento. Per il trasporto convenzionale l'armonizzazione è un compito difficile e di lunga durata, poiché gli investimenti sono in alcuni casi troppo elevati per assicurare una sufficiente redditività. Nell'ambito dell'Unione europea l'interoperabilità ferroviaria investe la concezione, la costruzione, la messa in servizio, il rinnovo, l'esercizio e la manutenzione degli elementi dei sistemi ferroviari, così come le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza del personale addetto.

¹¹¹ Per intermodalità qui si intende la capacità del trasporto ferroviario di integrare le altre modalità di trasporto di persone e di merci (v. pure nota 2).

¹¹² E' stato stimato che l'attuazione di queste misure dovrebbe comportare una riduzione del 20% dei tempi di accesso al mercato per i nuovi operatori, nonché del costo e della durata delle procedure di autorizzazione del materiale rotabile, con un risparmio complessivo per le imprese stimato in circa 500 milioni di euro entro il 2025.

¹¹³ L'attuazione di tali misure, associate alle riforme strutturali, dovrebbe invece assicurare, entro il 2035, più di 40 miliardi di euro di benefici finanziari ai cittadini e alle imprese.

ambientale e in particolare una diminuzione significativa delle emissioni di gas serra (prodotte soprattutto dal trasporto su strada)¹¹⁴.

Quest'ultimo pacchetto di norme europee è stato recepito nell'ordinamento italiano tra il 2018 ed il 2019. Prima, con il predetto decreto n. 139/2018, che ha dato attuazione alla direttiva europea n. 2370/2016¹¹⁵, apportando rilevanti modifiche al decreto n. 112/2015. Poi, con i decreti legislativi del 14 maggio 2019, n. 50 e n. 57, entrati in vigore rispettivamente il 16 ed il 26 giugno, che hanno dato esecuzione rispettivamente alla direttiva n. 798/2016 sulla sicurezza ferroviaria e alla direttiva n. 797/2016 sull'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione europea.

Per quanto riguarda, in particolare, il tema dell'instaurazione di un mercato ferroviario effettivamente concorrenziale, al momento non sembra comunque che abbia rilievo il regime privatistico o pubblicistico della proprietà degli *asset*¹¹⁶ e delle singole imprese, né pare che sia di ostacolo la presenza di "imprese a integrazione verticale"¹¹⁷. Ciò che certamente rileva sono, invece, i diversi tipi e livelli di separazione tra i gestori delle infrastrutture essenziali e i gestori del servizio di trasporto ferroviario e, quindi, tra chi controlla le risorse e chi le usa¹¹⁸, affinché sia garantita l'effettiva indipendenza organizzativa, funzionale e finanziaria dei primi e l'assenza di conflitti di interesse.

¹¹⁴ In questo senso, cfr. L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *federalismi.it*, 14 febbraio 2018, spec. p. 6, 11, 14-15

¹¹⁵ Tale direttiva ha a sua volta modificato la precedente direttiva n. 34/2012 per quanto riguarda l'apertura alla concorrenza (anche) dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri (già sperimentata in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia) e la governance dell'infrastruttura ferroviaria.

¹¹⁶ In questo senso, B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., p. 361, 363, il quale osserva come per il diritto comunitario sia indifferente se la proprietà delle reti nei settori del trasporto ferroviario, dell'energia elettrica e delle comunicazioni elettroniche, sia pubblica o privata, essendo rilevante soltanto la modalità della loro utilizzazione, e ciò in quanto le reti sono considerate beni posti per l'uso comune del mercato, non tanto perché possono essere utilizzate liberamente dagli operatori economici, quanto piuttosto perché sono risorse la cui utilizzazione deve recare beneficio al mercato nel suo insieme, tant'è che l'intervento pubblico nel contesto delle liberalizzazioni dei servizi a rete è rivolto principalmente a garantire un utilizzo delle reti che promuova lo sviluppo del mercato nel suo complesso. La regolamentazione amministrativa delle reti è dovuta al fatto che dalle modalità di utilizzazione delle stesse "dipende in ultima istanza la capacità del mercato di produrre efficienza nella produzione dei servizi" e, per converso, al fatto che l'efficienza nell'utilizzazione delle reti "non può essere assicurata dalle forze di mercato prive di adeguata regolamentazione".

¹¹⁷ In base alla definizione fornita dall'art. 1 della direttiva europea n. 2370/2016 ed inserita al punto 31 dell'art. 3 della direttiva europea n. 34/2012, per «impresa a integrazione verticale» si intende un'impresa per cui si verifica, ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, una delle situazioni seguenti: a) un gestore dell'infrastruttura è controllato da un'impresa che contemporaneamente controlla una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura; b) un gestore dell'infrastruttura è controllato da una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura; c) una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura sono controllate da un gestore dell'infrastruttura.

Per impresa integrata si intende inoltre un'impresa costituita da divisioni distinte, in cui vi sia un gestore dell'infrastruttura e una o più divisioni che forniscono servizi di trasporto non dotate, però, di personalità giuridiche diverse. Di contro, se un gestore dell'infrastruttura e un'impresa ferroviaria sono pienamente indipendenti l'uno dall'altra, sebbene entrambi siano controllati direttamente da uno Stato membro ma senza un'entità intermedia, in questo caso essi non sono considerati un'impresa a integrazione verticale ai fini della direttiva.

¹¹⁸ Cfr. in tal senso l'audizione presso il Senato del Presidente dell'ART, tenuta il 12 gennaio 2016, avente ad oggetto lo schema del DPCM sulla privatizzazione delle Ferrovie dello Stato (disponibile su

Si può semmai discutere se la sola separazione contabile e giuridica del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi altra impresa ferroviaria, anche facente parte di una struttura integrata, nonché le ulteriori misure di salvaguardia previste dalla direttiva europea n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di recepimento n. 139/2018, siano sufficienti affinché sia assicurata la piena indipendenza del gestore dell'infrastruttura e la sua imparzialità di azione non venga compromessa da alcun conflitto di interesse, in modo da non generare discriminazioni e da non pregiudicare la *par condicio* concorrenziale tra gli operatori.

Le garanzie specifiche introdotte dalla direttiva e dal decreto si prefiggono intanto di impedire che le entità giuridiche facenti parte dell'impresa integrata abbiano un'influenza determinante sulle decisioni adottate dal gestore dell'infrastruttura, in relazione, però, alle sole funzioni essenziali dell'assegnazione delle tracce ferroviarie e dell'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura. Tali norme intendono anche garantire la trasparenza e l'imparzialità del gestore in relazione alle funzioni di gestione del traffico e di programmazione della manutenzione dell'infrastruttura. Tra queste misure va anzitutto ricordato il divieto per i membri del consiglio di amministrazione del gestore dell'infrastruttura o, qualora istituito, del consiglio di vigilanza, nonché per i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali, di poter ricoprire contemporaneamente simili incarichi all'interno di un'impresa ferroviaria. Oppure, il divieto per questi soggetti di poter ricevere da una delle imprese integrate retribuzioni basate sui risultati, o premi legati primariamente alla prestazione finanziaria di specifiche imprese ferroviarie, ad eccezione degli incentivi connessi alla prestazione globale del sistema ferroviario. Ed ancora, il divieto di comunicare alle imprese ferroviarie integrate informazioni sensibili sulle funzioni essenziali. Le misure di trasparenza finanziaria sono volte invece ad impedire la pratica dei sussidi incrociati, tra cui quelle che stabiliscono che le entrate del gestore dell'infrastruttura derivanti da attività beneficiarie di fondi pubblici debbano essere utilizzate dal gestore soltanto per finanziare la propria attività (inclusa la gestione e il rimborso dei prestiti) e che precisano che i dividendi derivanti da tali entrate non possano essere distribuiti alle imprese ferroviarie integrate nello stesso gruppo al quale appartiene il gestore, né alla capogruppo¹¹⁹.

Il decreto di attuazione, poi, amplia la portata della direttiva europea, generando alcuni dubbi di conformità con la stessa. Nel primo caso, prevede, infatti, che i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura non possano ricoprire, per un periodo di ventiquattro mesi da quando cessano dalle proprie originarie funzioni, alcun ruolo all'interno delle imprese ferroviarie operanti sulla medesima infrastruttura¹²⁰, estendendo così la portata della direttiva, in quanto il divieto finisce per coinvolgere anche le imprese che non fanno parte del gruppo a cui appartiene il gestore. Il rischio in questo caso - secondo l'ART - è quello di produrre effetti limitativi della concorrenza (contrari a quelli attesi), qualora le imprese ferroviarie che competono con l'operatore dominante vengano private della possibilità di acquisire professionalità essenziali molto specialistiche, non comunemente disponibili sul mercato. Anche in tema di trasparenza finanziaria del gestore viene inserita dal decreto una disposizione

<http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2013/11/Audizione-Privatizzazione-Gruppo-FS-Presidente-Camanzi-12-gennaio2016.pdf>).

¹¹⁹ Cfr. art. 7 e art. 7-bis, comma 2, nonché art. 7-quinquies, direttiva europea n. 34/2012, inseriti da art. 1, direttiva n. 2370/2016.

¹²⁰ Art. 11, comma 7, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito da art. 7, d.lgs. n. 139/2018.

non necessitata dalla direttiva - che secondo l'Autorità potrebbe contrastare con il principio di non discriminazione delle imprese ferroviarie concorrenti¹²¹ - sul caso speculare degli utili che possono invece essere distribuiti alle imprese facenti parte del gruppo verticalmente integrato, ove si tratti di dividendi del gestore dell'infrastruttura prodotti da attività che non comportino l'impiego di fondi pubblici, oppure, di entrate derivanti dai canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria¹²².

Se poi le misure finora descritte non siano considerate elementi sufficienti per garantire la totale indipendenza e imparzialità dell'amministratore della rete ferroviaria, ove questi faccia parte di un gruppo societario in cui la capogruppo controlli pure una o più imprese ferroviarie di trasporto, si può discutere se non sia più proficuo realizzare una vera e propria separazione istituzionale, ovvero una separazione proprietaria del gestore della rete, scorporandolo dal gruppo societario e quindi dalla possibile influenza dominante della *holding company*, e ciò allo scopo di neutralizzare i conflitti di interesse che potrebbero comunque permanere nel gruppo per ragioni legate alla massimizzazione del profitto.

In proposito la Commissione europea, all'inizio del 2013, nella comunicazione sul quarto pacchetto ferroviario e nella proposta di direttiva, pur ritenendo che le imprese a integrazione verticale, anche con struttura di *holding*, possano mantenere la proprietà del gestore dell'infrastruttura, a condizione che siano introdotte misure forti ed efficaci di salvaguardia dell'indipendenza decisionale del gestore, ha tuttavia espresso una preferenza per la separazione radicale dei gestori delle infrastrutture dalle *holding* che controllano altre imprese ferroviarie, poiché la “separazione istituzionale tra la gestione dell'infrastruttura e l'esercizio del trasporto” è “la soluzione più semplice e più efficace per creare condizioni di parità tra gli operatori del trasporto” e “per garantire che i gestori dell'infrastruttura possano svolgere tutte le funzioni necessarie ... in modo ottimizzato, efficiente e non discriminatorio”¹²³. È innegabile, d'altra parte, che “i gestori dell'infrastruttura si trov[ino] di fronte ad un conflitto di interessi”, qualora debbano “tener conto degli interessi commerciali della struttura integrata e delle sue società controllate che operano nei trasporti” e siano quindi indotti a “operare discriminazioni quando si tratta di fornire l'accesso all'infrastruttura”. Le strutture integrate rendono poi “molto più difficile applicare la separazione contabile tra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto”. In presenza di una struttura integrata, le stesse “autorità di regolamentazione incontrano difficoltà a tracciare i flussi finanziari tra le diverse società controllate e la società holding”, per impedire “la pratica dei sussidi incrociati e il trasferimento ad attività competitive dei fondi destinati all'infrastruttura”, anche perché gli “strumenti contabili permettono di aumentare o diminuire artificialmente i risultati delle rispettive società controllate”. Il che costituisce “un grande ostacolo all'ingresso sul mercato per i nuovi operatori che non

¹²¹ In questi termini si è espresso il Presidente dell'ART nell'audizione del 18 settembre 2018, presso l'8° Commissione del Senato della Repubblica, in merito allo schema del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2016/2370/UE (disponibile su: www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2018/09/AudizioneVIISSenatoRecepDIR2370-2016_rev270918.pdf).

¹²² Cfr. art. 11-quater, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, inserito da art. 8, d.lgs. n. 139/2018.

¹²³ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 25 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul “Quarto pacchetto ferroviario - Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0025>).

possono contare su tali fondi” e può altresì *“implicare la concessione di aiuti di Stato ad attività concorrenziali”*¹²⁴.

Non mancano, tuttavia, autori che hanno evidenziato alcuni svantaggi del modello della separazione istituzionale, caratterizzata dalla separazione proprietaria, oltre che strutturale, del gestore dell’infrastruttura dalle imprese di trasporto, tra cui i maggiori costi di coordinamento e riorganizzazione delle imprese¹²⁵, com’è accaduto, per esempio, in Gran Bretagna, negli anni novanta del secolo scorso, con la privatizzazione della *British Rail*, che è però consistita nello smembramento della compagnia in circa cento aziende diverse e che ha visto, nei primi anni duemila, il fallimento del gestore della rete (*Railtrack*) e la sua successiva ripubblicizzazione come organismo governativo¹²⁶.

Allo stato attuale degli studi appare difficile, in ogni caso, esprimere un giudizio definitivo su quale dei due modelli di *unbundling* per la *governance* dell’infrastruttura ferroviaria debba prevalere per avere un unico mercato ferroviario europeo altamente competitivo: se la separazione verticale (istituzionale o proprietaria) o l’integrazione verticale (separazione orizzontale, oppure strutturale o societaria). Entrambi i modelli presentano infatti una serie di vantaggi e svantaggi, secondo quanto emerge dai risultati di una ricerca condotta dai Servizi della Commissione europea, pubblicati nel 2006¹²⁷.

Nello specifico, i maggiori vantaggi della separazione verticale sono stati individuati in *“an increase in transparency, in cost efficiency, in neutrality, in the competition level and in reliability as well as better possibilities to privatize commercial activities”*¹²⁸. È stato osservato che la maggiore trasparenza nella gestione dell’infrastruttura in regime di separazione verticale consente un miglior confronto dei costi delle ferrovie rispetto alle altre modalità di trasporto, migliora la posizione informativa del regolatore, permettendogli di impostare in modo più appropriato le tariffe e gli incentivi, e riduce il rischio di sussidi incrociati e di informazioni asimmetriche. Questo, a sua volta, consente di determinare i costi reali di gestione di un’impresa ferroviaria e crea parità di condizioni per i potenziali concorrenti. La separazione istituzionale consente altresì una migliore specializzazione delle attività principali e una migliore personalizzazione dei

¹²⁴ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 29 *final*, “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, per quanto riguarda l’apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia e la *governance* dell’infrastruttura ferroviaria” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0029:FIN:IT:PDF>).

¹²⁵ In questo senso, D. VAN DE VELDE, *European Railway Reform: Unbundling and the Need for Coordination*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, a cura di M. FINGER e P. MESSULAM, 2015, Cheltenham, Edward Elgar, p. 52 ss., il quale *takes a critical look at the consequences of EU unbundling policy and clarifies the concept of railway unbundling before illustrating the wide diversity in implementation of this policy across Europe*. L’autore evidenzia *the defective coordination and cost-ineffectiveness that may result from incentive misalignment between entities resulting from vertical separation*.

¹²⁶ Cfr. T. PROSSER, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei “franchises”*, Intervento al Convegno “Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario”, Università degli studi di Roma “La Sapienza”, 19-20 Novembre 2015.

¹²⁷ Il documento è allegato alla relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, sull’attuazione del primo pacchetto ferroviario: *European Commission, Commission Staff Working Document Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives (“First Railway Package”)*, Bruxelles, 3 maggio 2006, {COM(2006) 189 final}, 35-41, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52006SC0530>).

¹²⁸ Ivi, 36.

beni e dei servizi offerti. Inoltre, riduce i costi unitari grazie all'aumento del traffico ferroviario. L'accesso equo e non discriminatorio alla rete (*third-party access to network*), come è stato già detto, è maggiormente garantito dalla separazione proprietaria, in quanto il gestore dell'infrastruttura non è incentivato a fornire un trattamento preferenziale ad un determinato operatore e neppure a limitare l'accesso ai nuovi operatori. La separazione verticale aumenta anche il livello di concorrenza e le pressioni concorrenziali garantiscono a loro volta che le imprese ferroviarie adottino le necessarie misure di razionalizzazione e producano innovazione e sviluppo nel settore. Viceversa, la proprietà dell'infrastruttura e del servizio di trasporto non produce alcun incentivo a promuovere la libera concorrenza, perché le tendenze monopolistiche non favoriscono l'ingresso di altre imprese ferroviarie alla stessa infrastruttura. Una maggiore indipendenza nella gestione e nel finanziamento della rete assicura che le decisioni siano prese nel migliore interesse della rete stessa. Inoltre, come accennato in precedenza, la trasparenza generata dall'*unbundling* consente al regolatore di creare incentivi adeguati per le reti, che stimolano il loro sviluppo e migliorano la qualità dei servizi offerti. Infine, la separazione verticale facilita la privatizzazione di diverse organizzazioni ed attività all'interno del settore e la privatizzazione dei segmenti competitivi del settore aumenta generalmente la loro efficienza¹²⁹.

Viceversa, tra gli effetti negativi che possono essere innescati dalla separazione verticale vengono annoverati "*the existence of transitional costs, the loss of economies of scope, the risk of double marginalization, coordination problems, as well as the possible negative effects on the quality, safety and reliability of rail services and on the level of competition*"¹³⁰. È stato sottolineato che il passaggio dall'integrazione alla separazione verticale comporta costi di transizione dovuti alla ristrutturazione organizzativa delle imprese ed alla rinegoziazione degli accordi contrattuali tra le parti. Tuttavia, tali costi dovrebbero essere successivamente compensati dalla riduzione dei costi per l'esercizio dei servizi ferroviari grazie ad una maggiore concorrenza nel settore. Si è altresì osservato che le economie di scopo derivanti da operazioni integrate potrebbero andare perdute con l'*unbundling* di attività fondamentali. Ancora, in un sistema integrato gli incentivi del gestore ad investire nell'infrastruttura sono generalmente maggiori rispetto ad un sistema separato. Questo problema può essere tuttavia superato mediante un controllo regolatorio più rigoroso e l'inserimento di apposite clausole nei contratti di programma che vengono stipulati con il gestore dell'infrastruttura. Grazie ad un'efficace regolamentazione dei diritti di accesso all'infrastruttura e delle tariffe ferroviarie, può essere pure evitato il problema della cd. "doppia marginalizzazione", che è quella situazione in cui ciascuna delle imprese separate verticalmente, in fasi diverse della catena di valore (in questo caso, gestione dell'infrastruttura e prestazione del servizio di trasporto), carica un margine al di sopra del costo efficiente del servizio che fornisce. In un ambiente separato la risoluzione dei conflitti potrebbe inoltre rivelarsi relativamente più complicata. Una serie di decisioni spesso richiedono il coinvolgimento reciproco di tutte le parti del sistema e devono essere prese rapidamente, per cui la separazione verticale determina ed aumenta i costi di transazione per prendere le decisioni. Questi problemi di coordinamento possono poi determinare un aumento dei ritardi e delle cancellazioni e, persino, una riduzione della sicurezza. In alcuni casi si è anche osservato che l'*unbundling* delle imprese integrate può dar vita ad entità finanziariamente meno forti e, di conseguenza, più esposte al

¹²⁹ *Ivi*, 36-37.

¹³⁰ *Ibidem*.

rischio di fusioni e acquisizioni, che possono ridurre il numero dei rivali e quindi il livello di concorrenza. Infine, l'affidabilità dei servizi ferroviari può in alcuni casi essere influenzata negativamente dal maggior rischio di comportamenti opportunistici degli attori coinvolti nel settore e dagli investimenti insufficienti nelle infrastrutture. Inoltre, possono sorgere problemi che non hanno una chiara identificazione delle rispettive responsabilità dei gestori dell'infrastruttura e degli operatori del servizio di trasporto. Tuttavia, come è stato detto in precedenza, la pressione competitiva sugli operatori generata dalla separazione, molto probabilmente potrebbe costringerli a offrire servizi migliori e più affidabili e questo guadagno di affidabilità, dunque, compensare gli impatti negativi di possibili comportamenti opportunistici e/o di investimenti insufficienti nelle infrastrutture.

In sintesi, il rapporto tra vantaggi e svantaggi del modello dell'integrazione verticale (*holding company model*) o del modello della totale separazione (*full unbundling model*) nella gestione dell'infrastruttura sembra risolversi in un classico *trade off* tra efficienza tecnica e questioni di concorrenza¹³¹.

Per tutte queste considerazioni il legislatore dell'Unione europea, al momento, lascia agli Stati la libertà di scegliere il modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria, potendo ciascuno optare per un livello maggiore o minore di separazione delle attività di gestione della rete dalle attività connesse alla prestazione dei servizi di trasporto, tant'è che alcuni Paesi, come, ad esempio, la Gran Bretagna, la Svezia, la Norvegia, la Danimarca, l'Olanda, la Spagna, il Portogallo, hanno adottato il regime della separazione proprietaria, con un amministratore della rete separato radicalmente da tutte le imprese di trasporto (e quindi anche dall'operatore storico o principale o dominante), mentre altri Paesi, tra cui l'Italia, la Germania, la Francia, l'Austria, il Belgio, la Grecia, la Polonia, hanno utilizzato il modello della separazione contabile e strutturale o societaria, con un gestore dell'infrastruttura che, seppure costituito come entità giuridica distinta rispetto alle imprese ferroviarie, tuttavia fa sempre parte di un'impresa a integrazione verticale, essendo controllato dalla *holding* che contemporaneamente controlla altre imprese ferroviarie che effettuano servizi di trasporto sulla rete del gestore dell'infrastruttura¹³².

La stessa Corte di giustizia, chiamata più volte a decidere sulla compatibilità dei gestori di rete inseriti nelle imprese integrate con l'indipendenza degli stessi prescritta dalle direttive europee, ha respinto le censure della Commissione, ritenendo che la stessa non avesse fornito prove concrete¹³³ sulla mancata indipendenza funzionale del gestore della rete¹³⁴, respingendo così l'idea che vi sia una mera presunzione di incompatibilità del

¹³¹ In questi termini, C. CAMBINI, *IV Railway Package: Critical Issues from a Regulatory Perspective*, relazione introduttiva al Seminario *Il IV Pacchetto ferroviario: lo stato dell'arte*, Torino, 18 settembre 2014.

¹³² Per un'analisi dei diversi modelli di *unbundling* nel settore ferroviario, si v., tra gli altri: C. NASH, *Europe: Alternative models for restructuring*, in J.A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, G. DE RUS (edited by), *Competition in the railway industry. An international comparative analysis*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, p. 25 ss.; oppure, i due *report* dell'OCSE, del 2006 e del 2011 (*OECD Competition Committee, Report on experiences with structural separation*, reperibili in www.oecd.org/daf/competition/sectors/45518043.pdf, 16-23, ed in www.oecd.org/daf/competition/50056685.pdf, 85-107).

¹³³ Così, CGUE sez. I, 28 febbraio 2013, n. 556.

¹³⁴ Per un commento alle sentenze della Corte di Giustizia sui numerosi procedimenti di infrazione e susseguenti ricorsi proposti dalla Commissione europea contro l'Ungheria, la Spagna, l'Austria, la Germania, la Francia, la Polonia e l'Italia, si v. M. DEL SIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione*

modello della *holding* che detiene la maggioranza o la totalità delle azioni della società che gestisce l'infrastruttura.

Oggi, peraltro, grazie alle anzidette misure specifiche introdotte dalla direttiva n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di attuazione n. 139/2018, sono stati positivizzati una serie di parametri per verificare sia l'indipendenza sia l'imparzialità del gestore, che nel passato erano verosimilmente più dichiarate che effettivamente perseguite dal legislatore europeo e italiano¹³⁵. E questa verifica spetta, oggi, all'Autorità di regolazione dei trasporti, allo scopo di: garantire il corretto utilizzo delle risorse essenziali e non replicabili nel medio periodo ; creare le condizioni per applicare soluzioni organizzative e gestionali più efficienti nelle attività connesse all'infrastruttura ed ai servizi di trasporto; utilizzare in modo ottimale la capacità installata in relazione agli investimenti fatti; consentire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete ed ai servizi connessi, nell'interesse sia degli operatori economici presenti sia di quelli potenzialmente interessati (*new entrants*); contenere i costi e migliorare la qualità e la sicurezza delle strutture e dei servizi di trasporto di passeggeri e di merci.

5. Contenuti e finalità dei principali atti di regolazione

Sono parecchie le regole introdotte dall'ART per il mercato ferroviario nei sei anni di attività, soprattutto se si considera che ogni atto di regolazione contiene più misure che intervengono su vari aspetti collegati al tema generale della delibera.

Il sistema regolatorio sulle condizioni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e degli impianti e servizi connessi è stato definito dall'Autorità con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015¹³⁶, alle quali sono seguite altre delibere di attuazione¹³⁷, volte a creare un mercato più trasparente, efficiente, concorrenziale e sicuro anche per gli investitori. I principali destinatari delle misure regolative adottate sono il gestore delle infrastrutture e le imprese ferroviarie, che, tra l'altro, ne hanno contestato diversi aspetti, proponendo una serie di ricorsi al giudice amministrativo nel complesso respinti¹³⁸. Ma

nei confronti dell'Italia, in www.osservatorioaic.it, 2013, 4-5; ID., *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, cit., p. 455-456.

¹³⁵ In questo senso, C. CATALDI, *La sentenza della Corte di Giustizia C-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*, in *Munus*, 2014, p. 278; ID., *Il "Quarto pacchetto ferroviario": la proposta per uno spazio ferroviario europeo unico e liberalizzato*, in *Munus*, 2016, 152.

¹³⁶ Pubblicate rispettivamente il 5 novembre 2014 ed il 18 novembre 2015.

¹³⁷ Cfr., tra le tante: la delibera dell'1 luglio 2016, n. 75, avente ad oggetto il "Sistema tariffario 2016-2021 per il Pacchetto Minimo di Accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale. Conformità al modello regolatorio approvato con la delibera n. 96/2015 e successive integrazioni"; oppure, la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria.

¹³⁸ Il sistema regolatorio elaborato dall'ART con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015 e con le successive delibere di attuazione è stato oggetto di plurime contestazioni da parte di vari operatori del settore interessati, ma nel complesso è stato ritenuto legittimo dal TAR del Piemonte e dal Consiglio di Stato, in quanto dotato di fondamento normativo. Al riguardo, si possono consultare le seguenti sentenze del TAR Piemonte, sezione II: 24 agosto 2017, n. 1025; 3 novembre 2017, n. 1176; 30 novembre, 2017, n. 1301; 5 luglio 2018, n. 822. Per il Consiglio di Stato, cfr. sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5534. Alcuni dei motivi di ricorso respinti hanno in particolare riguardato le contestazioni circa l'inclusione di talune voci di costo sostenute dal gestore dell'infrastruttura ai fini dell'individuazione dei criteri per la determinazione del pedaggio. In alcuni casi le imprese ricorrenti hanno ritenuto che i canoni dovessero essere strutturati in modo da provvedere alla copertura dei soli costi diretti, cioè strettamente legati alla prestazione del servizio ferroviario. Il mero riferimento all'esigenza di assicurare l'equilibrio finanziario del gestore non sarebbe stato considerato sufficiente a fondare un impianto regolatorio che ammette in via generalizzata e

gli effetti delle misure regolative ricadono pure sugli utenti, nella misura in cui attraverso la concorrenza si incentiva il permanere sul mercato delle imprese migliori e si contribuisce a mantenere livelli di prezzi contenuti e adeguati rispetto alla qualità dei servizi offerti ed ai costi effettivamente sostenuti dagli operatori economici per la gestione e per gli investimenti, al netto dei contributi pubblici.

La delibera n. 70/2014 include, in particolare, ventinove misure di regolazione, aggregate per aree di intervento (*cluster*). Vengono affrontati diversi temi, alcuni menzionati dalla legge istitutiva, altri inclusi dall'ART per via interpretativa nel suo perimetro regolatorio, anche in virtù della competenza generale che le viene attribuita nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, purché essa sia esercitata in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni e degli Enti locali¹³⁹. Le tematiche regolate spaziano dall'assegnazione della capacità di infrastruttura, inclusi gli accordi quadro tra gestore e imprese ferroviarie, alla gestione della circolazione perturbata ed allo sgombero delle infrastrutture, dagli effetti della mancata contrattualizzazione e/o utilizzazione delle tracce, al pedaggio per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, dal *performance regime* del gestore, alle condizioni di accesso ai servizi resi alle imprese ferroviarie da parte del gestore dell'infrastruttura o dell'operatore d'impianto, dall'assistenza alle persone a mobilità ridotta, all'assegnazione alle imprese ferroviarie di spazi pubblicitari, *desk* informativi ed aree per la fornitura di servizi di accoglienza e assistenza alla clientela, fino ai servizi di manovra.

La delibera n. 96/2015 comprende, invece, oltre cinquanta misure regolatorie, che definiscono, per un verso, i nuovi criteri che il gestore della rete deve seguire per determinare il canone che le imprese ferroviarie sono tenute a corrispondergli per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e dei servizi connessi, per altro verso, i criteri che il gestore e gli operatori di impianto devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria e per la separazione contabile.

Questo atto di regolazione è fondamentale nella ricostruzione del sistema tariffario ed ha un contenuto innovativo, anche in virtù dell'ampia delega che il legislatore conferisce in materia all'ART, non senza individuare, però, i parametri di riferimento sulla base dei quali l'Autorità è tenuta ad intervenire. Nella definizione dei criteri

ordinaria la copertura attraverso il pedaggio di costi diversi da quelli diretti. Oggetto di contestazione (non accolta) sono state anche le misure in tema di gestione equa e non discriminatoria degli spazi nelle stazioni a favore delle imprese ferroviarie, finalizzate a garantire a tutte le imprese presenti in stazione pari e adeguata visibilità e accessibilità per i viaggiatori. Gli operatori di impianto hanno in particolare contestato l'ambito dei servizi suscettibili di regolazione, affermando che la vendita di spazi pubblicitari, la locazione di spazi per lo svolgimento di servizi commerciali nelle stazioni (ad esempio, le biglietterie) e l'inclusione nei contratti siglati con le imprese ferroviarie di SLA (*Service Level Agreement*=Accordo sui livelli di qualità del servizio), che garantiscano la qualità dei servizi resi (ad esempio, nelle informazioni all'utenza), non rientrerebbero negli ambiti di intervento del regolatore. Tra i limitati motivi di ricorso accolti si possono invece menzionare quelli di cui alle sentenze del TAR Piemonte, sez. II, di identico tenore, entrambe del 5 ottobre 2017, n. 1097 e n. 1098, quali: l'erroneità del dato riferito al tasso di inflazione programmata per il 2016, ben più alto (1%, anziché 0,2 %) di quello che doveva essere preso in considerazione dall'ART per determinare i costi del gestore e per approvare la proposta tariffaria presentata dallo stesso; l'illegittimità dell'approvazione da parte dell'ART di taluni piani tariffari presentati dal gestore della rete, poiché essa non avrebbe dato atto dell'aderenza della contabilità regolatoria del gestore ai criteri indicati dalla legge, né della corretta individuazione e imputazione di determinati costi affrontati dal gestore.

¹³⁹ Art. 37, comma 1, d.l. n. 201/2011.

tariffari l'ART deve infatti tenere conto *“dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori”*¹⁴⁰. Per cui, in questo caso, la singola norma attributiva del potere, così come formulata, non pare che conferisca all'ART una delega “in bianco”, né tantomeno il principio di legalità sostanziale sembra violato, in quanto il potere regolatorio può considerarsi sufficientemente determinato nell'oggetto e nel contenuto¹⁴¹.

L'atto in questione individua, per la prima volta, i principi di calcolo dei pedaggi (ossia, i corrispettivi¹⁴² che le imprese ferroviarie sono tenute a versare all'amministratore dell'infrastruttura per far circolare i propri treni sulla rete ferroviaria), volendo contemperare due interessi concorrenti: quello delle imprese ad avere un canone che non sia discriminatorio né elevato; quello del gestore di ottenere un adeguato compenso, al fine di evitare situazioni di disequilibrio economico e finanziario. Tra i principi (ai quali il gestore deve rifarsi per determinare i canoni di accesso all'infrastruttura) vengono individuati: la semplicità e la predeterminazione delle tariffe, la modulazione delle tariffe in funzione degli obiettivi economici da raggiungere, la correlazione delle stesse ai costi ed alle condizioni di mercato¹⁴³.

Tra le novità contenute nella delibera vi è il recepimento di un principio strategico per il buon andamento del mercato ferroviario qual è quello della correlazione dei canoni ai “costi pertinenti ed efficienti” affrontati dal gestore per la prestazione del servizio ferroviario, tenendo conto delle regole espresse dal regolamento europeo di esecuzione n. 909/2015. La pertinenza dei costi è garantita dall'obbligo in capo al gestore della rete di produrre un'apposita contabilità regolatoria, che dia agli *stakeholders* una separata evidenza sia dei costi imputabili al cd. “pacchetto minimo di accesso” all'infrastruttura ferroviaria (che comprende diversi servizi erogati dal gestore, fra i quali l'assegnazione della capacità di rete e l'utilizzo dei binari), sia dei costi imputabili ad altri servizi svolti dal gestore stesso¹⁴⁴. In quest'ottica vengono rafforzati i principi di trasparenza della struttura dei costi, di rendicontazione e di separazione contabile.

Al riguardo, va osservato che dovrebbe essere ormai consolidato, a livello europeo ed interno, il principio per il quale le tariffe devono essere orientate ai “costi pertinenti efficientati”, al fine di assicurare l'economicità e la redditività delle gestioni e prezzi di accesso alle infrastrutture contenuti entro livelli accessibili anche ad operatori di minori dimensioni, in modo da favorire lo sviluppo della concorrenza. In questa prospettiva, i costi riconosciuti non possono identificarsi con i costi storici, altrimenti il gestore si troverebbe in una situazione protetta dalla concorrenza, che non favorirebbe scelte efficienti. Alla regolazione tariffaria sarebbe quindi richiesto di mantenere *“un delicato*

¹⁴⁰ Art. 37, comma 2, lett. b).

¹⁴¹ In questo senso si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, p. 97-98. Per i casi in cui, invece, il potere regolatorio dell'ART non appare sufficientemente tipizzato dalla legge, si rinvia al paragrafo 3.

¹⁴² Nel mercato ferroviario, i termini “tariffa”, “pedaggio”, “canone di accesso”, che riguardano il corrispettivo pagato dalle imprese per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, possono essere usati come sinonimi, mentre è preferibile utilizzare il termine “prezzo” per riferirsi al corrispettivo pagato dagli utenti per i servizi di trasporto. A livello legislativo è tuttavia presente, talvolta, la tendenza ad impiegare il termine “tariffa” come sinonimo di “prezzo”. La tariffa rappresenta in ogni caso il corrispettivo di un servizio determinato secondo criteri diversi da quelli che sarebbero seguiti da un imprenditore mosso dall'interesse commerciale.

¹⁴³ I suddetti principi vengono specificati nel loro contenuto dalla misura n. 23, alla quale si rinvia.

¹⁴⁴ I vari servizi forniti dal gestore e dagli operatori degli impianti di servizio sono specificati all'art. 13, del d.lgs. n. 112/2015.

*equilibrio tra l'effettiva realtà di costo dei gestori e l'astrazione parametrica del costo efficiente*¹⁴⁵.

L'Autorità deve stare attenta, però, a non fissare criteri troppo dettagliati per il gestore, in quanto la sua funzione regolatoria in materia tariffaria è solo "indiretta", nel senso che non determina direttamente i canoni di accesso all'infrastruttura per gli operatori del servizio ferroviario¹⁴⁶, ma fornisce linee guida e, dopo, controlla che siano applicate¹⁴⁷. In caso contrario, verrebbe compromesso il principio dell'indipendenza di gestione dell'amministratore della rete ferroviaria, sancito dagli artt. 4 e 29 della direttiva europea n. 34 del 2012. Il gestore deve infatti disporre di un certo grado di flessibilità tariffaria, ossia di un adeguato margine di discrezionalità nella determinazione dei canoni¹⁴⁸, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴⁹. Tra le ulteriori novità va annoverata l'introduzione di una "regolazione di periodo" della durata di cinque anni, con un tendenziale allineamento di questo periodo regolatorio con la durata dei contratti di programma tra lo Stato ed il gestore dell'infrastruttura, nei quali viene definito il livello dei finanziamenti pubblici, che dovrebbe andare a beneficio della strategia industriale del gestore dell'infrastruttura e delle imprese ferroviarie, delle decisioni di investimento degli azionisti e dei mercati finanziari¹⁵⁰. Così come l'utilizzo di modulazioni tariffarie per fasce orarie, per segmenti (merci o passeggeri), per tipologia di servizio e per classi di velocità, che siano maggiormente articolate rispetto a quelle attuali, al fine di consentire di adottare piani industriali più sfidanti e strategie di *marketing* aderenti all'emergente domanda di trasporto da parte di passeggeri ed imprese. Oppure, le indicazioni al gestore dell'infrastruttura per massimizzare lo sfruttamento della capacità di rete esistente, anche nell'ottica di un contenimento dei costi di lungo periodo, tenuto conto che l'ART ha imposto al gestore un taglio dei costi del 2% l'anno, dal 2017 al 2021.

Viene a configurarsi, dunque, un sistema che intende valorizzare la capacità imprenditoriale dell'amministratore della rete, incentivandolo a massimizzare i risultati della propria gestione, in modo da ridurre i costi e, di conseguenza, l'entità dei canoni per le imprese e dei prezzi di vendita al pubblico dei servizi di trasporto, con l'idea sottostante, sebbene di difficile attuazione, di ridurre gradualmente i finanziamenti pubblici.

Vi sono poi le delibere¹⁵¹ con cui l'ART è intervenuta, ogni anno, a fornire indicazioni ed a dettare prescrizioni volte a modificare ed integrare il prospetto informativo della

¹⁴⁵ B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, p. 46.

¹⁴⁶ Diversamente dalle altre autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (quali: l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (AEEGSI), di recente ridenominata Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente» (ARERA); nonché, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)), alle quali compete anche la quantificazione della "tariffa base" (cfr. art. 2, comma 12, lett. e), legge n. 481/1995).

¹⁴⁷ In questi termini, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale delle reti di trasporto. Le funzioni*, in *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Paper di Astrid, a cura di L. TORCHIA, Roma, 2013, p. 18, reperibile al seguente link: http://www.transportonline.com/schede/Astrid_Paper_31_05.pdf.

¹⁴⁸ In questi termini, L. BELVISO, *Verso una single European railway area. Il ruolo delle tariffe ferroviarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 533-536.

¹⁴⁹ CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, n. 369; ID., 11 luglio 2013, n. 545; ID., 28 febbraio 2013, n. 483.

¹⁵⁰ Tale sistema regolatorio è stato già sperimentato nel settore autostradale ed aeroportuale.

¹⁵¹ Cfr., tra le tante, le delibere n. 76 del 27 novembre 2014, n. 104 del 4 dicembre 2015, n. 140 del 30 novembre 2016, n. 140 del 30 novembre 2017, n. 118 del 29 novembre 2018.

rete (PIR), che il gestore dell'infrastruttura è tenuto ad elaborare, pubblicare ed aggiornare periodicamente, per informare le imprese ferroviarie delle caratteristiche dell'infrastruttura disponibile, delle condizioni di accesso alla rete e delle modalità di calcolo del canone di utilizzo. Sono misure significative nell'ottica di una maggiore trasparenza e imparzialità nei rapporti tra gestore e imprese richiedenti, soprattutto qualora l'ART accerti che nel prospetto informativo di rete siano contenute previsioni pregiudizievoli per i concorrenti dell'operatore ferroviario dominante.

Gli atti di regolazione riguardanti il PIR, unitamente a quelli volti a regolare i criteri che il gestore dell'infrastruttura deve seguire per assegnare (in maniera equa, trasparente e non discriminatoria) le linee ferroviarie e le tracce orarie alle imprese, oppure intesi a ridurre le barriere di ingresso nel settore per favorire l'entrata di nuovi operatori, assolvono ad una funzione molto delicata, proprio per via del legame societario esistente tra il gestore della rete e l'impresa *incumbent* Trenitalia, appartenenti entrambe allo stesso gruppo societario¹⁵².

Per quanto riguarda i servizi all'utente rilevano, invece, le misure di carattere generale contenute nelle due delibere n. 54/2016 e n. 106/2018, che individuano e definiscono il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture ferroviarie. In questi atti di regolazione viene in particolare garantito il diritto di accedere a tutta una serie di informazioni di carattere generale individuate in modo analitico e di fruire dei servizi e delle stazioni, il diritto all'utilizzo degli abbonamenti, il diritto all'indennizzo per ritardi singoli ed il diritto all'indennizzo per i titolari di un abbonamento che nel periodo di validità dello stesso incorrono in ripetuti ritardi o soppressioni di servizio, da determinarsi secondo criteri di calcolo (dei ritardi e dell'indennizzo) specifici e differenziati rispetto a quelli previsti per i titoli di viaggio singoli¹⁵³.

Infine, nell'ambito della regolazione degli assetti di settore e dei servizi all'utente sono state approvate dall'ART tre delibere, tra di loro collegate, che affrontano tematiche di rilievo sociale, oltre che economico, quali: la determinazione dei criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni riguardanti le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, nonché dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici¹⁵⁴; l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico sulle tratte, degli obblighi di servizio pubblico che su di essi insistono e delle modalità più

¹⁵² In questo senso, M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., p. 144.

¹⁵³ La delibera n. 54/2016 è stata impugnata sotto vari profili da più operatori economici, tra cui Trenitalia S.p.a., che ha sostenuto la carenza di potere dell'ART nel dettare misure di regolazione in materia di abbonamenti alle tratte ad alta velocità, poiché si tratterebbe di un servizio erogato in regime di libero mercato. Questa censura è stata però respinta dal TAR Piemonte, Torino, sez. II, con la sentenza del 9 novembre 2017, n. 1181, ove si è affermato che la competenza regolatoria individuata dalla legge istitutiva sul punto non può essere limitata al solo servizio pubblico, in quanto, "laddove il legislatore ha ritenuto di circoscrivere il perimetro dei poteri di regolazione ai soli servizi pubblici, lo ha fatto espressamente". Di contro, con riferimento alla definizione del contenuto minimo dei diritti degli utenti, la legge istitutiva non ha previsto alcuna limitazione, "nel chiaro intento di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti dei passeggeri, anche nell'ambito del servizio ferroviario Alta Velocità che, pur non essendo un servizio pubblico in senso oggettivo, rappresenta certamente un servizio di pubblica utilità soggetto a regolazione", con la conseguenza che "la circostanza indiscussa che l'Alta Velocità sia un'attività liberalizzata non esclude che la stessa possa essere soggetta a regolazione".

¹⁵⁴ Delibera del 17 giugno 2015, n. 49, articolata in ventuno misure.

efficienti di finanziamento di tali ambiti¹⁵⁵; la definizione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico¹⁵⁶. In proposito, si pensi soprattutto a quelle tratte, a carattere nazionale, regionale o locale, che per la loro non remuneratività non sarebbero operate dal vettore se non in presenza di una compensazione. Si tratta, tra l'altro, di poteri regolatori che si inseriscono in un quadro normativo non sempre omogeneo e talvolta conflittuale, specie se riferito al trasporto ferroviario regionale e locale, che va valutato alla luce degli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale¹⁵⁷,

¹⁵⁵ Delibera del 30 marzo 2017, n. 48, articolata in sei misure, che completano ed integrano le misure della precedente delibera. L'ambito di servizio pubblico viene in particolare definito dall'ART nella prima misura come *"l'insieme dei servizi di trasporto pubblico di persone, di linea e non di linea, resi con diverse modalità che il soggetto competente individua, anche in assenza di compensazione degli operatori, per soddisfare obblighi di servizio pubblico ed esigenze essenziali di mobilità dei cittadini"*. *L'area territoriale di riferimento per la definizione dell'Ambito è il Bacino di mobilità*, determinato dai soggetti competenti con gli atti di programmazione e pianificazione del trasporto pubblico regionale e locale, di cui agli articoli 14 e 16 del d.lgs. n. 422/1997, sulla base di un'analisi della domanda potenziale di mobilità, della struttura orografica, del grado di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento". Sui soggetti competenti a determinare i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale ed i relativi enti di governo, si veda adesso l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017.

¹⁵⁶ Delibera n. 16 dell'8 febbraio 2018, recante quindici misure, suddivise tra più aree tematiche.

¹⁵⁷ La Corte costituzionale, con la sentenza del 15 marzo 2013, n. 41, sulla base della considerazione che l'istituzione dell'ART *"è volta a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di trasporto e che la tutela della concorrenza"* è riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), ha ritenuto legittime le disposizioni della legge statale che attribuiscono alla predetta autorità indipendente funzioni regolatorie (anche) in materia di *"trasporto pubblico locale"*, riservata alla competenza delle Regioni, nella misura in cui l'attribuzione e l'esercizio di tali funzioni per la promozione della concorrenza si mantengano *"nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui [tale competenza esclusiva e trasversale] è preposta, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità"*. E' quanto accadrebbe - secondo la Corte - nel caso in esame, ove *"le funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della ratio che ne ha ispirato l'istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano"*. Il compito affidato alla nuova Autorità consiste, infatti, nel *"dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito"*. In relazione alle disposizioni sottoposte all'esame della Corte, per quanto riguarda le tariffe, i canoni e i pedaggi, le disposizioni impugnate *"attribuiscono all'Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati"*. Analogamente, riguardo ai bandi di gara, l'Autorità è investita della *"competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni"*. Infine, con riguardo alla nomina delle commissioni giudicatrici, secondo la normativa in esame, l'Autorità è dotata del potere di *"stabilire solo i criteri per la nomina, salve restando le competenze delle amministrazioni locali su ogni ulteriore decisione in ordine alla composizione delle commissioni giudicatrici o alle modalità di scelta dei suoi componenti, decisioni che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, rientrano invece nella materia dell'organizzazione amministrativa, spettante alle Regioni"*. Le parole della Corte lasciano, però, aperti alcuni dubbi: per un verso, non è, infatti, dimostrato che le funzioni dell'ART in alcuni casi *"non assorbano"*, a ben vedere, le competenze delle Regioni in tema di trasporto pubblico locale, limitandosi semplicemente a *"presupporle e supportarle"*; per altro verso, l'affermazione della Corte secondo cui spetterebbe all'ART la competenza a dettare la *"cornice regolatoria economica"* della materia dei trasporti all'interno della quale Governo, Regioni ed Enti locali sarebbero chiamati a sviluppare le loro politiche pubbliche negli ambiti di rispettiva competenza, reca con sé il rischio che l'ART possa effettuare o condizionare significativamente le scelte strategiche di politica economica, che, al contrario, dovrebbero rimanere riservate alla competenza degli Enti territoriali. Per un esame critico della sentenza, cfr. A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi"*

ove appare comunque necessario, in attesa di una precisa *actio finium regundorum* da parte del legislatore (che eviti sovrapposizioni e duplicazioni di poteri delle istituzioni coinvolte), individuare una chiara linea di demarcazione (non semplice) e prevedere un coordinamento tra le competenze regolatorie dell'ART, da un lato, e le competenze di indirizzo politico-economico dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali, dall'altro¹⁵⁸.

a danno dell'autonomia? (nota a Corte cost. n. 41/2013), in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2014.

¹⁵⁸ In questo senso cfr. S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in F. MERUSI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, p. 69 ss., spec. 72-73.

Articoli e Saggi

La Protección del pasajero más allá del Reglamento (CE) 261/2004 y del Convenio de Montreal: cláusulas abusivas y competencia desleal*

M^a Victoria Petit Lavall

*Catedrática de Derecho mercantil
Universitat Jaume I*

Abstract

Passenger protection beyond Regulation (EC) 261/2004 and the Montreal Convention: abusive clauses and unfair competition.

Contracts of carriage by air are standard-form contracts in which the passenger is considered to be a consumer. Hence, the regulations on consumer and user rights apply, that is, in Spain the consolidated text of the General Act for the Defence of Consumers and Users and other Complementary Acts, approved by Royal Legislative Decree No 1/2007, of 16 November. Practice has shown that general conditions of airlines frequently contain unfair terms. The present paper analyses existing case law on some of the clauses that allegedly restrict passenger rights, especially in Spain, where decisions are not always uniform.

Key words: Air transport. Passenger protection. Unfair terms. Unfair competition.

SUMARIO — I. INTRODUCCIÓN — II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CLÁUSULAS A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS Y DECISIONES — 1. Cláusulas de determinación de la Ley aplicable al contrato — 2. Cláusulas de determinación del foro — 3. Cláusula de prohibición de la cesión del crédito — 4. Cláusulas limitativas de los derechos de los pasajeros — 5. Cláusulas sobre equipaje — 5.1. Cláusulas abusivas — 5.2. Equipaje de mano y competencia desleal — 6. Cláusulas sobre denegación de embarque — 6.1. Las cláusulas *no show* — 6.2. Presentación sin los documentos adecuados — 6.3. Pasajeros conflictivos — 7. Denegación del transporte — 8. Cláusulas que prohíben la resolución del contrato por el pasajero — 9. Cláusulas sobre cancelaciones — 10. Cláusulas sobre precios — 10.1. Repercusión de los incrementos de las tasas — 10.2. Imposición de cargos por impresión de la tarjeta de embarque — 10.3. Prohibición de pago en efectivo — 10.4. La imposición de otros cargos.

* Sottoposto a referaggio.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que en el ámbito de la UE mediante el Reglamento (CE) nº 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91 (en adelante, Reglamento 261/2004)¹, se ha prestado especial atención a la protección del pasajero como consumidor, configurándose unos derechos mínimos que necesariamente deben ser respetados ante determinados supuestos o incumplimientos contractuales de las compañías aéreas: denegación de embarque, cancelación y gran retraso del vuelo.

Sin embargo, tras más de quince años de vigencia, su aplicación en la práctica no ha dado los frutos que cabía esperar. Por un lado, la falta de claridad, lagunas y ambigüedades de algunos de sus preceptos, han suscitado dudas y divergencias de interpretación en los distintos tribunales nacionales ocasionando distintas peticiones de decisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con las consiguientes sentencias². Por otro lado, se ha visto la necesidad de ampliar la protección del pasajero frente a otras “dudosas” prácticas habituales de las compañías aéreas, incorporando aspectos o circunstancias no contemplados expresamente, entre otras, las reprogramaciones de vuelos, las pérdidas de conexiones, el denominado *no show* (práctica de anulación del trayecto de vuelta si el pasajero no ha utilizado el de ida), o la admisión de la cesión del contrato de pasaje a un tercero.

Así, desde 2013 existe una Propuesta de modificación del mismo³, que sigue sin ver la luz.

Pero, junto a este Reglamento sectorial, no puede perderse de vista que también al pasajero, calificado ampliamente como consumidor, le resulta de aplicación la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios, en concreto en España el Real Decreto 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 (en adelante, TR 1/2007). En efecto, siendo el contrato de transporte aéreo un contrato con condiciones generales al mismo le resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). En consecuencia, las condiciones generales predispuestas por las compañías aéreas deben pasar un doble control, de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y de contenido, siendo nulas aquellas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1 LCGC); y en particular, aquellas que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC), cuya definición se encuentra en el art. 82.1 TR 1/2007. Son pues cláusulas abusivas “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”; definición que incorpora la contenida en la Directiva 93/13/CEE de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos

¹ D.O.U.E. L 46, de 17 de febrero de 2004.

² Como afirma I. KONING, *The enforcement of airline passengers' rights in Europe*, en *European Journal of Consumer Law*, n. 2, 2011, p. 364, el Reglamento no es un ejemplo de perfecta técnica legislativa.

³ COM (2013) 0130 final.

celebrados con consumidores⁴; siendo en todo caso abusivas aquellas enumeradas en los arts. 85 a 90 TR 1/2007.

Así lo ha declarado ya el TJUE (Sala Quinta), en Sentencia de 18 de septiembre de 2014⁵ (Caso Vueling Airlines), al afirmar que el Derecho de la UE no se opone, sin perjuicio de la aplicación, en particular, de las normas en materia de protección de los consumidores, a que los Estados miembros regulen aspectos relativos al contrato de transporte aéreo, especialmente a efectos de proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas. Esta postura se ha confirmado posteriormente por la Sentencia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2017 (Caso Air Berlin)⁶, concluyendo que las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE protegiendo a los consumidores frente a las cláusulas abusivas resultan de aplicación a los contratos de transporte aéreo. En concreto, afirma que la libertad de fijación de los precios de los servicios aéreos en el interior de la Unión, establecida en el art. 22.1 Reglamento (UE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad⁷, no puede impedir la aplicación de tal normativa nacional a las cláusulas de los contratos de transporte aéreo.

Pues bien, hasta la fecha ya son muchas las sentencias que han tenido que analizar los clausulados de los contratos de transporte aéreo de pasajeros de las compañías aéreas (VUELING, RYANAIR, IBERIA, VOLOTEA) ante demandas de acciones declarativas y de cesación de determinadas cláusulas, tanto individuales como, sobre todo, colectivas presentadas por distintas organizaciones de defensa de consumidores y usuarios, cuyas soluciones –por desgracia- no siempre son coincidentes. Con todo, destaca la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 631/2018, de 13 noviembre⁸, que ha declarado la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas de la compañía aérea IBERIA⁹.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CLÁUSULAS A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS Y DECISIONES

1. Cláusulas de determinación de la ley aplicable al contrato

Es el Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰ (en adelante, Roma I) el que contiene el régimen de la determinación de la norma de conflicto en la UE, de tal modo que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio. Su finalidad es favorecer la previsibilidad del resultado de los

⁴ D.O.C.E. núm. 95, de 21 de abril de 1993.

⁵ ECLI:EU:C:2014:2232.

⁶ TJCE\2017\164.

⁷ D.O.U.E. L 293, de 31 de octubre de 2008.

⁸ RJ\2018\4922.

⁹ Resulta de interés el análisis de las condiciones generales de distintas compañías aéreas efectuado por la Cámara de Comercio de Milán, que destaca que hasta veintitrés tipos de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, agrupándolas en tres tipologías: cláusulas sobre precios, cláusulas sobre horarios y cláusulas sobre retraso.

¹⁰ D.O.U.E. L 177, de 4 de julio de 2008.

litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales para el correcto funcionamiento del mercado interior¹¹.

Pues bien, Roma I excluye los contratos de transporte (y de seguro) de la aplicación de la norma de conflicto establecida para los contratos de consumo (art. 6). Así deriva del art. 6.4.b) y del Considerando 32. En consecuencia, rige lo previsto en los arts. 3 y 5.2, párrafo 2º. Por tanto, el contrato de transporte se rige por la ley elegida por las partes, siempre que dicha ley sea la del país donde: a) pasajero tenga su residencia habitual; b) el transportista tenga su residencia habitual, c) el transportista tenga el lugar de su administración central; d) se encuentre el lugar de origen; o e) se encuentre el lugar de destino.

A la luz de este régimen ha sido, pues, objeto de análisis la legalidad cláusula integrada en las condiciones generales de RYANAIR, que establece que el contrato se rige por la legislación irlandesa. En concreto, la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio¹² ha concluido que es lícita la elección de esta legislación, como ley rectora del contrato. Puesto que la transportista RYANAIR tiene su administración central en Irlanda, dicha elección resulta conforme a Roma I, quedando la existencia y validez de sus cláusulas sometidas a Derecho irlandés (art. 10.1 Roma I).

En efecto, -siguiendo la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016 (Caso Amazon)¹³- la ley aplicable al examen de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo a Roma I, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o colectiva. Y ello sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones imperativas previstas por la ley del país en el que residen los consumidores cuyos intereses son defendidos mediante esa acción, entre las que pueden figurar las que transponen la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siempre que garanticen, conforme a lo dispuesto en su art. 8, un nivel de protección más elevado para el consumidor. Con todo, siguiendo reiterada jurisprudencia el examen de las cláusulas deberá efectuarse a la luz del Derecho interno (en el caso, del Derecho irlandés), de conformidad con la interpretación que de la Directiva 93/13/CEE viene haciendo el TJUE, en función de las circunstancias del caso, pues el TJUE es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar las cláusulas contractuales a la luz de dichas disposiciones [STJUE (Sala Tercera) 23 abril 2015 (caso Van Hove)¹⁴; 28 julio 2016 (Caso Amazon); STJUE (Sala Primera) 26 enero 2017 (Banco Primus)¹⁵].

No obstante, distinta es la solución dada por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, en sentencia núm. 37/2017, de 16 febrero¹⁶, que siguiendo la del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 30 de septiembre de 2013¹⁷ (revocada en este punto por la anterior sentencia de la Audiencia) entiende que la cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, aunque sin mayor justificación.

¹¹ Considerando 6.

¹² AC\2017\1514.

¹³ ECLI:EU:C:2016:612.

¹⁴ ECLI:EU:C:2015:262.

¹⁵ ECLI:EU:C:2017:60.

¹⁶ AC\2017\212.

¹⁷ AC 2013\2038.

2. Cláusulas de determinación del foro

Roma I excluye de su ámbito de aplicación los pactos de elección del tribunal competente (art. 1.2.e), que se rigen por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁸ (Bruselas I bis).

El art. 17.3 Bruselas I bis, al igual que Roma I, excluye los contratos de transporte (salvo los integrados en un viaje combinado) de la sección destinada a la competencia en materia de contratos con consumidores, por lo que en principio resultaría de aplicación el art. 7.1, que completa la regla de competencia del principio del foro del domicilio del demandado (art. 4). En consecuencia, la acción entablada contra el pasajero por la compañía aérea y viceversa solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, siendo dicho lugar en el caso de prestación de servicios, el Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los mismos. Así lo ha declarado el TJUE (Sala Cuarta) en sentencia de 9 de julio de 2009 (Caso Rehder)¹⁹, al afirmar que el demandante que solicita una compensación basada en el Reglamento (CE) n° 261/2004 puede ejercitar su acción contra la compañía aérea, a su elección, ante el tribunal en cuya jurisdicción se halle el lugar de salida o el de llegada del vuelo, por ser los lugares de prestación principal de los servicios objeto de un contrato de transporte aéreo. Y la expresión “ante el órgano jurisdiccional” del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación permite deducir que el Reglamento fija tanto la competencia internacional como la territorial.

No obstante, Bruselas I bis establece en su art. 71.1 que *“El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial”*. Resulta pues de aplicación la jurisdicción prevista en el art. 33 del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional²⁰ (en adelante, CM), que prevé que las acciones de indemnización de daños deberán iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, bien 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, bien ante el tribunal del lugar de destino. En efecto, este precepto es de carácter imperativo, pues así deriva del art. 49 CM, que prohíbe los pactos de sumisión con anterioridad a la producción del daño, al declarar nula toda cláusula del contrato de transporte por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas relativas a la jurisdicción. En consecuencia, las reglas para determinar la competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis no son aplicables a las demandas que se presenten con base en el régimen de responsabilidad del transportista contenido en el CM, esto es, para las acciones de daños contempladas en el mismo. Con todo, el CM no resulta incompatible con Bruselas I bis pues, siguiendo su art. 4, el demandante siempre tiene la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, es decir, el órgano jurisdiccional en cuya demarcación tenga el transportista aéreo su domicilio, su administración central o su

¹⁸ D.O.U.E. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

¹⁹ ECLI:EU:C:2009:439.

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

establecimiento principal. Por el contrario, Bruselas I bis sí se aplica a las acciones derivadas del Reglamento (CE) nº 261/2004. Así lo ha establecido el TJUE (Sala Sexta) en sentencia de 11 de abril de 2019 (Caso Ryanair)²¹. Puesto que el Reglamento (CE) nº 261/2004 no contiene reglas relativas a la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros, entiende que son competentes los tribunales irlandeses y no los españoles, ya que el contrato de transporte aéreo se celebró en línea y no a través de la sucursal que la compañía aérea posee en España, por lo que no resulta de aplicación el art. 7.5 y sí el art. 7.1 Bruselas I bis. Del mismo modo, Bruselas I bis se aplica a las dirigidas al examen de las condiciones generales, por tratarse de materia delictual o cuasidelictual (art. 7.2), como reiteradamente ha declarado el TJUE (Caso Amazon).

Pues bien, sobre la cuestión se ha pronunciado la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, concluyendo que una cláusula como la predispuesta por RYANAIR, que no efectúa diferenciación alguna y obliga al pasajero a entablar su demanda exclusivamente ante los tribunales irlandeses es nula por no superar el control de incorporación, al no cumplir con los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez de redacción [art. 5.5 y 7 LCGC; art. 80.1.a) del TR 1/2007]. Como afirma la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, dicha cláusula “*puede inducir a error al pasajero, al darle la impresión de que, en el caso de que pretenda ejercitar contra RYANAIR una acción indemnizatoria amparada en el Convenio de Montreal, debería hacerlo necesariamente ante un tribunal irlandés*”. Con todo, indirectamente parece que sería, en opinión del Tribunal, aceptable en demandas derivadas del Reglamento (CE) nº 261/2004. Ello pese a que no siempre es coincidente el foro irlandés con los del lugar de salida o de llegada del vuelo (lugar de cumplimiento de la obligación); y pese a que -siguiendo el art. 25.1 Bruselas I bis-, son admisibles los pactos de sumisión expresa salvo que “el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro”. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Directiva 93/13/CEE en su Anexo considera abusivas aquellas cláusulas que obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, cuya incorporación en Derecho español se ha efectuado por el TR 1/2007, en su art. 90.2, declarando abusivas las cláusulas de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario o al lugar del cumplimiento de la obligación.

En efecto, lo cierto es que la imposición al pasajero –como adherente- de la obligación de litigar en un país extranjero sin duda tiene un efecto más que disuasorio, lo que implica un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Por ello, las cláusulas que imponen la renuncia al propio fuero obligando al pasajero a pleitear lejos de su domicilio han sido objeto de constante análisis por los tribunales. Debe destacarse en esta materia la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga núm. 142/2006, de 1 septiembre²², declarando abusiva dicha cláusula. El fundamento se encuentra en la Directiva 93/13/CEE, cuyo anexo q), establece como cláusula abusiva la supresión u obstaculización del ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor y en el consiguiente art. 90.2 TR 1/2007²³.

²¹ ECLI:EU:C:2019:311.

²² AC 2006\1888.

²³ En similares términos se pronuncia el *Giudice di Pace di Trapani*, en Sentencias de 11 de julio de 2016 y de 12 de diciembre de 2018 y el Tribunal de Trieste, en Sentencia de 16 de octubre de 2018.

Del mismo modo, califica de contraria al art. 90.2 TR 1/2007 y al art. 54.2 LEC, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero²⁴, la cláusula de VOLOTEA del siguiente tenor, pese a que parte de la aplicación del CM:

“Salvo por disposición en contrario del Convenio de Montreal o la legislación aplicable, su contrato de transporte con Volotea y las presentes Condiciones Generales de Transporte, se regirán e interpretarán de conformidad con la legislación de España y cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los Tribunales de Barcelona”.

Así pues, no es pacífico que la cláusula de sumisión a los tribunales del domicilio del transportista sea nula. No obstante, cuando el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea no presenta la necesaria vinculación con el contrato es necesario además que exista un estrecho vínculo de conexión entre este y el tribunal que debe conocer del mismo. Por ello, el régimen previsto en el art. 7.1 Bruselas I bis declara competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios, es decir, el lugar de partida o destino del vuelo. En definitiva, la cláusula de sumisión no puede modificar en perjuicio del adherente consumidor el régimen supletorio del Reglamento. Por ello, el art. 90.2 TR 1/2007, que traspone la Directiva 93/13/CEE, establece que no es válida la sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario o al lugar del cumplimiento de la obligación²⁵.

3. Cláusula de prohibición de la cesión del crédito

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) núm. 233/2018, de 17 octubre²⁶ analiza la cláusula contenida en las condiciones generales de RYANAIR que prohíbe la cesión de los derechos de crédito de los pasajeros, con ocasión de la excepción de falta de legitimación activa de una agencia de viajes alegada por la compañía aérea ante una reclamación de una pasajera con base en el Reglamento (CE) n° 261/2004.

Y declara su nulidad. Por un lado, el Reglamento (CE) n° 261/2004 no contempla la prohibición de la transmisión o cesión de los créditos, sino que simplemente establece que el pasajero tendrá derecho a indemnización. Por otro lado, esta es la solución alcanzada por la STJUE (Sala Tercera) de 17 de febrero de 2016 (Air Baltic)²⁷ al afirmar que el art. 29 CM no afecta a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. Ello se confirma, entre otros preceptos, en el art. 1.1. CM, que debe ser interpretado de conformidad con el preámbulo, en el que se destaca la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional, partiendo de la base de que el concepto de “usuario”, a los efectos del Convenio, no equivale necesariamente al de “pasajero”, sino que incluye, en su caso, a personas que no tienen el carácter de pasajeros porque no son transportadas. El CM tiene por objetivo proteger los intereses de los consumidores y, por ende, su ámbito de aplicación abarca no solamente el daño sufrido por el pasajero

²⁴ AC\2019\1.

²⁵ A. PUETZ, *Problemas de Ley aplicable y Tribunal competente en relación con compañías de bajo coste extranjeras*, en M. DEIANA (a cura di), *Profili giuridici del trasporto low cost*, Cagliari, 2013, p. 458.

²⁶ AC\2018\1883.

²⁷ ECLI:EU:C:2016:88.

transportado, sino también al perjudicado que contrató con el transportista. Siguiendo al TJUE, dado el “tenor, contexto y el objetivo de protección de los intereses de los consumidores que persigue el Convenio, debe interpretarse en el sentido de que su ámbito de aplicación comprende no solamente el daño sufrido por un pasajero, sino también los casos en que el perjudicado es una persona que, como empleador, contrató con un transportista aéreo el transporte internacional de un empleado que viajó como pasajero”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) en sentencias núm. 100/2018, de 2 marzo²⁸ y núm. 127/2018, de 15 marzo²⁹, declarando la nulidad de la cláusula por ser desproporcionada y contraria a las exigencias de la buena fe, ya que busca o persigue imposibilitar el ejercicio de la acción de reclamación. También el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, en Sentencia de 27 de marzo de 2018³⁰ y Auto de 29 de mayo de 2018³¹, respecto de las cesiones a empresas dedicadas profesionalmente a la adquisición masiva y en distintos países de la Unión de los derechos económicos de los pasajeros que sufren incidencias durante el transporte de pasajeros y equipajes, concluye que la cláusula de prohibición de cesión de los derechos económicos nacidos de las incidencias e incumplimientos contractuales es nula, por ser contraria a la buena fe y causar un manifiesto desequilibrio, al obligar al consumidor a litigar en países, idiomas, sistemas legales y judiciales desconocidos y/o lejanos asumiendo los importantes costes que ello provoca³².

4. Cláusulas limitativas de los derechos de los pasajeros

Son varias las sentencias que se han pronunciado sobre distintas cláusulas de compañías aéreas, declarando su nulidad por ser contrarias al art. 86.1 TR 1/2007, esto es, por excluir o limitar de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario en caso de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte por la compañía aérea.

La SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 363/2013, de 21 octubre]³³, analizó la cláusula de la compañía aérea (VUELING), por la que se exoneraba del pago de la compensación prevista en el art. 7 Reglamento (CE) nº 261/2004 en caso de que la cancelación, o sobreventa de billetes o billetes de conexión se debiese, entre otras causas, a “problemas técnicos o de mantenimiento”, “fallos de suministros por parte de proveedores o subcontratistas”, “problemas de índole laboral” y “Huelgas”. Con acierto, el Tribunal concluyó que dicha cláusula pretendía pasar por “circunstancias extraordinarias” supuestos que no lo son o que pueden no serlo de conformidad con la estricta interpretación que, de la expresión circunstancia extraordinaria ha efectuado constantemente el TJUE. En consecuencia, se declaró abusiva (art. 86.1 TR 1/2007). Asimismo, la cláusula:

²⁸ JUR 2018\174916.

²⁹ JUR 2018\174922.

³⁰ <https://2019.vlex.com/#vid/726091329>.

³¹ JUR 2018\211256.

³² Vid. un breve comentario al mismo por P. BELMONTE DE LA VILLA, *La interposición por compañías especializadas de acciones de reclamación de derechos de pasajeros aéreos*, en RDM, núm. 311, 2019, p. 13.

³³ AC\2013\1860.

“en el caso de que el vuelo del Pasajero fuera cancelado o sufriera un retraso, VUELING no responderá en ningún caso de los servicios adicionales que el Pasajero hubiera contratado con terceros, aunque la reserva se hubiera realizado por el Pasajero teniendo en cuenta la llegada puntual de la aeronave de VUELING. En ese caso, el Pasajero habrá de entenderse para solucionar el problema exclusivamente con la empresa a través de la cual reservó los citados servicios adicionales, quedando VUELING exenta de toda responsabilidad”

Entiende la Audiencia que la cláusula no se remite al régimen de responsabilidad establecido en el Reglamento (CE) nº 261/2004 y el CM, sino que contempla una causa de exoneración de responsabilidad, contraria al mismo, por lo que debe calificarse de abusiva siguiendo el art. 86.1 TR 1/2007. Más acertada hubiese sido la remisión al art. 8.1 LCGC, por ser contraria a una norma imperativa.

Del mismo modo, la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, analiza la cláusula contenida en las condiciones de RYANAIR del siguiente tenor:

“Los horarios de vuelo indicados en su confirmación/itinerario o en cualquier otro lugar pueden variar entre la fecha de la reserva y la fecha del viaje.

En el momento de aceptar su reserva, le notificaremos el horario de vuelo programado en ese momento, y este estará indicado en su confirmación/itinerario. Es posible que necesitemos cambiar el horario de vuelo previsto después de que haya realizado la reserva. Si nos proporciona su dirección electrónica y un teléfono de contacto, intentaremos notificarle estos cambios por dicho medio. En las situaciones no contempladas en el artículo 9.2 siguiente, si después de efectuar su reserva, pero antes de la fecha del viaje hay un cambio en la hora de salida prevista superior a tres horas y ello le es inaceptable y no podemos procurarle una reserva en un vuelo alternativo que le sea aceptable, tendrá derecho al reembolso de todas las cantidades pagadas con relación al vuelo cambiado de horario, sin ninguna otra responsabilidad”.

Concluye que la misma es contraria al art. 85.3 TR 1/2007, por reservar a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato. En efecto, la misma permite a RYANAIR cambiar el horario de vuelo programado si lo necesita, sin mayores condicionantes, ni precisiones acerca de las razones de la necesidad del cambio y sin otorgar al consumidor que ya hubiese efectuado una reserva la facultad de resolver el contrato. Con todo, también puede subsumirse en el art. 86.1 TR 1/2007, ya que excluye los derechos del consumidor contenidos en el Reglamento (CE) nº 261/2004; y en el art. 8.1 LCGC, por ser contraria en perjuicio del adherente a lo dispuesto en una norma imperativa.

Recientemente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en sentencia núm. 631/2018 de 13 noviembre, ha analizado la cláusula del contrato de IBERIA cuyo tenor es el siguiente:

“El transportista se compromete a esforzarse todo lo posible para transportar al pasajero y a su equipaje con diligencia razonable. En caso de necesidad el transportista puede hacerse sustituir por otro transportista, utilizar aviones de terceros o modificar o suprimir escalas previstas en el billete. El transportista, salvo que otra cosa se indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino”.

En efecto, la cláusula otorga al transportista la facultad de modificar las condiciones del transporte contratado “en caso de necesidad”. Y, con acierto, a juicio del Alto Tribunal, la expresión en caso de necesidad es excesivamente genérica e imprecisa, por lo que puede incluir supuestos que exceden de las “circunstancias extraordinarias” previstas en

el Reglamento (CE) n° 261/2004, cuya interpretación por el TJUE ha sido y es estricta. Mediante una condición general no puede convertirse lo que es una obligación de la compañía aérea (reducir en lo posible los perjuicios que puedan causarse al viajero, proporcionándole un transporte alternativo que le permita llegar a su destino) en una facultad de modificación de las condiciones del transporte aéreo contratado, facilitando la exención de responsabilidad de la compañía aérea en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

Además, el último inciso de la cláusula: *“El transportista, salvo que otra cosa indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino”* contiene una exención de responsabilidad, redactada en términos excesivamente genéricos, que dejan a la exclusiva voluntad del transportista el cumplimiento del contrato, por lo que resulta contraria al art. 86.2 TR 1/2007.

5. Cláusulas sobre equipaje

5.1. Cláusulas abusivas

La SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 363/2013, de 21 octubre, considera abusiva y, por ende, nulas las siguientes cláusulas de la compañía VUELING:

“El Transportista no será responsable de los daños ocasionados al equipaje (como rotura de candados, precintos o embalajes) como consecuencia de las tareas de registro y/o inspección, salvo que exista negligencia por su parte”.

En efecto, la misma contiene un régimen de responsabilidad totalmente distinto al previsto en el art. 17.2 CM que establece la responsabilidad objetiva del transportista por daños al equipaje facturado, salvo que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propios del equipaje. Así, más que ser nula por abusiva, de conformidad con el art. 86.1 TR 1/2007, lo es por contradecir en perjuicio del adherente lo dispuesto en una norma imperativa (art. 8.1 LCGC).

Asimismo, es analizada la cláusula por la cual la compañía se reserva el derecho a rechazar transportar como equipaje:

- 1) *“Artículos u objetos que, a juicio del Transportista, no sea adecuado transportar debido a su peso, configuración o tamaño”.*

Entiende la Sala que su tenor es oscuro o ambiguo por falta de concreción. En efecto, el pasajero, al comprar su billete, desconoce cuándo un determinado artículo reúne las condiciones de tamaño, peso o configuración exigidas por la compañía, por lo que debería precisar, cuando menos, las dimensiones máximas y los kilos permitidos. Por no ser así, la cláusula atribuye a la transportista la facultad exclusiva de interpretar un aspecto esencial del contrato, prohibido por el art. 85.3 TR 1/2007. No obstante, la postura contraria es mantenida por la Sentencia del Tribunal de Bari, de 25 de marzo de 2002³⁴.

- 2) *“Artículos u objetos que, a juicio del Transportista, puedan poner en peligro la aeronave, su tripulación o a otros Pasajeros. En este sentido se consideran como peligrosos aquéllos bienes u objetos definidos como tales por las normas OACI y por las normas IATA”.*

La cláusula, se concluye, es oscura por cuanto no permite conocer de antemano qué artículos se consideran peligrosos. Además, el reenvío a textos que no son

³⁴ *Il Foro Italiano*, n.10, octubre 2002, pp. 2827 y 2828.

accesibles para el común de los usuarios o el empleo de siglas que son desconocidas para el consumidor medio impiden comprender el alcance de la prohibición. En consecuencia, es contraria por falta de claridad siguiendo los arts. 7 LCGC y 80.1.a) del TR 1/2007.

3) “*por razones operativas*”.

Es un concepto amplísimo e indeterminado que contraviene los requisitos de claridad y concreción exigidos en los arts. 7 LCGC y 80.1.a) del TR 1/2007.

4) “*artículos u objetos frágiles y/o perecederos, dinero en efectivo o en valores negociables, valores mobiliarios, muestrarios, cámaras, videojuegos, joyas y objetos de valor, piedras y metales preciosos, ordenadores dispositivos electrónicos, documentos de identidad (pasaportes, DNI, etc.)*”.

Entiende el Tribunal que la cláusula es contraria al art. 97 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (en adelante, LNA), que dispone que “el transportista estará obligado a transportar juntamente con los viajeros... el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los Reglamentos” y, por tanto, nula, puesto que excluye derechos que son reconocidos legalmente a los consumidores. No está acreditado que el litio (como afirma la compañía aérea) ponga en riesgo la seguridad aérea, ni puede aceptarse que todos los aparatos electrónicos contengan ese metal.

Por lo que respecta a las piedras y otros objetos preciosos la intención de la transportista es exonerarse de su responsabilidad por daños o pérdidas del equipaje, cuando el CM establece límites cuantitativos de responsabilidad salvo que el pasajero realice una declaración especial de valor.

Llamativamente, una cláusula similar del condicionado de RYANAIR ha sido declarada válida pese a sus ambigüedades por la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio³⁵, seguida por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero, que no obstante sí ha declarado nula por falta de concreción, siguiendo los arts. 5.5 LCGC y 80.1.a) TR 1/2007 otra de similares características:

“De acuerdo con el artículo 8.6.3, se le exige que recoja el equipaje facturado tan pronto como este se ponga a su disposición en el destino. Si no lo recoge en un periodo de tiempo razonable, le podemos cobrar un cargo en concepto de almacenamiento. Si no reclama su equipaje facturado en los tres (3) meses siguientes desde el momento en que se puso a su disposición, podremos deshacernos de él sin incurrir por ello en ninguna responsabilidad hacia usted”.

La expresión “plazo razonable” y la no cuantificación del coste de depósito supone conceder a la compañía aérea predisponente la facultad de integrar el contenido del contrato según su particular interpretación, prohibida por el art. 85.3 TR 1/2007, al reservar a favor del empresario facultades de interpretación del contrato.

³⁵ “No se le permite incluir como equipaje (...) Objetos que de una manera razonable, consideramos inadecuados para el transporte debido a que son peligrosos, poco seguros o que, debido a su peso, dimensiones, forma o naturaleza, o aquellos que sean frágiles o perecederos, considerando entre otras circunstancias el tipo de avión utilizado.

Nos podemos negar a transportar como Equipaje cualquier objeto que, de forma justificada, consideremos inadecuado para el transporte debido a sus dimensiones, forma, peso, contenido naturaleza, o por motivos de seguridad u operatividad, o por la comodidad de los demás Pasajeros”.

5.2. Equipaje de mano y competencia desleal

En enero de 2018 Ryanair anunció la modificación de su política de equipaje, que entraría en vigor el 1 de noviembre de ese año. Derivada de la misma, la tarifa *Standard* dejó de incluir el equipaje de mano, denominado por la compañía aérea “grande”, esto es, el conocido como *trolley bag* (de dimensiones máximas de 55x40x20 cms. y peso máximo de 10 kgs.). Por el contrario, ahora se les exige a los pasajeros el pago de un suplemento que varía entre 6 y 12 euros, llegando hasta 25 euros, en función del momento en que se contrate el mismo, si durante la reserva del vuelo, con posterioridad, pero antes del *check in* o en el momento del *check-in* en el aeropuerto de salida.

En consecuencia, desde el 1 de noviembre de 2018 las tarifas que ofrece la compañía son³⁶:

- Tarifa “No prioritario”: incluye sólo la posibilidad de llevar una bolsa de dimensiones que no excedan de 40x20x25 cms. (bolsos, fundas de ordenadores portátiles y mochilas pequeñas).
- Tarifa “Prioridad & 2 piezas de equipaje de mano” (*Priority*): única que permite llevar 2 equipajes de mano, 1 equipaje pequeño que quepa debajo del asiento delantero (40 cm x 20 cm x 25 cm) y el otro (no superior a 10 kg y dimensiones 55 cm x 40 cm x 20 cm) que se puede guardar en el compartimento superior. No obstante, si el servicio de Prioridad se encuentra agotado, no aparece en la sección de extras del viaje, pero se puede adquirir una maleta facturada de 10 kg.
- Tarifa Equipaje de 10 kg: permite llevar un equipaje de 10 kg que debe dejarse en el mostrador de facturación (el precio oscila entre 10 y 25 euros).

Es decir, el equipaje de mano se ha reducido de dos bultos (bolso y *trolley*) a uno sólo (bolso).

Pues bien, esta nueva política de precios fue calificada de práctica desleal por la Autoridad de la Competencia en Italia (*Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato*) en su Resolución de 20 de febrero de 2019 imponiendo a la compañía aérea una multa de 3.000.000 euros, por entender que es una práctica comercial contraria a los arts. 20, 21.1.b) y d) y 22 del *Codice del Consumo* que incorporan la Directiva CE 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (arts. 5 y 6)³⁷. En concreto, se concluye que es una práctica engañosa, por cuanto es contraria a la diligencia profesional e idónea para proporcionar una falsa representación del coste real del precio del billete. Contiene información sobre el precio que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induce o puede inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. La desagregación *ex ante* del equipaje de mano, que es un elemento esencial del servicio de transporte aéreo y, por tanto, un suplemento previsible y no eventual de la tarifa aérea, falsifica en gran medida el comportamiento económico del consumidor promedio en relación con el servicio ofrecido por el profesional.

Siguiendo la opinión de la Autoridad, el *trolley* (denominado ahora metafóricamente por la compañía “equipaje de mano grande”) constituye un elemento obligatorio y predecible del precio final del servicio de transporte que no puede ser desglosado del precio del servicio y sometido a solicitud de pagos adicionales. Por el contrario, debe incluirse en el precio básico del billete para no afectar negativamente la comparación y

³⁶ <https://www.ryanair.com/es/es/planear-viaje/volar-con-nosotros/politica-de-equipaje-de-mano>.

³⁷ D.O.U.E. L 149, de 11 de junio de 2005.

libertad de elección de los consumidores haciendo que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. En definitiva, el equipaje de mano “grande” constituye un elemento indispensable e inevitable del servicio de transporte aéreo de pasajeros y es un coste inevitable, que no puede transformarse en un servicio facultativo por el que cobrar un suplemento adicional. La práctica totalidad de los pasajeros se ve abocada al pago de la tarifa *Priority*, a la que llegan al final del proceso de reserva, mientras que la tarifa *Standard* es la ofrecida al inicio de la reserva que es el idóneo para poder comparar los precios de las distintas compañías. Constituye pues un supuesto típico de precio de compra engañoso (*drip pricing* o precio por goteo), derivado de la denominada práctica común en el sector del *ancillary revenue*, o ingresos complementarios (p. ej. cobro por reserva de asiento, embarque prioritario, por reserva mediante tarjeta de crédito, etc.)³⁸.

Así deriva del Reglamento (CE) nº 1008/2008, que si bien parte del principio de libre determinación de los precios por las compañías (art. 22.1), su art. 23, con la finalidad de garantizar la transparencia de precios para que los consumidores “puedan comparar realmente entre compañías aéreas los precios por servicios aéreos” (Considerando 16), exige que se indique “en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación”. Por su parte, “Los suplementos opcionales de precio se comunicarán de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realizará sobre una base de opción de inclusión”. Y así deriva de la Sentencia TJUE (Sala Quinta) 18 de septiembre de 2014 (Vueling Airlines)³⁹ que ha declarado que “el equipaje de mano... debe considerarse, en principio, un elemento indispensable del transporte de los pasajeros y que su transporte, por consiguiente, no puede ser objeto de un suplemento de precio, siempre y cuando dicho equipaje responda a las exigencias razonables relativas a su peso y dimensiones y cumpla con los requisitos de seguridad aplicables”. Y la exclusión del espacio interior de la cabina de la aeronave de su función natural para ser utilizado para ofrecer un servicio pago sin ninguna alternativa para los consumidores carece de justificación por razones de seguridad aérea o exigencias operativas y no es razonable, como afirma la compañía.

De la misma fecha, 20 de febrero de 2019, es también la resolución de Autoridad de la Competencia italiana que, con idéntico contenido, califica de engañosa la similar práctica de precios llevada a cabo por Wizz Air, condenando a la compañía al pago de una multa de 1.000.000 euros. En definitiva, si la práctica totalidad de los pasajeros abona el suplemento de equipaje de mano, no puede concluirse que sea un suplemento adicional del precio, siguiendo el Reglamento (CE) nº 1008/2008, sino que constituye un suplemento inevitable (los datos muestran que sólo entre el 1 al 10% de los pasajeros viajan con un solo bolso de pequeñas dimensiones).

Sin embargo, y lamentablemente distinta ha sido la solución dada por el *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)* en sus sentencias de 29 de

³⁸ Un informe de 2013 pone de relieve que las compañías aéreas ingresaron 23.598 millones de euros en concepto de servicios complementarios (16 dólares por pasajero de media). <https://www.eleconomista.es/turismo-viajes/noticias/6010265/08/14/Ancillary-revenue-el-gran-filon-de-las-aerolineas.html>.

³⁹ EU:C:2014:2232.

octubre de 2019 n. 12455/19⁴⁰ y n. 12456⁴¹, anulando las sanciones impuestas a las dos compañías. A juicio del Tribunal, éstas no impiden que el consumidor lleve un “equipaje de mano” gratis en la cabina, sino que sólo establecen límites para su tamaño. Y esta política de precios no es contraria a la Sentencia Vueling Airlines. En efecto, el TJUE sólo declara que el equipaje de mano es un elemento indispensable del transporte de pasajeros, pero en ningún momento indica cuáles deben ser sus dimensiones (mínima o máxima) y el número de bultos que debe comprender. Por el contrario, únicamente prevé que dicho equipaje debe responder “a las exigencias razonables relativas a su peso y dimensiones”. De este modo, en ausencia de una regulación general que determine cuáles deben ser las dimensiones específicas del equipaje de mano, se deja a las empresas (y a las autoridades nacionales) la facultad de establecer la “razonabilidad” de dichas dimensiones. Y las dimensiones máximas del equipaje de mano establecidas por las compañías no son “irrazonables”, máxime teniendo en cuenta el concepto equipaje de mano establecido en la Circular de la ENAC APT-09, de 8 de mayo de 2001. Además, el mensaje contenido en la web de las aerolíneas permite que el consumidor sea capaz de comprender de inmediato, sin necesidad de tener que realizar una compleja operación matemática, cuál es el precio del billete si desea llevar equipaje de mano “grande”, desde el inicio del proceso de reserva o “primer contacto”, como exige el Reglamento (CE) n° 1008/2008, al establecer las dimensiones del equipaje de mano permitidas. El art. 23 obliga a incluir en el precio final los “suplementos inevitables y previsibles” y precisamente el suplemento del trolley es “evitable” y no indispensable (no todos los pasajeros tienen necesidad de viajar con él) cumpliendo las compañías con el tenor del precepto. Es un suplemento opcional del precio, comunicado de forma clara y transparente al comienzo del proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realiza sobre una base de opción de inclusión (*opt in*).

Por lo que respecta a España, la asociación Facua-Consumidores en Acción ha presentado denuncia por los mismos hechos y basada en los mismos fundamentos contra ambas compañías aéreas a finales del pasado año ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), pues con base en el art. 3 LCD es competente para conocer de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público⁴². Aun cuando no hay todavía pronunciamiento al respecto, sería de desear que se alcance la misma conclusión que la ofrecida por la Autoridad de la Competencia italiana, con base a los arts. 4.1, 5 y 7 de Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante LCD), que incorpora la Directiva 2005/29/CE, de máximos, pues las decisiones de los consumidores (pasajeros) que se adoptan como consecuencia de la información inicialmente proporcionada sobre los precios de los billetes dando a entender erróneamente que incluye el equipaje de mano, no sólo les afectan a ellos, sino también a los competidores al desviarse la demanda. En efecto, la prohibición de los actos de engaño persigue la transparencia del

40

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/16/0000086541/TAR_Lazio_sez_I_sentenza_n_12455_19_depositata_il_29_ottobre.html.

⁴¹ <http://www.dirittoediservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettisentenza&id=6397>.

⁴² <https://www.preferente.com/noticias-de-transportes/noticias-de-aerolineas/denuncia-a-ryanair-y-wizz-air-por-competencia-desleal-al-cobrar-la-maleta-a-bordo-282145.html>;
<https://www.europapress.es/turismo/transportes/aerolineas/noticia-denuncia-ryanair-wizz-air-competencia-desleal-cobrar-equipaje-mano-20181108135811.html>.

mercado, necesaria para el logro su correcto funcionamiento que presupone la existencia de un orden concurrencial libre y no falseado⁴³. De hecho, el propio Reglamento (CE) n° 1008/2008 persigue esta necesidad de transparencia y claridad de los precios de las compañías aéreas. Así deriva del Considerando 16 al establecer que los “clientes deben poder comparar realmente entre compañías aéreas los precios por servicios aéreos” y del art. 23 al exigir que el precio se comunique de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva⁴⁴.

Así lo ha entendido también la Comisión Europea en su “Guía para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales”⁴⁵. Pese a que el Reglamento (CE) n° 1008/2008 exige que el precio anunciado incluya, desde el principio, todas las tasas y recargos aplicables, “muchas líneas aéreas indican el precio sin impuestos, tasas y comisiones, y un buen número de ellas añaden comisiones que califican de «opcionales», pero que son, de hecho, inevitables (por ejemplo, pago gratuito únicamente si se utiliza la tarjeta de crédito de la compañía aérea)”. Y este sistema de “precios por goteo” tiene repercusiones particularmente perjudiciales en la fase en que los consumidores comparan precios para decidir con conocimiento de causa. Con todo, la apreciación del carácter desleal de esta práctica comercial constituye además un elemento que puede aducirse para evaluar el carácter abusivo de una cláusula contractual, pues los criterios establecidos por el legislador para alcanzar dicha conclusión son muy amplios: todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato (art. 82.3 TR 1/2007 siguiendo el art. 4.1 Directiva 93/13/CEE). Así lo ha declarado la STJUE (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012 (caso Pereničová)⁴⁶.

Recientemente el Juzgado de lo Mercantil n° 13 de Madrid, en sentencia⁴⁷ ha condenado a la compañía Ryanair a devolver los 20 euros de suplemento adicional, más el interés moratorio, a una pasajera por llevar una maleta de diez kilogramos y no haber adquirido un billete de tarifa “priority”. Entiende el juzgador, contrariamente a lo sostenido por el *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* que el cambio en la política comercial de Ryanair sobre las tarifas aplicables al equipaje de mano no está amparado por el Reglamento (CE) n° 1008/2008 y es contrario a la Sentencia Vueling Airlines, siendo una práctica y cláusula “abusiva” y, por tanto, nula al cercenar los derechos que el pasajero tiene reconocidos por el art. 97 LNA, al generar un grave desequilibrio de prestaciones entre las partes contratantes en perjuicio del consumidor, conforme a lo dispuesto en los arts. 82. 1 y 4, 86.7, 87 y 89.5 TR 1/2007.

⁴³ Vid. Sobre los actos de engaño. J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pp. 212 y ss.; J.A. GARCÍA CRUCES, La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (dir. GARCÍA CRUCES), t. II, Valencia, 2014, pp. 1207 y ss.; A. EMPARANZA, *Artículo 7: actos de engaño*, en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. MARTÍNEZ SANZ), Tecnos, 2009, pp. 95 y ss.; A. TATO PLAZA, P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, pp. 106 y ss.

⁴⁴ L. LENZONI MILLI, *Sulla trasparenza del prezzo nei biglietti aerei e sui rapporti tra la disciplina nazionale a tutela dei consumatori e la libertà del vettori in materia di tariffe*, en *Diritto dei Trasporti*, 2018, p. 136.

⁴⁵ COM(2016)320 final, *Sector de los viajes y el transporte*, p. 168.

⁴⁶ ECLI:EU:C:2012:144.

⁴⁷ *La Ley* 59357/2019.

6. Cláusulas sobre denegación de embarque

6.1. Las cláusulas no show

Ha venido siendo práctica habitual de las compañías aéreas la inclusión en sus condiciones generales de las conocidas como “cláusulas *no show*”, por las que quedan facultadas para denegar el embarque en los vuelos circulares o vuelos de conexión, esto es, denegar el embarque en el vuelo de vuelta cuando no el pasajero no ha utilizado el de ida del mismo billete o denegar el embarque en un vuelo de conexión cuando no se ha utilizado el anterior trayecto.

Las compañías aéreas han venido justificando esta práctica al afirmar que constituye un elemento fundamental de su política dirigida al abaratamiento de sus precios, máxime en un mercado hoy altamente competitivo. Afirman que la venta por separado de cada uno de los tramos del transporte aéreo le reportaría beneficios superiores a la venta conjunta de tales tramos, en un único billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces.

Si bien ya habían venido siendo calificadas de abusivas por muchos tribunales⁴⁸ (entre otras Sentencias Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao, 7 julio 2008⁴⁹ y 3 julio 2009⁵⁰; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, 22 marzo 2010⁵¹; 4 diciembre 2014⁵²; 22 junio 2016⁵³; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, 29 septiembre 2016⁵⁴) por entender que “una cláusula de cancelación automática del vuelo si no se usa la ida carece de justificación razonable. Puede tenerla que la bonificación o descuento se pierda. Pero no que, como es el caso, se niegue absolutamente la prestación contractual pactada, pues ello supone que la parte contractualmente más débil sufre perjuicios intolerables”; otros por el contrario afirmaban su licitud (Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 2 de marzo de 2015)⁵⁵.

Finalmente ha sido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en sentencia núm. 631/2018 de 13 noviembre⁵⁶ el que ha resuelto declarando la ilegalidad de las cláusulas *no show*, al igual que anteriormente se habían pronunciado el *Bundesgerichtshof* en sentencia de 29 de abril de 2010, el *Oberster Gerichtshof* (Austria), en sentencia de 24 de enero de 2013⁵⁷ o en Italia el *Consiglio di Stato*, en sentencia de 30 de septiembre de 2016⁵⁸ o el Giudice di Pace de Trapani, en sentencia de 8 de junio de 2017. Por el contrario, con anterioridad el Tribunal de Bari, en sentencias de 12 de febrero y 25 de marzo de 2002⁵⁹ declaró que era válida la cláusula de ALITALIA que permitía la

⁴⁸ Vid. Una relación de las mismas por E. FERNÁNDEZ, *Veinte años de cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo de pasajeros*, en *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico* (dirs. PETIT / PUETZ), Madrid, 2018, pp. 479 y 480.

⁴⁹ AC 2009\306.

⁵⁰ AC 2009\1802.

⁵¹ AC 2010\2143.

⁵² JUR 2015\283631.

⁵³ AC 2016\1348.

⁵⁴ JUR 2016\237204.

⁵⁵ AC 2015\355.

⁵⁶ RJ\2018\4922.

⁵⁷ European Parliament, Committee on Petitions, *Petition No 0165/2018 by Mario Berger (German) on passengers being excluded from return flights if they have not taken the outbound flight*, 21.9.2018, en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?NONSGM.

⁵⁸ <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13369#.Xa7ihugzaUk>.

⁵⁹ Cit.

cancelación del vuelo de vuelta en caso de no utilización de la ida, en caso de que el pasajero no diese el preceptivo aviso (reconfirmación) en plazo a la compañía⁶⁰.

En concreto, el tenor de la cláusula analizada de la compañía aérea IBERIA es el siguiente:

“Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida o vuelta. Independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete”.

Pues bien, con acierto considera el Alto Tribunal que la decisión de comercializar un billete que incluye varios tramos conjuntamente a un precio inferior al que habría supuesto hacerlo separadamente es una opción legítima de la compañía aérea. Ahora bien, el hecho de que el pasajero sólo utilice alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) no comporta un perjuicio a la compañía aérea. En efecto, ésta ya ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia del pasajero en el avión incremente sus costes. De hecho, incluso podría vender el billete de ese tramo a otro pasajero en lista de espera, de existir esta, o evitar las consecuencias negativas de un *overbooking*.

En consecuencia, se afirma que la cláusula es abusiva, puesto que comporta un desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a la buena fe, ya que a un consumidor que ha cumplido con su obligación (el pago del precio) se le priva del disfrute de la totalidad de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impedido a disfrutar solo en parte.

En este sentido, debe destacarse que la Dirección General de Consumo del Govern balear el pasado año sancionó a IBERIA con una multa de 440.000 euros, precisamente por aplicar la cláusula *no show*, habiendo sido sancionada la misma compañía por los mismos hechos ya en tres ocasiones en los últimos tres años⁶¹. También Qatar Airways fue objeto de sanción con una multa por importe de 8.750 euros por el mismo motivo⁶²; y del mismo modo Alitalia por la *Autorità garante della concorrenza e del mercato*⁶³.

Es decir, sigue en vigor el artículo 95 LNA, que faculta al pasajero para renunciar a su derecho a efectuar el viaje obteniendo la devolución del precio del pasaje. Sin embargo, el precepto remite a ulterior desarrollo reglamentario tanto la cuantía de la devolución, como los plazos en los que debe efectuarse la renuncia. Dicha regulación fue llevada a cabo por el Real Decreto 2047/1981, de 20 de agosto, por el que se establecen normas a seguir en caso de anulación de plazas y reembolso de billetes en el transporte aéreo⁶⁴ y por el Real Decreto 227/1989, de 3 de marzo, por el que se adoptan las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/601/CEE, de 14 de diciembre, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre

⁶⁰ Aunque consideró que era nula por incumplimiento del requisito de incorporación por cuanto la pasajera no había tenido oportunidad de conocer su contenido en el momento de la contratación (art. 1469. Quinquies.3 *Codice Civile*, actual art. 36.2.c) del *Codice de Consumo*; art. 5.3 LCGC en España).

⁶¹ <http://www.rtve.es/noticias/20181210/baleares-sanciona-iberia-440000-euros-aplicar-clausula-abusiva-no-show/1850980.shtml>.

⁶² <https://www.europapress.es/illes-balears/noticia-govern-abre-12-expedientes-nueve-aerolineas-2018-sanciones-16100-euros-total-cuatro-ellas-20190327173252.html>.

⁶³ Vid. Consiglio di Stato, Sezione VI, Sentencia 30 de septiembre 2016, n. 4048, en <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13369#.XZyZyPbfOUk>.

⁶⁴ B.O.E. núm. 222, de 16 de septiembre de 1981.

Estados miembros⁶⁵. No obstante, la Directiva fue derogada, estando en la actualidad en vigor el Reglamento (CE) n° 1008/2008, por lo que también dichas normas internas hay que concluir que han sido tácitamente derogadas.

Debe destacarse que el actual Reglamento (CE) n° 261/2004 no contempla la práctica *no show*. La Propuesta de Reglamento pretende regularlo. Parte de la prohibición de este tipo de cláusulas (nuevo art. 4.4), pero admite que las compañías aéreas puedan establecer normas especiales al respecto, en concreto, el cobro de una tasa suplementaria, para así evitar que las compañías sufran pérdidas por la no presentación de los pasajeros. Es decir, parece que se prohibirán *ex lege* las conocidas como “cláusulas *no show*” tal y como están predisuestas en la actualidad por las compañías aéreas⁶⁶. No obstante, la IATA ya ha modificado su condicionado general previendo que las reservas no sean canceladas si el pasajero avisa a la compañía de que parte del billete no será utilizado “por fuerza mayor”⁶⁷.

6.2. Presentación sin los documentos adecuados

Entre los motivos por los cuales puede denegarse el embarque justificadamente por causas que recaen en la esfera del pasajero expresamente mencionados por el Reglamento (CE) n° 261/2004 se encuentra su presentación sin los documentos adecuados (art. 2.j)⁶⁸.

Pues bien, las condiciones generales de todas las compañías aéreas, con una redacción más o menos acertada, contienen una cláusula que les faculta para denegar el embarque a los pasajeros cuando éstos se presentan sin documentos de viaje válidos⁶⁹, con un billete de avión adquirido por métodos ilegales, con un billete cuya pérdida o robo ya haya sido notificado o con un billete falsificado, sobre las que ya se han pronunciado nuestros tribunales.

Debe destacarse el análisis de la cláusula contenida en las condiciones de RYANAIR efectuado por la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, cuyo tenor es el siguiente:

“Las tarjetas de residencia, el permiso de conducir, los libros de familia, las libretas de identificación marítima, un informe de la policía (expedida en caso de pérdida del documento de viaje o robo), tarjetas de identificación militares, entre otros, NO se aceptarán como documentos válidos. Las identificaciones con fotografía caducadas o dañadas no se aceptarán en ningún vuelo”.

⁶⁵ B.O.E. núm. 58, de 9 de marzo de 1989.

⁶⁶ J. MARTÍNEZ ROSADO, *Nulidad de ciertas cláusulas por abusivas en el transporte aéreo: comentario a la SJMER núm. 8 de Barcelona, de 23 de mayo de 2012*, en *La nueva ordenación del mercado de transporte* (dirs. PETIT/ MARTÍNEZ SANZ/RECALDE), Madrid, 2013, p. 619.

⁶⁷ Parliamentary questions, Answer given by Mrs. Reding on behalf of the Commission, 1 julio 2010, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2010-3237&language=SV>.

⁶⁸ Se trata de un deber de cooperación del pasajero, A. ZAMPONE, *La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo*, en M. DEIANA (a cura di), *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari, 2005, p. 58.

⁶⁹ El Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil contiene detalladamente toda la documentación necesaria en función de la nacionalidad y edad de las personas y del tipo de vuelo (nacional/UE-Schengen/internacional): Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil; modificado en diversas ocasiones, siendo la última por Resolución de 9 de julio de 2019, de la Secretaría General de Transporte, por la que se aprueba la actualización de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil.

La misma ha sido declarada ilícita puesto que los documentos acreditativos que exige son contrarios a los previstos en el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (en adelante, PNS) español. En efecto, si bien el Derecho aplicable al contrato, siguiendo Roma I puede ser el irlandés, el art. 9.2 prohíbe que esta libertad de elección restrinja la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, definidas en el art. 9.1. En consecuencia, resulta de aplicación la legislación española. Y esta conclusión es conforme con el Ordenamiento español. En concreto, con el art. 8.1 CC, que prevé que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español; con el art. 7 LNA, que establece que, a las aeronaves extranjeras, mientras se encuentren en territorio de soberanía española, o en espacio aéreo a ellas sujeto, les serán aplicadas las disposiciones de esta Ley, así como las penales, de policía y seguridad pública vigentes en España; y con el PNS dictado en desarrollo del art. 3.1 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (en adelante, LSA) que determina las medidas y los procedimientos necesarios para garantizar la aplicación efectiva de las normas de seguridad de la aviación civil en los aeropuertos, aeródromos e instalaciones de navegación aérea y la prevención de actos ilícitos contra las actividades aeronáuticas.

En consecuencia, los Estados miembros distintos de Irlanda en que RYANAIR presta sus servicios están facultados para exigirle que aplique sus respectivos programas nacionales para la seguridad de la aviación civil cuando opere en ellos y, por tanto, rigen las normas previstas en España (PNS).

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero, declarando la nulidad de la cláusula de VOLOTEA que le faculta para denegar el embarque en casos de presentación de DNI caducado para vuelos nacionales, siguiendo el art. 86.7 TR 1/2007, esto es, por la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor y usuario ya que, siguiendo el PNS:

- el pasajero nacional mayor de 14 años puede identificarse con DNI o pasaporte que no esté en vigor o con carné de conducir expedido en España;
- el pasajero nacional menor de 14 años está exento de presentar documentación alguna, bajo la responsabilidad de la persona con la que realiza el viaje;
- el pasajero de un Estado miembro de la Unión o de un país del espacio Schengen, Andorra o Liechtenstein puede identificarse con pasaporte o documento de identidad válido que no esté en vigor, o con permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor, o con carné de conducir expedido en España.

6.3. Pasajeros conflictivos

La SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, ha analizado la cláusula que faculta a RYANAIR para denegar el embarque del siguiente tenor:

“nos podemos negar a transportarles o transportar su Equipaje... Si ha mostrado una mala conducta en un vuelo anterior y tenemos motivos para creer que esta conducta podría repetirse”.

Con acierto, entiende el Tribunal que la mala conducta en un vuelo anterior y la existencia de motivos para considerar que tal conducta pudiera repetirse no es equiparable a la definición de “pasajero potencialmente conflictivo” contenida en el art. 3.18 Reglamento (CE) nº 300/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el

que se deroga el Reglamento (CE) n° 2320/2002⁷⁰, como pasajero que bien ha sido expulsado de un país, bien es considerado inadmitido a efectos de inmigración o bien viaja custodiado. Es más, la cláusula no delimita de algún modo siquiera aproximativo en qué puede consistir la mala conducta, y ni siquiera permite asociar la “mala conducta” con un comportamiento amenazante para la seguridad del avión prevista en el PNS. Dada su ambigüedad debe declararse contraria a los arts. 5 LCGC y 80.1.a) TR 1/2007, así como nula de conformidad con el art. 85.3 TR 1/2007, esto es, por reservar a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.

7. Denegación del transporte

Llamativa es la cláusula del siguiente tenor predispuesta por RYANAIR:

“Nos podemos negar a transportarles o transportar su Equipaje, siempre y cuando os hayamos remitido una notificación de nuestra intención de no transportarles en ninguno de nuestros vuelos en ningún momento a partir de la fecha de dicha notificación”.

La cláusula por la que se reserva RYANAIR la facultad de decidir si contrata o no con un sujeto ha sido analizada por la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio.

Es cierto que el art. 27 CM consagra la libertad de contratación del transportista, pero no puede perderse de vista que el contrato de transporte aéreo de pasajeros es un contrato con consumidores, por lo que en este ámbito la libertad de contratación del empresario puede limitarse en determinados supuestos: cuando se trata de bienes o servicios esenciales o de primera necesidad, con una oferta limitada o cuando el consumidor se ve obligado a contratar precisamente con aquel. Esto es lo que sucede en el ámbito del transporte aéreo, cuando existen destinos exclusivos o rutas directas operadas por una única compañía, sin perder de vista que, pese a su liberalización, continúa siendo un servicio económico de interés general (SIEG).

En consecuencia, dicha cláusula es nula por reservar al empresario “un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida” (art. 85.1 TR 1/2007) además de que incumple la transparencia exigida por el art. 5 LCGC.

8. Cláusulas que prohíben la resolución del contrato por el pasajero

Es la cláusula analizada por la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 363/2013, de 21 octubre, que no incluye la posibilidad de solicitar la devolución del importe del billete en los casos de defunción o intervención quirúrgica obligatoria, sino que sólo permite cambiar el vuelo por otro idéntico en los seis meses siguientes.

Con acierto entiende el Tribunal que la misma es abusiva y, por ende, nula por cuanto excluye la facultad de liberarse del contrato en los casos de fuerza mayor, lo que constituye una limitación de los derechos del consumidor prohibida por el art. 86.7 TR 1/2007, que considera abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas.

En efecto, siguiendo el art. 1105 CC, el caso fortuito y la fuerza mayor exoneran al deudor y producen efectos liberatorios. Asimismo, el art. 160 TR 1/2007 prevé

⁷⁰ D.O.U.E. L 97, de 9 de abril de 2008.

expresamente para los viajes combinados el derecho del consumidor de resolver el contrato sin indemnización en los supuestos de fuerza mayor. Pero, además, el tenor de la cláusula obvia otras circunstancias excepcionales que afecten a la salud o, en general, que puedan considerarse como de fuerza mayor, por lo que tiene un carácter restrictivo o tasado, al excluir otros acontecimientos imprevisibles que impidan al pasajero realizar el viaje y que puedan incardinarse en el ámbito del art. 1.105 CC.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero, respecto de una cláusula de VOLOTEA de contenido similar.

9. Cláusulas sobre cancelaciones

La Comisión Europea en su “Guía para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales”⁷¹ exige que cuando las compañías aéreas anuncien un billete de avión determinado, indiquen la política de cancelaciones que se aplica al mismo (por ejemplo, si no hay posibilidad de reembolso o de cambiar el billete). Ello es especialmente importante cuando los gastos impuestos al consumidor por la compañía aérea por cancelar el billete equivalen al coste real del billete o incluso son más elevados. De hecho, la afirmación por la compañía de que dicha cancelación es posible podría constituir un acto de engaño (arts. 5 y 6 Directiva CE 2005/29/CE y arts. 5 y 7 LCD). Pero, además, los procedimientos establecidos no deben dificultar la reclamación de los impuestos y tributos que ya no se deban (p. ej. tasas aeroportuarias y tasas de seguridad). En caso contrario, esto podría suponer una falta de diligencia profesional (art. 5.2 Directiva CE 2005/29/CE y art. 4 LCD) una práctica agresiva [art. 9.d) Directiva CE 2005/29/CE y art. 8.2.d) LCD] por imponer obstáculos desproporcionados al consumidor cuando desea ejercer su derecho de poner fin al contrato o cambiar de billete.

No obstante, la cláusula que indica “Tarifa reducida, no permite cambios ni cancelaciones” fue declarada lícita por la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 230/2010, de 15 octubre⁷². Por un lado, por cuanto no existe un desequilibrio de los derechos y obligaciones impuesto de mala fe por el predisponente, ni impone renunciaciones o limita los derechos del consumidor (art. 86 TR 1/2007) y ello pese a que no se prevé la devolución de las tasas e impuestos. Por el contrario, la compañía, precisamente para poder ofertar esa reducción tarifaria, “*se ve obligada a acometer una organización económica de sus operaciones dentro de la cual constituye sin duda pieza esencial el aseguramiento del pasaje -o más bien de unos determinados ingresos por vuelo que solamente puede lograrse negando al pasajero que renuncia la posibilidad de obtener la devolución del precio. Se trataría, en consecuencia, de una renuncia adecuadamente compensada dentro del sinalagma obligacional*”. Por otro lado, tampoco, es nula por falta de reciprocidad (art. 87 TR 1/2007), en concreto, por “la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario” (art. 87.2). En efecto, a la compañía aérea no se le reconoce derecho alguno de desistimiento respecto de los viajeros que contratan sus servicios.

⁷¹ Cit.

⁷² AC\2011\628.

10. Cláusulas sobre precios

10.1. Repercusión de los incrementos de las tasas

Estas cláusulas, habituales en los condicionados muchas compañías aéreas por las cuales se reservan la facultad de repercutir al pasajero los incrementos de las tasas aeroportuarias y de seguridad posteriores a la realización de la reserva, pero antes del vuelo, han sido objeto de análisis en varias sentencias.

Tanto la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 363/2013, de 21 octubre, como posteriormente la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, han concluido que son contrarias al art. 85.10, párrafo 1º TR 1/2007, que declara abusivas las cláusulas “que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato *si el precio final resulta muy superior* al inicialmente estipulado”. Ello, no porque el transportista se reserva la facultad de repercutir en el pasajero los incrementos de tasas o impuestos, sino porque priva al consumidor de la posibilidad de resolver el contrato si el precio del billete finalmente se ve incrementado por un aumento de las tasas aeroportuarias. En efecto, cualquier aumento de las tasas, si implica un precio muy superior al inicialmente concertado, debe llevar aparejado el derecho a resolver el contrato. Y tal derecho se excluye en las cláusulas, que sólo contemplan la obligación del pasajero de asumir las modificaciones en las tasas.

Por precio muy superior al inicialmente establecido puede considerarse un incremento que exceda del 8%. Así deriva, del art. 158.1 TR 1/2007 que, previsto para los viajes combinados, permite el incremento de los precios después de la celebración del contrato, sólo en tres supuestos, como consecuencia directa de cambios en: a) el precio del transporte de pasajeros derivado del coste del combustible o de otras fuentes de energía; b) el nivel de los impuestos o tasas sobre los servicios de viaje incluidos en el contrato, exigidos por terceros que no están directamente involucrados en la ejecución del viaje combinado, incluidas las tasas, impuestos y recargos turísticos, de aterrizaje y de embarque o desembarque en puertos y aeropuertos; o c) los tipos de cambio de divisa aplicables al viaje combinado. Ahora bien, se exige que se cumplan los requisitos previstos en propio artículo, de tal forma que si el incremento del precio supera el 8% del precio total del viaje combinado (incremento sustancial) el viajero debe tener la opción, en un plazo razonable especificado por el organizador, de aceptar el cambio propuesto o de resolver el contrato sin pagar penalización.

Además, con acierto, ambos Tribunales descartan que dicha cláusula tenga amparo en el párrafo 2º del art. 85.10 TR 1/2007, que excluye el derecho de resolución en aquellos casos de “*adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio*”. En efecto, la repercusión de tasas e impuestos al pasajero nada tiene que ver con la fijación del precio de acuerdo con parámetros legales previamente establecidos (como es el caso, en el sector bancario de aplicación del EURIBOR).

No obstante, llama la atención la posterior Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero⁷³. Pese a hacerse eco de los fundamentos expuestos por la Audiencia de Barcelona, declara la licitud de la cláusula simplemente por no quedar al arbitrio del profesional el aumento legal de impuestos durante la vigencia del contrato, sin tener en cuenta si el incremento es o no muy

⁷³ AC\2019\1.

superior al inicialmente previsto, y aunque al pasajero no se le otorga el derecho a resolver el contrato, como exige el art. 85.10, párrafo 1º TR 1/2007.

10.2. *Imposición de cargos por impresión de la tarjeta de embarque*

Constituye esta una cláusula que ha venido siendo habitual en las compañías *low cost*, por la que se obliga al pasajero a llevar consigo impresa la tarjeta de embarque bajo la penalización (en la actualidad se admiten ya las tarjetas de embarque móvil), en caso contrario, de tener que abonar entre 30 y 50 euros por la impresión o reimpresión de la misma en el mostrador del aeropuerto, como requisito para el embarque. La misma ha sido objeto de análisis por nuestros tribunales, no existiendo hasta la fecha una doctrina unánime. Por el contrario, la Sección 15ª de la AP de Barcelona y la Sección 28ª de la AP de Madrid mantienen posturas enfrentadas.

En efecto, la cláusula fue analizada por la sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 5 de octubre de 2011, que contó con un voto particular, declarando la validez de la predispuesta por RYANAIR⁷⁴. A juicio del Tribunal el art. 92 LNA, el art. 3.1 CV y el 3.1 CM, obligan al transportista a *entregar* (en puridad, expedir) el billete de pasaje a la otra parte del contrato, pero no le imponen el deber de soportar los gastos de la tramitación y documentación del contrato o los que a ellos sean equiparables, por lo que no resulta de aplicación el art. 89.3 TR 1/2007, que declara abusiva *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional”*.

Y se alcanza esta conclusión pese a que el Reglamento (CE) nº 261/2004 es claro al definir el billete (art. 2.f) como *“todo documento válido que dé derecho al transporte, o su equivalente en forma no impresa, incluida la electrónica, expedido o autorizado por el transportista aéreo o por su agente autorizado”*. Obvia el Tribunal no sólo el concepto de billete ofrecido por el Reglamento, sino la propia configuración de dicho documento y del contrato de transporte contenida en el CM y en la LNA⁷⁵. En efecto, el contrato de transporte aéreo de personas es un contrato consensual y no formal por lo que la emisión del billete o de la tarjeta de embarque no constituye un requisito para la validez del mismo. Además, en todo caso tanto la LNA (art. 92) como el CM (art. 3) imponen la obligación de documentar el contrato al transportista, bien por escrito o bien en cualquier otro soporte de naturaleza duradera por lo que, dicha documentación debe de ser gratuita para el pasajero. Así deriva del art. 63.2 TR 1/2007, que exige que la formalización del contrato sea gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera; y del art. 89.3 TR 1/2007, puesto que supone la imposición al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario. Si bien la legislación internacional y nacional no imponen expresamente a las compañías aéreas la obligación de soportar los gastos de emisión o expedición del

⁷⁴ Fue declarada nula por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, Sentencia 10 enero 2011 (AC 2011\7).

⁷⁵ Vid. una acertada crítica a la misma por C. CANO ORTEGA, *Cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo: la exigencia de la impresión de la tarjeta de embarque*, en *Estudios de Derecho del comercio internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa* (dirs. JÍMEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO), Madrid, 2013, pp. 221 y ss. TAMBIÉN P. MÁRQUEZ LOBILLO, *Contratación del transporte aéreo low cost en internet, protección de pasajeros y condicionamiento del contrato en el ordenamiento jurídico español*, en M. DEIANA (a cura di), *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, cit., pp. 216 y ss.

billete, sí lo hacen de modo implícito al hacer recaer sobre ellas precisamente la obligación de emisión⁷⁶.

La SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, alcanza distinta conclusión, aunque mantiene la opinión, entendemos que errónea, de que no es obligación del transportista la documentación y entrega gratuita del billete al pasajero. Fundamenta la calificación de la cláusula como abusiva con base en el art. 89.6 TR 1/2007, que declara abusivas las “cláusulas que supongan la imposición de una *indemnización desproporcionadamente alta*, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. En opinión del Tribunal debe compararse la cuantía que resulta de la aplicación de la cláusula (40 euros) con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente.

En similares términos, se pronuncia también el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, sentencia núm. 37/2017 de 16 febrero, considerando que la cláusula que impone el cobro por la falta de impresión es abusiva pues es desproporcionada, resultando de aplicación el art. 89.6 TR 1/2007. No se prueba por la compañía el coste que le supone la reimpresión de la tarjeta y no es razonable pensar que la cantidad que tiene que satisfacer cada viajero resulte equivalente a los gastos que esta prestación de servicios le cuesta a aquella.

Con todo, de nuevo recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero, reproduce los fundamentos de la Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) de 5 de octubre de 2011, y concluye que la calificación como abusiva de la cláusula no ha de buscarse tan solo en lo desproporcionado del precio (y no lo es 30 euros), sino en si el pasajero dispone de la información completa, adecuada y previa al embarque sobre dicho coste del *check-in* en aeropuerto, lo que sí proporciona la compañía aérea.

10.3. *Prohibición de pago en efectivo*

Se trata de una cláusula de la compañía aérea RYANAIR, también analizada por la Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio, que establece que no acepta dinero en efectivo para abonar tarifas aéreas, tasas o cargos por el transporte del exceso de equipaje y material deportivo en los mostradores de los aeropuertos.

La misma ha sido declarada abusiva y, por tanto, nula por ser contraria al art. 86.7 TR 1/1007, por cuanto impone una renuncia o limita los derechos del consumidor, en concreto de los derivados del art. 1170 CC que faculta al pago de las deudas en moneda de curso legal. Como ha afirmado la Comisión Europea “*los comercios están obligados a aceptar todos los pagos con billetes y monedas de euros*” y, en el mismo sentido el Banco de España “*dotar a una moneda de curso legal implica que el pago de cualquier deuda no puede ser rechazado cuando se realiza con la expresión física de la misma, esto es, con billetes y monedas*”⁷⁷. En definitiva, nadie puede oponerse al pago en efectivo, sin perjuicio de que existan otros medios legales de pago para la liquidación de deudas monetarias y de que en atención a especiales intereses de orden público se puedan establecer límites y condiciones a aquella regla.

⁷⁶ Con acierto J.M. MARTÍN OSANTE, *Cargo económico adicional por emisión del billete electrónico en el transporte aéreo*, Rdt, n. 12, 2013, pp. 148 y ss.; ID., *Transporte aéreo low cost: información precontractual y cláusulas abusivas*, en M. DEIANA (a cura di), *Profili giuridici del trasporto aéreo low cost*, cit., pp. 164 y ss.

⁷⁷ <http://www.fec.es/index.php?opc=vernoticia&id=663>.

10.4. La imposición de otros cargos

Igualmente son varias las cláusulas de la compañía aérea RYANAIR que imponen al pasajero distintos cargos, analizadas por la Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017, de 26 julio y declaradas válidas.

“En todas las reservas se aplica un cargo por facturación en línea, excepto en aquellos casos en que concurre una determinada tarifa promocional. Este cargo se cobra por persona y por vuelo, y asciende a 6 euros/6 Libras por las reservas realizadas a través de <http://www.ryanair.com/> y a 12 euros/12 Libras por las reservas efectuadas a través de un centro de llamadas o al aeropuerto. Salvo por lo dispuesto en los Artículos 10.2 o 10.3 siguientes, estos cargos no son reembolsables”.

En efecto, dicho cargo corresponde a un suplemento opcional del precio de los contemplados en el art. 23.1 Reglamento (CE) nº 1008/2008. Estos suplementos opcionales del precio derivan de servicios accesorios y no esenciales para el transporte aéreo, como los seguros de cancelación, la elección de un determinado asiento, el embarque prioritario, la facturación *on line*, la emisión del billete electrónico, la facturación de equipaje no de mano, etc. Además, cumple los requisitos previstos en la norma para su validez: se ha comunicado de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, tanto su concepto como su importe; y su aceptación por el pasajero se realiza sobre una base de opción de inclusión. Es decir, no sólo se exige que se informe de los suplementos opcionales del precio con claridad y transparencia, sino que sean aceptados expresamente por el pasajero (sistema *opt in*) prohibiéndose su inclusión por defecto (sistema *opt out*), esto es, que deba rechazarlos expresamente. Así lo ha declarado ya el TJUE [(Sala Tercera), sentencia de 19 de julio de 2012 (asunto C- 112/11)⁷⁸; (Sala Quinta) 18 de septiembre de 2014 (Vueling Airlines); Sentencia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2017 (Caso Air Berlin)].

Con todo, como se ha expuesto, siguiendo al TJUE la libertad de precios del Reglamento (CE) nº 1008/2008 no se opone al posible análisis de la calificación como abusivas de las cláusulas de fijación de precios. Y, en concreto, el cargo por facturación en línea no es una cláusula contraria al art. 89.3 TR 1/2007, puesto que no supone una traslación al usuario de gastos de documentación y tramitación que por Ley corresponden al empresario; y tampoco contraria al art. 89.5 TR 1/200, ya que no implica un incremento del precio que no corresponde a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas.

A la misma conclusión llega el Tribunal respecto del “*Cargo UE 261*”, esto es, de la repercusión a los pasajeros en el precio del billete de los gastos generados por el cumplimiento por las compañías aéreas de las obligaciones de asistencia derivadas del Reglamento (CE) nº 261/2004. Así lo declaró ya la STJUE (Sala Tercera) 31 enero 2013 (Denise McDonagh)⁷⁹, al afirmar que las compañías son libres de repercutir los gastos generados por esta obligación en los precios de los billetes de avión.

Igualmente sucede con los cargos por equipaje facturado. La cláusula está amparada en la libertad de fijación del precio de la que disfruta el transportista aéreo, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1008/2008, cuestión que fue resuelta por la STJUE (Sala Quinta) 18 septiembre 2014 (caso Vueling Airlines)⁸⁰, al afirmar que el precio a pagar

⁷⁸ Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Köln (Alemania), mediante resolución de 2 de marzo de 2011, *Rec.* 2012.

⁷⁹ TJCE 2013\29.

⁸⁰ ECLI:EU:C:2014:2232.

por el transporte del equipaje facturado puede constituir un elemento opcional del precio (art. 23.1) dado que tal servicio, a diferencia del equipaje no facturado o de mano, no puede considerarse obligatorio o indispensable para el transporte de dichos pasajeros.

De hecho, la STJUE (Sala Quinta) 18 septiembre 2014 ha declarado que el art. 97 LNA, que regula el equipaje a transportar, tanto facturado como de mano, obligando al transportista *“a transportar juntamente con los viajeros, y dentro del precio del billete, el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los Reglamentos”* es incompatible con la libertad de fijación de precios en el transporte aéreo establecida en el art. 22.1 del Reglamento (CE) n° 1008/2008.

Sobre el cobro de un cargo adicional en caso de pago del viaje con tarjeta de crédito, contenido en las condiciones generales de IBERIA se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, en sentencia núm. 150/2014, de 27 junio⁸¹.

Dicha cláusula se considera válida siempre que cumpla los requisitos del art. 60.Ter TR 1/2007 y del art. 24.3 Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago. Así, se admite la posibilidad de que el operador haga recaer en el cliente el coste financiero del pago con tarjeta, siempre que el cargo no supere el coste soportado por el empresario por el uso de tal medio; y siempre que le informe de ello, siguiendo el art. 19 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁸².

⁸¹ AC\2016\1724.

⁸² D.O.U.E. L 304, de 22 de noviembre de 2011.

Articoli e Saggi

**La nueva regulación de los servicios de viaje
vinculados y de las garantías en estos servicios en la
normativa de la Unión Europea y en el derecho interno
español***

Luis Alberto Marco Arcalá

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho de Zaragoza*

Abstract

The new regulating frame on linked travel arrangements and security for these arrangements in European Union statutes and Spanish law.

The aim of this work is to analyze linked travel arrangements as one of the most important new legal concepts that have been entered through the Directive 2015 on package travel and linked travel arrangements, and also how have been implemented this Directive in domestic Spanish Law in concerning with this subject, and also in relation to compulsory security for this arrangements. This paper is a brief comment of main legal provisions about linked travel arrangements in European Union and Spanish Law, focused in particularly on security for these arrangements. Finally, it has also been developed likely significance of this regulating frame in the present and in the future.

Key words: Linked travel arrangements, security for linked travel arrangements, Directive 2015 on package travel and linked travel arrangements, Domestic Spanish Law on linked travel arrangements.

Sommario — I. LA NUEVA FIGURA DE LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS — 1. La vertiginosa evolución del contexto fáctico y tecnológico de la contratación turística: los llamados “paquetes dinámicos” — 2. La delimitación de los servicios de viaje vinculados frente a la figura de los viajes combinados — II. LOS REQUISITOS DE INFORMACIÓN EN LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS — 1. Introducción: el valor de la información precontractual en los servicios de viaje vinculados como instrumento de protección del consumidor — 2. Los sujetos de la obligación de información precontractual en los servicios de viaje vinculados. a) Los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados y dirigen sus actividades hacia la UE. b) La comunicación entre empresarios del contrato que da lugar a los servicios de viaje vinculados. c) La carga de la prueba del cumplimiento de

* Sottoposto a referaggio. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MEC “Hacia un régimen integrado del transporte de personas y carga (plataformas logísticas)” (Ref. DER 2016-76936-R).

esta obligación en los servicios de viaje vinculados — 3. La forma de la comunicación en la información precontractual en los servicios de viaje vinculados — 4. El contenido de la información precontractual en los servicios de viaje vinculados. a) La exclusión del régimen general de los viajes combinados. b) La responsabilidad individual y separada de cada uno de los prestadores de servicios. c) La protección frente a la insolvencia en los servicios de viaje vinculados (remisión) — 5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información precontractual en los servicios de viaje vinculados. a) Preliminar: los diferentes supuestos de incumplimiento de esta obligación. b) La responsabilidad por la falta de información sobre la exclusión del régimen general de los viajes combinados o sobre la garantía de la insolvencia. c) La responsabilidad por la falta de uso de los formularios normalizados o por la omisión parcial de alguno de los datos exigidos en estos formularios — III. LA GARANTÍA FRENTE A LA INSOLVENCIA EN LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS — 1. Preliminar — 2. Los diferentes niveles normativos en la regulación de las garantías frente a la insolvencia en los servicios de viaje vinculados — 3. La obligación de constituir una garantía y las formas de prestarla — 4. Las coberturas de la garantía: especial referencia a la repatriación de los viajeros — 5. La delimitación de la insolvencia y de sus manifestaciones — 6. Los beneficiarios de la garantía — 7. La disponibilidad de la garantía — 8. La cooperación administrativa e institucional en la protección contra la insolvencia — IV. REFLEXIONES FINALES: LAS NUMEROSAS LABORES PENDIENTES.

I. LA NUEVA FIGURA DE LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS

Una de las más relevantes novedades introducidas mediante la nueva Directiva de Viajes Combinados de 2015 (Directiva 2302/2015/UE, del Parlamento Europeo [PE] y del Consejo, de 25 noviembre 2015 [DOUE L 326, de 11 diciembre 2015], relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados [DVC 2015])¹, cuando no la

¹ Sobre esta Directiva, *vid.* A. PANIZA FULLANA, *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Madrid, 2017, especialmente p. 31-62, de la misma autora, *La transposición de la Directiva (UE) 2015/2302, de 16 de noviembre, relativa a viajes combinados y servicios de viaje vinculados: El Proyecto de Ley por la que se modifica el TRLGDCU*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 6, 2018, p. 93-104, S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados [Directiva (UE) 2015/2302] Cuestiones de ley aplicable*, Madrid, 2018, M.M. GÓMEZ LOZANO, *El contrato de viaje combinado*, en *Contratos mercantiles*, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dtor.), M.A. CALZADA CONDE, A. DEL BARRIO PÉREZ (Coords.), t. I y II, Cizur Menor, 2017, t. II, p. 1441-1501, C. CAMACHO PEREIRA, *La protección del viajero en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados*, en J.L. JIMÉNEZ CABALLERO (Dtor.), *El turismo y la experiencia del cliente: IX jornadas de investigación en turism*, t. I y II, Universidad de Sevilla, 2016, t. I, p. 51-81 (disponible en <https://idus.us.es/xmlui/handle>), de la misma autora, *La información precontractual en el ámbito de los viajes combinados tras la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados*, en *Revista de Derecho UNED*, n. 19, 2016, p. 581-615 (disponible en <http://revistas.uned.es/>), J.M. SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, *La protección al viajero frente a los daños sufridos durante un viaje combinado*, en *RIDETUR*, n. 2, 1, 2018, p. 91-127, C. BERENGUER ALBADALEJO, *Lucas y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados*, en *International Journal of Scientific Management Tourism*, v. 2, n. 2, 2016, p. 33-49 (disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>), M.J. REYES LÓPEZ, *Novedades legislativas recogidas en la Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre, de viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 1, 2017, p. 341-351 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es>), P. MARTÍN ARESTI, *Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, del Consejo [DOUE L 326, de 11-XII-2015]*, en *Ars Iuris Salmanticensis*, n. 4, 2, 2016, p. 131-136 (disponible en <http://revistas.usal.es/ars>), M. ZUBIRI DE SALINAS, *El transportista aéreo de viajes o servicios*

principal de todas ellas, ha sido la regulación de los llamados servicios de viaje vinculados, figura de nuevo cuño (al menos en cuanto a su enfoque netamente jurídico) surgida en el sector turístico al socaire de los avances de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) a finales del pasado siglo XX y principios de este siglo XXI, y que, por ello, no llegó a verse contemplada en la antigua y derogada Directiva de Viajes Combinados de 1990 (Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 junio 1990 [DOUE L 158, de 23 junio 1990] relativa a los viajes combinados [DVC 1990])², actualmente ya sustituida por la DVC 2015 en el momento presente. Pues bien, el análisis del nuevo régimen de los servicios de viaje combinados en dicha Directiva (Cap. VI, art. 19) y en la incorporación de la misma llevada a cabo a través de la reforma más reciente³ del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TrLGDCyU), aprobado mediante el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 287, de 30 noviembre 2007)⁴, concretamente en su actual Tít. III, arts. 167 y 168, y Anexo III, es lo que va a constituir el objeto del presente trabajo.

combinados, P. JARNE MUÑOZ, *El nuevo régimen de las modificaciones del contrato antes del inicio del viaje en la Directiva de Viajes Combinados*, ambos en A. KONERT (Ed.), *La Unión Europea y América Latina frente a los desafíos del Derecho Aeronáutico*, Varsovia, 2018, p. 94-115, y p. 27-32, respectivamente, y A. ZAMPONE, *Riflessioni sulla Dir. (UE) 2015/1302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati*, en *Diritto dei Trasporti*, n. 1, 2018, p. 1-25, entre otros autores.

² Sobre esta Directiva, vid. P. DE LA HAYA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado. Responsabilidad de las agencias de viajes*, Madrid, 1997, p. 39-52, J. GÓMEZ CALERO, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Madrid, 1997, p. 16-21, E. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 32-51, P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, Estudio Normativo y Jurisprudencial)*, Cuenca, 1999, p. 40-52, M.P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Madrid, 1999, p. 42-61, J.A. TORRES LANA, M.N. TUR FAUNDEZ, J.D. JANER TORRENS, *La protección del turista como consumidor*, Valencia, 2003, p. 125-126, A. SOLER VALDÉS-BLANCO, *El contrato de viaje combinado*, Cizur Menor, 2005, p. 79-91, M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El contrato de viaje combinado*, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dtor.), *Tratado de contratos*, t. IV, Valencia, 2013, p. 5501-5543, G. ALCOVER GARAU, *La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español*, en *RDM*, n. 232, 1999, p. 687-704, J.C. MUÑOZ MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y el Derecho español*, en *NCEE*, n. 123, 1995, p. 85-94, I. QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, en *EC*, n. 22, 1991, p. 314-319, y M.C. PASTOR SEMPERE, *El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (Texto refundido Ley General de Consumidores y leyes complementarias)*, en *Cuadernos de Turismo*, n. 25, 2010, p. 99-124 (disponible en <http://dialnet.uniroja.es>), entre otros muchos autores.

³ Esta reforma se ha visto realizada mediante el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 diciembre (BOE 313, de 27 diciembre 2018), de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, en concreto en su Tít III (art. IV), mediante el cual se incorpora a nuestro ordenamiento interno la DVC 2015, según se indica directa y expresamente en la Disp. Final II c) de este Real Decreto-Ley, que, por lo demás, fue convalidado por Acuerdo y Resolución del Congreso de los Diputados de 22 enero 2019 (BOE 25, de 29 enero 2019). Sobre esta modificación, vid. P. MARTÍNEZ ESPÍN, *La reforma del régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, en *La Ley Mercantil*, n. 55, 2019, p.25-66, F. GRAGERA CONTADOR, *Transposición de la Directiva (UE) 2015/2302, relativa a los viajes combinados y servicios de viaje vinculados. Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre. Posibles implicaciones prácticas*, en *La Ley*, n. 9344, 2019, p. 1-8, y M. ZUBIRI DE SALINAS, *Conceptos clave y responsabilidad en la nueva regulación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados*, en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, n. 34, 2017, p. 25-66 (48-52 y 57-63), disponible en <http://www.eumed.net/rev/rednma/34>.

⁴ El TrLGDCyU ha sido objeto en sucesivas ocasiones de diferentes modificaciones, la más reciente de las cuales fue llevada a cabo a través del RDLeY 23/2018, de 21 diciembre (BOE 313, de 27 diciembre 2018), de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, en concreto en su Tít III (art. IV), mediante el cual se incorpora a nuestro ordenamiento interno la DVC, *cit.*, según se indica directa y expresamente en la Disp. Final II c) de este

1. La vertiginosa evolución del contexto fáctico y tecnológico de la contratación turística: los llamados “paquetes dinámicos”

La adopción de la DVC 2015 vino justificada por los numerosos e intensos cambios que se produjeron en la siempre peculiar idiosincrasia del sector turístico durante la última década del pasado s. XX y la primera del presente siglo XXI. En particular, tales cambios trajeron su causa de la irrupción de Internet en dicho sector, la cual supuso, como en otros ámbitos, toda una revolución fáctica y tecnológica a la que hubo que dar la lógica y adecuada respuesta desde el Derecho. Pues bien, esta fue y sigue siendo la principal de las finalidades a las que responde la citada Directiva 2302/2015 y, por extensión, ahora también el TrLGDCyU⁵. Así, en la actualidad, los usuarios pueden llegar a contratar servicios de viaje vinculados desde diferentes tipos de plataformas, tales como comparadores de servicios de transporte, alojamiento y hostelería, centrales de reserva *on line* organizadas desde cualesquiera operadores turísticos y de transporte, en particular desde las páginas *web* de las compañías aéreas, incluso plataformas de compras colectivas, etc.⁶ Pues bien, esta contratación de diversos servicios de viaje sueltos y en principio sin ninguna relación entre sí, pero cuya única ligazón radica en el medio a través del cual se han estipulado en un único acto es lo que se ha venido a denominar *dynamic package* o “paquete dinámico”⁷, caracterizado por un fenómeno al que se alude a veces con el término “desintermediación”⁸, y que expresa claramente la mayor independencia del viajero a la hora de diseñar su propio viaje sin tener que

Real Decreto-Ley, que, por lo demás, fue convalidado por Acuerdo y Resolución del Congreso de los Diputados de 22 enero 2019 (BOE 25, de 29 enero 2019). Sobre esta modificación, *vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, *ibidem*, y F. GRAGERA CONTADOR, *ibidem*, entre otros autores.

⁵ En sentido similar, y sobre el proceso pre-normativo de la DVC 2015 en este punto, *vid.* M.C. PASTOR SEMPERE, *Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y de las políticas de la Unión Europea en materia de mercado interior y de defensa de los consumidores en la contratación de viajes combinados*, en *RDM*, n. 288, 2013, p. 89-140 (90-96), M.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados*, en *RDM*, n. 297, 2015, p. 171-198 (172-178), A. PANIZA FULLANA, *La propuesta de Directiva relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje: ¿El reconocimiento de la nueva realidad?*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 4, 2014, p. 51-60 (54-56), A. BATUECAS CALETRO, *La contratación de viajes combinados*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 6, 2016, p. 29-61 (29-33), y J.D. CAMARGO GÓMEZ, *Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo en el ordenamiento jurídico español*, en *AIS*, n. 2, 2014, p. 95-125 (96-98), disponible en <http://revistas.usal.es>, entre otros muchos autores.

⁶ En este sentido, *vid.* A. PANIZA FULLANA, *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, *cit.*, p. 49-62 (especialmente p. 57-62), y J.D. CAMARGO GÓMEZ, *op. cit.*, especialmente p. 99-100.

⁷ Sobre los paquetes dinámicos, *vid.* A. PANIZA FULLANA, *ibidem*, J.I. PEINADO GRACIA, *La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos*, en M.J. GUERRERO LEBRÓN (Dtora.), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Madrid, 2015, p. 513-560 (527-528), P. MÁRQUEZ LOBILLO, *El consumidor en la contratación de servicios turísticos*, en *RDM*, n. 282, 2011, p. 209-242, M.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Redefiniciones*, *cit.*, p. 187-190, I. GONZÁLEZ CABRERA, *Una nueva configuración del viaje turístico. Del viaje combinado al paquete dinámico*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 7, 2017, p. 29-66, A. Asensi Meras, *Contratación on line de servicios turísticos y paquetes dinámicos de turismo*, en *Revista de Investigaciones Turísticas*, n. 12, 2016, p. 163-182 (disponible en <http://dx.doi.org/10.14198/INTURI2016.12.08>), J.D. CAMARGO GÓMEZ, *op. cit.*, especialmente p. 99-107, y T. PANTAZI, *Airline Bankruptcy and Consumer Protection in the European Union*, en *Air and Space Law*, n. 35, 6, 2010, p. 409-421 (413-414), entre otros autores.

⁸ Término tomado de M.C. PASTOR SEMPERE, *Incidencia de las tecnologías*, *cit.*, p. 90, y J.D. CAMARGO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 96.

recurrir a agencias de viaje minoristas. Sin embargo, esta ventaja inicial puede redundar a la larga en una desprotección del viajero ante las eventuales disfunciones que puedan producirse en el normal funcionamiento de los servicios contratados, que van desde la ausencia de su prestación hasta cualesquiera otros posibles defectos en su desarrollo y puesta en práctica. Y de ahí, pues, que se haya tenido que ampliar el régimen tuitivo de la DVC 2015 y del TrLGDCyU para dar una cobertura idónea y suficiente a estos casos, en concreto con los instrumentos que van a ser sucintamente analizados a continuación.

2. La delimitación de los servicios de viaje vinculados frente a la figura de los viajes combinados

Como no podía ser de otro modo, los servicios de viaje vinculados son uno de los principales conceptos que se han visto definidos en el vasto elenco de definiciones fijadas a lo largo de los diferentes aps. de los arts. 3 DVC 2015 y 151.1 TrLGDCyU⁹, en concreto en sus aps. 5º y e), respectivamente. Según tales preceptos, nos hallamos ante unos servicios de viaje vinculados cuanto se adquieren al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje [en el sentido de los arts. 3.1º DVC 2015 y 151.1 b) TrLGDCyU] con objeto del mismo recorrido o vacación y que, sin constituir un viaje combinado [en el sentido de los arts. 3.2º DVC 2015 y 151.1 c) TrLGDCyU], den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de esos servicios de viaje, siempre que, además, se cumplan las condiciones siguientes:

- Desde una perspectiva positiva, debe concurrir el requisito de que el empresario prestador de estos servicios facilite al viajero, bien la selección y el pago separado de cada servicio de viaje con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta [ésto es, una instalación de venta al por menor, ya sea física o virtual, es decir, a través de plataformas o medios *on line*, según la definición de los arts. 3.15º DVC 2015 y 151.1 m) TrLGDCyU], o bien la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

- Desde una perspectiva negativa, en lo que constituye un supuesto excluido de esta definición, no ha de darse la circunstancia de que se adquiriera como máximo un transporte de pasajeros, un alojamiento que no sea parte integrante de dicho transporte y sin finalidad residencial, o un alquiler de turismos u otros vehículos a motor y se combine tan sólo con cualesquiera otros servicios turísticos que, por si solos, no representen una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación y no se anuncien o no supongan por alguna otra razón una característica esencial del viaje o vacación.

En suma, el rasgo más básico y característico de los servicios de viaje vinculados es la contratación de los mismos a través de un único punto de venta que permite acceder a la estipulación de tales servicios, pero sin que el empresario titular de dicho punto de venta guarde relación jurídica o económica alguna con los demás empresarios prestadores de estos servicios, ni éstos entre sí, a diferencia de lo que sucede en los viajes combinados, en los que el organizador o el minorista ofrecen al viajero una contratación conjunta de los diversos servicios englobados en el viaje a través de un entramado contractual y económico más complejo.

⁹ Sobre estos preceptos, *vid.* M. ZUBIRI DE SALINAS, *Conceptos clave*, *cit.*, p. 45-48.

Como puede verse y es muy evidente, la delimitación legal de los servicios de viaje vinculados se ha planteado desde una perspectiva lo más general, abstracta y omnicomprendensiva posible. No obstante, son muchas y muy diversas las situaciones en las que se pueden estipular los servicios de viaje vinculados desde un único punto de venta. Por ejemplo, ya se ha previsto en el propio concepto legal de punto de venta que la instalación desde la que se contraten los servicios de viaje vinculados puede ser mueble o inmueble o bien una página *web*, que suele ser lo más frecuente en la práctica por razones obvias. Y es este último supuesto el que ofrece en el momento presente un mayor número de variantes, e incluso el que viene a superponerse de una forma casi mimética con los viajes combinados [tal y como se han visto definidos en los arts. 3.2 DVC 2015 y 151.1 b) TrLGDCyU¹⁰], puesto que también esta modalidad de la contratación turística viene a estipularse por medios exclusivamente digitales¹¹, hasta alcanzar un volumen nada desdeñable dentro de este sector. Por tanto, a nadie puede sorprender que haya resultado difícil y complicado llegar a distinguir con nitidez ambas figuras en el entorno de Internet, pese a la aparente claridad con que aparecen definidas en las normas ya indicadas *supra* de la DVC 2015 y del TrLGDCyU. De ahí que se haya aprovechado para aportar una mayor nitidez en este punto el preceptivo informe que, conforme al art. 26.1 DVC 2015, debía elevar la Comisión de la UE al PE y al Consejo sobre los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados aplicados a reservas *on line* efectuadas en diferentes puntos de venta, a más tardar el 1 enero 2019, aunque el documento en cuestión fue presentado el 21 junio del mismo año, casi seis meses después de la fecha inicialmente prevista¹². Pues bien, en dicho informe se recalca el criterio de distinción básico y fundamental que se infiere del concepto legal de viaje combinado establecida en el referido art. 3.2 DVC 2015, en su letra b), ap. v), conforme al cual se estará ante un viaje combinado si el primer empresario con el que se contrata *on line* transmite al segundo empresario los datos personales del viajero que contrata, es decir, su nombre y su correo electrónico y la información sobre el pago. De ser así, se tratará de un viaje combinado al que se accede con un clic, mientras que si tan sólo se facilita desde la página web del primer empresario la contratación adicional de otros servicios de viaje, pero sin enviar los datos personales del viajero contratante, entonces se hablará de servicios de viaje vinculados a los que se accede con un clic¹³. Se aporta también algún otro criterio adicional como la existencia de un precio total o inclusivo en el que el viajero pague globalmente todos los servicios de viaje contratados, en cuyo caso estaremos ante un viaje combinado, o bien la necesidad de pagar por separado cada uno de tales servicios, lo que reconducirá el supuesto hacia los

¹⁰ Sobre estos preceptos, *vid.* A. PANIZA FULLANA, *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, cit., p. 37-62, de la misma autora, *La transposición*, cit., p. 96-98, S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, cit., p. 22-28, P. MARTÍNEZ ESPÍN, *La reforma del régimen*, cit., p. 4-7, M.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Redefiniciones*, cit., p. 178-186, M. ZUBIRI DE SALINAS, *Conceptos clave*, cit., p. 28-30, J.M. SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, *La protección*, cit., p. 95-96, C. CAMACHO PEREIRA, *La protección del viajero*, cit., p. 56-60, y de la misma autora, *La información precontractual*, cit., p. 589-591, M.J. REYES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 343-346, P. MARTÍN ARESTI, *op. cit.*, p. 132-133, F. GRAGERA CONTADOR, *op. cit.*, p. 2-3, A. BATUECAS CALETIRIO, *op. cit.*, p. 33-35, y A. ZAMPONE, *Riflessioni*, cit., p. 6-10, entre otros autores.

¹¹ Se trata de las llamadas reservas “*click-through*” o reservas a las que se accede con un clic.

¹² Doc. COM (2019), 270 final, recibido en el Consejo de la UE el 24 junio 2019 (Doc. 10626/19 CONSOM 190 MI 537 10UR 11), disponible en las direcciones electrónicas “<https://eur-lex.europa.eu>” y en <https://data.consilium.europa.eu>.

¹³ *Vid.* p. 2 y 3 de este informe.

servicios de viaje vinculados¹⁴. No obstante, poco más se indica a este respecto en el reiterado informe, habida cuenta de la clara conveniencia de llevar a cabo una ponderación más contrastada y profunda de la práctica en el mercado en relación con las reservas a las que se accede con un clic¹⁵, por lo que las ulteriores valoraciones sobre los eventuales ajustes a introducir en las definiciones de viajes combinados y de servicios de viaje vinculados de la DVC 2015 se posponen hasta la elaboración del futuro informe general sobre la aplicación de esta Directiva, previsto para 2021 a tenor del segundo párrafo de su art. 26¹⁶, por lo que será preciso quedar a la espera de los planteamientos contenidos en dicho documento.

II.- LOS REQUISITOS DE INFORMACIÓN EN LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS

Como es obvio, uno de los primeros y más inmediatos instrumentos de protección del viajero en los servicios de viaje vinculados es la información previa sobre los mismos, entre otros motivos para distinguirlos con claridad desde el primer momento de los viajes combinados, sobre todo en la contratación *on line*, en la que, como ya se ha expuesto *supra*, siempre resulta más difícil apreciar esta diferencia, especialmente para el público, sobre todo por la amplia diversidad de posibles variantes y combinaciones que permite Internet a la hora de presentar y dar acceso a la contratación de servicios turísticos.

1. Introducción: el valor de la información precontractual en los servicios de viaje vinculados como instrumento de protección del consumidor

Se halla sumamente difundida la célebre frase según la cual, “la información es poder”¹⁷, pero en el ámbito de aplicación de una normativa de carácter tuitivo, como la que ahora nos ocupa en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU, la información es y debe de ser, ante todo, protección para el viajero, y muy especialmente la información que se le facilite en la fase precontractual previa a la formación y estipulación de los diversos servicios de viaje vinculados, es decir, antes de que el viajero quede obligado por cualquier contrato que dé lugar a tales servicios, según se indica expresamente al inicio de los arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyU, preceptos en los cuales se regula esta información. En otras palabras, tal información resultará de mayor utilidad en la referida fase inmediatamente anterior a la conclusión del contrato (por lo demás muy crítica, pues las decisiones tomadas en este periodo pueden llegar a condicionar muy seriamente el desarrollo y ejecución de los servicios de viaje que hubiesen sido acordados), cuando el viajero goza del más amplio margen de maniobra para decidir si finalmente se decanta o no por la suscripción o no de tales servicios. De ahí que se haya optado por parte del Legislador por configurar esta información precontractual como uno de los deberes jurídicos más básicos del prestador de servicios de viaje vinculados

¹⁴ Vid. p. 2 de este informe.

¹⁵ Vid. p. 4 de este informe.

¹⁶ Vid. p. 4 y 5 de este informe.

¹⁷ Esta frase se halla atribuida al filósofo, abogado y político inglés Francis Bacon, Barón de Verulam y Vizconde de San Albano (1561-1626), si bien es muy probable que se trate de una traducción imprecisa de la locución en lengua inglesa “*knowledge is power*”, es decir, el conocimiento (y no sólo la mera información) es poder.

para con el viajero, obviamente en beneficio de éste último, para que pueda decidir con el mayor criterio y el más claro conocimiento de causa que sean posibles, en la línea sentada, por ejemplo y con carácter general, en los arts. 17 y 20 TrLGDCyU¹⁸.

2. Los sujetos de la obligación de información precontractual en los servicios de viaje vinculados

Sabiendo que son los viajeros los destinatarios de la información objeto de esta obligación, en tanto que beneficiarios de dicha información¹⁹, el primer elemento a tener en cuenta en el régimen jurídico de dicha obligación desde su perspectiva subjetiva serán las personas físicas o jurídicas vinculadas por la misma y que, por tanto, deben facilitar a los viajeros la referida información antes de estipular los servicios de viaje vinculados, como ya se indicó *supra*.

a) Los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados y dirigen sus actividades hacia la UE

De acuerdo con el tenor literal de los arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyU, los sujetos activos de la obligación precontractual de información al viajero en los servicios de viaje vinculados serán los prestadores de tales servicios, es decir, los empresarios que los facilitan, ya sean personas físicas o jurídicas en cualesquiera de sus posibles formas como empresarios individuales o sociales. Y será así tanto en los casos en los que dichos empresarios se hallen establecidos en España como en los demás supuestos en los que dirijan por cualquier medio sus actividades hacia nuestro país, por ejemplo y muy especialmente cuando lo hagan a través de páginas *web* o de portales *on line* visibles y accesibles desde territorio español, aun cuando la sede física del empresario en cuestión esté ubicada en otro Estado miembro de la UE. E Incluso podría ser así si esta sede física estuviese situada en Estados terceros, siempre que sus actividades se vean dirigidas a cualesquiera Estados miembros de la UE (entre los que, desde luego, se cuenta España), y que se determinase conforme a Derecho que la ley aplicable correspondiese a la de alguno de tales Estados, según los términos dispuestos a estos

¹⁸ En sentido similar y sobre tales preceptos, *vid.* N. ÁLVAREZ LATA, *Comentario al artículo 17*, y J.M. Busto Lago, *Comentario al artículo 20*, ambos en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor, 2015, p. 197-205, y p. 258-270, respectivamente.

¹⁹ En la inmensa mayoría de los supuestos y salvo muy raras excepciones, el viajero no es sino un consumidor y usuario de este y de otros tipos de servicios turísticos, tal y como se indica directa y expresamente al inicio del ap. séptimo del Preámbulo de la DVC 2015, y como se desprende de la aplicabilidad general a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados de la Directiva 13/93/UE, del Consejo, de 5 abril 1993 (DOUE L 95, de 21 abril 1993), sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DCAC), modificada por la Directiva 83/2011/UE, del PE y del Consejo, de 25 octubre 2011 (DOUE L 304, de 22 noviembre 2011), aplicabilidad expresamente confirmada en el ap. 1.2.4 (Coherencia con otros actos legislativos de la UE), p. 15 y 16, de las Directrices sobre la interpretación y aplicación de la DCAC, aprobadas por la Comunicación de la Comisión de la UE de 31 mayo 2019 (DOUE C 323, de 27 septiembre 2019). Sobre los conceptos de viajero y de consumidor, la estrecha relación entre ambos y también sobre sus diferencias, *vid.* J.A. TORRES LANA, M.N. TUR FAUNDEZ, J.D. JANER TORRENS, *op. cit.*, p. 63-66, S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 47-48, M. PÉREZ ESCOLAR, *El viajero, consumidor vulnerable: Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo*, en RDP, n. 44 2017, p. 33-67, y O. CASANOVAS IBAÑEZ, *El Derecho turístico: de viajero a consumidor*, en Revista CIDOB, n. 113, 2016, p. 33-50 (disponible en <http://www.cidob.org>), entre otros autores.

efectos en los Reglamentos 593/2008/UE, del PE y del Consejo, de 17 junio 2008 (DOUE L 177, de 4 julio 2008), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y 1215/2012/UE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2012 (DOUE L 351, de 20 diciembre 2012)²⁰, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), habitualmente conocido como Reglamento Bruselas I *bis*²¹.

b) La comunicación entre empresarios del contrato que da lugar a los servicios de viaje vinculados

Además de la obligación general de información precontractual al viajero en los servicios de viaje vinculados, se ha tipificado en los arts. 19.4 DVC 2015 y 168.3 TrLGDCyU una obligación complementaria que, de nuevo desde una perspectiva subjetiva, afecta a empresarios distintos de los prestadores de este tipo de servicios. En concreto, se trata de empresarios que no facilitan dichos servicios, pero que, sin embargo, pueden llegar a estipular con los viajeros contratos que, no siendo inicialmente propios de los servicios de viaje vinculados, den lugar sin embargo a tales servicios. Pues bien, en casos semejantes se ha previsto en los referidos preceptos que el empresario ajeno a los servicios de viaje vinculados informe puntualmente al empresario prestador de tales servicios de la celebración del contrato que ha generado de un modo u otro los reiterados servicios de viaje vinculados.

En una primera aproximación, parecería poco probable que se pudiese dar una situación como la recién descrita, pero lo cierto es que, como ya se ha venido indicando, es muy amplia y variada la rica casuística a que han dado lugar el uso generalizado de las TIC en los viajes combinados y en los servicios de viaje vinculados. Dentro de dicha casuística se observa un curioso supuesto en el que se cumplen prácticamente *ad litteram* las condiciones antes expuestas, a saber, el de las denominadas "cajas regalo", "cajas de experiencias", o, simplemente, "*packs* de viaje", muy difundidos en el momento actual entre el público interesado. Básicamente, estos *packs* de viaje consisten en la compra e una estancia o excursión, habitualmente de corta o como mucho media duración dependiendo de las condiciones pactadas u ofertadas, en la que se incluyen en un mismo conjunto y por un mismo precio global el transporte, el

²⁰ Este último Reglamento fue modificado mediante el Reglamento UE 542/2014, del PE y del Consejo, de 15 mayo 2014 (DOUE L 163, de 29 mayo 2014).

²¹ Así se indica directa y expresamente en el ap. 50 del Preámbulo de la DVC 2015, y así se desprende igualmente del art. 17.3, *a contrario sensu*, y 18 y 19 del Bruselas I *bis*, lo que se puede entender corroborado en el ep. "*Normas sobre la competencia judicial*", del ap. 5.4.2, "*Factores pertinentes para la efectividad de los recursos*", p. 53, de las Directrices de la Comisión de la UE sobre la interpretación y aplicación de la DCAC, *cit. supra* en la n. 19. Sobre los Reglamentos Roma I y Bruselas I *bis*, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, 2009, A.L. CALVO CARAVACA, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, en CDT, v. 1, n. 2, 2009, p. 52-133 (disponible en <http://www.uc3m.es/cdt>), R. ARENAS GARCÍA, *Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis*, en REDI v. 65, n. 2, 2013, p. 377-382 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es>), F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial*, en REDE, n. 48, 2013, p. 9-35, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*, en *La Ley*, t. 1, D-38, 2013, p. 1400-1405, y en relación con la reiterada DVC 2015, *vid.* S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Viajes combinados*, *cit.*, y de la misma autora, *El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado*, en CDT, v. 4, n. 2, 2012, p. 123-139 (disponible en <http://www.uc3m.es/cdt>), entre otros autores.

alojamiento, la restauración, las visitas guiadas y otros servicios turísticos, y cuya finalidad responde a la necesidad o el deseo del adquirente de entregar a modo de obsequio esta "caja" a familiares, amigos, allegados, empleados laborales, destinatarios de un sorteo, etc. Esta adquisición se concluye con un empresario ajeno en principio a los sectores turísticos, que pueden tratarse de grandes superficies²² o de portales *web* específicamente abiertos con esta finalidad²³, o con un giro o tráfico más amplio²⁴, los cuales han contratado previamente con otros operadores turísticos la prestación de los referidos servicios, por ejemplo mediante contratos de reserva hotelera o de restauración con uno o varios establecimientos dedicados a estas actividades, entre otras. De esta suerte, el *pack* tiene un plazo durante el cual puede ser suscrito por el o los obsequiados, que varía también en función de las condiciones estipuladas y que puede oscilar entre unas semanas, unos meses o incluso un año entero, según cuándo elijan los usuarios afortunados con este regalo. Pues bien, uno de los principales problemas que pueden llegar a plantearse para tales usuarios es la ausencia de plazas disponibles en el medio de transporte o en el complejo hotelero finalmente escogido por los usuarios, *rectius* viajeros, dentro las fechas límite fijadas como principio y final el periodo de suscripción de la caja regalo, justamente por la indeterminación de la reserva y el desconocimiento de los operadores turísticos afectados de cuándo va a tener lugar exactamente la suscripción de estas prestaciones, con las consiguientes molestias y hasta graves perjuicios para estos viajeros, y así se desprende de las numerosas quejas que circulan en este sentido por las redes sociales. De ahí que se haya impuesto este nuevo deber al empresario que comercializa estos *packs* de viaje de la celebración de estos contratos a los operadores turísticos implicados en estas prestaciones, de manera que puedan prevenirse en lo posible disfunciones como las recién comentadas.

A este respecto, cabe congratularse del mimetismo prácticamente completo con el que se ha llevado a cabo la incorporación del art. 19.4 DVC 2015 en el 168.3 TrLGDCyC, ambos dos de tenor literal prácticamente idéntico. Sin embargo, y en relación con los concretos supuestos de las cajas regalo, cabe preguntarse si la configuración y posterior observancia de este deber de comunicación por parte de los empresarios tendrá la eficacia deseada en la futura aplicación práctica de los referidos preceptos.

c) La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación en los servicios de viaje vinculados

Nada se ha dispuesto en este punto concreto ni en el art. 19 DVC ni en su homólogo en el TrLGDCyU, a saber, su ya referido art. 168, y a falta de la clara y rotunda traslación de la carga de la prueba al empresario establecida en los arts. 8 DVC y 156 TrLGDCyU, cabría preguntarse sobre quién gravita la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información que recaen sobre los prestadores de servicios de viaje combinados a tenor de los reiterados arts. 19 DVC y 168 TrLGDCyU. No obstante, y pese a las notables dudas a este respecto, parece que habría que preconizar una interpretación sistemática y teleológica de ambas normas, puesta en relación con su

²² Por ejemplo, El Corte Inglés o FNAC, entre otras (datos disponibles en sus respectivas páginas *web*, a saber, <http://www.elcorteingles.es>, y <http://www.fnac.es>).

²³ Por ejemplo, plataformas como "Wonderbox", "Dakotabox", o "Smartbox", entre otros muchos (datos disponibles en sus respectivas páginas *web*, a saber, <http://www.wonderbox.es>, <http://www.dakotabox.es>, o <http://www.smartbox.es>).

²⁴ El caso paradigmático es Amazon (datos disponibles en su página *web*, a saber, <https://www.amazon.es>).

evidente carácter tuitivo para el viajero como parte más débil en esta forma de contratación turística, como una manifestación más del principio *pro consumatore* de protección del consumidor y usuario²⁵ (*rectius* viajero²⁶), lo que, por ende, parece igualmente desprenderse de las Directrices de la Comisión de la UE sobre la interpretación y aplicación de la DCAC, *cit.*²⁷. En suma, pues, y siempre de acuerdo con esta línea, deberán ser los empresarios prestadores de servicios de viaje vinculados quienes soporten la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones de información al viajero en virtud de la DVC y del TrLGDCyU.

3. La forma de la comunicación en la información precontractual en los servicios de viaje vinculados

En principio, ni en el art. 19.2 DVC 2015 ni tampoco en el 168.1 TrLGDCyC se exige requisito de forma alguno para que el prestador de servicios de viaje vinculados comunique al viajero la información precontractual que esta obligado a transmitirle, al menos no en el sentido más clásico en la dogmática contractual, como requisito *ad solemnitatem*, es decir, vinculando la validez del contrato o contratos estipulados por el viajero a la estricta observancia de una forma determinada en tales contratos. Obviamente, una previsión semejante podría ir en detrimento de la protección del viajero, al permitir a los empresarios contratantes quedar liberados de sus compromisos por lo que no dejaría de ser un incumplimiento normativo por parte de éstos últimos, y de ahí que una opción semejante se muestre abiertamente incompatible con el reiterado carácter tuitivo de las disposiciones en análisis, por lo que a nadie puede sorprender que se haya prescindido de tales planteamientos.

Sin embargo, ello no supone una inexistencia total y completa de cautelas formales en estos preceptos. De hecho, una lectura más atenta de los mismos muestra la inclusión en su tenor literal de varias de estas cautelas, si bien planteadas desde una perspectiva mucho más funcional de cara a la protección del viajero. Por un lado, se establece en el primer párrafo *in fine* de los referidos arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyC que la información precontractual tipificada en estas normas debe de ser indicada de manera clara, comprensible y destacada. En otro orden de cosas, tanto el propio Legislador de la UE, como asimismo el Legislador español, siguiendo los mandatos del primero, han llevado a cabo el desarrollo concreto de una declaración tan programática como la

²⁵ Sobre el principio de protección de los consumidores y usuarios en la doctrina española, *vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El principio de protección de los consumidores*, en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, J.M. EMBID IRUJO, A. RECALDE CASTELLS, F.J. LEÓN SANZ (Eds.); D. PÉREZ MILLÁN, S. SOLERNOU SANZ (Coords.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012, p. 119-134, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español*, en *EC*, n. 48, 1999, p. 131-145, C. LASARTE ÁLVAREZ, *La protección del consumidor como principio general del derecho*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, v. 1 y 2, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, 2004, v. 2, p. 2619-2646, también publicado en *EC*, n. 73, 2005, p. 55-68, y en *CDJ*, n. 6, 2007, p. 61-100, y en relación con el acceso a la justicia de los consumidores, V. GOZALO LÓPEZ, *Principios de la protección jurídica de los consumidores y resolución alternativa de los conflictos de consumo*, en J. L. TOMILLO URBINA (Dtor.); M. I. ÁLVAREZ VEGA, G. CAPELLI (Coords.), *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo: perfiles hispano-italianos*, Granada, 2016, p. 45-60, entre otros autores.

²⁶ *Vid. supra* n. 19.

²⁷ *Vid.* el ap. 3.3.1, *Exigencia de transparencia en virtud de la Directiva 93/13/CEE*, p. 27 y 28, de estas Directrices, *cit. supra* en la n. 19.

anterior mediante una exigencia adicional de la mayor importancia: Así, en virtud de lo dispuesto en el segundo y último párrafo de los reiterados artículos 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyC, esta información deberá ser facilitada mediante los formularios incluidos con esta finalidad en las Partes A), B), C), D) y E) del Anexo II de la DVC 2015 y en las Partes A), B), C), D) y E), del Anexo III TrLGDCyU, concebidos para diferentes supuestos de prestación de servicios de viaje vinculados, y en los que se distingue básicamente los supuestos en los que los prestadores de tales servicios sean o no transportistas que vendan billetes de ida y de vuelta, o en los que los contratos se celebren en presencia física simultánea del empresario (distinto del transportista que facilita estos billetes de ida y vuelta) y del viajero, en un desglose lo más amplio y omnicomprendivo posible.

En otro orden de cosas, y teniendo en cuenta que será tan frecuente como habitual que los prestadores de servicios de viaje vinculados lleven a cabo su actividad *on line* a través de plataformas *web*, habrá que respetar y cumplir las obligaciones que se imponen a los prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con la contratación basada en este tipo de medios en los arts. 9 a 11 de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 2000 (DOUE L 178, de 17 junio 2000), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (DCE), incorporados a nuestro ordenamiento por medio de los arts. 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 junio (BOE 166, de 12 julio 2002), de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LCE)²⁸. En virtud de tales deberes, será preciso, por ejemplo, que la información precontractual regulada en los arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyC se haga constar en la página *web* a través de la cual el prestador de servicios de viaje vinculados oferta tales servicios a los viajeros, según se dispone en el segundo párrafo del art. 27.1 LCE, o que se indique de modo permanente la dirección de Internet en la que esta información se pone a disposición del viajero, si

²⁸ La LCE ha sido objeto de diferentes modificaciones, algunas de las más relevantes mediante el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 marzo (BOE 78, de 31 marzo 2012), y mediante la Ley 56/2007, de 28 diciembre (BOE 312, de 29 diciembre 2007), de medidas de impulso de la sociedad de la información. Sobre la DCE y la LCE, *vid.* AA.VV., *Comercio electrónico en Internet* (Dtor., J.A. GÓMEZ SEGADÉ; Coords., A. TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR), Madrid, 2001, M. DESANTES LEAL, *La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información*, en R. MATEU DE ROS, J.M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (Coords.), *Derecho de Internet (Contratación Electrónica y Firma Digital)*, Cizur Menor, 2000, p. 323-338, AA.VV., *Derecho de Internet (La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)* (Coords., R. MATEU DE ROS, M. LÓPEZ-MONÍS GÁLLEGO), Cizur Menor, 2003, A. SALAS CARCELLER (Dtor.), *La Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*, CGPJ, Madrid 2007, L. COTINO HUESO (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, 2008, A. RALLO LOMBARTE, R. MARTÍNEZ (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor, 2010, M. GONZÁLEZ DE ESTRADA, *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)*, Madrid 2002, M.A. MORENO NAVARRETE, *Derecho-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid, 2002, C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comercio electrónico, firma electrónica y servidores*, Madrid 2002, J. RIBAS ALEJANDRO, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Cizur Menor, 2003, P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Aplicación práctica de la LSSICE: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Barcelona, 2003, J.A. MAESTRE RODRÍGUEZ, *Análisis de la Directiva de comercio electrónico y del Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI)*, en J. CREMADES, M.A. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, R. ILLESCAS ORTIZ (Coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, 2002, p. 1241-1260, y A.L. LODDER, *Directive 2000/31/EC on certain aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market*, en A.R. LODDER, H.W.K. KASPERSEN, (Ed.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, La Haya, 2002, p. 67-93, entre otros autores.

se accede a los servicios de viaje vinculados mediante dispositivos con pantallas de formato reducido, a tenor del tercer párrafo del referido precepto, entre otras exigencias.

4. El contenido de la información precontractual en los servicios de viaje vinculados

Los concretos elementos sobre los que se debe informar al viajero en relación con los servicios de viaje vinculados con carácter previo a la contratación de los mismos representan el núcleo esencial de esta información precontractual y, por ende, de la regulación de la misma en los repetidos arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyU. Por lo demás, se observa en dicha regulación que se ha optado en ella por un grado de protección del viajero de menor entidad que en los viajes combinados²⁹, sin duda por ser mucho más simple el contexto fáctico de los prestadores de servicios de viaje vinculados, que tan sólo abren para los usuarios una *web* con enlaces telemáticos a otras páginas, pero sin entrar en una mayor vinculación con los empresarios titulares de tales portales informáticos, lo que haría pueda parecer excesivo y desproporcionado extender todas y cada una de las garantías previstas para los organizadores o minoristas que ofertan viajes combinados. De ahí, por ejemplo, que el contenido de la información precontractual en los servicios de viaje vinculados sea algo más reducido que en los viajes combinados³⁰, y conste tan sólo de dos aps. a) y b) en el párrafo primero de los dos preceptos arriba enumerados. Con todo, es obvio que este contenido sigue revistiendo una importancia capital, y de ahí la obvia necesidad de su análisis.

a) La exclusión del régimen general de los viajes combinados

Se establece de manera paralela en el primer inciso de los arts. 19.2 a) DVC 2015 y 168.1 a) TrLGDCyU que el prestador de servicios de viaje combinados deberá informar al viajero de forma clara, comprensible y destacada que no podrá acogerse a ninguno de los derechos que se aplican exclusivamente a los viajes combinados conforme a lo previsto en la normativa reguladora de los mismos, a saber, los arts. 5 a 16 DVC 2015, de un lado, y los arts. 153 a 163 del propio TrLGDCyU, de otro, ninguno de los cuales podrá ser invocado por el viajero en ningún caso. En otras palabras, lo que se le debe de transmitir al viajero con esta comunicación es que no está contratando un viaje combinado con un organizador o un minorista, sino que es el propio viajero quien está diseñando su viaje a su entera conveniencia y de manera libérrima a través de las posibilidades que se le ofrecen mediante la actividad y los medios que pone a su disposición el prestador de servicios de viaje combinados, generalmente consistentes en plataformas *on line* con enlaces directos a diferentes operadores turísticos en relación con servicios tales como el alojamiento, la restauración, el arrendamiento de vehículos a motor, las visitas guiadas, etc. Por tanto, tratándose de una situación distinta a la de un viaje combinado, es lógico que no le resulte de aplicación el régimen jurídico de esta última figura.

²⁹ En este sentido, *vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados: Una de cal y otra de arena. Contiene cuadro comparativo*, en *Centro de Estudios de Consumo*, enero 2019, p. 1-60 (12), disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>.

³⁰ Sobre el particular en relación con los viajes combinados en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU, *vid.* la doctrina *cit. supra* en las n. 1, 3 y 10, en especial C. CAMACHO PEREIRA, *La información precontractual*, *cit.*

Con todo, conviene precisar que el tenor literal de los reiterados arts. 19.2 a) DVC 2015 y 168.1 a) TrLGDCyU excluye de la aplicación a los servicios de viaje vinculados única y exclusivamente las normas reguladoras de los viajes combinados, pero en modo alguno las demás disposiciones de alcance general establecidas tanto en la DVC 2015 como en el propio TrLGDCyU. De esta suerte, tales disposiciones generales sí que resultarán de aplicación a los servicios de viaje vinculados: En particular, es el caso de la responsabilidad del prestador de servicios de viajes combinados por errores en la reserva, expresamente contemplada en los arts. 21 DVC 2015 y 152 TrLGDCyU. Sin entrar a detenernos ahora sobre los pormenores de esta responsabilidad, sí que conviene recalcar su evidente y repetida aplicabilidad a los prestadores de servicios de viaje vinculados: Ello es así, en primer lugar, por la propia literalidad de los preceptos citados, en cuyos primeros párrafos *in fine* se incluye directamente a este tipo de servicios, al igual que a los viajes combinados. Pero, además, desde una perspectiva estrictamente material, tiene todo el sentido que el prestador de servicios de viaje vinculados responda frente al viajero del mal funcionamiento o los defectos técnicos de los medios que dicho empresario pone a disposición de aquél para la configuración de su viaje. En suma, pues, también en los servicios de viaje vinculados se responderá de los posibles errores en la reserva, en los términos y con las previsiones fijadas en los susodichos arts. 21 DVC 2015 y 152 TrLGDCyU³¹.

b) La responsabilidad individual y separada de cada uno de los prestadores de servicios

El prestador de servicios de viaje combinados también deberá informar al viajero, una vez más de forma clara, comprensible y destacada, de que cada uno de los diversos prestadores de dichos servicios será el único responsable de la correcta prestación contractual de su respectivo servicio, según se ha dispuesto en los arts. 19.2 a) *in fine* de la Directiva 2302/2015 y 168.1 a) *in fine* TrLGDCyC, a renglón seguido de la exclusión del régimen de los viajes combinados recién expuesta *supra*. Como puede colegirse con facilidad, se trata de una clara y obvia consecuencia de dicha exclusión, puesto que si los servicios de viaje vinculados no son viajes combinados ni se les puede extender la regulación de éstos últimos, resulta de lo más lógico que éso conduzca de vuelta a una responsabilidad individual y separada de los diferentes operadores turísticos con los que el viajero pueda haber estipulado las diversas prestaciones propias del viaje. De esta manera, cada uno de estos operadores responderá frente al viajero de manera directa, y única y exclusivamente de los servicios contratados (alojamiento, transporte, restauración, alquiler de vehículos a motor, visitas guiadas, etc.), y sólo por tales servicios, sin que el viajero pueda tener acción alguna contra los demás operadores, ni mucho menos contra el prestador de servicios de viaje vinculados a través de cuyos medios llevó a cabo la contratación de dichos servicios. Por lo demás, y como también parece evidente, la eventual responsabilidad que el viajero pudiese exigir en una situación y en un momento dados al operador turístico de que se trate habrá de dirimirse de conformidad con la normativa que resulte de aplicación al concreto tipo de prestación que haya podido ser objeto de incumplimiento³².

³¹ Sobre tales términos y previsiones, en particular sobre las causas de exoneración del empresario de dicha responsabilidad, *vid.* de nuevo la doctrina *cit. supra* en las n. 1, 3 y 10.

³² La compatibilidad del régimen de responsabilidad propio de cada una de las diversas prestaciones de un viaje individualmente considerada ha sido establecida directa y expresamente en algunas de las disposiciones de la DVC 2015 y, por extensión, del TrLGDCyU, como es el caso de las limitaciones de

c) La protección frente a la insolvencia en los servicios de viaje vinculados (remisión)

En virtud de los arts. 19.2 b) DVC 2015 y 168.1 b) TrLGDCyU, el siguiente y ulterior de los contenidos de la información precontractual que, de nuevo de manera clara, comprensible y destacada, debe de suministrar al viajero el prestador de servicios de viaje vinculados es que, como tal viajero, gozará de la protección frente a la posible insolvencia de dicho prestador en los términos dispuestos en los arts. 19.1 DVC 2015 y 167 TrLGDCyU. Pues bien, estos preceptos y esta garantía serán suficientemente analizados en el epígrafe de esta misma obra, por lo que tan sólo queda remitirse a dicho análisis en esta materia, reiterando que los datos de la entidad garante frente a la insolvencia del prestador de viajes combinados se hallan directa y expresamente incluidos en todos los diferentes tipos de formularios de información al viajero configurados para los diversos supuestos de prestación de servicios de viaje vinculados, tipificados en las Partes A), B), C), D) y E) del Anexo II DVC 2015 y en las Partes A), B), C), D) y E), del Anexo III TrLGDCyU, ya citados con anterioridad.

5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información precontractual en los servicios de viaje vinculados

En la regulación de esta obligación de información precontractual al viajero por parte del prestador de servicios de viaje combinados se ha previsto igualmente su posible incumplimiento, en concreto en los arts. 19.3 DVC 2015 y 168.2 TrLGDCyU, que van a ser desglosados a continuación.

a) Preliminar: los diferentes supuestos de incumplimiento de esta obligación

En los dos preceptos recién citados se han tipificado conjuntamente diversos supuestos de incumplimiento que incluso van más allá de la omisión total o parcial de la obligación precontractual de información antes descrita, por cuanto también se contempla junto a tal incumplimiento la falta de constitución por parte del prestador de servicios de viaje vinculados de la garantía frente a su eventual insolvencia regulada en los arts. 19.1 DVC 2015 y 167 TrLGDCyU y de la que ya se hablará en el epígrafe siguiente. De este modo, los diversos casos de incumplimiento que se han incluido en los reiterados arts. 19.3 DVC 2015 y 168.2 TrLGDCyU podrían verse enumerados de la forma siguiente:

- El incumplimiento de los requisitos establecidos en los repetidos arts. 19.1 DVC 2015 y 167 TrLGDCyU, a saber, la ausencia de constitución de la garantía frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados.
- El incumplimiento de los requisitos establecidos en los también citados arts. 19.2 y 168.1 TrLGDCyU, ésto es, la omisión del deber de información precontractual al viajero por parte del prestador de servicios de viaje vinculados, supuesto que, a su vez, comprende los casos siguientes:
- La falta de información sobre la exclusión del régimen general de los viajes combinados o sobre la garantía de la insolvencia.

dicha responsabilidad fijadas en los Convenios Internacionales de los que la UE es parte contratante, relativos la inmensa mayoría de todos ellos a los diferentes medios de transporte, según se infiere del tenor literal de los arts. 14.4 y 14.5 DVC 2015 y 161.4 TrLGDCyU, en relación con la responsabilidad en los viajes combinados.

- La falta de uso de los formularios normalizados o la omisión parcial de alguno de los datos exigidos en estos formularios.

Se trata, pues, de supuestos muy diversos entre sí, cuyo único elemento común consiste en formar parte del régimen jurídico de los servicios de viaje vinculados en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU, y de ahí que, pese a su inclusión conjunta en las normas en comentario, requieran de un análisis desglosado y por separado.

b) La responsabilidad por la falta de información sobre la exclusión del régimen general de los viajes combinados o sobre la garantía de la insolvencia

Se ha previsto de manera paralela en el último inciso de los arts. 19.3 DVC 2015 y 168.2 TrLGDCyU que en cualquiera de estos supuestos de incumplimiento se produzcan los efectos determinados para todos ellos y con carácter general en las referidas normas. Estos efectos consisten en extender *ex lege* a los servicios de viaje vinculados en los que se haya producido el incumplimiento en cuestión la aplicación de algunas de las disposiciones reguladoras de los viajes combinados, en concreto las de los arts. 9, 12, y 13 a 16 DVC 2015 y 157, 160, y 161 a 163 TrLGDCyU. En tales preceptos, se contemplan materias tales como la cesión del contrato de viaje combinado a otro viajero (arts. 9 DVC 2015 y 157 TrLGDCyU), la terminación, resolución, cancelación y derecho de desistimiento del viajero antes del inicio del viaje (arts. 12 DVC 2015 y 160 TrLGDCyU), la responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y el derecho de resarcimiento del viajero (arts. 13 DVC 2015 y 161 TrLGDCyU), la reducción del precio del viaje y la indemnización por daños y perjuicios para el viajero (arts. 14 DVC 2015 y 162 TrLGDCyU), y la obligación del organizador y del minorista de viajes combinados de prestar asistencia al viajero cuando éste último se ponga en contacto con el organizador, bien directamente, bien a través del minorista (arts. 15 DVC 2015 y 163 TrLGDCyU). Pues bien, toda esta serie de elementos del régimen de los viajes combinados deberá ser aplicada *mutatis mutandis* al prestador de servicios de viaje vinculados que no haya informado *ex ante* al viajero de los extremos a los que está obligado en virtud de los arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyU, en los términos ya expuestos *supra*. Es este un planteamiento que se revela sumamente coherente con la opción de política legislativa ejercitada en la normativa en comentario, como ya se ha indicado consistente en esencia en establecer un nivel de protección del viajero sensiblemente menor en los servicios de viaje vinculados que en los viajes combinados, justamente por la inexistencia en los primeros del complejo entramado de relaciones contractuales de los segundos, pero siempre que el viajero sea puntualmente informado acerca de las diferencias entre ambas figuras para que sepa en todo momento lo que contrata y en qué condiciones y con qué requisitos en cada caso. En otras palabras, la información precontractual del viajero es, como igualmente se ha venido señalando *supra*, uno de sus principales instrumentos de protección en lo tocante a los servicios de viaje vinculados, y si este instrumento deja de ser operativo por el incumplimiento del prestador de estos servicios, entonces se trasladarán a este ámbito *ope legis* el elenco antes referido de instituciones propias de los viajes combinados, a modo de protección suplementaria y residual del viajero en los servicios de viaje vinculados. Por lo demás, semejante postura reviste a la vez una doble vertiente, ya que, por un lado, presenta el repetido carácter tuitivo en tanto que se muestra sumamente garantista y beneficiosa para el viajero, y por otro, constituye al mismo tiempo una suerte de sanción civil para el prestador de servicios de viaje vinculados por el incumplimiento de su deber de

información precontractual para con el viajero, en tanto que somete a tal prestador a unos mandatos sumamente rigurosos.

Por todo lo expuesto, la valoración que debe merecer esta regulación ha de ser moderadamente favorable, tanto por su coherencia con la *voluntas legislatoris* de proteger al viajero mediante la DVC 2015 y el TrLGDCyU, ambos de carácter marcadamente tuitivo, y asimismo absolutamente coincidentes en esta materia, en una correcta incorporación de la primera a través del segundo en este punto concreto.

c) La responsabilidad por la falta de uso de los formularios normalizados o por la omisión parcial de alguno de los datos exigidos en estos formularios

La valoración positiva que se acaba de realizar en relación con la regulación de la responsabilidad del prestador de servicios de viaje vinculados por el incumplimiento de su obligación de informar al viajero sobre la exclusión del régimen general de los viajes combinados o sobre la garantía de la insolvencia ha de variar radicalmente en lo que respecta al segundo de los supuestos de responsabilidad en que puede incurrir dicho prestador, a saber, la falta de uso de los formularios normalizados a tales efectos o la omisión parcial de alguno de los datos exigidos en estos formularios. En este último punto, la referida regulación adolece de algunas inseguridades, debidas en buena medida al tratamiento conjunto y omnicompreensivo de todos los posibles supuestos de incumplimiento antes enumerados, que puede llevar al intérprete de los arts. 19.3 DVC 2015 y 168.2 TrLGDCyU a preguntarse si será imprescindible para extender a los servicios de viaje combinados los principales elementos de protección del viajero en los viajes combinados que el prestador de tales servicios incumpla todas y cada una de las obligaciones expresamente incluidas en el primer inciso de los referidos preceptos, o bastará para ello con que deje de cumplir alguna de ellas.

Recurriendo de nuevo a la reiterada e intensa impronta tuitiva que impregna toda la normativa en comentario, de una parte, y a la importancia de las obligaciones impuestas al prestador de servicios de viaje vinculados, de otra, parece que habrá que decantarse por la segunda alternativa, ésto es, que se apliquen a los servicios de viaje vinculados las disposiciones de protección del viajero propias de los viajes combinados cuando el prestador de estos servicios incumpla una cualquiera de las obligaciones que se le imponen en los repetidos arts. 19.3 de la Directiva 2302/2015 y 168.2 TrLGDCyU, ya sea por no haber constituido la garantía frente a su insolvencia, por no haber comunicado al viajero los datos de contacto de la entidad garante a la que dirigirse ante tal disfunción, o por no haberle informado de que no podía acogerse a ninguno de los derechos que se le reconocerían en el ámbito de los viajes combinados. Con todo, la difusa y genérica delimitación de esta responsabilidad en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU lleva a preguntarse si tan graves y drásticas consecuencias llegarían a sancionar incluso estos incumplimientos de índole menor que ahora nos ocupan, tales como la omisión del uso de los formularios normalizados de las Partes A), B), C), D) y E) del Anexo II DVC 2015 y en las Partes A), B), C), D) y E), del Anexo III TrLGDCyU, o de alguno de los datos identificativos de la entidad garante de la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados. En el primer caso, tanto el Legislador de la UE como el propio Legislador nacional han aportado la solución en el segundo párrafo de los arts. 19.2 DVC 2015 y 168.1 TrLGDCyU, al haberse previsto que si los servicios de viaje vinculados resultasen tan peculiares que no pudiesen ser incardinados en ninguno de los susodichos formularios, será suficiente con que el

prestador de tales servicios proporcione al viajero toda la información contenida en esos formularios, aunque no sea posible ajustarse enteramente a su formato.

Más complejo se nos ofrece el supuesto de la omisión de algún dato de contacto de la entidad garante de la eventual insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, sobre todo porque se alude textualmente en dichos formularios a estos datos de contacto de manera abierta y meramente ejemplificativa, indicando “...entre otros,”, nombre, dirección completa, correo electrónico y número de teléfono de la entidad garante. En esta tesitura de *numerus apertus* que puede ampliarse a muchos más datos, tal vez desmesuradamente (por ejemplo, el número de burofax de la entidad garante, si bien no es un medio frecuente de comunicación en la actualidad, aunque muchas entidades lo mantienen), no parece proporcional ni conforme con los fines de la norma tratar una omisión de tan mínima entidad del mismo modo que los restantes tipos de incumplimiento a este respecto. No obstante, hay que considerar que para enervar la sanción de los arts. 19.3 DVC 2015 y 168.2 TrLGDCyU será preciso que este incumplimiento no incida sensiblemente en la protección del viajero, para lo cual, a su vez, sería igualmente necesario que concurran cumulativamente todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- El carácter inocuo: ésto es, que la información omitida no resulte básica y esencial para el ejercicio real y efectivo de los derechos reconocidos al viajero en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU, en lo que se revela un requisito de carácter negativo, pues no debe apreciarse en el supuesto de que se trate para evitar la aplicación extensiva de las normas de protección del viajero en los viajes combinados.

- El carácter puntual y aislado: es decir, que el prestador de servicios de viajes combinados haya cumplido con los demás deberes de información para con el viajero tipificados en la normativa en análisis, en particular la indicación de los restantes datos de contacto de la entidad garante de su posible insolvencia (nombre, dirección completa, correo electrónico y número de teléfono) que permitan al viajero dirigirse directamente a dicha entidad, si fuese menester. En esta ocasión, se trata de un requisito de carácter positivo, pues debe darse para que este prestador no se vea sometido al régimen tuitivo de los viajes combinados.

Empero, conviene recalcar que la interpretación antes descrita no se ha visto confirmada en el momento presente, y que sólo la ulterior jurisprudencia del TJUE o de las instancias judiciales nacionales sobre este particular podrían hacerlo en un futuro, por lo que persiste una cierta inseguridad jurídica a este respecto, en una materia de reciente implantación, como son los servicios de viaje vinculados en general, y por éso habrá que estar a la posterior evolución de su aplicación en la práctica.

III. LA GARANTÍA FRENTE A LA INSOLVENCIA EN LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS

Este epígrafe versa sobre las garantías previstas en la actual legislación frente a las consecuencias para el viajero de la eventual insolvencia del prestador de los servicios de viaje vinculados. Tales garantías se justifican en el complejo contexto fáctico del incumplimiento contractual en torno a estos servicios y a la gravedad de sus repercusiones para el viajero, y de ahí que haya sido preciso introducir una adecuada regulación a este respecto.

1. Preliminar

Es bien sabido que la magnitud de los daños causados a los viajeros por cualesquiera disfunciones en la organización de los viajes combinados o en la prestación de servicios de viaje combinados puede llegar a resultar muy considerable (y así ha sido puesto de manifiesto en el ámbito de la UE en reiteradas ocasiones³³), sobre todo si se tiene en cuenta el carácter masivo con que pueden llegar a darse en la práctica tales disfunciones, por ejemplo y muy especialmente en casos de insolvencia del prestador de los servicios de viaje vinculados³⁴. En estos supuestos, una amplia pluralidad de viajeros puede verse afectada por problemas tan serios como la posposición de su viaje o su reorganización acelerada y a última hora, si la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados se produce antes de la fecha de salida prevista, o bien la búsqueda de medios alternativos con urgencia si la referida insolvencia tiene lugar una vez ya iniciado el viaje, lo cual se hará desde luego en condiciones muy precarias y con capacidades muy limitadas, probablemente en un lugar muy alejado de su punto de destino final y con las lógicas dificultades derivadas del desconocimiento del idioma y del ordenamiento locales, y por ende una dificultad adicional, como es el hecho de que los perjudicados se vean obligados a competir entre sí para poder reemplazar los servicios no recibidos por otros medios, habitualmente escasos y altamente onerosos.

En otro orden de cosas, la reparación de los daños causados al viajero en este tipo de situaciones a través de los mecanismos jurídicos resarcitorios más clásicos ante los tribunales de justicia se revela especialmente ardua y hasta poco funcional, tanto por el enrevesado y hasta penoso acceso para el viajero a estas instituciones, como por la complejidad que suelen revestir estos supuestos. De hecho, así se ha puesto de manifiesto a raíz de la insolvencia de algunos operadores muy conocidos y de gran entidad y prestigio en este sector, tanto en España como en el resto del mundo³⁵, lo que

³³ Por ejemplo, *vid.* en este sentido los aps. 2 a 4 del Preámbulo de la antigua y derogada DVC 1990.

³⁴ Se destaca la gravedad de los daños causados a los pasajeros en caso de insolvencia de las compañías aéreas en la Resolución del Parlamento Europeo (PE en adelante) P7_TA(2009)0092, de 25 noviembre 2009, sobre la compensación destinada a los pasajeros en caso de quiebra de una compañía aérea (DOUE C 285 E, de 21 octubre 2010), ap. G, y la Comunicación de la Comisión de la UE al Parlamento Europeo y al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo (CESE en adelante) y al Comité de las Regiones, *Protección de los pasajeros en caso de insolvencia de la compañía aérea*, de 18 marzo 2013 (Doc. COM [2013] 129 final; disponible en <http://ec.europa.eu>), especialmente sus ep. 1, *Introducción*, p. 3, y 2, *Situación*, ap. 2.3, *Repercusiones para los pasajeros*, p. 5-6, así como también por parte de M.V. PETIT LAVALL, *La protección de los pasajeros en la Unión Europea*, en M.V. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL, M.J. GUERRERO LEBRÓN, *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2014, p. 611-664 (661-664), J.M. SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, *La protección al viajero*, *cit.*, p. 91-92, y T. PANTAZI, *op. cit.*, p. 409-413. Para ampliar información sobre el problema de la insolvencia del empresario en el transporte aéreo de pasajeros y en los viajes combinados y servicios de viaje vinculados, *vid.* L.A. MARCO ARCALÁ, *La protección de los pasajeros frente a la insolvencia del organizador o del transportista aéreo en el Derecho de la Unión Europea: especial referencia a la Directiva de Viajes Combinados de 2015*, en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, n. 38, 2017, p. 1-32 (LJ-CCCLXXVIII-273, disponible en <http://www.rlada.com>), también publicado en *La Unión Europea y América Latina*, *cít.*, p. 51-77, y I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: seguros, fianzas y otras garantías*, en *RDBB*, n. 152, 2018), p. 201-248.

³⁵ Ha sido el caso, por ejemplo, de la reciente liquidación forzosa de la sociedad matriz del grupo Thomas Cook, *Thomas Cook group plc UK*, declarada por Resolución de la *Bankruptcy Court (High Court)* de Londres de 23 septiembre 2019, de amplias repercusiones y consecuencias todavía por determinar; sin ir más lejos, así ha quedado bien patente, en el ordenamiento español, a tenor del Real Decreto-Ley 20/2019, de 11 octubre (BOE 256, de 12 octubre 2019), por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook, en el cual se han establecido diferentes actuaciones, tales como el apoyo a los trabajadores damnificados en

confirma los numerosos problemas e inconvenientes que inexorablemente le suponen al viajero como parte más débil en estos contratos la eventual insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados. Por lo demás, tampoco puede decirse que las reparaciones fijadas en los pronunciamientos que han puesto fin a estos litigios hayan resultado satisfactorias en la práctica, al menos para los viajeros afectados³⁶, y de ahí que tampoco pueda hablarse de soluciones adecuadas a estos efectos, justamente por semejante cúmulo de dificultades.

Por estos y otros muchos inconvenientes a los que pueden verse avocados los viajeros ha sido necesario tipificar en la normativa de protección de aquéllos distintos instrumentos legales tendentes a su adecuado resarcimiento en caso de insolvencia del prestador de servicios de viaje combinados. A tales efectos, la deseable efectividad en este resarcimiento requiere de instrumentos de carácter preventivo que revisten una relevancia de primer orden por motivos evidentes. Pues bien, estos instrumentos preventivos no son otros sino las garantías previstas en los servicios de viaje vinculados, en concreto las garantías frente a la insolvencia de los prestadores de servicios de viaje combinados. Estas garantías se ven reguladas en el art. 19 DVC 2015, y han sido incorporadas a nuestra legislación interna a través del art. 167 TrLGDCyU (entre otras normas que van a ser sucintamente enumeradas a renglón seguido), si bien en ambos preceptos se han establecido sendas remisiones al régimen de garantías frente a la insolvencia del organizador o del minorista en los viajes combinados, contemplado en los arts. 17 (a cuyos aps. 1 y 2 a 5 se remite directa y expresamente el art. 19.1 *in fine* DVC 2015) y 18 DVC 2015 (al que se remite igualmente el referido art. 19.1 *in fine* DVC 2015), los cuales se han visto transpuestos a nuestro Derecho interno mediante el art. 164 TrLGDCyU (al que también se remite directa y expresamente el art. 167.2 TrLGDCyU). De hecho, la proximidad y el paralelismo entre todas las disposiciones anteriormente enumeradas en punto a las garantías frente a la insolvencia del organizador o del minorista en los viajes combinados³⁷ y del prestador de los servicios

el sector turístico (arts. 2 y 3), las subvenciones gubernamentales para aquellas Comunidades Autónomas en las que más se ha dejado sentir esta quiebra (art. 5), como han sido las Islas Baleares (Comunidad Autónoma en la que ya se ha habido promulgado con anterioridad un Decreto-Ley a este respecto, concretamente el Decreto-Ley 2/2019, de 4 octubre [BOIB 136, de 5 octubre 2018], por el que se establecen ayudas puntuales para paliar los impactos económicos producidos por el concurso de acreedores de la agencia de viajes mayorista Thomas Cook sobre la economía de las Islas Baleares) y las Islas Canarias, la creación de un fondo financiero del Estado para la competitividad turística (FOCIT), del que se pueden beneficiar las agencias de viajes y los “*tour operadores*” (art. 6), pero, sobre todo, la línea de financiación directamente abierta para compensar a los viajeros afectados (art. 4). Otro supuesto similar fue con anterioridad el concurso de acreedores de carácter necesario del operador “Viajes Marsans S.A.” y de otras entidades del sector vinculadas a esta sociedad, muy difundido por su enjundia y entidad, y que ha dado lugar, por si sólo, a las SS. JM núm. 12 de Madrid 84/2013, de 13 junio (disponible en <https://es.slideshare.net/ComunaJuridica/diaz-ferranmarsans>), 173/2014, de 24 septiembre (JUR 2014, 245633), 174/2014, de 24 septiembre (JUR 2014, 245168), 169/2014, de 6 octubre (JUR 2014, 254413), y 1/2015, de 8 enero (JUR 2016, 106795), entre otras, sobre diferentes aspectos y responsabilidades (frente a los viajeros y frente a otros acreedores) en el ámbito de la culpabilidad de dicho concurso.

³⁶ Vid. una vez más algunos otros de los muchos fallos sobre la insolvencia de “Viajes Marsans S.A.”, por ejemplo las SS. TS (Sala de lo Penal/Secc. 1ª) 576/2016, de 29 junio (RJ 2016, 3521), y 536/2017, de 11 julio (RJ 2017, 3619), entre otras muchas, que ilustran como ha sido necesario llegar en casación hasta la más alta instancia judicial española para obtener la condena por diversos delitos socioeconómicos y la consiguiente responsabilidad civil a título lucrativo de los diversos implicados de cara a resarcir a los viajeros afectados, entre otros acreedores de la entidad.

³⁷ Sobre las garantías frente a la insolvencia de tales sujetos en el ámbito de los viajes combinados, *vid.* una vez más la doctrina *cit. supra* en las n. 1, 3, 10 y 34, en particular L.A. MARCO ARCALÁ, *La*

de viaje vinculados resulta tan marcado que los principales elementos de estas garantías se revela coincidente para unos y otros sujetos. Pues bien, el análisis en detalle de tales garantías va a ser el objeto sobre el que ha de versar el presente epígrafe de este trabajo.

2. Los diferentes niveles normativos en la regulación de las garantías frente a la insolvencia en los servicios de viaje vinculados

Los instrumentos legales de protección del viajero se hallan establecidos en diversos mandatos pertenecientes a niveles normativos distintos en función de su alcance geográfico, a modo de círculos concéntricos. Así, en el marco más amplio del Derecho de la UE, estos mandatos se contienen en la DVC 2015, en tanto que Directiva de mercado interior o de "máximos"³⁸, mientras que en el ámbito nacional, aparecen en los vigentes arts. 150 a 170, y en los actuales Anexos II y III TrLGDCyU. Por ende, hay una tercera extensión, la autonómica, puesto que, conforme al art. 148.1.18 CE, corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia para legislar sobre promoción y ordenación del turismo en sus respectivos territorios³⁹, y en todos los

protección de los pasajeros, cit., p. 2-4, y p. 53-59, I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección, cit.*, p. 17 y 18, y de la misma autora y M.M. GÓMEZ LOZANO, *La garantía de la responsabilidad precontractual de las agencias de viajes en concurso*, en *RCP*, n. 13, 2010, p. 341-348.

³⁸ Así se infiere del tenor literal del art. 1 DVC 2015, y, sobre todo, de su art. 4, así como de los aps. 2 a 6 y 51 de su Preámbulo. Ello implica que esta es una Directiva de las que requieren de una incorporación plena y completa, *telle quelle*, sin dar margen de discrecionalidad a los Estados Miembros de la UE para establecer un nivel de armonización y protección distinto del fijado en la propia Directiva, aun cuando fuese un nivel superior. En cambio, la anterior DVC 1990, *cit.*, sí que resultaba ser una de las llamadas Directivas "de mínimos", es decir, en las que se permitía a los Estados Miembros disponer en sus respectivos ordenamientos nacionales diferentes niveles de armonización y protección, con tal que se respetase siempre el nivel básico determinado en la reiterada Directiva 90/314/CEE, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 8. Sin embargo, los insuficientes resultados de esta primera tentativa de armonización en este campo fueron uno de los principales motivos del Legislador de la UE para la tramitación y posterior adopción de la presente DVC 2015, tal y como se deja entrever en los aps. 1, 2 y 4, entre otros, de su Preámbulo. Sobre las Directivas "de mercado interior" y el art. 114 TFUE en general, *vid.* J. SNELL, *The internal market and the philosophies of market integration*, en C. BARNARD, S. PEERS (Eds.), *European Union Law*, Gospert, 2014, p. 299-324 (321-323), A. MATTERA, *L'harmonisation des législations nationales: un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle*, en *RDUE*, n. 3, 2004, p. 385-418, y P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Meroni circumvented?: Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies*, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 21 (1), 2014, p. 64-88, así como las SS. TJUE C-376/98, *RFA v. PE y Consejo*, de 5 octubre 2010 (caso "Publicidad del tabaco"; Rec. I-8419; ECLI:C:2000:544), C-301/06, *Irlanda v. PE y Consejo*, de 10 febrero 2009 (caso "Datos de comunicaciones electrónicas"; Rec. I-593; ECLI:C:2009:68), C-518/07, *Comisión de la UE v. RFA*, de 9 marzo 2010 (caso "Protección de datos personales"; Rec. I-1885; ECLI:C:2010:125), C-58/08, *The Queen & Vodafone & others v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, de 8 junio 2010 (caso "Vodafone"; Rec. I-4999; ECLI:C:2010:321), y C-270/12, *UK v. PE y Consejo*, de 22 enero 2014 (caso "Ventas en corto"; ECLI:C:2014:18), entre otras muchas, todas ellas disponibles en "http://curia.europa.eu", y en relación con la DVC y el TrLGDCyU, *vid.* S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 28-32, C. CAMACHO PEREIRA, *La protección del viajero, cit.*, p. 54-55, y M.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Redefiniciones, cit.*, p. 175-176 y 190-191) entre otros autores.

³⁹ Esta competencia se reitera a lo largo del texto articulado del TrLGDCyU, por ejemplo en sus arts. 40 a 45, sobre la cooperación institucional entre las administraciones públicas nacional y autonómicas, en sus arts 46 a 48, sobre la potestad sancionadora en general en materia de protección de los consumidores y usuarios, y ya específicamente en lo tocante a los servicios de viaje vinculados, en sus arts. 166, sobre cooperación administrativa, y 170, sobre potestad sancionadora. Para ampliar información sobre las competencias autonómicas en esta materia, *vid.* M.M. GÓMEZ LOZANO, I. GONZÁLEZ CABRERA, *ibidem*, y de esta última autora, *Medidas de protección, cit.*, p. 219-221.

Estatutos de Autonomía se asume la competencia exclusiva en esta materia, lo que incluye la regulación de las empresas y establecimientos turísticos. De este modo, en todos los Estatutos de Autonomía se asume la competencia exclusiva en esta materia, lo que incluye la regulación de las empresas y establecimientos turísticos; un buen ejemplo es el art. 71.51 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA)⁴⁰, conforme al cual la ordenación de las agencias de viajes (es decir, los principales operadores que actúan como organizadores en el sentido de los arts. 3.8 DVC 2015) se determina en las disposiciones promulgadas por esta Comunidad Autónoma, en concreto en el art. 48 del Texto Refundido de la Ley del Turismo de Aragón (TrLTA)⁴¹, y en su desarrollo en el Reglamento de Agencias de Viaje de Aragón (RAVA)⁴², en cuyo art. 13⁴³ se contempla la garantía que deben suscribir estos operadores para proteger a los viajeros de sus posibles incumplimientos contractuales, especialmente en caso de insolvencia, que podrá ser estipulada mediante aval, seguro o cualesquiera otros tipos de garantías financieras, bien de forma colectiva, con una cuantía nunca inferior a 2.500.000€, o de manera individual, con una cuantía mínima de 100.000€, o incluso a través de una garantía personalizada para cada viajero, en forma de seguro de viaje. A mayor abundamiento, la principal normativa de las restantes Comunidades Autónomas sobre estas cuestiones viene a ser la siguiente:

- ANDALUCÍA: Ley 13/2011, de 23 diciembre (BOJA 255, de 31 diciembre 2011), del Turismo en Andalucía, en cuyo art. 39 ya se establece la obligación general para todo tipo de operadores turísticos (incluidos por supuesto los intermediarios) de suscribir un seguro de responsabilidad civil u otra garantía equivalente para cubrir los daños que pudieran derivarse de sus actividades, y D. 301/2002, de 17 diciembre (BOJA 150, de 21 diciembre 2002), modificado por el RD 60/2018, de 27 febrero (BOJA 46, de 7 marzo 2018), justamente para su adaptación a la Directiva 2015/2302, y en cuyo actual art. 11 se regulan las garantías de las agencias de viajes con parámetros similares a los de la normativa autonómica aragonesa, en particular con una garantía individual mínima de 100.000€ y colectiva de un importe nunca inferior a 2.500.000€.
- ASTURIAS: Ley 7/2001, de 22 junio (BOPA 156, de 6 julio 2001), por la que se regula el Turismo del Principado de Asturias, en cuyo art. 51.3 ya se impone a las agencias de viaje la obligación de mantener vigentes los instrumentos de garantía que se hayan fijado reglamentariamente en la normativa de desarrollo de esta Ley, en concreto en el D. 60/2007, de 24 mayo (BOPA 144, de 21 junio 2007), por el que se aprueba el

⁴⁰ Estatuto aprobado mediante la Ley Orgánica 8/1982, de 10 agosto (BOE 195, de 16 agosto 1982), reformado en sucesivas ocasiones, la más reciente mediante la Ley Orgánica 5/2007, de 20 abril (BOE 97, de 23 abril 2007).

⁴¹ Texto Refundido aprobado mediante el Decreto Legislativo autonómico de la Diputación General de Aragón (DGA) 1/2016, de 26 julio (BOA 149, de 3 agosto 2016).

⁴² Reglamento aprobado por el Decreto autonómico 51/1998, de 24 febrero (BOA 28, de 6 marzo 1998), y que ha sido objeto en sucesivas ocasiones de diferentes modificaciones, la más reciente de las cuales fue llevada a cabo a través del Decreto autonómico 111/2018, de 19 junio (BOA 125, de 29 junio 2018); al respecto, *vid.* I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección*, *cit.*, p. 220.

⁴³ El art. 13 RAVA fue el único precepto modificado mediante el reiterado Decreto autonómico 111/2018, de 19 junio, *cit. supra* en la n. anterior, justamente para hacer compatible con la DVC 2015 el régimen de garantías establecido en esta norma, ante el retraso del Legislador nacional en la incorporación de dicha Directiva, que entró en vigor el 31 diciembre 2015 (art. 30 DVC 2015), y que debía de haber sido incorporada antes del 1 enero 2018 y ser aplicable en todos los Estados miembros de la UE (incluido por supuesto España) desde el 1 julio 2018 (arts. 28.1 y 28.2 DVC 2015). Sobre el particular, *vid.* S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 32-38, P. MARTÍNEZ ESPÍN, *La reforma*, *cit.*, p. 2, y I. GONZÁLEZ CABRERA, *ibidem*, entre otros autores.

Reglamento de las Empresas de Intermediación Turística, en cuyo art. 7 se determinan, entre otros extremos, el deber de las agencias de viaje de constituir una fianza individual o colectiva para responder de sus obligaciones contractuales con los viajeros en caso de insolvencia mediante ingreso en metálico en la Tesorería General del Principado de Asturias, aval bancario, póliza de caución o título de emisión pública, y las cuantías tales fianzas, en principio de 120.202,42€ para los mayoristas, 60.101,21€ para los minoristas, y 180.303,63€ para los mayoristas-minoristas.

- BALEARES: Ley 8/2012, de 19 julio (BOIB 106, de 21 julio 2012), sobre las normas reguladoras del Turismo en las Islas Baleares, en cuyo art. 58.4 se establece la obligación para los organizadores y los minoristas de viajes combinados de constituir una garantía frente a la insolvencia, que podrá ser individual (con una cuantía mínima que no podrá ser inferior a 100.000€), colectiva o en forma de seguro para cada viaje combinado, que deberá incluir la repatriación de los viajeros, en su caso, y que deberá estar disponible y fácilmente accesible para tales viajeros, en términos muy similares a los de los arts. 17 de la Directiva 2015/2302 y 164 del TRLGDCU, puesto que fue modificado para su adaptación a las mismas mediante la Disp. Final III de la Ley 6/2009, de 8 febrero (BOIB 21, de 16 febrero 2019). Además, se determina en el art. 58.5 de esta Ley 8/2012 la obligación adicional para las agencias de viaje de afianzar su posible responsabilidad civil en sus actividades a través del correspondiente seguro, lo cual se aproxima al régimen del art. 165 TRLGDCU, pero podría no coincidir del todo con el mismo por ir referida esta obligación única y exclusivamente a las agencias de viajes como sujetos de la misma y no a los organizadores y minoristas de viajes combinados, aunque este último precepto también fue modificado, pero no con posterioridad al RDLey 23/2018, *cit.*, sino por medio del art. 1.5 de la Ley 6/2018, de 22 junio (BOIB 78, de 26 junio 2018), por la que se modifican diversas normas del ordenamiento jurídico de las Islas Baleares en diversas materias (entre ellas el turismo). Sin embargo, hay que tener en cuenta el art. 20 del D. 60/2009, de 25 septiembre (BOIB 143, de 1 octubre 2009), de unificación de procedimientos, simplificación de los trámites y la declaración responsable de inicio de las actividades turísticas, en el que se configura el deber adicional de las agencias de viajes de constituir una fianza para cubrir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de los servicios relativos a los viajes combinados ante los consumidores o usuarios finales (de nuevo en lo que parece tratarse de una garantía de la responsabilidad contractual) mediante el ingreso en efectivo ante el órgano administrativo correspondiente, aval bancario, póliza de caución, o títulos de emisión pública, con unas cuantías de 180.303€ para los mayoristas, 90.151€ para los detallistas, y 240.404€ para mayoristas-detallistas. A mayor abundamiento, mediante el art. 1.6 de la Ley 6/2018, *cit.*, se añadió a la también citada Ley 8/2012 su actual art. 59 *bis*, en el que se extiende a los prestadores de servicios de viaje vinculados el referido deber de constituir una garantía frente a la insolvencia, de acuerdo con lo previsto al respecto en la Directiva 2015/2302 y en la transposición de la misma en la legislación estatal. Es, pues, uno de los marcos legales más complicados de los que se observan entre las diferentes CC.AA, pero, al mismo tiempo, la normativa de esta CC.AA puede considerarse adaptada a dicha Directiva y a la versión actual del TRLGDCU, aunque con algunas mínimas divergencias como la expuesta anteriormente en relación con la garantía de la responsabilidad contractual.

- CANARIAS: Ley 7/1995, de 6 abril (BO Canarias 48, de 19 abril 1995), de Ordenación del Turismo de Canarias, modificada, entre otras, por la Ley 14/2009, de 30 diciembre (BO Canarias 2, de 5 enero 2010), en cuyo art. 47.2 se somete a las agencias

de viajes como únicos sujetos legalmente habilitados para llevar a cabo la actividad de los viajes combinados a los requisitos que reglamentariamente se establezcan, en concreto en el D. 89/2010, de 22 julio (BO Canarias 149, de 30 julio 2010), modificado por el D. 124/2018, de 6 agosto (BO Canarias 158, de 16 agosto 2018), por el que se regula la actividad de intermediación turística, y en cuyo art. 5 se determina la obligación para las agencias de viajes de constituir una garantía con planteamientos paralelos a los de la normativa autonómica andaluza y aragonesa, por ejemplo con una garantía individual mínima de 100.000€ y colectiva de un importe nunca inferior a 2.500.000€.

- CANTABRIA: Ley 5/1999, de 24 marzo (BO Cantabria 3 [extraordinario], de 26 marzo 1999), de Ordenación del Turismo, desarrollada en materia de mediación turística por el D. 49/2011, de 19 mayo (BO Cantabria 105, de 2 junio 2011), por el que se regula dicha actividad llevada a cabo por las agencias de viajes, las centrales de reservas y los organizadores profesionales de congresos en esta CC.AA, y en cuyo art. 10 se determinan, entre otras cuestiones, el deber de las agencias de viaje de constituir una fianza individual o colectiva para responder de sus obligaciones contractuales con los viajeros en caso de insolvencia mediante ingreso en metálico en la Caja General de Depósitos del Gobierno de Cantabria, aval bancario, póliza de caución o título de emisión pública, y las cuantías tales fianzas, en principio de 120.202,42€ para los mayoristas, 60.101,21€ para los minoristas, y 180.303,63€ para los mayoristas-minoristas, como puede verse en términos similares a los de la normativa autonómica asturiana.

- CASTILLA LA MANCHA: Ley 6/1999, de 26 mayo (DOCM 40, de 12 junio 1999), de Ordenación del Turismo, en cuyo art. 17.3 se somete a las agencias de viaje a la obligación de constituir una garantía del cumplimiento de sus obligaciones con los viajeros en caso de insolvencia en los términos que se establezcan reglamentariamente, en concreto en el D. 56/2007, de 8 mayo (DOCM 98, de 11 mayo 2007), de ordenación de las agencias de viajes y centrales de reserva de Castilla-La Mancha, en cuyos arts. 10 a 13 se regula, entre otros extremos, el deber de ambos tipos de empresas de mediación turística de constituir y mantener vigente una garantía para responder de sus obligaciones contractuales con los viajeros en caso de insolvencia, garantía que podrá ser una fianza, bien colectiva, bien individual por medio de ingreso en metálico o título de emisión pública en la Caja General de Depósitos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aval bancario o póliza de caución, en cuantía de 120.000€ para los mayoristas, 60.000€ para los minoristas y para las centrales de reservas, y 180.000€ para mayoristas-minoristas.

- CASTILLA Y LEÓN: Ley 14/2010, de 9 diciembre (BOCL 243, de 20 diciembre 2010), sobre las normas reguladoras del Turismo de Castilla y León, en cuyo art. 16.1 c) se establece la obligación general para las empresas turísticas de constituir los seguros de responsabilidad civil, fianzas y garantías previstos en la normativa aplicable, que en el caso de las agencias de viajes es el D. 25/2001, de 25 enero (BOCL 22, de 31 enero 2001), por el que se aprueba el Reglamento de dichas Agencias en esta CC.AA, y en cuyos arts. 15 a 17 se regula, entre otras materias, el deber para estas Agencias de suscribir y mantener vigente una fianza para responder de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios al usuario o consumidor final en caso de insolvencia, y podrá tratarse de una fianza colectiva o individual, ésta última en cuantía de 20.000.000 de las antiguas ptas. (120.202,42€) para los mayoristas, 10.000.000 de las antiguas ptas. (60.101,21€) para los minoristas, y 30.000.000 de las antiguas ptas.

(180.303,63€), para los mayoristas-minoristas, como puede verse en un régimen que precisa de una notable actualización, incluso en cuestiones meramente terminológicas.

- CATALUÑA: Ley 13/2002, de 21 junio (DOGC 3669, de 3 julio 2002), de Turismo de Cataluña, en cuyo art. 53.2 se establece que las agencias de viajes deben de cumplir con su legislación sectorial específica, de la que forma parte el D. 168/1994, de 30 mayo (DOGC 1924, de 22 julio 1994), por el que se aprueba el Reglamento de las agencias de viajes en Cataluña, modificado por RD 158/2012, de 20 noviembre (DOGC 6268, de 5 diciembre 2012), y en cuyo art. 12 se determina la obligación de estas agencias de constituir una garantía para cubrir su posible insolvencia frente a los consumidores, así como su repatriación y el reembolso de los fondos depositados, en su caso, y dicha garantía podrá ser colectiva, con una cuantía nunca inferior a 2.500.000€, o individual por medio de aval bancario o póliza de caución, con un importe mínimo de 100.000€ y máximo de 300.000€ el primer año de actividad, o también mediante un seguro para cada viaje combinado. Sin embargo, se añade a la vigencia de estas normas los nuevos arts. 252-10, 255-11 y 255-12 de la Ley 22/2010, de 20 julio (DOGC 5677, de 23 julio 2010), del Código de Consumo de Cataluña, introducidos en dicho Código mediante el art 220 de la Ley 5/2017, de 28 marzo (DOGC 7340, de 30 marzo 2017), de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos y otros extremos; pues bien, en tales preceptos de este código se regula la garantía de los viajes combinados con los criterios propios de la Directiva 2015/2302, a cuya adaptación responden, coincidiendo con el Reglamento de agencias de viaje en Cataluña en admitir como formas de esta garantía el aval bancario y la póliza de caución y fijando una cuantía mínima de 100.000€ (art. 252-10.5); se contempla también la garantía de los servicios vinculados por remisión al referido art. 252-10 en el art. 252-11.2 y 252-11.3. En suma, esta progresiva acumulación legal que se ha ido produciendo a modo de “aluvión” ha dado lugar a todo un mosaico de disposiciones, que obligan al intérprete a toda una labor de “marquetería jurídica”.

- CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA: Reglamento de Turismo de la Ciudad Autónoma de Ceuta, aprobado por Acuerdo del Pleno de esta ciudad, de 30 noviembre 2010 (BOCCE 5012, de 28 diciembre 2010), en cuyo art. 147 se regula la garantía que deben prestar y mantener vigentes las agencias de viajes al comenzar su actividad y durante todo su desarrollo, garantía que cubrirá la responsabilidad contractual de dichas agencias, así como el cumplimiento de los servicios turísticos frente a los consumidores y usuarios en el supuesto de insolvencia de la agencia, y muy especialmente el reembolso de los fondos depositados y de los gastos de repatriación, en su caso. Esta garantía podrá constituirse de manera colectiva o de manera individual con unas cuantías mínimas de 120.000€ para los mayoristas, 60.000€ para los minoristas, y 180.000€ para mayoristas-minoristas, en unos planteamientos muy similares a los del antiguo y derogado art. 163 TRLGDCU en su versión anterior a la reforma realizada mediante el RD Ley 23/2018, *cit.*

- CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA: Reglamento de Turismo de la Ciudad Autónoma de Melilla, aprobado por D. 351/2010, de 19 julio (BOCME 12 [Extraordinario], de 29 julio 2010), en cuyo art. 30.5 se regula la garantía que deben prestar y mantener vigentes las agencias de viajes a lo largo de toda su actividad profesional, garantía que cubrirá la responsabilidad contractual de dichas agencias, así como el cumplimiento de los servicios turísticos frente a los contratantes de tales servicios frente a la insolvencia de la agencia, y muy especialmente el reembolso de los

fondos depositados y de los gastos de repatriación, en su caso. Esta garantía podrá constituirse colectiva o individualmente con unas cuantías mínimas de 120.202,42€ para los mayoristas, 60.101,21€ para los minoristas, y 180.303,63€ para los mayoristas-minoristas, una vez más siguiendo los postulados que se fijaron en el antiguo y derogado art. 163 TRLGDCU en su versión previa a la reforma llevada a cabo mediante el RD Ley 23/2018, *cit.*

- COMUNIDAD VALENCIANA: Ley 15/2018, de 7 junio (DOGV 8313, de 8 junio 2018), de Turismo, Ocio y Hospitalidad de la Comunidad Valenciana, en cuyo art. 70.2 se establece con carácter general la obligación de las agencias de viajes de constituir una garantía frente a su eventual insolvencia para responder de sus obligaciones con los contratantes de viajes combinados, y sobre todo de su repatriación, en su caso, siempre en los términos que se determinen en el desarrollo de dicha Ley, en concreto en el D. 101/2018, de 27 julio (DOCV 8353, de 2 agosto 2018), por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana. Y es en el art. 10 de dicho Reglamento en el que se contempla más en detalle esta garantía, la cual podrá estipularse colectivamente, con una cuantía nunca inferior a 2.500.000€, o de manera individual, y revestir en este último supuesto las formas de seguro, aval u otras figuras financieras, y con una garantía individual mínima de 100.000€, como puede observarse con criterios muy similares a los de la normativa autonómica andaluza, aragonesa y canaria.

- EXTREMADURA: Ley 2/2011, de 31 enero (DOE 22, de 2 febrero 2011), de Desarrollo y Modernización del Turismo en Extremadura, en cuyo art. 79.6 se determina con carácter general la obligación de las agencias de viajes de constituir y mantener permanentemente una garantía frente a su eventual incumplimiento contractual, especialmente en caso de insolvencia, que cubra el reembolso de los pagos realizados y la repatriación efectiva de los contratantes de un viaje combinado. Esta garantía habrá de formalizarse en los términos que se establezcan reglamentariamente, en concreto en el art. 14 del D. 119/1998, de 6 octubre (DOE 119, de 17 octubre 1998), en el que se regula con mayor detalle la fianza que deben prestar las agencias de viajes, bien de forma colectiva, con un importe global no inferior a 400.000.000 millones de ptas., o bien de forma individual, mediante ingreso en metálico, aval bancario, póliza de caución, o títulos de emisión de Deuda Pública depositados en la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma, con unas cuantías mínimas de 20.000.000 de las antiguas ptas. (120.202,42€) para los mayoristas, 10.000.000 de las antiguas ptas. (60.101,21€) para los minoristas, y 30.000.000 de las antiguas ptas. (180.303,63€), para los mayoristas-minoristas, una vez más con una terminología y unas previsiones que requieren de una adaptación a la normativa actual contenida en la Directiva 2015/2302 y en el TRLGDCU.

- GALICIA: Ley 7/2011, de 27 octubre (DOG 216, de 11 noviembre 2011), del Turismo de Galicia, en cuyo art. 86 se ha previsto con carácter general la obligación de las empresas de intermediación (agencias de viajes y centrales de reservas) de constituir y mantener vigente una garantía frente al incumplimiento de la prestación de sus servicios frente a sus contratantes, en los términos y cuantías que reglamentariamente se establezcan, en concreto en el art. 16 del D. 42/2001, de 1 febrero (DOG 36, de 20 febrero 2001), de refundición en materia de agencias de viajes, guías de turismo y turismo activo, modificado mediante el D. 25/2018, de 22 febrero (DOG 46, de 6 marzo 2018). Conforme a dicho precepto, esta garantía deberá ser suscrita por las empresas organizadoras y las empresas detallistas de viajes combinados, y quedará vinculada al

cumplimiento contractual de los servicios estipulados en dichas actividades, especialmente en caso de insolvencia de tales empresas. Esta garantía podrá formalizarse de manera colectiva, con un importe nunca inferior a 2.500.000€, de manera individual, con un importe mínimo de 100.000€, o bien mediante un seguro para cada persona usuaria del viaje combinado. Se trata, pues, una vez más, de un régimen en la línea de las legislaciones autonómicas aragonesa, andaluza, canaria y valenciana.

- LA RIOJA: Ley 2/2001, de 31 mayo (BOLR 66, de 2 junio 2001), de Turismo de La Rioja, en cuyo art. 17 se incluye a las agencias de viajes mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas y a las centrales de reservas entre las empresas de intermediación turística, aunque sin aludir expresamente a las garantías que deben prestar, puesto que las mismas se regulan en el art. 135 del D. 10/2017, de 17 marzo (BOLR 34, de 22 marzo 2017), por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja, modificado parcialmente mediante el ap. 31 del art. único del D. 40/2018, de 23 noviembre (BOLR 141, de 30 noviembre 2018). En dicho precepto, se delimita la garantía obligatoria que deben constituir los organizadores y minoristas de viajes combinados frente a su eventual insolvencia, con una terminología y en unos términos paralelos a los del art. 17.1 de la Directiva 2015/2302 (art. 135.1), y se especifica que esta garantía podrá suscribirse de manera colectiva, con un importe nunca inferior a 2.500.000€, de manera individual, con un importe mínimo de 100.000€, o bien mediante un seguro para cada persona usuaria del viaje combinado (art. 135.2), y que estas cuantías deberán ajustarse a las establecidas en la legislación nacional sobre viajes combinados, en el caso de que fuesen superiores (art. 135.3, en su vigente versión introducida mediante el referido D. 40/2018). Con algún matiz adicional, esta regulación también se incardina en la orientación seguida por la normativa autonómica en este punto en Aragón, Andalucía, Canarias, Extremadura y Valencia.

- MADRID: Ley 1/1999, de 12 marzo (BOCM 69, de 23 marzo 1999), de Turismo de Madrid, en cuyo art. 32 (modificado mediante el art. 3.19 de la Ley 8/2009, de 21 diciembre [BOCM 308, de 29 diciembre 2009], de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa de Madrid) se establece una reserva de actividad sobre la intermediación turística en favor de las agencias de viajes mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas, pero sin hacer mención expresa alguna a las garantías que deben prestar, las cuales aparecen reguladas en el art. 14 del D. 99/1996, de 27 junio, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes de la Comunidad de Madrid (BOCM 165, de 12 julio 1996), modificado por D. 151/2018, de 16 octubre (BOCM 253, de 23 octubre 2018). En este precepto, se obliga a las agencias de viajes organizadoras, ya sean mayoristas, minoristas o ambas dos, a suscribir y mantener permanentemente una garantía del cumplimiento de los servicios de viajes combinados frente a sus respectivos contratantes, en especial en los casos de insolvencia y repatriación, garantía que podrá estipularse de forma colectiva, con un importe nunca inferior a 2.500.000€, de forma individual, con un importe mínimo de 100.000€, o bien a través de un seguro para cada usuario de un determinado viaje combinado. Son, pues, una vez más, términos más o menos similares a los de las demás legislaciones autonómicas que fueron modificadas en este punto con posterioridad a la adopción de la Directiva 2015/2302, pero con anterioridad a la promulgación del RDLey 23/2018, *cit.*

- MURCIA: Ley 12/2013, de 20 diciembre (BORM 296, de 24 diciembre 2013), de Turismo en la Región de Murcia, en la que tan sólo aparece una escueta definición de agencias de viajes como empresas dedicadas a la intermediación turística y a la organización de viajes y otros servicios turísticos en su art. 36.1. Sin embargo, el deber

de estas agencias de constituir una garantía frente a la insolvencia aparece tipificada en el art. 19 del D. 100/2007, de 25 mayo (BORM 129, de 6 junio 2007), en su versión modificada mediante el art. primero, ap. 18, del D. 37/2011, de 8 abril (BORM 84, de 12 abril 2011), por el que se modifican diversos Decretos de esta CC.AA para adaptarlos a las modificaciones de otras Leyes de dicha Comunidad con el fin de hacerlas compatibles con la Directiva 2006/123, *cit.*, relativa a los servicios en el mercado interior de la UE. En este precepto, se impone a las agencias de viaje la obligación de constituir una garantía afecta al posible incumplimiento de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de los mismos en los supuestos de insolvencia, especialmente de cara al reembolso de los fondos depositados y al resarcimiento de los gastos de repatriación, en su caso. Esta garantía podrá suscribirse como fianza colectiva, en cuantía nunca inferior a 2.404.050€, o como fianza individual, mediante ingreso en la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con unos importes mínimos de 120.000€ para los mayoristas, 60.000€ para los minoristas, y 180.000€ para mayoristas-minoristas. El elenco de opciones disponibles para formalizar esta garantía es, pues, algo más reducido y limitado que en otras legislaciones autonómicas.

- NAVARRA: Ley Foral 7/2003, de 14 febrero (BON 23, de 21 febrero 2003), de Turismo de Navarra, en cuyo art. 26.4 se somete a las agencias de viajes a los requisitos que se determinen reglamentariamente, en concreto en el art. 15 del D. Foral 141/1988, de 4 mayo (BON 60, de 16 mayo 1988), por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes de Navarra, modificado mediante el art. 7.7 del D. Foral 10/2011, de 14 febrero (BON 49, de 11 marzo 2011), de modificación de diversos Reglamentos en materia de turismo. En dicho precepto, se obliga a las agencias de viajes a constituir y mantener vigente una fianza afecta a las responsabilidades económicas de dichas agencias declaradas en Resolución firme en vía judicial a instancia única y exclusivamente del usuario o consumidor final o en un laudo dictado en un procedimiento arbitral de consumo, fianza que podrá suscribirse en metálico, mediante aval a primer requerimiento o seguro de caución, con unas cuantías de 120.000€ para los mayoristas, 60.000€ para los minoristas, y 180.000€ para mayoristas-minoristas. Se trata, en suma, de un régimen que precisa de la oportuna actualización para su adaptación a la Directiva 2015/2302 y a la vigente versión del TRLGDCU.

- PAÍS VASCO: Ley 13/2016, de 18 julio (BOPV 152, de 11 agosto 2016), de Turismo del País Vasco, en cuyo art. 61.1 se establece con carácter general la obligación de las empresas turísticas de mediación (agencias de viajes, agrupaciones de empresas turísticas para la comercialización común de ofertas turísticas de las empresas agrupadas, centrales de reservas, mediadoras turísticas y operadores turísticos, en los términos del art 55 de esta Ley) de constituir y mantener permanentemente una garantía vinculada al cumplimiento de la prestación de sus servicios frente a sus contratantes en el supuesto de insolvencia de dichas empresas, y muy especialmente al reembolso de los fondos depositados y a la repatriación efectiva de tales contratantes, en su caso, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente a este respecto. Este desarrollo normativo se ha llevado a cabo mediante el D. 81/2012, de 22 mayo (BOPV 110, de 6 junio 2012), sobre las agencias de viajes, en cuyo art. 6 se obliga a tales agencias (sin entrar en los casos de las restantes empresas de mediación antes enumeradas) a formalizar la referida garantía en forma de fianza colectiva, con una cuantía nunca inferior a 2.405.000€, o en forma de fianza individual a través de un ingreso en efectivo, aval bancario, seguro de caución o títulos de emisión pública, con unas cuantías de

120.000€ para los mayoristas, 60.000€ para los minoristas, y 180.000€ para mayoristas-minoristas.^{158 158 158 158}

Se trata, pues, de un sistema sumamente complejo de previsiones y mandatos muy variados todos ellos, pero estrechamente entrelazadas entre sí, pese a sus diferentes rango y naturaleza, por lo que sería muy de desear que se redujese su actual fragmentación, en especial en el caso de la legislación autonómica, extremadamente dispersa y con planteamientos nada coincidentes, la cual requiere, no sólo de la lógica adaptación a la DVC 2015 y a la actual versión del TrLGDCyU en muchos casos (con algunas excepciones puntuales, como la legislación de Aragón y de las Islas Baleares), sino también de una suerte de armonización interna que prevenga una eventual compartimentación del mercado interior en la UE desde las propias Comunidades Autónomas, y que, por cierto, ya se había venido proponiendo con anterioridad al RDLey 23/2018⁴⁴. Sin embargo, y en cuanto a la cuestión que ahora nos ocupa, una de las principales carencias de las que adolecen los diversos regímenes autonómicos sucintamente examinados con anterioridad es la ausencia casi total y completa de referencias directas y expresas a las garantías frente a la insolvencia de los prestadores de servicios de viaje vinculados, justamente por la referida falta de adaptación a la DVC 2015 y a la vigente versión del TrLGDCyU (una vez más con las excepciones de la regulación vigente al respecto en las Islas Baleares y en Aragón). Sin duda, será este último uno de los muchos motivos que justificará la necesaria modificación de la inmensa mayoría de estas disposiciones, para paliar su obsolescencia sobrevenida y llevar a cabo su imprescindible puesta al día en esta materia, dando cabida y carta de naturaleza en este nivel normativo a la nueva figura de los servicios de viaje vinculados.

⁴⁴ En su momento, estas tentativas se vieron plasmadas en el Borrador de Texto Armonizado para todas las Comunidades Autónomas de la Subdirección General de Cooperación y Competitividad Turística de la Secretaría de Estado de Turismo del Ministerio español de Industria, Energía y Turismo, junto con la Mesa de Directores Generales de Turismo de tales Comunidades Autónomas, con miras a adecuar la normativa autonómica sobre viajes combinados a la redacción del art. 163 TrLGDCyU tras su modificación mediante la Disp. Final XVII de la Ley 15/2015, de 2 julio (BOE 158, de 3 julio 2015), de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), entre otros motivos para adaptar este precepto a la S. TJUE C-140/97, *Walter Rechberger und andere v. Republik Österreich*, de 15 junio 1999 (caso “Rechberger”; Rec. I-3499, ECLI:EU:C:1999:306; sobre esta modificación, vid. N. MORALEJO IMBERNÓN, *Comentario al artículo 163*, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias [Real Decreto Legislativo 1/2007]*, Cizur Menor, 2015, p. 2297-2302, P. MARTÍNEZ ESPÍN (Coord.), *La reforma del artículo 163 TRLGDCU por la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, en *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, p. 1-7 [disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>], y P. BENAVIDES VELASCO, *La obligación de las agencias de viaje de prestar las garantías contempladas en la Directiva de Viajes Combinados*, en *International Journal of Scientific Management Tourism*, v. 4, n. 2, 2018, p. 93-114 [99-104], disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>, entre otros autores), y a los requerimientos que establecía el Proyecto Piloto 6617/14/JUST de 2014 de la Comisión Europea para la correcta transposición de la antigua y derogada DVC 1990 (disponible en la web <http://www.revista80dias.es>). Uno de los principales efectos de este documento ha sido que las garantías fijadas a estos efectos en las diversas legislaciones 158 diversas legislaciones autonómicas se han establecido de manera uniforme en una cuantía mínima de 100.000€, pero los resultados de esta pretendida armonización autonómica en esta materia no han ido más allá, al menos hasta la fecha (al respecto, vid. L.A. MARCO ARCALÁ, *La protección de los pasajeros*, cit., p. 25-26 - n. 15 -, y p. 57-58 - n. 73 -, y I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección*, cit., p. 219-221). Con todo, no hay que olvidar que la Disp. Final IV del RDLey 23/2018, cit., obliga a las Comunidades Autónomas a adaptar su normativa a lo dispuesto en su Tít. III, es decir, a la reforma del TrLGDCyU, por lo que cabe esperar toda una serie de modificaciones futuras de las disposiciones de las Comunidades Autónomas en esta materia en un futuro no lejano.

3. La obligación de constituir una garantía y las formas de prestarla

Según lo dispuesto en los arts. 164.1 y 167.1 TrLGDCyU, tendrán la obligación de constituir una garantía frente a su eventual insolvencia los empresarios siguientes:

- Los organizadores y minoristas de viajes combinados establecidos en España o en otro Estado miembro de la UE cuando vendan, ofrezcan sus viajes combinados en nuestro país o dirijan estas actividades por cualquier medio hacia España desde cualquier otro de tales Estados (art. 164.1 TrLGDCyU).

- Los prestadores de servicios de viaje vinculados que faciliten estos servicios en España, bien establecidos en nuestro país, o bien dirigiendo por cualquier medio tales actividades hacia España desde cualquier otro Estado miembro de la UE (art. 167.1 TrLGDCyU).

Ello implica que esta obligación recae sobre los organizadores y minoristas [según las definiciones de los mismos establecidas en las letras g) y h) del art. 151.1 TrLGDCyU⁴⁵] y sobre los empresarios prestadores de servicios de viaje combinado, tanto si desarrollan sus actividades en España de forma presencial, como si lo hacen a distancia desde cualquier otro Estado miembro de la UE por medios telefónicos o en línea a través de páginas *web* accesibles desde nuestro país, en los términos dispuestos en el art. 151.2 TrLGDCyU.

Las distintas formas que puede llegar a revestir esta garantía frente a la insolvencia han sido contempladas con una total libertad y una gran amplitud en los arts. 17.1, 17.2 y 19.1 DVC 2015, en cuyo tenor literal no se han introducido mayores precisiones en torno a esta cuestión; tan sólo se exige taxativamente que se trate de una garantía real y efectiva, obviamente para dejar que sean los legisladores de cada uno de los Estados miembros quienes determinen estos extremos en sus respectivos ordenamientos nacionales⁴⁶. De este modo, sí que se han precisado las vías para prestar tal garantía con la debida efectividad en los arts. 164.1 y 167.1 TrLGDCyU, a saber, un fondo de garantía, un aval (probablemente bancario), un seguro (probablemente de caución) o cualesquiera otros tipos de garantías financieras, en una enumeración de carácter abierto (o de *numerus apertus*) y así, meramente ejemplificativa. Por lo demás, las formas de esta garantía ya habían venido siendo reguladas con anterioridad a la incorporación de la DVC 2015 en las diferentes normativas sobre agencias de viajes en cada Comunidad Autónoma, entre ellas Aragón, en la cual se tipifica el elenco de posibles garantías de estos operadores en el art. 13.2 RAVA⁴⁷. En este precepto se recogen de manera opcional y alternativa tres modalidades de garantía, como son la individual que puede constituir cada agencia de viaje, en forma de aval (probablemente bancario) o de seguro (probablemente de caución), la colectiva para un conjunto de agencias de viaje, en forma de fondo solidario de garantía a través de asociaciones empresariales o entidades gestoras de dicho fondo solidario, y finalmente la garantía personalizada para cada viajero, en forma de seguro de viaje. No cabe duda, pues, de la diversidad y admisibilidad a estos efectos de cualesquiera clases de garantías frente a la insolvencia del organizador y del minorista de viajes combinados y, por lo que nos ocupa en el presente estudio, del prestador de servicios de viaje vinculados, con tal de que dichas

⁴⁵ Sobre tales definiciones, *vid.* la doctrina *cit. supra* n las n. 1, 3 y 10.

⁴⁶ En sentido similar, *vid.* P. BENAVIDES VELASCO, *La obligación, cit.*, p. 108, Sobre estas modalidades, *vid.* I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección, cit.*

⁴⁷ *Vid. supra* n. 43.

garantías cumplan con el requisito de la efectividad impuesto en la DVC 2015 y por supuesto común a todas las disposiciones sucintamente descritas.

4. Las coberturas de la garantía: especial referencia a la repatriación de los viajeros

Con carácter general, la garantía frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados deberá cubrir lo que se ha dado en denominar costes previsibles de manera razonable, a tenor de los arts. 17.2 y 19.1 DVC 2015, los cuales se desglosan en los pagos llevados a cabo por los viajeros, los realizados por un tercero en nombre de aquéllos (por ejemplo, la agencia de viajes que transfiera al *tour operador* los emolumentos desembolsados por los viajeros) y el coste estimado de las repatriaciones, en su caso, y siempre atendiendo muy especialmente al periodo comprendido entre los pagos de la entrada y los pagos finales y la terminación de los viajes combinados o de los servicios de viaje vinculados. Pues bien, estos mismos mandatos han sido incorporados a nuestro ordenamiento con idénticos parámetros en la dicción literal de los arts. 164.2 y 167.2 TrLGDCyU. No obstante, lo cierto es que se han introducido nuevos elementos de cálculo para esta cobertura en los referidos preceptos, en concreto los datos comerciales más recientes del organizador o del minorista de viajes combinados o del prestador de servicios de viaje vinculados (por ejemplo, el volumen de negocios del ejercicio anterior de estos empresarios, éso sí, en concepto de viajes combinados o de servicios de viaje vinculados), pero este criterio podrá verse modulado por la eventual incidencia del aumento de riesgos, especialmente por un incremento importante en la venta de viajes combinados o en la prestación de los servicios de viaje vinculados. A mayor abundamiento, se añaden ulteriores previsiones a este respecto en la normativa autonómica sobre viajes combinados, por ejemplo, en lo tocante a Aragón, en el art. 13.2 RAVA, en el que se exige, para las garantías individuales, una cuantía mínima de 100.000€ en el primer año de ejercicio de la actividad, la cual, además, deberá ser equivalente, como mínimo, al cinco por ciento de volumen de negocio derivado de los ingresos por venta de viajes combinados y servicios de viaje vinculados alcanzado por el organizador o del minorista de viajes combinados o del prestador de servicios de viaje vinculados; en cuanto a la garantía colectiva, su cuantía mínima habrá de ser siempre equivalente al 50% de la suma de las hipotéticas garantías individuales que habrían de constituir, en su caso, los empresarios participantes, sin que su monto total pueda ser nunca inferior a los 2.500.000€. Se observan, pues, una vez más, una serie de diferencias nada desdeñables en este punto entre las disposiciones de la DVC 2015, las del TrLGDCyU y las de las Comunidades Autónomas, por cierto pese a algunos intentos de armonización de éstas últimas que tuvieron lugar con anterioridad al RD Ley 23/2018, *cit.*⁴⁸. Y de nuevo resulta difícil prever de antemano las consecuencias que puedan tener a largo plazo estas divergencias, pero es obvio que no es esta ni mucho menos la situación más idónea, por lo que sólo cabe esperar que puedan ir desapareciendo estas disparidades, por ejemplo a través de la referida armonización de las diferentes legislaciones autonómicas, si es que llega a hacerse realidad en un futuro no lejano.

Una de las coberturas más relevantes vinculadas a esta garantía es, por motivos evidentes, el derecho a la repatriación del viajero que se vea afectado durante su viaje

⁴⁸ Vid. *supra* n. 44.

por la insolvencia del organizador o del minorista de viajes combinados o del prestador de servicios de viaje vinculados. De esta manera, la garantía frente a la eventual insolvencia de tales empresarios deberá cubrir el coste estimado de estas repatriaciones (arts. 17.2 *in fine* y 19.1 DVC 2015 y 164.2 y 167.2 TrLGDCyU). Como es obvio, un presupuesto material imprescindible a estos efectos será que haya un transporte ligado al viaje combinado ofertado por el organizador o el minorista insolvente, o a los servicios de viaje vinculados del prestador en semejante situación, presupuesto que suele verse cumplido con suma frecuencia por la propia naturaleza de este tipo de actividades, en las que el traslado del viajero de un punto a otro se revela imprescindible por ser una parte esencial de la contraprestación pactada. Por lo demás, se precisa igualmente a estos efectos que la esta repatriación deberá resultar totalmente gratuita y sin ningún adelanto de pagos para el viajero y comprender también la financiación del alojamiento previo, si fuese necesario en función de las circunstancias (arts. 17.4 y 19.1 DVC 2015 y 164.5 *in fine* y 167.2 TrLGDCyU). En este punto, cabe congratularse de la correcta incorporación de los mandatos de la DVC 2015 en el TrLGDCyU. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del régimen establecido a este respecto en algunas disposiciones autonómicas, en las que el alcance del derecho a la repatriación del viajero se ha visto configurado de una forma algo diferente. Es el caso, por ejemplo, del RAVA en Aragón, en cuyo art. 13.1 se habla de la repatriación efectiva del viajero, y se precisa a renglón seguido en su art. 13.4 que la garantía incluirá del mismo modo la financiación del alojamiento previo a la repatriación, pero sin especificar que no serán admisibles ninguna clase de adelantos de pago por parte del viajero, tal y como se señala expresamente en la DVC 2015 en el TrLGDCyU. Siendo esta una divergencia nada desdeñable, no es la más significativa, puesto que ésta última radica en la definición normativa de repatriación que aparece en el art. 13.5 RAVA, según el cual se entenderá por repatriación el regreso del viajero al lugar de salida o a cualquier otro lugar acordado por las partes contratantes. Pues bien, se trata de una opción legislativa sumamente criticable, no sólo por la propia discordancia con las previsiones nacionales y de la UE en esta materia, sino también y muy especialmente, por representar una seria ruptura del carácter tuitivo del viajero que debe informar en todo momento esta regulación, como una manifestación más del ya referido principio de protección del viajero⁴⁹. Esta ruptura se produce al dejar al albur de la parte contractual más fuerte (es decir, el organizador o el minorista de viajes combinados o el prestador de servicios de viaje vinculados) la determinación del punto de retorno de la repatriación, de suerte que el mismo podría verse fijado de antemano en las condiciones generales del contrato, en detrimento del necesario equilibrio en cuanto al mantenimiento de los intereses del viajero. En suma, sería muy de desear la modificación de los referidos preceptos para adecuarlos a la DVC 2015 y al TrLGDCyU, si bien no parece previsible que, efectivamente, pueda llegar a ser así, o, cuando menos, no en un futuro próximo, por lo que tal vez sí que pueda ser mucho más a largo plazo.

5. La delimitación de la insolvencia y de sus manifestaciones

La definición de la insolvencia de manera general y abstracta se revela una cuestión sumamente compleja, escabrosa y hasta esquiva por diferentes motivos: Por una parte, se trata de una noción multidisciplinar, que presenta diferentes enfoques desde el punto

⁴⁹ Vid. *supra* n. 19 y 25.

de vista económico y desde una perspectiva netamente jurídica, y por otra, ni siquiera puede decirse que se trate de un concepto propiamente dicho, pues se trata más bien de una *quaestio facti*, poco propicia para construcciones teóricas, y de ahí que haya dado lugar a todo tipo de reflexiones, pero sin haberse llegado a superar definitivamente esta polémica, ni siquiera recurriendo a la sustitución del término insolvencia por expresiones más difusas y omnicomprensivas, como por ejemplo crisis económica⁵⁰. Ello se debe básicamente a que circunstancias tales como la cesación o sobreseimiento universal en los pagos, la insuficiencia patrimonial, la mera falta de liquidez, etc., no constituyen la insolvencia como tal, sino que tan sólo son meras manifestaciones de la misma, entre otras muchas posibles⁵¹, y por tanto no resulta viable delimitar esta figura desde ninguna de tales circunstancias, con independencia de que sí que se revelen muy funcionales para ser tipificados en las diversas legislaciones concursales de cada Estado como manifestaciones externas o hechos indiciarios o reveladores de la situación de insolvencia, como suele ser habitual. Con todo, sí que se ha llevado a cabo una mínima delimitación del fenómeno de la insolvencia desde su faceta jurídica y del modo más amplio posible como aquella situación en la que las disfunciones en la estructura del patrimonio del deudor le impiden el cumplimiento regular de sus obligaciones⁵². Por tanto, lo que mejor califica a la insolvencia como tal es esta última característica, común a todas sus distintas formas y variables, y que comprende tres elementos, a saber, incumplimiento regular de las obligaciones, disfunciones en la estructura patrimonial del deudor, y, por supuesto, el nexo causal entre ambos.

Las dificultades antes expuestas se han venido observando en la inmensa mayoría de las legislaciones comparadas en materia concursal y así, han pasado también al ordenamiento de la UE, en el que se adolece asimismo de una insuficiente y hasta casi inexistente delimitación de la noción de la insolvencia en el plano jurídico. La carencia de una adecuada definición de la insolvencia en el Derecho de la UE trae causa, en primer lugar, del vacío normativo que presenta al respecto en sus diferentes disposiciones en torno a esta figura, puesto que se alude repetidamente en todas ellas a la insolvencia, pero en ninguna de ellas ha tomado postura el Legislador de la UE, siquiera describiendo lo que debe de entenderse por este concepto, sin duda por este cúmulo de problemas, a los que se une obviamente el escollo adicional de lograr un acuerdo al respecto en el marco de las siempre complejas Instituciones de la UE. Así, en cuanto a la protección del viajero, dicha protección se extiende a los supuestos de insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, según los arts. 17 a 19 DVC 2015. Sin embargo, no se ha incluido delimitación alguna de la noción de insolvencia,

⁵⁰ Para ampliar información sobre el particular, *vid.* L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *El estado de insolvencia (discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1970-1971)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1970, especialmente p. 16-28, del mismo autor, *El presupuesto objetivo de la declaración de concurso*, en AA.VV., *Estudios Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 325-339, y *El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia*, en *Las claves de la Ley Concursal* (Dtors), I. QUINTANA CARLO, A. BONET NAVARRO, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Cizur Menor, 2005, p. 35-48, y F.J. ORDUÑA MORENO, *La insolvencia, análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Valencia 1994, especialmente p. 35-108, entre otros muchos autores.

⁵¹ En este sentido, *vid.* L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *El estado de insolvencia*, *cit.*, especialmente p. 19-21, del mismo autor, *El presupuesto objetivo de la declaración de concurso*, *cit.*, especialmente p. 329-331, y *El presupuesto objetivo del concurso*, *cit.*, p. 35.

⁵² En este sentido, *vid.* L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *ibidem*.

ni en tales preceptos⁵³, ni mucho menos en el amplio listado de definiciones fijadas a lo largo de los 16 aps. del art. 3 DVC 2015⁵⁴, por lo que parece claro que se trata de una cuestión que se ha dejado pendiente, pero cuya resolución se muestra imprescindible para una adecuada aplicación de todas las anteriores normas y que debe de ser, por tanto, afrontada del mejor modo posible. Aunque no se haya establecido en norma alguna del Derecho de la UE una definición literal de lo que debe entenderse por insolvencia, no puede decirse que la laguna al respecto en este ordenamiento sea total y completa, puesto que sí se aportan en el mismo algunos valiosos criterios para delimitar el concepto de insolvencia, al menos en sus aspectos más básicos. Pues bien, tales criterios, que vienen a actuar a modo de "últimos recursos", vienen a ser los siguientes:

- La jurisprudencia del TJUE sobre la insolvencia del organizador en los viajes combinados, a partir del antiguo y derogado art. 7 DVC 1990, *cit.*: En relación con este último precepto, se ha optado en algún pronunciamiento del Alto Tribunal de la UE por una interpretación más bien abierta y extensiva de la noción de insolvencia, de modo que se incluya en su ámbito de aplicación cualesquiera situaciones de insuficiencia patrimonial del organizador o del minorista en los viajes combinados, (lo que habría que entender aplicable al prestador de servicios de viaje vinculados en el vigente contexto normativo) que le impidan cumplir sus obligaciones, con independencia de cuáles sean sus causas, por ejemplo aunque el origen de tal situación sea la conducta fraudulenta de dicho operador⁵⁵. Por tanto, ello implica que la orientación actual de esta jurisprudencia

⁵³ Esta omisión trae causa de la misma laguna de que adoleció en su momento el antiguo y derogado art. 7 DVC 1990 *cit.*, por ejemplo puestas de manifiesto por P. DE LA HAYA DÍAZ, *op. cit.*, p. 51-52, P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado*, *cit.*, p. 50-51, I. QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español*, *cit.*, p. 58, y T. PANTAZI, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁴ Sobre este precepto y estas definiciones, *vid.* una vez más la doctrina *cit. supra* n las n. 1, 3 y 10.

⁵⁵ En este sentido, *vid.* los ftos. 23 a 25, y el propio fallo de la S. C-134/11, *Jürgen Blödel-Pawlik v. HanseMerkur Reiseversicherung AG*, de 16 febrero 2012 (caso "Blödel-Pawlik"; ECLI:EU:C:2012:98), así como P. MARTÍNEZ ESPÍN, *Protección frente al riesgo de insolvencia o de quiebra del organizador del viaje combinado*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 2, 2012, p. 246-248 [disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>], p. 248. En particular, el TJUE declara en el fto. 23 de esta sentencia que "...el comportamiento imprudente del organizador de viajes o la ocurrencia de hechos excepcionales o imprevisibles no pueden constituir un obstáculo para la devolución de los fondos depositados o la repatriación de los consumidores...", tal y como ya se había sentado igualmente en los ftos 75 y 76 de la S. TJUE C-140/97, *Walter Rechberger und andere v. Republik Österreich*, de 15 junio 1999 (caso "Rechberger"; Rec. I-3499, ECLI:EU:C:1999:306); en otro orden de cosas, declara asimismo a renglón seguido el Alto Tribunal de la UE en el fto. 24 del reiterado caso "Blödel-Pawlik", *cit.*, que el objetivo del art. 7 de la Directiva 90/314/CEE consiste en garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, como se dictaminó también en el fto. 39 de las SS. TJUE en los asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann und andere v. Bundesrepublik Deutschland*, de 8 octubre 1996 (caso "Dillenkofer"; Rec. I-4895, ECLI:EU:C:1996:375), lo cual requiere, pues, de una interpretación amplia y extensiva del concepto de insolvencia. Con todo, es importante matizar que la acción del viajero para reclamar contra el organizador de viajes combinados (lo que podría extenderse quizá en un futuro al prestador de servicios de viaje vinculados, si así se confirmase en la ulterior jurisprudencia del TJUE a este respecto) no es alternativa con la acción que asiste al pasajero aéreo para reclamar contra el transportista aéreo en virtud del art. 8.2 del Reglamento 261/2004/UE, del PE y del Consejo, de 11 febrero 2004 (DOUE L 46, de 17 febrero 2004), por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en los supuestos de denegación de embarque o gran retraso de los vuelos (RCAPA), según se ha dispuesto en los ftos. 29 a 44 y en el propio fallo de la S. TJUE C-163/18, *HQ, IP & others v. Aegean Airlines SA*, de 10 julio 2019 (caso "Aegean Airlines"; ECLI:EU:C:2019:585, disponible en <http://curia.europa.eu>), ni siquiera en el caso de que el organizador de los viajes combinados haya sido declarado en estado de insolvencia, como sucedió en el caso sobre el que se pronunció el Alto Tribunal de la UE en esta sentencia.

permite sostener que la insolvencia debe de ser entendida en su más amplia y omnicompreensiva acepción.

- La propia enumeración de los procedimientos de insolvencia subsumidos en el ámbito de aplicación del vigente Reglamento 848/2015/UE, del PE y del Consejo (texto refundido), de 20 mayo 2015 (DOUE L 141, de 5 junio 2015), sobre procedimientos de insolvencia (RPI), que vino a sustituir al anterior y ya derogado (art. 91 RPI) Reglamento 1346/2000/CE, del Consejo, de 29 mayo 2000 (DOUE L 160, de 30 junio 2000), sobre la misma materia, actualizando y mejorando muchas de sus disposiciones tras más de una década de experiencia en su aplicación efectiva⁵⁶, de conformidad con su Anexo A: De esta suerte, dicho elenco de procedimientos está llamado a constituir toda una herramienta jurídica de una notable eficiencia para el intérprete a la hora de ponderar la situación de insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, aun cuando no se trate de una quiebra, una bancarrota o un concurso de acreedores propiamente dichos, sino de alguno de los procedimientos denominados de carácter “pre-“ o “paraconcursal”⁵⁷, también incluidos en este Anexo A del RPI, *cit.*, y que, por lo demás, se han visto regulados en algún supuesto muy específico, en concreto mediante la Directiva 2017/1132, del PE y del Consejo, de 20 junio 2019 (DOUE L 172, de 26 junio 2019), sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (DRI), y en la

⁵⁶ Acerca de uno y otro Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, M.J. VERDÚ CAÑETE, *Procedimientos concursales comunitarios (integración del Reglamento [CE] 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español)*, Valencia, 2004, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Valencia, 2013, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El nuevo Reglamento europeo de insolvencia*, en *REDI*, vol. 67, núm. 2, 2015, p. 263-267, del mismo autor, *La apertura de procedimientos secundarios de insolvencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014, As. C-327/13, Burgo Group c. Illochroma y Theetten*, en *La Ley Unión Europea*, n. 20, 2014, p. 23-31, J.D. ORTEGA RUEDA, *El Reglamento 2015/848, una regulación actualizada para el fenómeno de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, en *Revista Lex Mercatoria*, n. 1, 2015, p. 66-69, y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento europeo de insolvencia. Apuntes sobre el nuevo régimen*, en *RCP*, n. 22 2015, p. 95-103, entre otros muchos autores.

⁵⁷ Para ampliar información sobre los procedimientos pre- y para-concursales, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (disp. adic. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Madrid, 2010, del mismo autor, *Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los «acuerdos de refinanciación». El expediente registral preconcursal*, en *ADC*, n. 21, 2010, p. 9-80, y *La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos*, en *ADC*, n. 32, 2014, p. 89-153, J.L. DÍAZ ECHEGARAY, *Los acuerdos de refinanciación (dúo)*, Cizur Menor, 2015, E.M. BELTRAN SÁNCHEZ, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *Acuerdos de refinanciación*, en *Enciclopedia de Derecho concursal* (Dtors.), E.M. BELTRAN SÁNCHEZ, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, t. I y II, Cizur Menor, 2012, t. I, p. 151-171, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación*, en J.A. GÓMEZ SEGADÉ, A. GARCÍA VIDAL (Eds.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI [Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA en su octogésimo cumpleaños]*, Madrid, 2010, p. 731-741, F. CERDÁ ALBERTO, *La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partíipes*, en *ADC*, n. 33, 2014, p. 143-165, del mismo autor, *La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal*, en *RCP*, n. 22, 2015, p. 115-128, J. PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, en *RCP*, n. 14, 2011, p. 25-40, S. HURTADO IGLESIAS, *Acuerdos de refinanciación y cómputo de mayorías. Evolución legal*, en *RCP*, n. 24, 2016, p. 133-147, y A. GARCÍA VIDAL, *El precurso de acreedores: preconcursalidad v. reserva*, en *RDM*, n. 299, 2016, p. 81-117, entre otros muchos autores.

que también se recoge una enumeración a este respecto, pero sin entrar a definir concepto alguno de insolvencia, por cuanto se deja dicha tarea a los correspondientes Legisladores nacionales en cada uno de los Estados miembros de la UE⁵⁸. Obviamente, ello puede aclarar en cierta medida lo que debe de entenderse por insolvencia en relación con el prestador de servicios de viaje vinculados cuyos respectivos centros de intereses principales en el sentido del art. 3.1 RPI radiquen en alguno de los Estados miembros de la UE. No obstante, cabe preguntarse si, en una hipotética interpretación *a contrario sensu* y atendiendo a la rigurosa delimitación del ámbito de aplicación de este Reglamento fijada en su art. 1, habría que excluir de la insolvencia las situaciones y procedimientos no expresamente comprendidos en el reiterado Anexo A RPI, especialmente en relación con los organizadores o minoristas de viajes combinados o los prestadores de servicios de viaje vinculados cuyos respectivos centros de intereses principales se ubiquen en terceros Estados (cuyos posibles procedimientos pre- o paraconcursoales pudieran considerarse formalmente ajenos a la situación de insolvencia, al no haber sido calificados como tales en mandato alguno del Derecho de la UE), pero que proyecten su actividad sobre todos o de algunos de los Estados miembros de la UE. A nuestro modo de ver, tal interpretación resultaría absurda por contraria a los objetivos y fines básicos de la DVC de brindar a los viajeros un elevado nivel de protección, ya que dicho nivel pasaría a depender única y exclusivamente de cuál fuese la legislación aplicable al organizador, minorista o prestador (de un Estado miembro de la UE, y sometido por tanto al RPI, o de un Estado tercero totalmente ajeno al mismo), impidiendo tal protección cuando la insolvencia afectase a uno de estos operadores cuyo centro de intereses principales quedase fuera del territorio de la UE. Por otra parte, el referido art. 1 RPI debe ser considerado como una norma destinada a precisar los procedimientos de insolvencia que pueden ser objeto de reconocimiento en todos los Estados de la UE, pero que no cierra en absoluto la noción de insolvencia en sí misma, y menos lo tocante a los viajes combinados o los servicios de viaje vinculados, habida cuenta, además, de la interpretación amplia de esta figura en la jurisprudencia del TJUE⁵⁹. En otras palabras, esta serie de motivos nos lleva a proponer en este punto una interpretación sistemática y teleológica, pero, sobre todo, con una impronta marcadamente instrumental, conforme a la cual el listado de procedimientos de insolvencia del Anexo A RPI tenga un valor orientativo y abierto, de manera que tales procedimientos sean tenidos como tales supuestos de insolvencia, pero sin llegar a excluir que otros procedimientos y situaciones ajenos a dicho listado puedan ser calificados de la misma forma, particularmente a efectos de proporcionar a los viajeros la extensa protección que se les reconoce en la DVC, *cit.*

Como queda bien patente, estos criterios interpretativos se revelan de cierta utilidad y, desde luego, de indudable interés a la hora de delimitar en cierta medida la noción de insolvencia, pero no se hallan exentos de inconvenientes y, por ende, no terminan de aclarar y acotar este concepto en sus diversas facetas o, al menos, con las necesarias nitidez y concisión como para lograr una adecuada seguridad jurídica a este respecto. De hecho, este vacío normativo en el Derecho de la UE en torno a la insolvencia como concepto jurídico y el consiguiente recurso residual a la jurisprudencia del TJUE y a la enumeración de procedimientos nacionales de carácter concursal o pre- o para concursal contenida en el Anexo A RPI, de otro, arrojan una situación muy confusa. En dicha situación, la noción de insolvencia queda tan sumamente difusa y desdibujada que

⁵⁸ Así se indica expresamente en el ap. 73 del Preámbulo de dicha Directiva.

⁵⁹ *Vid. supra* n. 55.

resulta de escasa cuando no nula utilidad en la interpretación de las disposiciones basadas en esta figura, entre las que se cuentan los arts. 17 a 19 DVC 2015, en cuyo tenor literal se ve nombrada directa y expresamente la insolvencia. Por todo ello, la adecuada puesta en práctica de los mandatos establecidos en estos preceptos, o lo que es lo mismo, la protección de los viajeros frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados exige con carácter previo una delimitación de lo que debe entenderse por insolvencia en el plano legal mucho más clara y concisa y, sobre todo, verdaderamente idónea y funcional a estos efectos.

Esta necesidad de un concepto de insolvencia realmente útil y funcional en lo tocante a la protección de los viajeros se ha dejado sentir en la incorporación a nuestro ordenamiento de los contenidos de los reiterados arts. 17 a 19 DVC 2015. Esta incorporación ha sido llevada a cabo mediante los arts. 164.3, 167.2 y 167.3 TrLGDCyU, en los que, tomando como premisa la concepción amplia de la insolvencia sentada en la jurisprudencia del TJUE⁶⁰, se especifica que la insolvencia se entenderá producida cuando resulte evidente que la falta de liquidez de los prestadores de servicios de viaje vinculados va a dar lugar a que los servicios de viaje que deban de ejecutarse dejen de serlo, lo sean sólo en parte, o se requiera a los viajeros pagar por ellos por parte de quienes deban de proveer tales servicios⁶¹. De tales preceptos se infiere una delimitación extensiva de la insolvencia en la que se parte de una aproximación a la misma en sentido material, es decir, atendiendo al sobreseimiento generalizado de pagos y al incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte de los prestadores de servicios de viaje vinculados, y no en sentido formal, de modo que, por ejemplo, no será necesario para aplicar las reiteradas normas que se haya producido la declaración judicial de la insolvencia de estos empresarios de conformidad con los mandatos de la Ley 22/2003, de 9 julio (BOE 164, de 10 julio 2003), Concursal (LC)⁶², entre otros motivos porque una exigencia semejante redundaría en una obvia restricción de la protección del viajero, contraria tanto a los fines de la DVC 2015 como del TrLGDCyU. Por tanto, los presupuestos básicos de esta noción material de la insolvencia serían, de un lado, la falta de liquidez del prestador de servicios de viaje vinculados, y de otro, la ausencia de ejecución total o parcial de los servicios turísticos y de transporte propios de estas actividades o la necesidad de pagos adicionales a estos efectos, como una consecuencia y manifestación de esta insolvencia, por lo que deberá mediar un nexo causal entre el primero y la segunda, nexo causal que pasaría a convertirse así en el tercero de estos presupuestos. A mayor abundamiento, se observan planteamientos muy similares en algunas legislaciones autonómicas, como es el caso de la aragonesa, en la cual se alude en el art. 13.1 RAVA a los problemas de liquidez del prestador de servicios de viaje vinculados y también a la ausencia total o parcial de ejecución o a la necesidad de pago adicional de los servicios ligados a estas actividades como efecto y plasmación de la insolvencia de tales empresarios. Por tanto, y al contrario que en otros extremos ya analizados del régimen de esta garantía, sí que puede hablarse en cuanto a la definición de la insolvencia de una relativa y muy loable sintonía entre las previsiones en esta materia de la DVC 2015 y del TrLGDCyU, y asimismo de la regulación al respecto en varias de nuestras Comunidades Autónomas.

⁶⁰ Vid. de nuevo el caso Blödel-Pawlik, *cit. supra* en la n. 55.

⁶¹ Obviamente, se trataría de los servicios turísticos y de transporte propios de este tipo de actividades, tales como el referido transporte, el alojamiento, la restauración, el alquiler de vehículos automóviles, las visitas guiadas, etc.

⁶² Sobre esta Ley, *vid.* la doctrina *cit. supra* en la n. 57, entre otros muchos autores.

6. Los beneficiarios de la garantía

Como es evidente, habrá de ser el viajero el beneficiario de la garantía frente a la eventual insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, en tanto que parte débil en estos contratos y especialmente protegida por el régimen tuitivo fijado a este respecto en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU. A tales efectos, habrá de estarse al concepto legal de viajero establecido en los arts. 3.6 DVC 2015 y 151.1 f) TrLGDCyU, según los cuales viajero es toda persona que tiene la intención de estipular un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato estipulado con arreglo y en el ámbito de aplicación de esta Directiva o de este Texto Refundido. No obstante, conviene recalcar las previsiones legales adicionales sobre la noción de viajero que han sido introducidas por los Legisladores de la UE y nacional en los arts. 17.3 y 19.1 DVC 2015 y 164.4 y 167.2 TrLGDCyU, respectivamente. Estas precisiones se centran básicamente en la absoluta irrelevancia que, de cara a la aplicación de esta garantía frente a la insolvencia, revisten circunstancias tales como el lugar de residencia del viajero, los lugares de salida del viaje, de venta del viaje combinado o de estipulación del servicio de viaje vinculado o el Estado miembro en el que se halle ubicada la entidad garante en caso de insolvencia⁶³. Todo ello redundará en una clara mejora de la protección del viajero y,

⁶³ Con esta última precisión en cuanto a la admisibilidad de que la entidad garante pueda estar en cualquier Estado miembro de la UE se ha venido a colmar en la DVC 2015 y en la vigente versión del TrLGDCyU el vacío normativo a este respecto en la derogada DVC 1990, *cit.*, y en la antigua versión del referido Texto Refundido, y que dio lugar a la cuestión prejudicial resuelta en la S. TJUE C-410/96, de 1 diciembre 1998 (caso “Ambry”; Rec. I-7875; ECLI:EU:C:1998:578), sobre la libre prestación de servicios de las agencias de viajes, y en la que se falló finalmente a favor de que la garantía frente a la insolvencia de dichas agencias del art. 7 DVC 1990 se hubiese de constituir en el Estado miembro en el que fuese a operar dicha agencia, sin que bastase a estos efectos con la garantía ya constituida en otro Estado miembro, justamente para facilitar el acceso a la misma por parte de los viajeros afectados (sobre este fallo y sobre el art. 7 DVC 1990, *vid.* I. GONZÁLEZ CABRERA, *Medidas de protección*, *cit.*, p. 211-213). Sin embargo, cabe plantearse si, a día de hoy y en un caso similar, el TJUE se pronunciaría en el mismo sentido, habida cuenta, no sólo del vigente régimen de la DVC 2015 (que sólo exige que esta garantía resulte directa y fácilmente accesible para el viajero, sin especificar que deba de constituirse en el mismo Estado miembro en el que opera el organizador o el minorista de viajes combinados), sino también de la famosa y controvertida Directiva 2006/123/UE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (DOUE L 376, de 27 diciembre 2006), relativa a los servicios en el mercado interior (conocida como Directiva *Bolkestein*, en honor al Comisario Europeo de Mercado Interior y Servicios que impulsó su redacción y posterior adopción, Frederik Bolkestein), cuya incidencia real y efectiva en esta materia (como en otras) es difícil de calibrar, y cuya incorporación a nuestro ordenamiento dio lugar, entre otras muchas, a la modificación del TrLGDCyU llevada a cabo mediante el art. 4 de la Ley 25/2009, de 22 diciembre (BOE 308, de 23 diciembre 2009), de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (BOE 283, de 24 noviembre 2009) sobre el libre acceso a los servicios y a su ejercicio (para ampliar información sobre el particular, *vid.* S. MANGIAMELI, *La liberalización de los servicios en la Unión Europea*, en *ReDCE*, n. 8, 2007, p. 75-93 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es>], J.J. MONTERO PASCUAL, *La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, en *RDUE*, n. 14, 2008, p. 103-115 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es>], D. BERBEROFF AYUDA, *La Directiva 2006/123/CE y su contexto*, en *RAAP*, n. 12, 2010, p. 17-46 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es>], y en relación con la normativa turística de las CC.AA., F.J. BAUZÁ MARTORELL, *Incidencia de la Directiva de servicios en la legislación turística. Estudio autonómico comparado*, en J.L. JIMÉNEZ-CABALLERO, P. DE FUENTES RUIZ (Coords.), *Turismo y desarrollo económico. IV Jornadas de investigación en turismo*, Universidad de Sevilla y Edición Digital@tres, 2011, p. 339-355 [disponible en <http://idus.us.es>]). Son, pues, muchos y muy complejos los interrogantes a este respecto, y de ahí que resulte cuando menos conveniente que nuestro Legislador reconsidere su actual postura en el art. 165 TrLGDCyU. En suma, pues, se admite actualmente que la

además, implica que la incorporación a nuestro ordenamiento de los mandatos de la DVC 2015 en este punto ha sido llevada a cabo de la forma adecuada.

7. La disponibilidad de la garantía

La reiterada protección del viajero como objetivo básico y fundamental⁶⁴ de la actual regulación de los servicios de viaje vinculados en la UE y en España reviste un evidente carácter programático y requiere por ello de un ulterior desarrollo normativo en los concretos mandatos establecidos a lo largo de la DVC 2015 y del TrLGDCyU, y así se observa también en el régimen de la garantía frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados. De este modo, se acaba de señalar *supra* la repetida irrelevancia de los factores geográficos y de localización del viajero y de este tipo de actividades para la aplicación de esta garantía⁶⁵. Pues bien, la consideración global de todo lo antedicho en su conjunto da lugar a un nuevo elemento en este desarrollo tuitivo de la protección del viajero, como es el principio de accesibilidad y disponibilidad de esta garantía, tendente a que su aplicación se haga de forma real y efectiva. Este principio se infiere de lo dispuesto en los arts. 17.4, 17.5 y 19.1 DVC 2015, en los que se ha previsto la activación inmediata de la garantía en caso de insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, la realización de esta garantía sin demora indebida y, desde luego, la absoluta gratuidad de esta activación. Se han reproducido similares planteamientos en los arts. 164.3, 164.5 y 167.2 TrLGDCyU, en los cuales se ha previsto la fácil accesibilidad de la garantía en el supuesto de insolvencia, la realización sin demora indebida de dicha garantía y la prohibición de adelantos de pago para el viajero. Por lo demás, esta garantía se ha visto contemplada en parecidos términos en el art. 13.1 RAVA, determinando desde luego la amplia disponibilidad de esta garantía y la fácil accesibilidad a la misma ante la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados. En suma, de nuevo puede hablarse de una idónea y correcta incorporación a nuestro Derecho de los postulados de la DVC 2015 a este respecto.

No obstante todo lo expuesto, la regulación de la disponibilidad de la garantía en la DVC 2015 y en el TrLGDCyU deja abierto algún interrogante tan relevante como nada desdeñable sobre el verdadero y efectivo alcance de este principio, o dicho de otro modo más exacto, si dicho principio implica o no una posible acción directa del viajero frente a la entidad gestora de esta garantía, de modo que pudiese exigírsela directamente sin pasar previamente por el prestador de servicios de viaje vinculados, tal y como sucede en otros sectores de nuestro ordenamiento, en concreto en los seguros privados, en cuyo régimen jurídico se cuenta con el famoso art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 octubre (BOE 250, de 17 octubre 1980), de Contrato de Seguro (LCS), relativo a la acción directa del tercero perjudicado frente a la entidad aseguradora en los seguros de responsabilidad civil⁶⁶. Si la garantía se hubiese constituido al socaire de esta

entidad garante quede ubicada en cualquier parte del territorio de la UE, éso sí, siempre que el acceso a la garantía por parte de los viajeros afectados resulte fácilmente disponible y no se vea entorpecido u obstaculizado por esta circunstancia, como se va a exponer *infra* a renglón seguido.

⁶⁴ Vid. *supra* n. 19 y 25.

⁶⁵ Vid. *supra* n. 63.

⁶⁶ Sobre esta figura, vid. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 502-510, M.A. CALZADA CONDE, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, p. 383-418, de la misma autora, *El seguro de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2005, p. 117-155, y *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, en *Contratos mercantiles*, cit., t. II, p. 392-428 (413-428), M.F. CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995, p.

modalidad de seguro (lo cual sería posible a tenor de la amplitud de posibles formas jurídicas que puede llegar a revestir esta garantía, según ya se indicó *supra* en el ap. correspondiente), es obvio que el referido precepto le resultaría plenamente aplicable por motivos evidentes, pero no queda tan claro en el resto de los supuestos (incluyendo otras clases de seguro, como por ejemplo el seguro de caución), ya que se revela cuando menos muy discutible que baste a tales efectos con lo dispuesto en los arts. 164.3, 164.5 y 167.2 TrLGDCyU como única y exclusiva base legal. En el momento presente, y a falta de un amplio desarrollo normativo de dichas disposiciones y de una línea jurisprudencial consolidada en este punto, sólo es posible constatar las numerosas dudas que se plantean sobre este particular, dudas que sólo en un futuro podrán verse despejadas. Con todo, se desprende un muy valioso argumento en favor de la eventual acción directa del viajero frente a la entidad gestora de la garantía en el elenco de datos mínimos imperativos que deben figurar en los diversos tipos de formularios obligatorios que se desglosan en los textos legales siguientes:

- Las Partes A), B), C), D) y E), *in fine*, del Anexo II DVC 2015, en lo tocante a los servicios de viaje vinculados.

- Las Partes A), B), C), D) y E), *in fine*, del Anexo III TrLGDCyU, asimismo para los servicios de viaje vinculados.

Pues bien, es muy significativo que la identificación completa de la entidad garante aparezca siempre comprendida al final de todos estos formularios, e incluso que se señale en todos ellos que, si se le deniegan al viajero los servicios de que se trate debido a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, el viajero podrá ponerse en contacto con dicha entidad, o hasta con la autoridad competente, si así procediese. Pues bien, parece que carecería totalmente de sentido forzar a los empresarios de estas actividades a comunicar a los viajeros tales extremos, e igualmente darles a éstos últimos la opción de dirigirse a la entidad garante o a la autoridad competente si la *voluntas legislatoris* no hubiese sido la de configurar una acción directa de los viajeros ante dicha entidad, en un planteamiento muy acorde, por lo demás, con el carácter tuitivo del viajero que debe presidir la interpretación de la DVC 2015 y del TrLGDCyU. De ahí que, pese a los reiterados interrogantes a este respecto, haya que abogar por estos argumentos en favor de la idoneidad y conveniencia de aceptar esta acción directa del viajero frente a la entidad garante de la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados.

15-26, L.F. REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Cizur Menor, 2004, p. 607-614, A.B. VEIGA COPO, *Tratado de Contrato de Seguro*, t. I-II, Cizur Menor, 2016, t. II, p. 416-468, J.A. CARRO DEL CASTILLO, *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de contrato de seguro*, en E. VERDERA, E. TUELLS (Ed. e introducción de), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I y II, Madrid, 1982, p. 957-976, V. BOQUERA OLIVER, *Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro*, en RGD, n. 453, 1982, p. 863-879, F. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 76*, en M. MOTOS GUIRAO, F. SÁNCHEZ CALERO, M. ALBADALEJO GARCÍA (Dtors.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, t. XXIV, Madrid, 1984 a 1999, v. 2, p. 619-676, de este autor y título, en F. SÁNCHEZ CALERO (Dtor.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Cizur Menor, 2005, p. 1378-1447, M.L. ATIENZA NAVARRO, R. EVANGELIO LLORCA, *Comentario al artículo 76*, en J. BOQUERA MATARREDONA, J. BATALLER GRAU, J. OLAVARRÍA IGLESIAS (Coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2001, p. 845-866, y X. BASOLZÁBAL ARRUE, *El artículo 76 LCS: una invitación a legislar*, en RES, n. 113-114, 2003, p. 87-115, entre otros autores.

8. La cooperación administrativa e institucional en la protección contra la insolvencia

No puede caber duda alguna en torno a la conveniencia de que lleguen a colaborar entre sí las diversas administraciones públicas competentes en materia de protección del viajero, y muy especialmente en relación con las garantías frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, entre otros motivos para prevenir irregularidades en la constitución o el funcionamiento de dichas garantías, que irían desde luego en perjuicio del viajero, en contra de los objetivos buscados con la DVC 2015 y el TrLGDCyU. De ahí, pues, que se haya previsto esta colaboración con carácter imperativo en ambas normas.

En la primera de tales normas, se establece esta obligación para las diversas administraciones públicas nacionales de cada uno de los Estados miembros encargadas de la protección de los viajeros en los arts. 18 y 19.1 DVC 2015. A tales efectos, se crea la nueva figura de los llamados “puntos de contacto centrales”, a designar por cada Estado miembro, y que se trataría en esencia de los organismos nacionales a los que se les encomienda la cooperación administrativa y el control de los organizadores y minoristas de viajes combinados y de los prestadores de servicios de viaje vinculados que operen o dirijan sus actividades hacia este Estado miembro (art. 18.2 DVC). Estos puntos de contacto centrales deberán identificarse ante los restantes Estados miembros y ante la Comisión de la UE e intercambiar entre sí cuantas informaciones se consideren necesarias en cuanto a los requisitos de protección frente a la insolvencia de los reiterados operadores en la legislación nacional de su propio Estado miembro, y asimismo en lo tocante a los datos identificativos de las entidades garantes de la insolvencia de los organizadores y minoristas de viajes combinados y de los prestadores de servicios de viaje vinculados asentados en su territorio, de modo que se facilitarán acceso mutuo y público *on line* a cualesquiera listados de estos operadores y de dichas entidades (art. 18.3 DVC). Ello permitirá que las posibles reticencias de las autoridades de un Estado miembro sobre la hipotética insolvencia de un organizador o de un minorista de viajes combinados o de un prestador de servicios de viaje vinculados se resuelvan mediante la oportuna petición de aclaraciones al respecto al punto de contacto central en el Estado miembro en el que se hayan establecido tales operadores, petición que deberá ser contestada con urgencia, y en todo caso con una primera respuesta en un plazo máximo de quince días hábiles desde la recepción de la solicitud (art. 18.4 DVC). Los mandatos de la DVC 2015 sobre la cooperación administrativa en materia de la protección del viajero frente a la insolvencia del organizador o de un minorista de viajes combinados o de un prestador de servicios de viaje vinculados han sido incorporados a través de los arts. 166 y 167.2 TrLGDCyU, en los que, desde luego, se ha tenido en cuenta la peculiar estructura territorial del Estado español, y muy en particular la atribución de competencias en esta materia a las Comunidades Autónomas, tan reiterada a lo largo de los epígrafes y apartados precedentes⁶⁷. Por ello, se ha dispuesto en el primero de estos preceptos como punto de partida dos obligaciones jurídicas para las diversas autoridades administrativas de todas las Comunidades Autónomas que resulten competentes en lo relativo a turismo y a viajes combinados y servicios de viaje vinculados, a saber, la primera, de colaboración entre sí, y la segunda, de aceptación de la pertinente garantía frente a su eventual insolvencia aportada por parte del prestador de servicios de viaje vinculados, siempre que dicha garantía haya sido constituida

⁶⁷ Especialmente, *vid. supra* n. 39 a 42.

regularmente y de conformidad con la normativa aplicable al respecto (art. 166.1 TrLGDCyU). A partir de ahí, se designa al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (MICC) como punto de contacto central en España, lo que supone que dicho Ministerio deberá facilitar la cooperación administrativa europea y nacional, por ejemplo recabando los datos de los operadores en este sector sometidos al control de los correspondientes organismos de las Comunidades Autónomas y notificándolos a los puntos de contacto centrales de los restantes Estados miembros, así como a la Comisión de la UE (art. 166.2 TrLGDCyU). A renglón seguido, se recalca el deber del MICC como punto de contacto central de informar a los demás puntos en los otros Estados miembros sobre los requisitos del régimen nacional de protección del viajero frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados, y asimismo de la identidad de la entidad o entidades garantes de tales empresarios establecidos en territorio español, para lo cual las Comunidades Autónomas, a su vez, deberán facilitar al MICC estas informaciones (art. 166.3 TrLGDCyU). De este modo, este Ministerio deberá elaborar, gestionar y hacer público (también *on line*) un listado de los prestadores de servicios de viaje vinculados (en virtud de la remisión del art. 167.2 *in fine* TrLGDCyU), a disposición especialmente de los puntos de contacto en otros Estados miembros de la UE (art. 166.4 TrLGDCyU). Finalmente, el MICC podrá pedir aclaraciones a cualesquiera de estos puntos de contacto si se planteasen dudas sobre la protección frente a la insolvencia de un prestador de servicios de viaje vinculados no establecido en España, e igualmente deberá responder recíprocamente a las solicitudes de tales puntos de contacto acerca de las posibles dudas suscitadas en torno a esta protección si el operador en cuestión estuviese ubicado en nuestro País, en una actuación rápida y hasta urgente, que deberá tener lugar lo antes posible, de suerte que se remitirá una primera respuesta en un plazo máximo de quince días hábiles desde la recepción de tales solicitudes (art. 166.5 TrLGDCyU), en consonancia con lo previsto a este respecto en la DVC, según ya se puso de manifiesto *supra*.

Las tareas encomendadas al MICC como punto de contacto central en el Estado español todavía no han sido aplicadas de forma real en la práctica, a pesar de la entrada en vigor de la reforma del TrLGDCyU llevada a cabo mediante el RDLey 23/2018, *cit.*⁶⁸ Por ejemplo, no consta a día de hoy la publicación del listado de organizadores y minoristas de viajes combinados y de prestadores de servicios de viaje vinculados establecidos en España y disponible *on line*, en particular para los puntos de contacto centrales en otros Estados miembros de la UE⁶⁹. No obstante, es de prever que estas y otras labores ineludibles para el MICC se vean cumplimentadas en breve, o al menos sería de desear que así fuese por razones obvias, y a tales efectos, se ha previsto en la Disp. Adic. II de dicho RDLey 23/2018 la oportuna dotación de medios personales y materiales para la realización de tan loables objetivos⁷⁰, lo que refuerza la probabilidad del desarrollo efectivo de las reiteradas competencias del MICC como punto de contacto central en España en un futuro no lejano.

⁶⁸ Conforme a la Disp. Adic. VII de este RDLey, la modificación del TrLGDCyU entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 28 diciembre 2018 (*vid. supra* n. 9).

⁶⁹ En este sentido, puede ser consultada la página *web* del MICC, en la dirección electrónica <https://www.mincontur.gob.es>.

⁷⁰ Con todo, tampoco consta que haya sido llevada a cabo tal dotación hasta la fecha, o al menos la misma no se ha visto contemplada en ninguna normativa de desarrollo de esta Disp. Adic. II del RDLey 23/2018, *cit.*

IV. REFLEXIONES FINALES: LAS NUMEROSAS LABORES PENDIENTES

La deseable y hasta imprescindible incorporación de la DVC 2015 a nuestro ordenamiento interno a través de la reforma del TrLGDCyU mediante el RDLey 23/2018, *cit.*, ha redundado en una puesta al día de la protección del viajero al incluir la regulación de los servicios de viaje vinculados, en una de sus mayores y más evidentes aportaciones. Sin embargo, la improvisación con que se ha llevado a cabo esta reforma, cuya complejidad excedía con mucho del ámbito propio de una figura con las limitaciones del RDLey, hace que resulte muy cuestionable el medio a través del cual ha sido realizada, sólo explicable (que no justificable) por la premura en los ya excedidos plazos de incorporación de dicha Directiva en el momento en que se promulgó la norma en análisis⁷¹. De ahí, por ejemplo, las divergencias que se observan en algunos puntos entre la DVC 2015 y el TrLGDCyU, por fortuna de escasa relevancia en la mayor parte de los supuestos. Pero, además, también se plantean ulteriores dificultades, tales como la inseguridad en el momento presente en cuanto al alcance real y efectivo que puedan tener en el futuro la interpretación y aplicación del régimen de los servicios de viaje vinculados como nueva figura de reciente implantación, por ejemplo en la jurisprudencia que se vaya dictando sobre este particular (por el momento muy escasa, cuando no inexistente por razones obvias), tanto en las instancias judiciales internas como en las de la UE. En otro orden de cosas, la ausencia casi total y completa de referencias directas y expresas a los servicios de viaje vinculados de que adolecen la inmensa mayoría de las legislaciones sobre turismo de las diferentes Comunidades Autónomas en el momento presente (especialmente en materia de garantías frente a la insolvencia del prestador de servicios de viaje vinculados), y con carácter general las notables divergencias que se observan entre tales legislaciones, constituyen sendos problemas añadidos de enorme magnitud y muy ardua solución, por lo que la inclusión de un régimen jurídico de los servicios de viaje vinculados en las disposiciones autonómicas y la búsqueda de la imprescindible homogeneidad entre las mismas a través de una lógica armonización de las mismas pasa a ser uno de los muchos retos aún por afrontar de ahora en adelante. Por ende, queda por ver hasta que punto llega en la práctica y la realidad del sector turístico en el día a día la efectividad de las garantías dispuesta en su régimen jurídico en la DVC y en el TrLGDCyU, ya que, al menos por ahora, parece que ni siquiera los Gobiernos nacionales confían demasiado en dichas garantías⁷².

Todo lo expuesto hace que, al menos en la actualidad, la figura de nuevo cuño (en el ámbito legal) de los servicios de viaje vinculados se asemeje a una suerte de personaje en busca de autor, y tal vez se podría aprovechar semejante coyuntura para llevar a cabo

⁷¹ Conforme a los arts. 28.1 y 28.2 DVC 2015, los Estados Miembros de la UE debían haber incorporado esta Directiva a sus respectivas legislaciones nacionales antes del 1 enero 2018 y debían haber comenzado a aplicar sus correspondientes disposiciones internas en las que se hubiese llevado a cabo tal incorporación a partir del 1 julio 2018, mientras que, como es bien sabido, el RDLey 23/2018, *cit.*, fue promulgado el 21 diciembre de este año, como ya se indicó *supra* en la n. 4.

⁷² Así se desprende, por ejemplo, de la amplia operación de repatriación por medios aéreos de los pasajeros de nacionalidad británica afectados por la quiebra del grupo empresarial Thomas Cook, al parecer la de mayor enjundia desde la misma II Guerra Mundial, y en el ámbito de la legislación española del Real Decreto-Ley 20/2019, ambos ya *cit. supra* en la n. 35. En suma y como es obvio, si las garantías configuradas en la DVC y en el TrLGDCyU fuesen suficientes para paliar los daños causados por el estado de insolvencia de la referida entidad, no habría sido necesario adoptar tales medidas.

al mismo tiempo las oportunas modificaciones del TrLGDCyU para una mejor y más mimética implementación de la DVC 2015. Sin embargo, sólo el futuro podrá confirmar o no si se procede en este sentido, lo que sería muy de desear, o se opta por otras vías aparentemente menos traumáticas pero quizá más complicadas a la larga, como por ejemplo una interpretación correctora de las disposiciones en materia de garantías del TrLGDCyU tendente a mitigar sus diferencias con la DVC 2015. Quedamos, pues, de momento, en este compás de espera, y será preciso aguardar, y asimismo estar a la altura que requerirán estas tareas todavía por llevar a buen puerto.

Articoli e Saggi

El mantenimiento y promoción de altos niveles sociales como objetivo de la estrategia de aviación para Europa^{*}

Fernando Elorza Guerrero

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la
Universidad Pablo de Olavide (España)*

Abstract

Maintaining and promoting high social levels as an objective of the EU aviation strategy.

The keys that make up the so-called “aviation strategy for Europe”, elaborated by the European Commission in a Communication in 2015, and the evaluation of the same performed by this Community institution in 2019, constitute the central object of the present analysis. The author of the same, after performing a critical approach to both documents, as well as the Opinion of the European Economic and Social Committee in 2015 on the social dumping in the European civil aviation sector, considers it necessary that a stronger community institutional action in this field will be accompanied by an effective exercise of the social dialog in the sector. This last action will require not only the activation of the Civil Aviation Sectoral Social Dialogue Committee, but also the development of processes of social dialog and collective bargaining in a multilevel perspective: sectoral, undertakings and at the level of groups of undertakings.

Key words: aviation strategy, social dumping, working and employment conditions, community social policy.

Sumario — 1. Introducción — 2. La estrategia de aviación para Europa — 3. El Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre el “*Dumping* social en el sector europeo de la aviación civil” — 4. El informe de la Comisión Europea sobre la estrategia de aviación para Europa y la necesidad de mantener y promover altos niveles sociales — 4.1 La atracción y retención de mano de obra altamente cualificada – 4.2 El mantenimiento y promoción de los altos niveles sociales de la Unión Europea respecto del personal de vuelo – 4.3 La promoción del equilibrio de género y entre la vida

^{*} Sottoposto a referaggio. El presente análisis tiene su origen en los trabajos desarrollados para la elaboración de una comunicación previa, titulada *La agenda social de la Estrategia de Aviación para Europa: balance y perspectivas*, presentada al XII Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico y XLIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, celebrado en la Universidad de las Islas Baleares (España), 16 al 18 de octubre de 2019, y publicada en I. NADAL GÓMEZ, (Dir.): *La aviación al servicio del desarrollo económico de la sociedad. Los nuevos retos de su regulación jurídica*, Difusión Jurídica, Madrid, 2019, p. 665 y ss.

profesional y la privada - La promoción del diálogo social sectorial – 4.4 — 5. ¿Ya partir de ahora, qué?

1. Introducción

Diciembre de 2015 fue el momento en que la Comisión Europea inició una nueva etapa en el proceso de liberalización y modernización del sector del transporte aéreo en la Unión Europea con la publicación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “*Una estrategia de aviación para Europa*”¹. Y en dicho documento, expresión del *soft law* tan del gusto de la Comisión en estos años, ya se advierte desde el principio que, en el origen del mismo, está la voluntad de “*conciliar el crecimiento del tránsito aéreo de Europa y del resto del mundo con el mantenimiento de unos altos niveles de seguridad y protección aéreas, reduciendo al mismo tiempo la huella ambiental de la aviación y contribuyendo a la lucha contra el cambio climático. En definitiva, es preciso que la aviación crezca de forma sostenible*”.

La comunicación constituye la expresión en última instancia de la preocupación existente en instancias comunitarias en relación con la deriva de determinados aspectos del proceso de liberalización de este sector estratégico de la economía comunitaria. De hecho, y no por casualidad, por aquellas fechas el Consejo Económico y Social Europeo (CESE), órgano consultivo comunitario, integrado por representantes de las organizaciones de empresarios y trabajadores, así como otros grupos de interés, emitió un Dictamen sobre el “*Dumping social en el sector europeo de la aviación civil*”², que además de realizar un diagnóstico sobre la calidad de las condiciones de trabajo y empleo en el sector, formula una serie de propuestas de acción que pretenden combatir los posibles impactos sociales negativos que la liberalización del sector está deparando, y con ello el riesgo de *dumping* social en el mismo.

Más recientemente – en marzo de 2019 –, la Comisión Europea ha elaborado un informe, titulado “*Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales*”³, que con carácter general pretende promover, reorientar e impulsar de alguna manera, de nuevo en el ámbito del *soft law*, la acción institucional y de los agentes sociales por lo que respecta a los estándares sociales y laborales que deberían caracterizar el desarrollo de este sector productivo. En este sentido, el informe constituye una suerte de balance de la evolución que en estos cuatro años – tomando como referencia la Comunicación de 2015 – ha registrado el sector del transporte aéreo, y de los principales problemas que, desde la perspectiva social y laboral, se aprecian en su desarrollo, al tiempo que se formulan un conjunto de propuestas de actuación que pretenden reorientar y dar impulso a los planteamientos esbozados por la Comisión en

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una estrategia de aviación para Europa*, COM (2015) 598 final, de 7 de diciembre de 2015, y que se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0598&from=EN>

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el *Dumping social en el sector europeo de la aviación civil* (2016/ C 013/17), de 16 de septiembre de 2015, cuya consulta puede efectuarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IE0417&from=IT>.

³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales*, COM (2019)120 final, 1 de marzo de 2019, el cual puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-120-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

la mencionada Comunicación de 2015 donde se formuló la conocida estrategia de aviación comunitaria.

Pretendo por tanto, en las próximas páginas, reflexionar fundamentalmente sobre las claves que identifican la propuesta de la Comisión, contenida en su informe de 2019, para promover y mantener a medio plazo los estándares europeos en materia laboral y social en el sector del transporte aéreo, al tiempo que realizar una consideración final sobre la evolución futura de los planteamientos comunitarios contenidos en dicho documento. No obstante, y con carácter previo, considero oportuno, y necesario, realizar algunas consideraciones sobre la Comunicación donde se dibuja la estrategia de aviación para Europa, así como sobre el mencionado informe de CESE, pues el primero está en el origen del informe de 2019, en tanto el segundo constituye una opinión muy cualificada de la situación, desde la perspectiva social, del sector, y de las acciones que deberían ejecutarse para mantener y mejorar los estándares sociales y laborales en el mismo.

2. La estrategia de aviación para Europa

Como he señalado hace un instante, en diciembre de 2015 la Comisión Europea alumbró la conocida Comunicación *“Una estrategia de aviación para Europa”*, documento que se pretende marque un punto de inflexión en la forma en cómo hasta el momento se ha gestionado el crecimiento del sector europeo del transporte aéreo. En este sentido, ya en su primera página hay una declaración de intenciones: *“es preciso que la aviación crezca de forma sostenible”*; y en consonancia con ello se marca como objetivo, único, de la que podemos considerar la nueva estrategia europea de aviación, el *“reforzar la competitividad y sostenibilidad de la red de valor del transporte aéreo en su conjunto”*.

Me permito llamar la atención, por tanto, sobre estos dos términos empleados en el documento, que creo son la clave de toda la estrategia: competitividad y sostenibilidad. Y ello porque considero que estas dos palabras resumen, como hace la propia Comisión, el carácter de la referida estrategia. Ahora bien, ¿en qué se traducen estas dos palabras?. El establecimiento de tres prioridades, que se califican como “fundamentales”, sin duda permiten hacerse una idea de qué supone, para la Comisión, la “competitividad” y “sostenibilidad” de este sector:

- a) Aprovechamiento de los mercados en formación, *“mejorando los servicios, el acceso al mercado y las oportunidades de inversión de terceros países y garantizando al mismo tiempo una competencia en condiciones de igualdad”*.
- b) Supresión de los límites al crecimiento tanto en tierra como en el aire, *“reduciendo las restricciones de la capacidad y mejorando la eficiencia y la conectividad”*.
- c) Mantenimiento en la Unión Europea de altos niveles de seguridad y protección, *“adoptando un enfoque basado en los riesgos y en los resultados”*.

Unas prioridades que, además, según reza el propio documento, deberán verse acompañadas por la acción específica de la Unión Europea en los siguientes ámbitos:

- a) Reforzamiento del “capítulo social y crear empleos de alta calidad en el sector de la aviación”.
- b) Protección de *“los derechos de los pasajeros”*.
- c) Incorporación del sector *“a la nueva era de la innovación y de las tecnologías digitales”*.

d) Contribución a *“una Unión de la Energía resiliente y a una política de lucha contra el cambio climático que sepa mirar al futuro”*.

Si se analizan las prioridades de la estrategia de aviación para Europa se puede constatar, en una primera aproximación, que la dimensión socio-laboral de una estrategia de este tipo, de carácter poliédrica, brilla prácticamente por su ausencia, de tal forma que no es hasta la formulación de lo que se identifican como acciones a específicas a desarrollar por la UE cuando encontramos la referencia a la necesidad de reforzar el “capítulo social” y la creación de empleos de “alta calidad”.

En todo caso, y pese a no constituir una prioridad de la mencionada estrategia comunitaria, lo cierto es que en el documento que alumbra la misma ya se realizan algunas consideraciones de interés, que ilustran lo que para la UE implica el referido reforzamiento del capítulo social y la creación de empleos de alta calidad. En este sentido, varias son las propuestas que se realizan:

a) Partiendo de la necesidad de contar con una mano de obra altamente diplomada, cualificada y experimentada, se considera muy importante *“dar prioridad a la formación”*, para lo cual se plantean acciones a distintos niveles: i) creación en el ámbito educativo de *“asociaciones entre investigadores, universidades y transporte aéreo”*, pues se considera que las mismas pueden facilitar las sinergias entre expertos de los distintos sectores y puede ser muy beneficioso para el desarrollo de la aviación europea; ii) desarrollo de nuevas cualificaciones y competencias – en algunos casos no completamente maduras -, como es el caso de los especialistas en drones⁴ o los analistas de datos de vuelo; iii) constitución de una red europea de centros de formación en materia de aviación, que debe dar lugar a la Universidad virtual de la AESA. Adicionalmente, la alta cualificación se considera que pasa por *“establecer normas comunes para las competencias de los inspectores de seguridad aérea”*.

b) Se reconoce la aparición de *“nuevos modelos de empresa y empleo”*, consecuencia de la internacionalización del sector y de la creciente competencia mundial, que ha llevado a las compañías aéreas a reducir sus costes operativos. Por ello, se plantea el establecimiento de *“un mecanismo de seguimiento continuo y de intercambio regular de información entre la Comisión, los Estados miembros y las partes interesadas”*, que permitan comprender mejor las tendencias existentes al respecto en el sector, y *“garantizar en él unas condiciones laborales justas”*.

c) Reconocida la realidad conflictiva que registran los trabajadores del sector con movilidad elevada, la Comisión plantea la importancia que para este colectivo tiene la clarificación de la ley laboral aplicable y el tribunal que ha de ser competente en caso de litigio. Por ello, asume el compromiso de publicar una Guía práctica al efecto, en el marco de la Red Judicial Europea en asuntos civiles y mercantiles, y, de forma un tanto

⁴ Muy interesante es en este sentido, por ejemplo, y ante la necesidad de apoyar el desarrollo del mercado único de la UE para los sistemas de aeronaves no tripuladas (en inglés UAS), la iniciativa de la Comisión Europea para desarrollar un Reglamento que regule la operación con UAS, independientemente de su masa máxima de despegue (en inglés MTOM) – pues hasta el momento los UAS con MTOM inferior a 150 kg. debían atender a la regulación dictada los distintos Estados miembros de la Unión (véase al respecto, F. GONZÁLEZ BOTIJA: *Los drones y la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 65, 2018, p. 37 y ss.). A la fecha en que se redacta este análisis ya ha se publicado oficialmente el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 de la Comisión, de 24 de mayo de 2019, relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas (DOUE, L 152/45, de 11 de junio de 2019), cuya aplicación está prevista se produzca a partir del 1 de julio de 2020. En todo caso, dado el objeto del Reglamento, parece que deberemos esperar algún tiempo más para que se produzca un desarrollo efectivo de las referidas competencias y cualificaciones.

difusa, analizar si se precisan en el sector “*directrices interpretativas o cambios reglamentarios basados en criterios objetivos*”.

d) Reivindica el olvidado diálogo social sectorial en el ámbito comunitario, a través del Comité de Diálogo Social Sectorial de la Aviación Civil, de forma que, cuando las normas que se vayan a dictar puedan tener repercusión social – incluso si se dictan por la Agencia Europea de Seguridad Aérea –, se consulte a los interesados (con mención expresa de los interlocutores sociales de la Unión).

e) Cuando se negocia con terceros países acuerdos integrales de transporte aéreo a nivel comunitario, la Comisión debe garantizar “*que las políticas y legislaciones de cada parte promuevan unos altos niveles de protección en el ámbito laboral y social [se expresa por tanto la voluntad de combatir el dumpin social] y que las oportunidades creadas por esos acuerdos no debiliten la normativa laboral nacional ni obstaculicen su aplicación*”.

3. El Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre el “*Dumping social en el sector europeo de la aviación civil*”

Posiblemente la mayor novedad en el sector del transporte aéreo en lo que llevamos de siglo en Europa no sea tanto la iniciativa de Cielo Único Europeo, como la liberalización del sector que finalmente dicha acción comunitaria encierra. De tal manera que si hasta entonces las compañías aeronáuticas, muy mediatizadas por la fuerte intervención gubernativa y legislativa del aparato de los distintos Estados, con frecuencia tomaban decisiones de gestión atendiendo a criterios políticos, a partir de entonces la eficiencia económica se abre paso, iniciándose una carrera competitiva, en la que la reducción de costes parece ser el *leit motiv* del comportamiento de dichas empresas⁵. Una liberalización muy esperada, por cierto, pues como gráficamente se ha señalado “*el transporte aéreo fue el único importante sector económico que permaneció inalterado durante las tres décadas siguientes a la integración europea*”⁶.

La cuestión es, sin embargo, que la referida liberalización también está generando, desde la perspectiva del empleo y las condiciones de trabajo, ciertos efectos indeseables, que por otra parte no en todos los casos puede decirse que fueran inesperados. Posiblemente, el origen de esta situación está, como también se ha referido ya, en que la UE en este terreno se ha “*enfocado más a abrir este mercado y a vencer los obstáculos que presentaba, que al control de las actuaciones de las compañías en el nuevo escenario de libertad competitiva*”⁷. Lo que no quita para que también tengamos en cuenta que en estos años se ha hecho un seguimiento de la situación del mercado de trabajo en este sector, del que son su muestra más visible los informes elaborados por distintas entidades⁸, evidencia de la preocupación existente con la dimensión social de la política de Cielo Único Europeo.

⁵ M.V. PETIT LAVALL, *La defensa de la competencia en el transporte aéreo en la Unión Europea*, en <https://alada.org/2017/04/27/la-defensa-de-la-competencia-en-el-transporte-aereo-en-la-union-europea/>, abril de 2017, p. 3.

⁶ M.V. PETIT LAVALL, *La defensa de la competencia*, cit., p. 8 nota 2.

⁷ I. CONTRERAS DE LA ROSA: *Eficiencias competitivas en el mercado aéreo asociadas a los modelos de empleo de las aerolíneas y las nuevas tendencias europeas ante este fenómeno*, en *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 22, 2018, p. 64.

⁸ Puede citarse a estos efectos: Y. JORENS, D. GILLIS, L. VALCKE & J. DE CONINCK, *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, *European Social Dialogue* - European Social Commission, 2015; OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Departamento de Actividades Sectoriales), *La aviación civil y*

En todo caso, creo oportuno centrarme en esta ocasión en el análisis del mercado de trabajo efectuado en el Dictamen emitido a finales de 2015 por el Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) sobre el “*Dumping social en el sector europeo de la aviación civil*”, habiendo de recordarse en este momento que ya en 2007 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹ determinó que, desde la perspectiva comunitaria, la lucha contra el *dumping* social es un objetivo legítimo – textualmente se considera “*una razón imperiosa de interés general*” –, razón por la cual los Estados, podrían incluso adoptar, en relación con el mismo, restricciones a la libre circulación de trabajadores.

Para el CESE, los principales problemas que aquejan al mercado de trabajo de este sector son los siguientes:

a) A pesar de que en el ámbito de la aviación civil europea entre 1998 y 2010 se constató un crecimiento medio anual de un 5%, lo cierto es que tanto el empleo directo, como el indirecto, se han estancado. Además, y por lo que respecta a los tripulantes de cabina y pilotos, los puestos de trabajo se han externalizado con frecuencia, cuando no sustituido por formas de trabajo más flexibles, situación que también ha influido sobre el nivel de los salarios con un descenso evidente – el Dictamen refiere el caso de Reino Unido, donde se viene constatando una disminución evidente de la remuneración, por ejemplo, de los tripulantes de cabina –¹⁰.

los cambios en su entorno laboral: documento temático para el debate en el Foro de diálogo mundial sobre los efectos de la crisis económica mundial en la industria de la aviación civil (Ginebra, 20-22 de febrero de 2013), Ginebra, 2013; STEER DAVIES GLEAVE, Study on the effects of the implementation of the EU aviation common market on employment and working conditions in the Air Transport Sector over the period 1997 – 2010, European Commission-DG Move, 2012; BOOZ&CO, Effects of EU Liberalisation on Air Transport Employment and Working Conditions, European Commission-DGI for Energy and Transport, 2009; ECORYS, Social Developments in the EU air transport sector. A study of developments employment, wages and working conditions in the period 1997 – 2007, European Commission, DG Energy and Transport, 2007; EUROPEAN COCKPIT ASSOCIATION, Pilot fatigue Barometer, 2012; EUROPEAN COCKPIT ASSOCIATION, The Case for Fair Competition in Europe's Aviation – Why action is needed to safeguard our aviation's future, 2014; DANISH TRANSPORT AUTHORITY, Report of the working group on “Social dumping” in aviation, 2014; EUROPEAN COMMISSION, Report on the suitability of economic regulation of the European air transport market and of selected ancillary services, Commission Staff Working Document, 2013; EUROPEAN COMMISSION, Impact assessment of the Single Aviation Market on employment and working conditions for the period 1997 – 2007, Commission Staff Working Document, 2010; EUROPEAN LOW FARES AIRLINE ASSOCIATION, Liberalisation fo European Air Transport: The Benefits of Low Fares Airlines to Consumers, Airports, Regions and the Environment, 2004; EUROPEAN LOW FARES AIRLINE ASSOCIATION, Social Benefits of Low Fares Airlines in Euorpe, York Aviation, 2007; G. HARVEY, P. TURNBULL, The Development of the Low Cost Model in the European Civil Aviation Industry, European Transport Worker Federation, 2012. Más recientemente, S. LEVIN, H. FIGG, S. MORGAN-PRICE, C. BRANNIGAN, S. AMARAL: Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market, DG Move, European Commission, 2018 – conocido como Estudio Ricardo –.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval, apartado 103, en la que se señala además que “*puesto que la Comunidad tiene no sólo una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica el artículo 136 C, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, en una protección social adecuada y el diálogo social*”.

¹⁰ No en vano el Dictamen señala que tanto “*los empresarios como los sindicatos aéreos reconocen ahora que las estrategias empresariales y las consiguientes políticas de relaciones laborales y recursos humanos de algunas compañías aéreas de bajo coste están impulsando un <lento descenso hacia el mínimo común denominador>*” – en los términos referidos en el Informe sobre la Presentación por

- b) Siendo menores los márgenes de beneficio que en otros sectores, “*algunas compañías aéreas creen que los costes laborales pueden verse presionados a la baja continuamente*”, habiendo descubierto, además, que la libertad de establecimiento en la UE es un instrumento para continuar con la reducción de costes y el *dumping* social, generando un efecto de deslocalización de trabajadores respecto de lo que es su país de nacionalidad o residencia ¹¹.
- c) La competencia cada vez más intensa ha llevado a compañías aéreas tradicionales – básicamente conocidas como de bandera -, a crear versiones de bajo coste de la marca principal, lo que supone la introducción en este mercado laboral de más mano de obra de bajo coste y la pérdida de puestos de trabajo dignos en las referidas compañías aéreas tradicionales – lo cual no quita para que en el Dictamen se afirme que “*las prácticas sociales de las compañías de bajo coste no son automáticamente generadoras de dumping social*” –. Asimismo, algunas compañías han recurrido al uso de nacionales de otros países ajenos a la UE para operar vuelos hacia, desde, e incluso en el interior, de la UE con costes salariales inferiores y peores condiciones de trabajo – sin embargo, tales compañías aéreas tienen que aplicar las normas nacionales del Estado miembro que expida el certificado de operador aéreo –.
- d) No existe un modelo uniforme de empleo, y esta afirmación se sustenta sobre la base de dos ejemplos: i) en tanto algunas compañías aéreas ofrecen empleos de calidad con contratos por tiempo indefinido, otras recurren a la externalización, las agencias de trabajo, e incluso en algunos casos al falso trabajo autónomo: ii) la presencia de la representación sindical: en tanto algunas compañías aéreas intentan evitar los sindicatos, otras los reconocen y firman convenios colectivos.
- e) Se constatan “diferencias sustanciales entre los Estados miembros en términos de condiciones de trabajo, igualdad de trato, salud y seguridad en el trabajo, protección social (que sólo se coordina a nivel de la UE), etc, lo que genera una asimetría entre la regulación económica (mercado único) y la armonización y cohesión social”.
- f) Compañías aéreas radicadas en países no pertenecientes a la UE que se caracterizan por incumplir la legislación laboral de la Unión – se identifica a unas de las tres principales compañías del Golfo Pérsico -, en materia de despido por embarazo, obligación de obtener autorización para contraer matrimonio, etc. Dicha situación evidencia los problemas existentes para que compañías no comunitarias operen con los estándares laborales comunitarios, y que ha llevado, por ejemplo, a que en 2014 el Grupo de Trabajo sobre la Tripulación Aérea del Comité de Diálogo Social Sectorial ¹², integrado por los interlocutores sociales europeos en la aviación civil, aprobaran una declaración conjunta contra los pabellones de conveniencia de la UE en la aviación, al estimar que constituyen una grave amenaza para el modelo social europeo, el empleo y la competencia leal en el mercado de la aviación, proponiendo a tales efectos una serie de reformas legislativas.

Scandinavian Airlines (SAS) a los reguladores estadounidenses de la solicitud de un permiso para operar por parte de la compañía aérea Norwegian Air International (NAI) Airline Business, abril de 2014.

¹¹ Gráficamente el Dictamen resume esta situación de la siguiente manera: “*los principales motores del dumping social son algunas compañías aéreas con múltiples bases, que contratan a trabajadores en el país X para trabajar en el país Y, pero con un contrato laboral regido por la legislación del país Z*”.

¹² Véase la *Declaración conjunta contra los pabellones de conveniencia de la UE en la aviación*, de 5 de junio de 2014, cuya versión en inglés puede consultarse en: http://www.irshare.eu/es/declaracion-conjunta-contra-los-pabellones-de-conveniencia-en-la-aviacion-civil-en-europa-_es_605.html.

A la vista de este panorama, el órgano consultivo comunitario ha planteado la adopción de una serie de medidas a efectos de “*impedir cualquier impacto social negativo en este sector*”, como:

- a) Revisar las normas comunes para las operaciones de los servicios aéreos¹³, a fin de que se vigile la correcta aplicación de la legislación social nacional y de los convenios colectivos de trabajo en el sector.
- b) Impedir la competencia desleal por parte de países no miembros de la UE en el transporte aéreo en la UE por medio de subvenciones, ayudas estatales, y prácticas tarifarias desleales, atendiendo a lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 868/2004¹⁴.
- c) En el marco de las referidas normas, definir mejor la noción de “centro de actividad principal”, para que la licencia de explotación sea concedida por un Estado si el volumen de actividades de transporte aéreo es sustancial.
- d) En materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, definir mejor las bases múltiples de asignación en el sector de la aviación civil – también las temporales –, reduciendo el período transitorio fijado por la normativa comunitaria a estos efectos¹⁵.
- e) Hacer extensivo el denominado “*permiso único*” – por el que se autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro – al personal de vuelo, a fin de garantizar la igualdad de trato para todos los trabajadores del sector, en el marco de la Directiva 2011/98/CE¹⁶.

Adicionalmente, el CESE ha señalado la conveniencia de que:

- a) La Comisión supervise la aplicación de la Directiva sobre el trabajo temporal en el sector de la aviación, de tal manera que, partiendo de que el empleo directo debería ser “*la forma usual de empleo en la aviación*”, debería ser posible la limitación de la contratación temporal.
- b) Se cuente en la UE con una definición común de “*empleado*” y “*autónomo*”.
- c) Se ejecute una posible iniciativa de los interlocutores sociales de la Unión en el sector de la aviación, a efectos de negociar un acuerdo sobre las condiciones laborales y derechos sociales de los trabajadores del sector, apoyando el que dichos interlocutores presenten posiciones comunes sobre determinados instrumentos legislativos a la Comisión, al tiempo que recomienda que ésta consulte a los referidos interlocutores

¹³ Reglamento (CE) núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida) (DOUE L 293, de 31 de octubre de 2008).

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 868/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativo a la protección contra las subvenciones y las prácticas tarifarias desleales, que causan perjuicios a las compañías aéreas comunitarias, en la prestación de servicios de transporte aéreo de los países no miembros de la Comunidad Europea. Ha de advertirse que este Reglamento no está hoy día en vigor, al ser derogado por el Reglamento (UE) 2019/712, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 868/2004 (DOUE L 123, de 10 de mayo de 2019), que es la norma comunitaria vigente en estos momentos.

¹⁵ Reglamento (CE) núm. 83/2014, de la Comisión, de 29 de enero, que modifica el Reglamento (UE) no 965/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) no 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 28, de 31 de enero de 2014).

¹⁶ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DOUE L 343, de 23 de diciembre de 2011).

sociales “sobre todo instrumento legislativo o iniciativa de la UE que tenga efectos sociales”.

d) Dado que la propuesta de Reglamento sobre los servicios de asistencia en tierra no ha prosperado, sería necesario reflexionar sobre la problemática de la transferencia de personal en caso de licitación o de pérdida parcial de actividades ¹⁷.

e) Recomienda a la Comisión que la misma supervise constantemente las condiciones laborales en el sector de la aviación “sobre una base permanente”.

4. El informe de la Comisión Europea sobre la estrategia de aviación para Europa y la necesidad de mantener y promover altos niveles sociales

Como ha podido constatar el lector, análisis como el del CESE han puesto de manifiesto en estos años la existencia de importantes carencias en el desarrollo de la dimensión social del mercado de la aviación europea, siendo a estos efectos diversas las propuestas para su mejor desenvolvimiento realizadas por distintas entidades en estos años. A estas carencias tampoco ha sido ajena la Comisión Europea, razón por la que en 2019 ha estimado oportuno elaborar un Informe, dirigido al Parlamento Europeo, el Consejo UE, el CESE, y el Comité de las Regiones, titulado “*Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales*”, como ya se ha señalado en páginas anteriores, en el que precisamente, como se plantea en su título, se aborda la necesidad de mantener y promover altos niveles sociales en este mercado liberalizado.

En este sentido, y tal y como se recoge en el propio documento, el informe “*hace balance de los avances realizados con respecto a la agenda social en el sector de la aviación que se estableció en la Estrategia de aviación de 2015*”, si bien centrado en la situación de las tripulaciones de vuelo – tripulantes de cabina y pilotos –, al tiempo que plantea la adopción de un conjunto de medidas encaminadas a promover una mayor solidez de la agenda social que forma parte de la referida estrategia. El informe puede considerarse un intento de la Comisión por relanzar la dimensión social de la estrategia europea de aviación, cuyo grado de desarrollo y carencias preocupa en las instituciones comunitarias, bien es verdad que focalizado en un colectivo concreto en esta ocasión.

Ahora bien, desde un principio el documento comunitario muestra un notable interés por vincular el desarrollo de la dimensión social de la estrategia europea a la evaluación de seguridad aeronáutica – recordemos que en este sector la seguridad aeronáutica es el primer, y principal, valor a proteger –, señalándose a estos efectos que “*el posible impacto de las diferentes condiciones de empleo en la seguridad es un asunto al que la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA) y la Comisión conceden una gran importancia*” ¹⁸. Por tanto, hay una concepción de la referida dimensión social en cuanto

¹⁷ Sobre esta cuestión el CESE explicita la consulta efectuada en ese momento por la Comisión a los interlocutores sociales europeos sobre la oportunidad de revisar la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o de centros de actividad (DOCE L 82, de 22 de marzo de 2001). Revisión que, sin embargo, no se ha producido finalmente, y que sí se efectuó en 2014 para asegurar la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva referida de la gente de mar – mediante la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015 (DOUE L 263, de 8 de octubre de 2015), que modifica la misma –.

¹⁸ En este sentido el informe comunitario recuerda que ya en 2017 la Agencia Europea de Seguridad Aérea emitió un conjunto de recomendaciones sobre los nuevos modelos empresariales de los operadores de transporte aéreo comercial. Igualmente, el Reglamento (UE) 2018/1139, del Parlamento y del Consejo,

factor instrumental que contribuya a la mejora de los estándares europeos de seguridad – lo que es una visión plenamente asentada tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2018/1139, del Parlamento y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea –, desconociendo con ello que esta dimensión tiene entidad por sí misma y como tal debe ser considerada. A la Comisión, como a todas las demás instituciones europeas, debería preocupar los desequilibrios del mercado de este sector *per se*. Y en este sentido una vez más hay que recordar el tenor del art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales reconocidos en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, “*tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero*”.

En cualquier caso, el informe parte del diagnóstico realizado por el conocido como Estudio Ricardo¹⁹, y no del efectuado, por ejemplo, en el Dictámen CESE ya referido, lo que ya en sí mismo es significativo – creo que la visión de los agentes sociales sobre los problemas que aquejan al sector siempre es un aspecto interesante a tener en cuenta, pero en esta ocasión no parece haber sido el caso –. Y focaliza el futuro de la acción comunitaria en relación con la promoción y mantenimiento de los niveles sociales en cuatro ámbitos específicos, que paso a considerar.

4.1 La atracción y retención de mano de obra altamente cualificada

Es categórica la Comisión a la hora de valorar este aspecto: “*El futuro del sector de la aviación europeo depende de su capacidad para atraer y retener a una mano de obra altamente cualificada*”. No obstante, esta preocupación de carácter general, sin embargo, se focaliza en dos aspectos concretos:

a) El problema que representa el que los jóvenes tengan que pagar por volar, y que el Estudio Ricardo cifra en costes de hasta 100.000 € para la formación básica y 30.000 € para la habilitación tipo. En este sentido, conviene tener en cuenta que los conocidos como “contratos de pagar por volar” no se encuentran ni prohibidos expresamente, ni regulados en el ámbito comunitario o nacional. Por ello, desarrollos legislativos como la reciente Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de

de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2111/2005, (CE) n.º 1008/2008, (UE) n.º 996/2010, (CE) n.º 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n.º 552/2004 y (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) n.º 3922/91 del Consejo (DOUE L 212, de 22 de agosto de 2018), contempla la consideración de los factores socioeconómicos para abordar los riesgos socioeconómicos para la seguridad aérea.

¹⁹ Como ya se ha señalado en nota 9, el conocido como Estudio Ricardo identifica al estudio realizado por S. LEVIN, H. FIGG, S. MORGAN-PRICE, C. BRANNIGAN, S. AMARAL, *Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market*, DG Move, European Commission, 2018, y que constituye el análisis del mercado de trabajo de este sector del que se ha servido la Comisión para elaborar el informe de 2019 relativo al mantenimiento y promoción de altos niveles sociales en el marco de la denominada estrategia de aviación para Europa. Puede consultarse el mismo en: <https://www.eurocockpit.be/sites/default/files/2019-04/Study%20on%20employment%20and%20working%20conditions%20of%20aircrew%2C%20EU%20Commission%202019.pdf>.

junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, constituye un paso importante, desde el momento en que la misma obliga a las empresas a facilitar formación gratuita al trabajador “*en caso de que la legislación nacional o de la Unión, o los convenios colectivos*” requieran que el empleador la proporcione.

b) La calidad de la formación: el informe denuncia una situación que a estas alturas podría considerarse más que preocupante, y es que las compañías vienen reconociendo desde hace años que “*una gran proporción de los pilotos que poseen una licencia de piloto de línea aérea no cumplen sus requisitos básicos de admisión*”. De ahí que la Comisión, con apoyo de la AESA y en colaboración con los interlocutores sociales, asuma el compromiso de evaluar de qué manera el proceso de formación tradicional podría transformarse gradualmente en una formación basada en la realidad y adquisición de competencias de tal forma que, por un lado, se mantenga un nivel óptimo de seguridad, y por el otro, se preserven las posibilidades de los pilotos de encontrar empleo en el futuro. A estos efectos, dicha institución asume el compromiso de poner en marcha, con carácter general, “*un estudio destinado a identificar distintas opciones políticas encaminadas a apoyar la transición de los trabajadores en todos los medios de transporte hacia el transporte automatizado, incluida la formación y el reciclaje profesional*”.

4.2 *El mantenimiento y promoción de los altos niveles sociales de la Unión Europea respecto del personal de vuelo*

En relación con esta cuestión central, la Comisión pone el acento en cinco aspectos:

a) La legislación aplicable a las relaciones de trabajo y la jurisdicción competente para conocer de la misma: se trata de una cuestión conflictiva, que no es fácil, y que ha permitido, particularmente a ciertas compañías aéreas *low cost*, establecer un modelo de relaciones laborales a la carta en función de la legislación que le resultaba más favorable a sus intereses ²⁰. Como sabemos, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2017 ²¹, y que tenía por objeto la determinación de la

²⁰ En última instancia el informe de la Comisión implícitamente asume algunas de las reivindicaciones del Grupo de Trabajo de la Tripulación Aérea, integrado en el Comité de Diálogo Social Sectorial de la Aviación Civil, expresadas en la *Joint Declaration against EU-based Flags of Convenience in Aviation*, de 5 de junio de 2014, en la que se abogaba por combatir, de forma contundente, el fenómeno de las “*banderas de conveniencia*” en la aviación civil, por estimar dicha práctica distorsionadora de las condiciones sociales y de competitividad del sector, así como un factor de devastación de la industria y el empleo del mismo. Dicha declaración puede consultarse en: <https://www.etf-europe.org/wp-content/uploads/2018/10/Joint-Declaration-against-EU-based-Flags-of-Convenience-in-Aviation.pdf>.

²¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Nogueira y otros*). Sobre esta cuestión remito, entre otros, a los análisis realizados por M.C. VAQUERO LÓPEZ, *La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional: (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168 y C-169/16: SandraNogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osacar contra Ryanair Designated Activity Company)*, en *La Ley Unión Europea*, núm. 54, 2017, p. 477 y ss.; J.L. IRIARTE ÁNGEL, *La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10 núm. 2, 2018, p. 477 y ss.; A.L.M. SIA, *Sul tema della giurisdizione nei contratti individuali di lavoro. Il caso delgi assistenti di volo*, en *Diritto dei Trasporti*, núm. 1, 2019, p. 55 y ss. Más recientemente, y centrado en la comprensión de la cuestión por nuestro Tribunal Supremo, V. ANAYA LÓPEZ, *Un análisis de la competencia judicial internacional del personal de vuelo a propósito de modelo de Ryanair y la última sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2019*, publicado en

ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados en el seno de la compañía Ryanair, ha constituido un punto de inflexión importante, al negar valor significativo a estos efectos al lugar donde está situado el domicilio social del demandado, y afirmar la preminencia del lugar habitual de trabajo como factor que determine la legislación aplicable a la relación de trabajo. En todo caso, la sentencia ha impulsado, de forma notable, y como efecto secundario, el reconocimiento de las organizaciones sindicales nacionales en esta empresa, y la apertura de negociaciones para la elaboración de convenios colectivos de trabajo que regulen las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, inexistentes hasta el momento.

Esta sentencia histórica no ha pasado desapercibida para la Comisión, quien junto a este hito destaca diversos actos legislativos e iniciativas que en estos años deben permitir avanzar en la correcta resolución de esta compleja cuestión, como es el caso de: i) el Reglamento (UE) núm. 465/2012, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social²², y que ha establecido a estos efectos como ley aplicable la del Estado miembro donde se ubica la base operativa del personal de vuelo; ii) La Guía práctica “*Competencia judicial y legislación aplicable a los litigios internacionales entre trabajadores y empresarios*”, elaborada por la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil en 2016, de especial utilidad para establecer el marco legislativo y jurisdiccional de las tripulaciones de vuelo móviles.

En todo caso, la Comisión es consciente de que el camino por recorrer, dadas las peculiaridades de este mercado de trabajo es largo, y a estos efectos manifiesta el interés, e importancia, de la evaluación que se está realizando del Reglamento (CE) núm. 1008/2008, del Parlamento y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad²³, y el análisis que se está efectuando de su impacto social, en particular en las condiciones de trabajo, que en su momento debería tenerse en consideración en una futura revisión del referido Reglamento comunitario. Adicionalmente plantea, como acciones de futuro, una posible actualización de la Guía práctica judicial antes mencionada, a la vista, entiendo, sobre todo de la sentencia del TJUE de 2017 en el caso Ryanair, al tiempo que el estudio que está efectuando en estos momentos la Comisión en relación a si resultaría necesario reforzar la seguridad jurídica de las tripulaciones de vuelo móviles, incluidas las tripulaciones de países no pertenecientes a la UE que realicen su trabajo en el ámbito comunitario, por lo que respecta a la legislación aplicable a sus contratos de trabajo.

b) El empleo de trabajadores a través de intermediarios, incluidas empresas de trabajo temporal: la contratación de personal a través de empresas de trabajo temporal o a través de otras organizaciones intermedias – empresas prestadoras de servicios –, la contratación de corta duración y el trabajo por cuenta propia, sin duda son fenómenos que preocupan no sólo a la Comisión, sino también a los interlocutores sociales, por el impacto que estas formas de empleo pueden tener sobre las condiciones de trabajo y empleo del personal de vuelo. Curiosamente, en este informe la Comisión admite que hay un primer problema, no solventado hasta el momento, que tiene que ver con la

I. NADAL GÓMEZ (Dir.), *La aviación al servicio del desarrollo económico de la sociedad. Los nuevos retos de su regulación jurídica*, Madrid, 2019, p. 611 y ss.

²² Reglamento (UE) núm. 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) N.º 883/2004 (DOUE L 149, de 8 de junio de 2012).

²³ DOUE L 293, de 31 de octubre de 2008.

determinación del tamaño de la cuestión, pues los informes realizados hasta el momento – véase el Estudio Ricardo que se ha tomado como referencia por la Comisión, por ejemplo -, no consiguen cuantificar con exactitud este fenómeno.

Tal vez por ello, las acciones que la Comisión se plantea en este caso tiene un carácter más genérico, y así:

i) Establece que esta institución, en estrecha colaboración con la AESA y las partes interesadas, tomarán las medidas necesarias para garantizar que los sistemas de seguridad de las compañías aéreas tengan en cuenta todas las formas de empleo y los acuerdos laborales existentes, incluido el personal empleado vía intermediarios y por cuenta propia.

De nuevo se impone una perspectiva que supedita la dimensión social de la estrategia de aviación para Europa a la garantía de la seguridad aeronáutica, algo que ya he cuestionado anteriormente.

ii) Se insta a los Estados miembros a garantizar, por los medios apropiados, la aplicación de las normas destinadas a proteger a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a escala nacional, así como el cumplimiento del Derecho de la Unión.

Siendo loable el talante de la Comisión, en este caso entiendo que sería más adecuado plantear medidas que pueden tener un efecto más profundo en el desenvolvimiento de las empresas de trabajo temporal, como sería, por ejemplo, la revisión y puesta al día de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal²⁴, donde, por ejemplo, está pendiente de mejorar el encaje de las empresas prestadoras de servicios.

c) Los desplazamientos de trabajadores: asumido por la Comisión que la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, no se está aplicando a las tripulaciones de vuelo, y que entre las representaciones de los trabajadores de las compañías aéreas cunde la preocupación por el posible uso de acuerdos de arrendamiento con tripulación, con el fin de eludir las huelgas o el cumplimiento del Derecho laboral y social aplicable, aquélla cifra sus esperanzas en este caso en la correcta aplicación de la revisión de dicha Directiva, operada en fechas no muy lejanas en virtud de la Directiva (UE) 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018²⁵, y que, entre otros aspectos²⁶, dispone la incorporación a las legislaciones nacionales del principio de igualdad de remuneración por igual trabajo, no más allá del 30 de julio de 2020.

No obstante, siendo consciente la Comisión de que el presente es un aspecto cuya gestión es de apreciable complejidad – razón por la que, una vez más, insta a los Estados miembros de la Unión a garantizar, mediante los medios adecuados, la aplicación de las normas vigentes que protegen a los trabajadores desplazados –, la misma traslada su voluntad de trabajar con los Estados comunitarios, a través del

²⁴ DOUE L 327, de 5 de diciembre de 2008.

²⁵ Directiva (UE) 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L 173, de 9 de julio de 2018).

²⁶ Adicionalmente, la Directiva revisada contempla la aplicación del principio de igualdad de trato, como expresamente resalta la Comisión en su informe, a los trabajadores desplazados cedidos por empresas de trabajo temporal o por agencias de colocación, incluidas las tripulaciones de vuelo, al tiempo que se mantiene la posibilidad de que los Estados miembros de acogida decidan aplicar a estos trabajadores las condiciones de empleo que se aplican a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en dichos Estados.

Comité de expertos sobre el desplazamiento de trabajadores – constituido tiempo atrás –, para mejorar la aplicación de la Directiva²⁷, y en particular asistir la transposición y aplicación de la Directiva revisada. Adicionalmente, la Comisión cifra sus esperanzas en que la recién constituida Autoridad Laboral Europea²⁸, cuya operatividad se espera que se inicie en 2019, y funcione plenamente en 2024, contribuya a garantizar la aplicación de la legislación comunitaria en materia de movilidad laboral “*de manera justa, simple y efectiva*” – lo que ahora no es el caso –. En este sentido, ha de recordarse que el art. 2 del Reglamento comunitario que alumbra su constitución expresamente establece que: “*Los objetivos de la Autoridad serán contribuir a garantizar una movilidad laboral equitativa en toda la Unión y ayudar a los Estados miembros y a la Comisión a coordinar los sistemas de seguridad social en la Unión*”.

d) El trabajo por cuenta propia: la forma en que la Comisión se acerca a esta realidad laboral es cuanto menos curiosa, pues si bien, a partir del análisis realizado en el Estudio Ricardo se afirma que “*no es una forma de empleo que las compañías aéreas utilicen con frecuencia*”, finalmente asume que se trata de una forma de trabajo que puede ofrecer a las compañías aéreas una mayor flexibilidad, razón por la que identifican esta cuestión como uno de los aspectos sobre los que la Comisión debe operar.

En este sentido, se estima por esta institución comunitaria que uno de los problemas más significativos en relación con esta forma de trabajo tiene que ver con el fenómeno del falso trabajo por cuenta propia. Y a tales efectos la institución comunitaria plantea como líneas de actuación futura las siguientes: i) insta a la adopción de la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes, lo que al día de la fecha ya se ha producido; ii) invita a los Estados a aplicar la Recomendación sobre el acceso a la protección social para todos los trabajadores por cuenta ajena y propia, aprobada en diciembre de 2018; iii) anuncia en 2019 la celebración de un seminario para analizar formas de abordar el trabajo no declarado en el sector de la aviación, en el marco de la Plataforma europea sobre el trabajo no declarado, centrado en el fenómeno del falso trabajo por cuenta propia de las tripulaciones de vuelo y la colaboración transfronteriza entre las autoridades competentes; iv) insta a los Estados miembros, una vez más, a garantizar la aplicación de las normas laborales vigentes a escala nacional, y al cumplimiento del Derecho de la Unión conforme a la doctrina del TJUE.

e) Las tripulaciones de países que no son miembros de la UE, pero realizan su trabajo en el territorio de la Unión: como se ha señalado en el caso anterior, en relación con esta cuestión la Comisión reconoce que “no es posible establecer si se trata de una práctica común ni si la base de la tripulación de vuelo se encuentra en un tercer país o en la UE”, lo que no significa que no se considere un aspecto problemático del desarrollo del mercado de trabajo de este sector.

No obstante, en este caso los problemas se plantean no tanto por carencias de la regulación comunitaria y nacional, como por la falta de normas internacionales que

²⁷ Así como de la Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DOUE L 159, de 28 de mayo de 2014).

²⁸ Reglamento (UE) 2019/1149, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 883/2004, (UE) núm. 492/2011 y (UE) núm. 2016/589, y se deroga la Decisión (UE) núm. 2016/344 (DOUE L 186, de 11 de julio de 2019).

aborden la cuestión. En efecto, según reconoce el informe de la Comisión, la UE cuenta hoy día con normas específicas relativas a la actividad de las tripulaciones en tránsito o descanso en el espacio Schengen, en el Código de Fronteras Schengen. Igualmente, la legislación migratoria comunitaria garantiza que las tripulaciones de vuelo de países no pertenecientes a la UE, que tienen sede en un Estado miembro, y cuentan con un permiso de trabajo y de residencia, el mismo trato que a los nacionales del Estado comunitario- lo que como señala el propio informe, *“constituye una salvaguardia para reducir la competencia desleal que pueda ocasionar la explotación de ciudadanos no pertenecientes a la UE”* -. De tal manera que, en este caso, el problema viene dado porque *“la falta de normas laborales internacionales en el sector de la aviación civil afecta a la efectividad de la legislación laboral de la UE y de los Estados miembros tanto en las rutas dentro de la UE como fuera de ella”*, al tiempo que se reconoce que, por diversas circunstancias, tradicionalmente los acuerdos bilaterales de transporte aéreo no contienen disposiciones referentes a los aspectos laborales y sociales del mismo, pese a los esfuerzos de la UE en este sentido.

Por todo ello, y en relación con esta problemática, la Comisión plantea las siguientes acciones: i) continuar controlando la aptitud de la legislación comunitaria en materia de migración legal, que, entre otras cosas, debe evaluar la situación de las tripulaciones de vuelo muy móviles de terceros países²⁹; ii) seguirá promoviendo la inclusión de cláusulas sociales y laborales ambiciosas en los acuerdos – a pesar del poco éxito reconocido –.

4.3 *La promoción del equilibrio de género y entre la vida profesional y la privada*

Es curiosa la aproximación de la Comisión a esta cuestión. Pues si bien inicialmente en el informe se afirma que *“el equilibrio de género en la aviación es, además, mejor que en otros medios de transporte”*, y se destaca que *“las mujeres representan el 40% de los trabajadores del transporte aéreo”*, finalmente se señala que *“sólo alrededor del 5% de los pilotos de todo el mundo son mujeres”*, siendo en última instancia este aspecto el que centra la preocupación de la institución comunitaria en esta materia.

Con carácter general, la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo³⁰ – a la redacción del informe una propuesta, hoy una realidad –, recibe una valoración positiva desde la perspectiva de la conciliación y del incremento de la frecuencia con que los hombres se acojan a estos permisos. Lo que no quita, para que la propia Comisión señale, con base en el referido Estudio Ricardo, que parece poco probable, a día de hoy, que la mujeres y hombres que desarrollan su labor mediante formas alternativas de empleo, distintas de los contratos de trabajo directos y permanentes, vayan a recibir el mismo permiso y remuneración por maternidad/paternidad que sus compañeros que trabajan en condiciones estables.

²⁹ A tales efectos el informe anticipa el inicio de un proceso de consulta de alto nivel en la materia, basado en las recomendaciones contenidas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una política migratoria equilibrada y global”, COM (2018) 635 final, y que puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0635>

³⁰ DOUE L188, de 12 de julio de 2019.

En todo caso, la Comisión sugiere como líneas de acción futura en la materia las siguientes³¹: a) animar a las partes interesadas del sector de la aviación a emprender acciones concretas que dinamicen la iniciativa comunitaria, puesta en marcha en 2017, “*Mujeres en el transporte: Plataforma de la UE para el cambio*”, con el ánimo de mejorar las condiciones de trabajo y de empleo, a fin de atraer y retener a las mujeres en el ejercicio de la profesión de tripulante de vuelo³²; b) ejecutar dos estudios, uno relativo a herramientas que pueden servir a docentes de educación primaria y secundaria para luchar contra los estereotipos de género y concienciar a los jóvenes sobre las profesiones del sector del transporte, el otro para identificar buenas prácticas sobre la forma de organizar los horarios de la manera más favorable para la familia.

4.4 *La promoción del diálogo social sectorial*

Sin duda, este es uno de los aspectos que, a medio plazo, entiendo deben ser claves en el desarrollo de la dimensión social de la estrategia europea de aviación. Y así parece percibirlo también la Comisión, aunque sólo sea porque la misma en el marco de la iniciativa comunitaria “*Pilar europeo de derechos sociales*”³³, se ha comprometido con carácter general, en virtud de su principio núm. 8, a promover el diálogo social europeo, en el marco del espíritu de la Declaración conjunta sobre un nuevo comienzo para el diálogo social, emitida el 27 de junio de 2016³⁴.

Como es conocido, la dinámica del diálogo social comunitario en los últimos años arroja un balance donde las frustraciones se imponen a las consecuciones de otros tiempos, siendo buena prueba de ello la referida Declaración de 2016, que parte precisamente de la idea de que el diálogo social comunitario debe replantearse y ser tomado con mayor intensidad³⁵ – no en vano, en dicho documento se dice textualmente que se trata de “*una iniciativa sobre un nuevo comienzo para el diálogo social*” –. Más concretamente, y por lo que respecta al diálogo social en el sector de la aviación, la institución comunitaria reconoce en este informe que “*la falta de representatividad de las compañías aéreas desde 2017 ha debilitado la posibilidad de tener un diálogo social europeo significativo*”³⁶. La cuestión es que también con anterioridad a esta fecha

³¹ Al margen de apoyar la finalización de las negociaciones sobre la Directiva (UE) 2019/1158, como sabemos hoy día culminadas.

³² Y donde un referente importante deberían ser las prácticas que fomentan la contratación de mujeres en el sector de la aviación contenidas en el informe de la Comisión Europea titulado “*Business case to increase female employment in Transport*”, publicado en diciembre de 2018, y que puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2018-business-case-to-increase-female-employment-in-transport-final-report.pdf>.

³³ Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf.

³⁴ El texto de la Declaración, titulado *Un nuevo comienzo para el diálogo social. Declaración de los interlocutores sociales europeos, la Comisión Europea y la Presidencia del Consejo de la Unión Europea*, puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/social>.

³⁵ Como se ha señalado por algunos estudiosos de este fenómeno, el desarrollo del diálogo social en el seno de la Unión Europea – tras su institucionalización por el Protocolo Social del Tratado de Maastrich –, ha tenido un carácter desigual, en función del plano al que se atienda: más significativo y apreciable cuando nos centramos en el ámbito interprofesional y de empresa; con destacadas limitaciones cuando precisamente del nivel sectorial se trata. Remito al respecto en este sentido al interesante análisis realizado en su momento por H.-D. KÖHLER, S. GONZÁLEZ BEGEGA, *Diálogo Social y negociación colectiva sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, p. 119 y ss.

³⁶ El problema en este caso, como detalla el propio informe, tuvo que ver básicamente con que, hasta 2017, las compañías aéreas estaban representadas por tres organizaciones en el Comité de Diálogo Social

el diálogo social en este sector era prácticamente inexistente, excepción hecha de la consecución apreciable, todo sea dicho, que supuso el Acuerdo para la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil (2000)³⁷.

Bienvenida ha de ser, en todo caso, la apuesta de la Comisión por promover el diálogo social en un sector caracterizado por ausencia en múltiples ocasiones, al tiempo que por la inexistencia de procesos de negociación colectiva en bastantes ámbitos del mismo. No obstante, no puedo evitar tener la impresión de que, en este terreno, la posición de la Comisión, no deja de ser un tanto voluntarista, a la vista de las acciones que plantea: i) seguir apoyando y facilitando activamente el diálogo social entre compañías aéreas y tripulaciones de vuelo, incluso entre los interlocutores sociales en el marco del Comité de Dialogo Social Sectorial; ii) alentar a los interlocutores sociales a garantizar la representación adecuada de compañías aéreas y tripulaciones de vuelo, para hacer un uso óptimo de la herramienta del diálogo social; iii) seguir proporcionando evaluaciones periódicas de las organizaciones de interlocutores sociales que participan en el diálogo social, a través de los estudios de representatividad que realice la Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo – para 2019 anuncia un estudio al respecto –.

De todas formas, conviene señalar en este punto, en cuanto perspectiva adicional que no debe ser desdeñada, que de un tiempo a esta parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuando ha debatido en su seno cómo debería ser la futura gobernanza de este sector productivo³⁸, ha llegado a la conclusión de que la promoción del trabajo decente en el mismo – idea en la que anda inmersa con bastante intensidad en los últimos años, particularmente con motivo de los actos conmemorativos de su centenario – pasa necesariamente por el fortalecimiento del diálogo social³⁹. Indudablemente, esta apreciación apunta a la importancia del papel que ha desempeñar, a medio plazo, en el ámbito comunitario, el referido Comité de Diálogo Social sectorial de la Aviación Civil. Pero mientras este Comité termina resolver los problemas relacionados con las organizaciones que deben integrarlo y cuál debe ser su dinámica de funcionamiento, y

Sectorial de la Aviación Civil, que representaban a distintos segmentos del sector – compañías aéreas tradicionales, de ocio y regionales –. Sin embargo, desde que la AEA – organización de compañías aéreas tradicionales – cesó en su actividad, la misma no ha sido reemplazada en el referido Comité de Diálogo Social. Al mismo tiempo, compañías aéreas de bajo coste han solicitado el ingreso en este Comité, cuestión pendiente de resolución.

³⁷ Y que, como es conocido, fue elevado a la condición de Directiva: Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (DOCE L 302/57, de 1 de diciembre de 2000).

³⁸ Discusión que tuvo lugar en 2013 en el marco del “Foro de diálogo mundial sobre los efectos de la crisis económica mundial en la industria de la aviación civil” – cuya documentación puede consultarse en: https://www.ilo.org/sector/activities/sectoral-meetings/WCMS_192795/lang--es/index.htm-.

³⁹ Como es conocido el concepto de “*trabajo decente*” no ha sido precisado en todos sus extremos por la OIT, pues evidentemente se trata de un concepto cuyo contenido puede oscilar en función del nivel económico y sociolaboral de los distintos Estados. De hecho, si traigo a este análisis la consideración de este concepto es porque coincido con aquellos especialistas que han señalado que “*el concepto de trabajo decente no cubre un contenido o producto, sino un proceso, es decir, una forma de realizar los objetivos*” (F. Maunpain, *Nouvelle foundation o nouvelle façade?. La Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, en *Droits fondamentaux*, núm. 9, 2009, p. 19), de tal manera que finalmente lo que pretende la OIT con dicho concepto es inducir procesos de mejora de las condiciones de trabajo y empleo apartir de la realidad existente en cada Estado.

por lo tanto se activa, bueno será también considerar que, como en fechas recientes ha señalado la propia OIT: el diálogo social “*se manifiesta de diversas formas y en diferentes niveles según las tradiciones y los contextos nacionales, incluido el diálogo social transfronterizo en una economía globalizada cada vez más compleja. No existe un enfoque universal para organizar y reforzar el diálogo social. Sin embargo, la negociación colectiva sigue ocupando un lugar central en el diálogo social. Las consultas, los intercambios de información y otras formas de diálogo entre los interlocutores sociales y con los gobiernos también son importantes*”⁴⁰.

En definitiva, también hay vida más allá del referido Comité y de las consultas que las instituciones comunitarias realicen a los interlocutores sociales con ocasión de la tramitación de distintas iniciativas legislativas que puedan afectar al sector⁴¹. Más concretamente, creo que debería valorarse la oportunidad de profundizar, como complemento a las formas de diálogo social antes apuntadas, en la negociación de acuerdos marco transnacionales europeos, en cuanto manifestación ordinaria, una más, del diálogo social europeo; al igual que también habría que explorar la posibilidades de iniciar negociaciones en este sector para la celebración de acuerdos marco transnacionales de carácter internacional que, en este último caso, permitan implementar compromisos en materia social que se proyecten más allá del territorio de la Unión Europea⁴².

En relación con este tipo de acuerdos, he de recordar que los mismos surgen como respuesta al fenómeno de la globalización económica, y la emergencia de empresas transnacionales que, precisamente por su propia configuración y posicionamiento en el mercado, escapan con frecuencia a la acción reguladora de los Estados⁴³, siendo el sector del transporte aéreo de pasajeros, como es sobradamente conocido, un sector propenso a este tipo de compañías. De ahí el interés de una figura jurídica como la mencionada⁴⁴, que se incrementa, además, cuando se advierte que los referidos acuerdos

⁴⁰ OIT, *Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre el diálogo social y el tripartismo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, Ginebra, 7 de junio de 2018, pág. 2.

⁴¹ Recuérdesse que, con carácter general, el art. 154 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la Comisión está obligada a consultar a los interlocutores sociales de forma anticipada a la adopción de cualquier medida en el ámbito de la política social.

⁴² No debemos, no obstante, llevarnos a engaño en este terreno, pues los hechos indican que, por lo que respecta a la firma de acuerdos transnacionales de carácter internacional en este sector, el camino que ha de ser andado es largo. Más concretamente, y hasta donde se conoce, solo se cuenta con el resultado tangible de los acuerdos transnacionales firmados en el seno de Air France – KLM (en 2008, 2010, 2011 y 2013), y de British Airways (2008). En relación con los mismos remito, para su conocimiento, a la base de datos creada por la OIT y la Comisión Europea, que puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en&company=&hdCountryId=0&companySize=0§orId=0&year=0&esp=0&geoScope=0&refStandard=&keyword=&mode=advancedSearchSubmit>

⁴³ Este contexto en el que surgen explica en gran medida el carácter de su contenido, que los estudiosos del fenómeno ha estandarizado en tres categorías principales: a) estándares de trabajo decente declarados por la OIT; b) niveles mínimos de salario y duración máxima del tiempo de trabajo; c) marco normativo mínimo en material de seguridad y salud laboral (A. BAYLOS GRAU, *Códigos de conducta y Acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica*, en *Lan Harremanak*, Tomo I, 2005, p. 113-114).

⁴⁴ Que no obstante arrastra sus propios puntos débiles, siendo posiblemente el más significativo el que finalmente tienen un carácter obligacional, que se concreta en la asunción por la empresa de una serie de compromisos, pero sobre cuya exigibilidad en sede judicial existente importantes interrogantes (remito en este sentido a la reflexión realizada por A. BAYLOS GRAU, *Códigos de conducta y Acuerdos-marco*, cit., p. 119 y ss; más ampliamente, S. CANALDA CRIADO, *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales*, Valencia, 2016).

transnacionales son el resultado de dinámicas negociadoras que superan la unilateralidad que esconden los denominados códigos de conducta⁴⁵, en cuanto compromisos establecidos y asumidos por las empresas, de forma voluntaria, en el marco de la implementación de políticas de responsabilidad social corporativa⁴⁶, en los que se establecen un conjunto de valores y estándares éticos que pretenden ordenar la forma de desenvolverse éstas, también por lo que respecta a la gestión de las relaciones laborales⁴⁷.

Por otra parte, en el caso europeo, la implantación de la figura de los Comités de Empresa Europeos – o de un procedimiento alternativo de información y consulta –, tras la aprobación de la Directiva 94/45/CE – hoy día sustituida por la Directiva 2009/38/CE que generó una versión refundida de la normativa comunitaria anterior –, puede constituir un instrumento útil a la hora de apuntalar los altos niveles sociales que pretende la Comisión Europea para este sector. No obstante, estos comités no sólo constituyen un espacio idóneo para el desarrollo de procedimientos de información y consulta sobre las cuestiones laborales que ocupan y preocupan a los trabajadores, sino que también, como se ha señalado ya en algún caso, su mera existencia tiene la virtud de generar dinámicas de exportación de la “*técnica y la organización del órgano de representación de los trabajadores en empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria a un espacio de representación que va más allá del perímetro europeo*” – por tanto, más allá del territorio comunitario (dimensión internacional) –⁴⁸, lo que posibilita diálogos más estructurados entre las empresas (y grupos de empresas) y las organizaciones sindicales en el ámbito internacional, y en última instancia la adopción, no sólo de acuerdos marco transnacionales europeos, sino también de acuerdos marco transnacionales de carácter internacional.

Ahora bien, también en esta ocasión las expectativas en torno a estos Comités deben ser atemperadas por la realidad de los hechos⁴⁹: a) no es precisamente el sector del transporte en general el ámbito de la economía comunitaria donde la constitución de

⁴⁵ En todo caso, en su momento los códigos de conducta fueron apreciados como instrumentos útiles para lograr la implantación de estándares laborales internacionales (por ejemplo emanados de OIT) en ciertos ámbitos - empresas y grupos de empresas internacionales – que de otra manera difícilmente se habrían aplicado. Así, por ejemplo, A. PERULLI, *La dimensione sociale del mercato globale*, en VV.AA.; *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Vol. IV, Parte V, Milano, 2004, p. 3624, consideró que los referidos códigos constituyen una suerte de factor de convergencia de los estándares sociales internacionales.

⁴⁶ Al respecto, puede ser de interés la consulta de A. BAYLOS GRAU, *Códigos de conducta y Acuerdos-marco*, cit., p. 103 - 138.

⁴⁷ Remito en relación a esta figura jurídica, bien es verdad que la bibliografía al respecto es muy extensa, a las consideraciones realizadas por Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Responsabilidad social de las empresas y códigos de conducta empresariales: aproximación desde el Derecho del Trabajo*, en Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 148, 2010, p. 819 – 844.

⁴⁸ A. BAYLOS GRAU, *Códigos de conducta y Acuerdos-marco*, cit., p. 117.

⁴⁹ Téngase en cuenta adicionalmente que, en estos momentos, la Unión Europea está inmersa en un proceso de revisión de la Directiva comunitaria que regula los principales aspectos de esta institución representativa – consecuencia de las carencias detectadas en su funcionamiento tras años de vigencia de la referida norma comunitaria –. Remito en este sentido al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: “*Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida)*”, COM (2018) 292 final, de 14 de mayo de 2018, que es el origen de los actuales trabajos que han de concluir con la revisión de la Directiva 2009/38/CE.

Comités de Empresa Europeos se ha producido con más vigor⁵⁰; b) los Comités de Empresa Europeos surgieron con la idea de facilitar el acceso de los representantes de los trabajadores a información significativa en la toma de decisiones empresariales en el ámbito transnacional comunitario, al tiempo que inducir su participación en dichas decisiones – de eso va el ejercicio del derecho de consulta –, y no tanto como ámbito en el que proceder a la negociación de acuerdos colectivos transnacionales⁵¹. Sin embargo, y en relación con este último aspecto, cierto es que, en la práctica – y pese a que la Directiva 2009/38/CE no incluye entre las competencias a asumir por estos comités la de negociación colectiva –, un cierto número de estos comités decidieron desempeñar este rol y por tanto afrontar la negociación de acuerdos transnacionales⁵². En última instancia, esta capacidad negociadora de los Comités de Empresa Europeos es objeto de debate⁵³. En todo caso, la renovación de los principios y reglas contenidas en la Directiva 2009/38/CE, proceso en el que anda inmerso en estos momentos la Comisión Europea, sin duda será una nueva oportunidad, a medio plazo, para replantear el diseño y configuración de los Comités de Empresa Europeos en el seno de las compañías aéreas, así como la constitución de nuevos comités, en un sector donde todavía existe un apreciable potencial de desarrollo de estas instituciones representativas, como ya he señalado.

⁵⁰ La European Transport Workers' Federation (ETF) refiere en este sentido que si en 2018 se computaban hasta 1150 Comités de Empresa Europeos, solo 37 de estos Comités se ubicaban en el sector de las empresas multinacionales de transporte y logística, de tal manera que de estos últimos solo 27 podían considerarse activos (cifras obtenidas de su página web en: https://www.etf-europe.org/our_work/european-works-councils/).

⁵¹ En relación con este aspecto me permito recordar que la primera Directiva en la materia, la 94/45/CE, pretendía básicamente posibilitar que los representantes de los trabajadores pudieran emitir opiniones con carácter previo a la toma de decisiones empresariales, en tanto que con la posterior Directiva de 2009 el planteamiento cambia de forma sutil, pero apreciable, pues lo que se desea es que en adelante “los procedimientos de información y consulta pasaran de ser puras formalidades a ser parte del proceso de adopción de decisiones” (R. FLÓREZ ESCOBAR, *El comité de empresa europeo*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE, *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, 2019, p. 1131), y por tanto sean más incisivos. Esta evolución acerca estos procedimientos a la idea planteada con carácter general en las dos Directivas que, en el ámbito de la Unión Europea, constituyen la regulación de referencia en relación con el ejercicio de los derechos de información y consulta – Directivas 2002/14/CE y 2001/86/CE –, en las que la consulta se formula “*con el propósito de llegar a un acuerdo*” – en definitiva, se induce que los procesos de consulta culminen, cuando ello sea razonable, en acuerdos transnacionales –.

⁵² Aproximadamente uno de cada diez comités (R. FLÓREZ ESCOBAR, *El comité de empresa*, cit., p. 1135).

⁵³ Téngase en cuenta adicionalmente que, según han puesto en evidencia diversos estudios, la tensión subyacente en estos años entre ciertas federaciones sindicales, que pretenden asumir el protagonismo en la negociación de acuerdos transnacionales, y los Comités de Empresa Europeos de empresas transnacionales, particularmente los alemanas – como consecuencia de la escasa sindicalización de algunos de comités, – ha determinado que en estos últimos años no haya existido una idea totalmente definida sobre quiénes deben asumir estos procesos de diálogo y negociación con las empresas y grupos de empresa comunitarios, lo cual ha podido afectar a los resultados de dichos procesos negociadores. Sobre esta cuestión, véase U. REHFELDT, *La negociación colectiva de empresa empresa transnacional en Europa: dinámicas históricas, formas y retos*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014, p. 385 – 409. Como dato significativo en dicho estudio se apunta cómo, si entre 1996 y 2006 el 60% de los acuerdos marco transnacionales europeos fueron firmados por Comités de Empresa Europeos, entre 2007 y 2011 sólo lo fueron el 39% (p. 401).

5 ¿Y a partir de ahora, qué?

¿Cómo se desarrollará a medio y largo plazo la agenda social de la estrategia de aviación para Europa?. Indudablemente esta es una cuestión difícil de establecer en estos momentos. Lo que sí parece claro es que la Comisión es consciente de que el desarrollo de la dimensión social de este mercado de trabajo sectorial registra apreciables carencias, y que la liberalización del sector requiere la aplicación de medidas que induzcan un desarrollo más ordenado de la referida dimensión, que permita profundizar y desarrollar el planteamiento realizado por la Comisión en su Comunicación de 2015⁵⁴.

En un momento del análisis realizado he puesto el foco de atención en el Dictamen del CESE, que me parece especialmente interesante por lo que de expresión de las preocupaciones de los interlocutores sociales comunitarios tiene, al tiempo que recoge medidas que, a su juicio, debería adoptarse en relación con el *dumping* social que amenaza el sector europeo de la aviación civil. Sin embargo, el informe de la Comisión de 2019, lejos de partir de la consideración de dicho Dictamen, se apoya básicamente en las constataciones y consideraciones realizadas en el conocido como Estudio Ricardo, como ya he indicado en páginas anteriores. Siendo una postura legítima, no deja de ser también expresiva de que, pese a lo señalado por la Comisión en su informe, sobre la importancia del papel de los interlocutores sociales en el desarrollo de este sector, el camino a recorrer a la hora de contar con los mismos con ocasión del desarrollo de iniciativas comunitarias en la materia, debe ser andado.

Ahora bien, conviene deslindar las iniciativas comunitarias que, con carácter general, apoyan el desarrollo de la referida agenda social, de aquellas que se originan en el propio sector. Directivas (UE) como la 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, o la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, sin duda contribuirán a mejorar los estándares laborales y sociales y en este sector. Sentencias, como la del TJUE de 14 de septiembre de 2017 sobre la ley aplicable – y la jurisdicción que debía conocer – a las relaciones de trabajo en el seno de la compañía Ryanair, sin duda constituyen un punto de inflexión en la forma en que se ha gestionado y construido el negocio de la aviación comercial *low cost*. De tal manera que, a mi juicio, las principales tareas pendientes en relación con el desarrollo de la referida agenda social, y la lucha contra el *dumping* social, deben de ejecutarse en el seno del propio sector, y se vinculan, básicamente, con la inexistencia de un diálogo social sectorial efectivo, y la ausencia de procesos de negociación colectiva no sólo sectoriales, sino también en el seno de determinadas compañías aéreas.

La reactivación efectiva de la actividad del Comité de Diálogo Social Sectorial de la Aviación Civil debe, por tanto, ser una prioridad. Al igual que la revitalización de los procesos negociadores que pueden dar lugar a la constitución de Comités de Empresa

⁵⁴ Como en algún caso se ha señalado, la existencia del referido documento siempre será en sí mismo una noticia mejor que un escenario de inexistencia de estrategia (en este sentido, véase el análisis crítico realizado por A. TOMVÁ, A. DUDÁS, *An Aviation Strategy for Europe: A critical assessment of delivered results*, en *Magazine of Aviation Development*, 17-22, 2018, p. 17 – 22), lo que no quita para que se sea consciente de las dificultades de su implementación en ocasiones tienen que ver con las reticencias de ciertos Estados a avanzar en la integración comunitaria en este ámbito, al estimar que afecta a cuestiones de interés nacional.

Europeos, y a la elaboración de acuerdos marco transnacionales, tanto en el ámbito empresarial – incluidos los grupos de empresas - como sectorial, que permitan sostener altos niveles sociales en este sector, en línea con la pretensión formulada en el referido informe de la Comisión Europea de 2019 – la recuperación de dinámicas de colaboración entre el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y los interlocutores sociales, como la que dio lugar a la Directiva 2000/79/CE, sobre ordenación de tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, a partir del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, sin duda debe ser un aspecto a considerar seriamente –.

En todo caso, sería deseable que, a medio plazo, la Comisión retomara la idea de una estrategia omnicompresiva de todos los colectivos que se desempeñan profesionalmente en este sector. Si bien la estrategia de aviación para Europea en su primera formulación en 2015 parece plantearse en términos generales, desde la perspectiva de los colectivos del sector a los que va dirigida, finalmente el informe de 2019 emitido por la Comisión se circunscribe a analizar el estado de la cuestión en relación exclusivamente con el personal de las tripulaciones de vuelo – tripulantes de cabina y pilotos -, olvidando, por ejemplo, al personal de tierra, colectivo éste que también arrastra significativos déficits en sus condiciones de trabajo y empleo, y que no debería ser mantenido al margen de esta estrategia – de hecho el Dictamen del CESE de 2015, al que me he referido en páginas anteriores, recogía como un contratiempo significativo, en el marco de la lucha contra el *dumping* social en este sector, el que no hubiera prosperado la propuesta de Reglamento comunitario sobre los servicios de asistencia en tierra –.

De igual manera, y como ya he referido, siendo la seguridad aeronáutica un valor a proteger en todo caso, y la razón de ser de las medidas legales que se puedan tomar en este sector – a modo de bien supremo –, no haría mal la Comisión Europea en plantearse, y asumir con las consecuencias correspondientes, que la promoción y mantenimiento de altos niveles sociales es un bien jurídico en sí mismo, y por tanto, las medidas que se adopten en relación con los referidos niveles sociales, no sólo tienen un carácter instrumental en relación con el mantenimiento de los estándares de seguridad, sino que en sí mismas dan cumplimiento a uno de los objetivos nucleares de la Unión Europea y de sus Estados miembros, consagrado en el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como es el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo de sus ciudadanos.

No obstante lo señalado, no quisiera finalizar sin llamar la atención sobre las lecciones que, en esta materia, pueden extraerse del proceso regulatorio ejecutado en el ámbito del trabajo marítimo, pues también hay que ser conscientes de que el desarrollo de la agenda social debe comprender igualmente la actuación de tripulaciones de países y compañías aéreas pertenecientes a Estados ajenos a la UE, ante el riesgo de generar realidades laborales paralelas y que las compañías aéreas comunitarias no sean competitivas en un ámbito productivo – sector aeronáutico – claramente globalizado. Como advierte el propio informe de la Comisión “la falta de normas laborales internacionales en el sector de la aviación civil afecta a la efectividad de la legislación laboral de la UE y de los Estados miembros tanto en las rutas dentro de la UE como fuera de ella”⁵⁵. Y en este sentido, dinámicas como la generada en el ámbito del trabajo

⁵⁵ De hecho, en el Foro tripartito celebrado en 2013 (“*Foro de diálogo mundial sobre los efectos de la crisis económica mundial en la industria de la aviación civil*”), se puso de manifiesto la necesidad de que la OIT y la Organización Internacional del Trabajo (OACI) entablaran una relación más fluida que permita en el futuro un desarrollo de las relaciones laborales más acordes con los postulados propugnados

marítimo⁵⁶, donde el Convenio sobre el trabajo marítimo se ha incorporado al Derecho de la Unión Europea, debería movernos a la reflexión⁵⁷. Ciertamente es que, como indica también el referido informe, en el ámbito de la aviación civil “a diferencia del sector marítimo, no hay un consenso en la Organización Internacional del Trabajo sobre la posibilidad de debatir un convenio internacional del trabajo para el sector de la aviación civil”, pero sin duda habrá que continuar perseverando en la consecución de esta idea, toda vez que si algo enseña la experiencia del sector marítimo es que, en sectores tan globalizados, la dignificación de condiciones de trabajo y empleo, y la lucha contra el *dumping* social, requiere no sólo medidas regionales, sino también de carácter internacional – perspectiva a la que, todo sea dicho, la Comisión no es ajena –.

Por último, parece claro que, a falta de normas laborales internacionales, el desarrollo de la dimensión social de la estrategia de aviación para Europa, si la Unión Europea no quiere perder competitividad, pasa también por una política paralela exterior, frente a mercados como el norteamericano, el asiático o el de Oriente Medio, que haga sostenible, desde la perspectiva de la competitividad, los estándares sociales que se alcancen en el territorio comunitario. Ello convierte en imperativo la inclusión en los correspondientes acuerdos tipo *Open Skies* de cláusulas sociales, que permitan el establecimiento de estándares laborales que posibiliten, a su vez, la pervivencia de altos niveles sociales, en el sentido referido en el informe de la Comisión Europea de 2019. La cuestión es que, como es sabido, por ejemplo, en el acuerdo alcanzado en su momento entre EE.UU. y la Unión Europea este tipo de cláusulas no se contempla, lo que abona el terreno para la expansión del *dumping* social. El camino a recorrer, por tanto, también en este ámbito se presume que va a ser largo y tortuoso.

por la OIT en relación con el trabajo decente, y un desarrollo efectivo del Derecho Internacional en este sector acorde con los mismos. A estos efectos, uno de los puntos de consenso alcanzados en dicho Foro (punto 4.13.c)) fue el referido a que: “La OIT debería promover dentro de la OACI y otros reguladores de la seguridad un <enfoque de factores humanos> en el ámbito de la seguridad para maximizar la calidad de los recursos humanos por cuanto se trata de elementos que afectan al desempeño de las funciones de seguridad” (OIT, Informe final de la discusión. Forode diálogo mundial sobre los efectos de la crisis económica mundial en la industria de la aviación civil (Ginebra, 20 – 22 de febrero de 2013), Ginebra, 2013, p. 36, y que puede consultarse en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_218583.pdf).

⁵⁶ Véase al respecto, O. FOTINOPOULOS BASURTO, *El Derecho Social Europeo y la gente de mar*, en *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 17, 2016, p. 127 y ss.

⁵⁷ Sobre el particular puede ser interesante la lectura de O. FOTINOPOULOS BASURTO, *El Derecho laboral marítimo: ¿paradigma del futuro de las relaciones laborales terrestres en la era de la globalización económica?*, en *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, p. 121 y ss, donde se reflexiona sobre la importancia de los Estados, y las instituciones públicas en general, en la aplicación e implementación de estándares laborales en el ámbito internacional. Igualmente, parece claro que la acción decidida de organizaciones sindicales internacionales es un factor de gran importancia desde esta perspectiva. De hecho, en el sector marítimo la acción de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF, son sus siglas en inglés), fue clave para el desarrollo que la negociación colectiva transnacional ha tenido en este sector años atrás, intervención que coincide precisamente con el evidente declive de la capacidad de acción de los sindicatos nacionales ante un mercado cada vez más internacionalizado (véase al respecto N. LILLIE: *Global Collective Bargaining on Flag of Convenience Shipping*, en *British Journal of Industrial Relations*, March, 2003, p. 47 – 67).

Articoli e Saggi

Rete transeuropea dei trasporti e infrastrutture del trasporto aereo. Brevi note sulle nuove proposte per il riordino del sistema aeroportuale italiano^{*}

Anna L. Melania Sia

*PhD, Ricercatrice di Diritto della navigazione
nell'Università «Magna Græcia» di Catanzaro*

Abstract

Trans-European Transport Network and Air Transport Infrastructure. Brief notes on new proposals to reform the Italian airport system.

The paper considers the role of airport infrastructure in European transport policy, with a focus on new proposals to reform the Italian airport system.

Parole chiave: Trans-European Transport Network, infrastrutture dei trasporti, piano nazionale aeroporti, società di gestione aeroportuale.

Sommario — 1. Le infrastrutture aeroportuali nella politica europea dei trasporti. Brevi cenni introduttivi — 2. Il sistema aeroportuale italiano — 3. Il piano nazionale aeroporti — 4. Gli aeroporti secondo l'art. 698 del codice della navigazione italiano — 5. La proposta di riforma del sistema aeroportuale italiano — 5.1. I «sistemi aeroportuali coordinati» — 5.2. Note sulle società di gestione aeroportuale

1. Le infrastrutture aeroportuali nella politica europea dei trasporti. Brevi cenni introduttivi

Lo sviluppo esponenziale del trasporto aereo, in Europa e nel resto del mondo, è condizionato dalla capacità degli aeroporti di soddisfare la crescente domanda di traffico che ingenera una serie di effetti tra loro concatenati. Dall'inizio degli anni Novanta, per far fronte ai rilevanti problemi di sostenibilità economica oltre che ambientale, la politica dell'UE in materia di trasporto aereo ha elaborato azioni che hanno privilegiato più che la costruzione di nuovi *terminal* il miglioramento

^{*} Sottoposto a referaggio. Il presente lavoro riprende, con integrazioni e modifiche, la relazione presentata a Palma de Mallorca alle XLIII *Jornadas Latino Americanas de Derecho aeronáutico y espacial – XII Congreso internacional de Derecho aeronáutico*, 16-18 ottobre 2019, organizzato dalla Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares (Spagna) e dall'*Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA)*.

dell'utilizzo delle infrastrutture esistenti adeguandone la capacità a terra e in volo¹. Principali strumenti di questo disegno sono stati individuati in una più stretta integrazione fra aeroporti e le infrastrutture di altri modi di trasporto, nell'uso più efficiente delle bande orarie *slot*², nel miglioramento dei servizi di assistenza a terra³. Tale pianificazione segue la via tracciata con le misure volte a favorire gli investimenti pubblici e privati nell'infrastruttura aeroportuale europea⁴ definite dalla rete transeuropea TeN-T dei trasporti sulla base di una struttura su due livelli⁵. Il primo,

¹ Cfr. il libro bianco «*La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*», COM(2001) 370 def.; *Mantenere l'Europa in movimento – Una mobilità sostenibile per il nostro continente*, COM(2006) 314 def. del 22 giugno 2006; *Un piano d'azione per migliorare le capacità, l'efficienza e la sicurezza degli aeroporti in Europa*, COM(2006) 819 del 24 gennaio 2007; il libro bianco «*Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*», COM(2011) 144 def. del 28 marzo 2011. Cfr. anche la proposta di risoluzione sul futuro degli aeroporti regionali e dei servizi aerei nell'UE del Parlamento europeo (2011/2196(INI)), Comunicazione della Commissione Europea «*La politica estera dell'UE in materia di aviazione – Affrontare le sfide future*» (COM(2012)0556).

² Cfr. il reg. Cee n. 95/1993 del Consiglio, del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, in G.U.C.E. del 22 gennaio 1993, n. L 014, 1. Il testo è stato modificato più volte: con reg. Ce n. 894/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio 27 maggio 2002 (in G.U.C.E. del 31 maggio 2004, n. L 142, 3); con reg. Ce n. 1554/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio 22 luglio 2003 (in G.U.C.E. del 4 settembre 2003, n. L 221, 1); reg. Ce n. 793/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2004 (in G.U.C.E. del 30 aprile 2004 n. L 138, 50); reg. Ce n. 545/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio 18 giugno 2009 (in G.U.C.E. del 29 giugno 2009, n. L 167, 24).

³ Il tema è stato oggetto dell'attenzione del c.d. «pacchetto aeroporti» del 2011, formato dal documento strategico, contenuto nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *La politica aeroportuale nell'Unione europea: assicurare capacità e qualità atte a promuovere la crescita, la connettività e la mobilità sostenibile*, COM(2011) 0823 definitivo, del 1° dicembre e da tre proposte legislative. La prima, è la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2011) 828 final – 2011/0398 (COD) è divenuta reg. UE n. 598/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti dell'Unione, nell'ambito di un approccio equilibrato, e abroga la direttiva 2002/30/CE (in G.U.U.E. del 12 giugno 2014, n. L 173, 65). Una diversa sorte hanno avuto le altre due misure proposte, che sono state ritirate per l'impossibilità di raggiungere un accordo in seno al Consiglio, come si legge nell'*Annex 2* alla comunicazione COM(2014) 910 final. Il riferimento è alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti dell'Unione e che abroga la direttiva 96/67/CE del Consiglio, COM(2011) 824 final – 2011/0397 (COD) e alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, COM(2011) 827 final – 2011/0391 (COD).

⁴ Essa è ricompresa nella più generale «infrastruttura del trasporto aereo» – definita dall' art. 24, comma 1, regolamento (UE) n. 1315/2013 – che include in particolare: «a) lo spazio aereo, le rotte e le vie aeree; b) gli aeroporti; c) le connessioni degli aeroporti con altri modi della rete transeuropea dei trasporti; d) le attrezzature connesse; e) i sistemi di navigazione aerea, compreso il sistema europeo di nuova generazione per la gestione del traffico aereo (“sistema SESAR”)».

⁵ Il quadro normativo è rappresentato dal regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti e che abroga la decisione n. 661/2010/UE (in G.U.U.E. n. L 348, del 20 dicembre 2013, 1-128) e il regolamento (UE) n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e che modifica il regolamento (UE) n. 913/2010 e che abroga i regolamenti (CE) n. 680/2007 e (CE) n. 67/2010 (in G.U.U.E. n. L 348, del 20 dicembre 2013, 129-171). Il recente regolamento (UE) n. 2019/495 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 marzo 2019 ha modificato il regolamento (UE) n. 1316/2013, per quanto riguarda il recesso del Regno Unito dall'Unione. Le misure previste sono completate da altre disposizioni, precisamente: il regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture

costituito dalla rete centrale prioritaria (*core network*) da completare entro il 2030⁶, su cui concentrare le risorse finanziarie, è concepita per «far fronte al fenomeno della crescente mobilità e ad assicurare norme di sicurezza elevate, concorrendo inoltre allo sviluppo di un sistema di trasporti a basse emissioni di carbonio» (art. 38 comma 1, regolamento (UE) n. 1315/2013). Il secondo livello, di portata più ampia, è rappresentato da una rete globale (*comprehensive network*) da realizzare entro il 2050, quando tutti gli aeroporti della rete centrale saranno collegati alla rete ferroviaria, tutti i porti marittimi connessi alla rete transeuropea ferroviaria e, laddove possibile, alle vie navigabili interne.

Le priorità per lo sviluppo del trasporto aereo individuate dal citato regolamento (UE) n. 1315/2013 (art. 26) sono volte a incrementare la capacità aeroportuale, sostenere la realizzazione del *Cielo unico europeo* e dei sistemi di gestione del traffico aereo (in particolare di quelli che utilizzano il sistema SESAR)⁷, migliorare le interconnessioni multimodali tra gli aeroporti e le infrastrutture di altri modo di trasporto e migliorare la sostenibilità, mitigando, infine, l'impatto del traffico aereo sull'ambiente.

Il regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013 individua progetti di interesse comune, specificando i requisiti da rispettare per la gestione dell'infrastruttura della rete transeuropea dei trasporti, stabilendo, poi, le priorità per il suo sviluppo.

La prima rete (*core network*) è articolata in nove corridoi che costituiscono uno strumento per «consentire un trasporto multimodale efficiente sotto il profilo delle risorse, contribuendo in tal modo alla coesione attraverso una maggiore cooperazione territoriale»⁸. Sono inclusi nella rete *comprehensive* 22 aeroporti italiani⁹.

energetiche transeuropee che abroga la decisione n. 1364/2006/CE e che modifica i regolamenti (CE) n. 713/2009, (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009 347/2013 e il regolamento (UE) n. 283/2014 sugli orientamenti per le reti transeuropee nel settore dell'infrastruttura di telecomunicazioni.

⁶ Secondo l'art. 38 comma 1, regolamento (UE) n. 1315/2013: «La rete centrale, come riportata sulle carte di cui all'allegato I, consiste in quelle parti della rete globale che rivestono la più alta importanza strategica ai fini del conseguimento degli obiettivi della politica relativa alla rete transeuropea dei trasporti e rispecchia l'evoluzione della domanda di traffico e la necessità del trasporto multimodale. Essa contribuisce in particolare a far fronte al fenomeno della crescente mobilità e ad assicurare norme di sicurezza elevate, concorrendo inoltre allo sviluppo di un sistema di trasporti a basse emissioni di carbonio».

⁷ Il pacchetto di misure sul «Cielo unico europeo» (CUE) (rappresentato dal regolamento quadro, reg. CE 10 marzo 2004, n. 549 e dai tre regolamenti di applicazione n. 550/2004, n. 551/2004 e n. 552/2004) – modificato dal reg. (CE) n. 1070/2009 – è volto ad aumentare l'efficienza della gestione del traffico aereo e dei servizi di navigazione aerea mediante la riduzione della frammentazione dello spazio aereo europeo. L'impresa comune SESAR – JU (*Single European Sky ATM Research – Joint Undertaking*), istituita nel 2007 (reg. CE n. 219/2007), gestisce la dimensione tecnologica e industriale del CUE, volta lo sviluppo e la realizzazione del nuovo sistema per la gestione del traffico aereo europeo.

⁸ Così l'art. 42, comma 1, reg. (UE) n. 1315/2013. I nove corridoi sono finalizzati alla «integrazione modale», all'«interoperabilità» (ovvero: «la capacità, comprese tutte le condizioni regolamentari, tecniche e operative, dell'infrastruttura di un modo di trasporto di consentire i flussi di traffico sicuri e ininterrotti, atti a conseguire i livelli di rendimento richiesti per detta infrastruttura o modo», art. 3, lett. o); oltre allo sviluppo coordinato dell'infrastruttura, in particolare nelle tratte transfrontaliere e nelle strozzature. Essi comprendono 38 fra i maggiori aeroporti europei (di cui undici italiani: Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Venezia, Bergamo, Orio al Serio, Bologna, Milano Linate, Torino, Genova, Napoli, Cagliari, Palermo); 94 porti principali, 15.000 km di ferrovia ad alta velocità, 35 progetti transfrontalieri per ridurre le strozzature. Cfr. All. I reg. (UE) n. 1315/2013. Quattro corridoi interessano l'Italia: il corridoio Baltico-Adriatico collega Friuli Venezia Giulia, Veneto e Emilia Romagna; quello Mediterraneo, prevalentemente stradale e ferroviario, che collega la penisola iberica con il confine tra Ungheria e Ucraina (vi rientrano i collegamenti Torino-Lione e Venezia-Lubiana); il corridoio Scandinavo-Mediterraneo attraversa l'intero

Le condizioni, i metodi e le procedure per la concessione di «un'assistenza finanziaria dell'Unione alle reti transeuropee al fine di sostenere progetti infrastrutturali di interesse comune nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia e di sfruttare le potenziali sinergie tra tali settori» sono definite dal *meccanismo per collegare l'Europa* (MCE). Istituito dal regolamento (UE) n. 1316/2013, esso stabilisce i criteri della ripartizione dei fondi da mettere a disposizione nel quadro finanziario pluriennale relativo agli anni 2014-2020. Le risorse sono destinate a progetti di interesse comune – rilevanti per la società ma che non ricevono adeguati finanziamenti dal mercato – finalizzati allo sviluppo e alla costruzione di nuovi servizi e infrastrutture, all'adeguamento dei servizi e infrastrutture esistenti nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia, privilegiando quelli preordinati alla realizzazione di collegamenti mancanti.

2. Il sistema aeroportuale italiano e il mercato unico del trasporto aereo

Il sistema aeroportuale italiano risulta fortemente influenzato dalle caratteristiche geografiche del Paese, una penisola lunga e stretta con un complesso sistema orografico e insulare. Esso si contraddistingue per la presenza di «primario *hub* internazionale» (Roma Fiumicino), di alcuni scali con peso significativo (sistema aeroportuale di Milano) e di un consistente numero di aeroporti di medie dimensioni che hanno avuto una significativa espansione con la liberalizzazione del mercato. Questi ultimi garantiscono la mobilità in regioni difficilmente raggiungibili supplendo anche l'inadeguatezza della viabilità stradale e ferroviaria di alcune porzioni di territorio¹⁰. L'abolizione di ogni restrizione alla capacità di traffico e il riconoscimento del libero accesso alle rotte all'interno dell'Unione europea ha determinato un profondo cambiamento nel mercato interno generando una maggiore concorrenza tra i vettori «comunitari», adesso più liberi di seguire le proprie scelte commerciali, accompagnato da una serie di benefici effetti per gli utenti quali la riduzione delle tariffe medie, l'aumento della frequenza dei voli e l'attivazione di nuovi collegamenti¹¹.

continente da Nord a Sud, collegando, fra gli altri, i principali centri urbani dell'Italia e di Malta (Verona, Bologna, Firenze, La Spezia, Livorno, Ancona, Roma, Napoli, Bari, Taranto, Gioia Tauro, Palermo, La Valletta); il corridoio Reno-Alpi, il più complesso (include il fiume Reno, attraversa i territori europei con la più alta densità di popolazione, comprendendo i principali centri economici e i porti dell'Unione), lambisce Milano e Genova.

⁹ L'art. 6, comma 2, reg. (UE) n. 1315/2013 stabilisce che: «la rete globale è costituita da tutte le infrastrutture di trasporto, esistenti e pianificate, della rete transeuropea dei trasporti, nonché da misure che ne promuovono l'uso efficiente e sostenibile sul piano sociale e ambientale. Essa è individuata e sviluppata in conformità a quanto disposto nel capo II». Per quanto riguarda l'Italia, sono contemplati gli aeroporti di Trieste, Treviso, Verona, Bolzano, Brescia, Forlì, Firenze, Pisa, Ancona, Roma Ciampino, Pescara, Foggia, Bari, Brindisi, Lamezia Terme, Reggio Calabria, Trapani, Catania-Comiso, Lampedusa, Pantelleria, Alghero, Olbia.

¹⁰ Per approfondimenti cfr. lo studio di settore condotto dalla CASSA DEPOSITI E PRESTITI, *Il sistema aeroportuale italiano. La gestione degli scali dopo la liberalizzazione dei vettori*, luglio 2015, consultabile in https://www.cdp.it/kdocs/288728/Studio_CDP_sistema_aeroportuale_Italia.pdf. Si veda anche la sintesi del rapporto di ricerca condotto per il cinquantesimo anniversario di Assaeroporti dal CENSIS, *Il sistema aeroportuale italiano cardine e protagonista dello scenario socio-economico del Paese*, 2017, in http://www.assaeroporti.com/wp-content/uploads/censis/Sintesi-Rapporto_Censis-Assaeroporti_EMBARGO.pdf.

¹¹ La liberalizzazione si è compiuta con il «terzo pacchetto» di misure varate dalla Commissione europea nel 1992. Si tratta dei regolamenti Cee del Consiglio del 23 luglio 1992 n. 2407/92, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei, reg. Cee n. 2408/92, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte

Nella fase precedente alla liberalizzazione, il mercato del trasporto aereo era caratterizzato dal monopolio delle compagnie di bandiera sulle rotte nazionali. Tale monopolio si rifletteva anche nei rapporti fra i vettori e i gestori aeroportuali, entrambi prevalentemente in mano pubblica, che spesso esulavano da logiche commerciali. I costi, così generati, finivano per essere addossati sui contribuenti e sugli utenti del trasporto aereo. La partecipazione pubblica negli assetti proprietari delle società di gestione aeroportuale era dipesa, in parte, dalle scelte politiche di promozione dello sviluppo delle economie locali generato dalla presenza di uno scalo sul territorio così come dalla necessità di far fronte alle esigenze del settore, caratterizzato dal bisogno di ingenti investimenti con lunghi periodi di recupero, difficilmente sostenibili dai capitali privati¹². Da circostanze avevano avuto origine una gestione delle infrastrutture aeroportuali finalizzata essenzialmente a soddisfare le esigenze della compagnia di bandiera.

La situazione è radicalmente mutata con l'evoluzione del diritto europeo che ha promosso l'ingresso di nuovi vettori nel mercato interno, la liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra (*handling*), e senza trascurare la regolazione dei diritti aeroportuali. Nel nuovo contesto di mercato è sorta la necessità di incentivare l'efficienza delle gestioni e la partecipazione del capitale privato nella struttura societaria degli aeroporti. Il dato più significativo si può cogliere nell'ampia diffusione del modello di business dei nuovi vettori *low cost* e dalla perdita di quote di mercato delle compagnie di bandiera a vantaggio dei primi, oggi ai vertici dei *ranking* europei.

La combinazione di questi fattori ha creato le premesse per la revisione della struttura dei collegamenti aeroportuali dal modello *hub and spoke*, seguito dalle compagnie di bandiera¹³, verso quello *point to point*, privilegiato dalle nuove compagnie, che si focalizza sul traffico dall'origine alla destinazione.

In Italia questa evoluzione ha seguito un particolare andamento, accentuato dalla crisi di Alitalia, e contrassegnato, per converso, da una crescita esponenziale delle compagnie *low cost*. Tale congiuntura ha influenzato lo sviluppo degli scali secondari e/o regionali che, offrendo una maggiore disponibilità di *slot* e costi operativi inferiori a quelli degli aeroporti maggiori, hanno consentito ai nuovi vettori un ampio margine di crescita.

Il processo ha prodotto rilevanti conseguenze nei rapporti fra le società di gestione aeroportuale e le compagnie aeree. Tale andamento non ha generato particolari problemi per gli aeroporti localizzati su bacini di traffico vasti e ben collegati con il territorio, già attrattivi per il volume di transiti potenzialmente generabile. Diversamente è avvenuto per i piccoli scali che, per l'attivazione di nuove rotte, hanno avviato strategie promozionali volte ad attrarre le *low cost* con tariffe e condizioni molto vantaggiose, a

intracomunitarie, reg. Cee n. 2409/1992, sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e di merci, reg. Cee n. 2410/92, che modifica il regolamento Cee n. 3975/87 relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei; reg. Cee n. 2411/92, che modifica il regolamento Cee n. 3976/87 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore dei trasporti aerei, in G.U.C.E. n. L 240 del 24 agosto 1992, 1 ss. Il nuovo regolamento recante «norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione)» (in G.U.e. 31 ottobre 2008, L 293) ha ampliato e consolidato la disciplina dei regolamenti Ce n. 2407, n. 2408 e n. 2409 in un unico provvedimento che deve essere letto secondo la tavola di concordanza di cui all'allegato II (art. 27 comma 2).

¹² In tal senso cfr. CASSA DEPOSITI E PRESTITI, *Il sistema aeroportuale italiano. La gestione degli scali dopo la liberalizzazione dei vettori*, cit., 62 ss.

¹³ Che concentra l'operatività di uno o più vettori in un unico aeroporto (*hub*) con una serie di connessioni (*spoke*) verso destinazioni secondarie a loro volta collegate tramite lo scalo di riferimento del vettore.

volte insostenibili per le società di gestione aeroportuale. Queste politiche commerciali sono prevalentemente finanziate da parte degli enti territoriali (azionisti) con contratti di *co-marketing*, spesso al limite dei margini consentiti dal diritto europeo¹⁴. La capacità di attrarre nel proprio scalo il traffico dei vettori a basso costo condotta in assenza di una effettiva strategia di sviluppo ha innescato una insana competizione fra gli aeroporti minori, che ha comportato una crescita disarmonica del sistema aeroportuale nazionale¹⁵.

3. Il Piano nazionale aeroporti

In questo contesto dai contorni dinamici si inserisce l'adozione del Piano nazionale degli aeroporti che, sulla scorta delle criticità rilevate, ha raccolto le linee programmatiche degli interventi da realizzare nel comparto. L'obiettivo dichiarato è mirato per far fronte alle stime di traffico che vedono il volume dei passeggeri negli aeroporti italiani superare i 170 milioni di unità al 2030.

L'incremento della capacità dovrà essere garantito mediante la razionalizzazione della capacità disponibile, in sinergia con gli scali secondari, soprattutto nei periodi di massima intensità di traffico, per i quali è suggerita la progressiva specializzazione su particolari segmenti di attività (*low cost*, cargo, *charter*).

L'accessibilità alle aerostazioni è un altro elemento di criticità affrontato dal Piano che ha individuato interventi per migliorare l'intermodalità ferroviaria¹⁶.

Accanto a tale programmazione del settore, inserita nel quadro strategico europeo, sono proposte azioni volte al risanamento economico delle gestioni aeroportuali, con l'adozione di piani di riequilibrio economico finanziario per le gestioni in perdita e la loro progressiva privatizzazione.

L'attrazione di capitali privati nelle società di gestione aeroportuale, incentivata dalla definizione di un quadro normativo che garantisca la remunerazione degli investimenti

¹⁴ Il 4 aprile 2014 la Commissione europea ha pubblicato gli ultimi «*Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree*» (in G.U.U.E. del 4 aprile 2014, n. C 99, 3). Tale documento precisa a quali condizioni il finanziamento pubblico di aeroporti e compagnie aeree possa costituire un aiuto di Stato e, quando costituisce un aiuto di Stato, quali sono le condizioni di compatibilità. Essi si applicano dal 4 aprile 2014 e, a decorrere da tale data, sostituiscono i precedenti orientamenti per il settore dell'aviazione del 1994 e del 2005. In giurisprudenza si veda da ultimo, Corte di Giustizia UE (III sezione), 21 dicembre 2016, cause riunite C-164 P e 165/15 P, *Commissione c. Aer Lingus e al.*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0164&from=IT>. Cfr. anche Corte giust. UE (Seconda Sezione) del 21 novembre 2013 causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG c. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146753&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1679031>. Cfr. anche Corte Costituzionale, 7 novembre 2014, n. 249, che dichiara l'illegittimità degli art. 38 l. reg. Abruzzo 18 dicembre 2013 n. 55 e 7 l. reg. Abruzzo 27 marzo 2014 n. 14. Le disposizioni censurate, prevedendo un finanziamento di euro 5.573.000,00 a favore della Società abruzzese gestione aeroporto s.p.a. (SAGA), pongono in essere un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), senza la previa notifica del relativo progetto alla Commissione europea, come richiesto dall'art. 108, par. 3, TFUE. Del medesimo contenuto, Corte Costituzionale, 11 dicembre 2013, n. 299 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. reg. Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 69 che aveva disposto il finanziamento regionale del programma di promozione e pubblicizzazione dell'aeroporto abruzzese senza l'autorizzazione della Commissione.

¹⁵ Si veda la nota n. 12.

¹⁶ Ad oggi è già presente, o è stata programmata, l'integrazione con la rete ferroviaria negli aeroporti di Fiumicino, Malpensa, Bari, Cagliari, Catania, Palermo, Napoli, Pisa, Bologna, Venezia, Cagliari.

nel medio-lungo periodo, è promossa nell'ottica di favorire la partecipazione pubblica nei soli aeroporti che sopperiscono alle carenze infrastrutturali delle altre modalità di trasporto (continuità territoriale), concentrando la spesa pubblica nella realizzazione della intermodalità del sistema dei trasporti.

Funzionale a tali obiettivi è l'incentivazione alla creazione di «reti aeroportuali» gestite da un unico soggetto al fine di ottimizzare l'acquisizione di beni e servizi con economie di scala, a beneficio di tutti gli aeroporti che ricadano nella rete, consentendo così anche la razionalizzazione dei servizi di navigazione aerea¹⁷.

4. Gli aeroporti secondo l'art. 698 del codice della navigazione italiano

Secondo l'art. 698 del codice della navigazione italiano¹⁸, gli aeroporti e i sistemi aeroportuali di interesse nazionale sono individuati con decreto del Presidente della Repubblica «quali nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, tenendo conto delle dimensioni e della tipologia del traffico, dell'ubicazione territoriale e del ruolo strategico dei medesimi, nonché di quanto previsto nei progetti europei TEN»¹⁹.

Il recente Piano nazionale aeroporti è stato definito nel 2014 nel contesto di un complesso *iter* culminato con il d.P.R. 17 settembre 2015, n. 201, che ha individuato gli aeroporti di interesse nazionale²⁰.

Tenendo conto della disciplina europea di riferimento, la norma individua 38 aeroporti, suddivisi in 10 bacini territoriali di traffico (commi 1 e 2)²¹. Fra questi, 12 scali sono

¹⁷ Il ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha adottato, al riguardo, le *Linee guida per la designazione delle reti aeroportuali italiane* con d.m. 25 novembre 2016, n. 401, su cui si veda *infra*.

¹⁸ Nel testo in vigore dopo le modifiche apportate dall'art. 3 punti 8 e 9 del d.lgs. 15 marzo 2006, n. 151, *Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96, recante la revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*.

¹⁹ L'art. 698 c. nav. prevede che il d.P.R. sia preceduto dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni e Province autonome, sentita l'agenzia del demanio e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da esprimere entro trenta giorni dalla data di assegnazione. La medesima procedura è richiesta per le eventuali modifiche al decreto. Gli aeroporti di interesse regionale e locale appartenenti al demanio aeronautico che non siano di interesse nazionale sono stati trasferiti agli enti locali ex art. 5, comma 1, lett. b), d. lgs. 28 maggio 2010, n. 85, «Attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, in G.U. n. 134 dell'11 giugno 2010.

²⁰ Preceduto dallo *Studio strategico per lo sviluppo del sistema aeroportuale nazionale*, condotto dall'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) nel 2009, cui è seguita la *Proposta al Ministro di Piano nazionale aeroporti* del 2012, il *Piano nazionale degli aeroporti* è stato avviato con la presentazione il 29 gennaio 2013 da parte del Ministro delle Infrastrutture e trasporti, dell'atto di indirizzo per la definizione del *Piano Nazionale per lo sviluppo aeroportuale*, che proponeva un riordino organico del settore aeroportuale sia sotto il profilo infrastrutturale che dei servizi e delle gestioni ed una nuova classificazione degli aeroporti di interesse nazionale. Successivamente, il 27 agosto 2015, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di d.P.R. Su queste basi è stato emanato Il decreto del Presidente della Repubblica 17 settembre 2015, n. 201, «Regolamento recante l'individuazione degli aeroporti di interesse nazionale, a norma dell'articolo 698 del codice della navigazione», pubblicato in G.U. n. 294 del 18 dicembre 2015, costituito da un unico articolo composto da tredici commi.

²¹ I 10 bacini territoriali sono stati scelti sulla base di due criteri: 1) divisione dell'Italia nelle 5 regioni NUTS 1, nomenclatura delle unità territoriali statistiche, adottata da Eurostat (ovvero Nord-Ovest, Nord-Est, Centro, Sud, Isole) e, 2) all'interno di esse, la considerazione di bacini di traffico omogeneo, considerando il parametro di una distanza massima quantificata di 2 ore di percorrenza in auto da un aeroporto di particolare rilevanza strategica.

qualificati di particolare rilevanza strategica, i restanti 26 sono considerati di interesse nazionale.

I 12 aeroporti strategici sono situati in ciascun bacino territoriale, ad eccezione del Centro-Nord, ove in ragione delle particolari caratteristiche morfologiche e delle esigenze di traffico del territorio, ne insistono due, ossia l'aeroporto di Bologna e quello di Pisa/Firenze²². La loro rilevanza è riconosciuta sulla scorta della loro inclusione nel *core network* della rete TEN-T. Nel caso di assenza di scali *core* nel bacino di riferimento, sono stati privilegiati i *gate* intercontinentali²³, sulla base dei maggiori dati di traffico dell'aeroporto incluso nella rete globale.

Il piano nazionale aeroporti identifica i parametri e le condizioni alle quali è riconosciuta la qualificazione di aeroporto o sistema aeroportuale di interesse nazionale. L'aeroporto deve, in primo luogo, rivestire un ruolo propulsivo ben delineato all'interno del bacino, «con una specializzazione dello scalo e una riconoscibile vocazione dello stesso, funzionale al sistema da incentivare». Lo scalo deve, inoltre, essere in grado di documentare, tramite un piano industriale, corredato da un piano economico-finanziario, «il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario anche tendenziale e di adeguati indici di solvibilità patrimoniale, almeno su un triennio» (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 4)²⁴.

I gestori degli scali di interesse nazionale – non già quelli di particolare rilevanza strategica – che a seguito di verifiche effettuate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non risultino rispettare tali presupposti sono tenuti a presentare, entro tre mesi da tali accertamenti, un piano industriale, corredato da un piano economico-finanziario, finalizzato alla realizzazione nel triennio successivo delle prescritte condizioni (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 8).

Il mantenimento e la realizzazione dei requisiti prescritti, da vagliare caso per caso, sono funzionali alla permanenza nella rete degli aeroporti di interesse nazionale (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 10).

Il mancato adempimento di tali condizioni, ovvero il mancato raggiungimento dei prefissati obiettivi, non è privo di conseguenze e può sfociare nella revoca della qualifica di aeroporto di interesse nazionale, con la conseguenziale dequalificazione dello scalo ad interesse regionale, salvo il caso in cui tale inottemperanza sia dipesa da cause imprevedibili e non imputabili alla responsabilità dei gestori (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 10).

L'eventuale inclusione, di scali non inseriti in tale categoria, può essere disposta nel rispetto del procedimento di cui all'art. 698 c. nav.

A tutela delle Regioni che non sono sede di scali aeroportuali, il decreto impegna il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a favorire ogni azione volta al

²² L'inserimento degli aeroporti di Pisa e Firenze fra gli scali strategici è stata subordinata alla realizzazione di una gestione unica, la Toscana Aeroporti S.p.A., sorta dal 1° giugno 2015 con la fusione per incorporazione della società Aeroporto di Firenze S.p.A. nella Società Aeroporto Toscano (SAT) S.p.A. (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 6).

²³ Sono *gate* intercontinentali gli aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa e Venezia (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 3). L'aeroporto di Torino può inserirsi tra i *gate* a rilevanza strategica, a condizione che si realizzi un'alleanza con Milano Malpensa per la connessione ferroviaria ad alta velocità e capacità (AV/AC) fra le due città (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 5).

²⁴ Tali condizioni non si applicano agli aeroporti che garantiscono la continuità territoriale di regioni periferiche ed aree in via di sviluppo o particolarmente disagiate, laddove non sussistano modalità di trasporto alternative (comma 7).

miglioramento delle connessioni intermodali con gli aeroporti più vicini (d.P.R. n. 201/2015, art. 1, comma 13).

5. La proposta di riforma del sistema aeroportuale italiano

A distanza di poco più di due anni dal varo del Piano nazionale aeroporti (entrato in vigore il 2 gennaio 2016), è stato presentato un disegno di legge, attualmente in corso di esame, avente ad oggetto «*Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di trasporto aereo*» (A.S. n. 727)²⁵.

La disposizione consta di un unico articolo il cui secondo comma, individua i principi e i criteri direttivi cui dovranno ispirarsi i decreti legislativi di riordino, coordinamento e integrazione delle disposizioni legislative in materia di trasporto aereo.

Il tema è complesso e richiede una serie di misure che implicano lunghi tempi di attuazione.

Anzitutto è considerata l'esigenza di «ridefinire la classificazione degli aeroporti presenti sul territorio nazionale con l'attribuzione a ciascuno di essi della valenza nazionale, regionale o locale e della connessa specializzazione funzionale» (art. 1, comma 2, lett. a, A. S. 727). La proposta è apparsa opportuna alla luce delle previsioni di EUROCONTROL pubblicate nel 2018 che hanno stimato una crescita del traffico aereo nel 2040 del 53%, rispetto ai dati registrati nel 2017²⁶. Questo *trend* non risulterebbe adeguatamente valutato dalla programmazione effettuata per l'incremento della capacità infrastrutturale degli aeroporti appena considerata.

Le molteplici questioni sottoposte all'attenzione del legislatore italiano disegnano un ampio progetto di riforma²⁷. Esso, peraltro, con riferimento ad alcune misure proposte, lascia emergere qualche incongruenza²⁸.

²⁵ Si tratta del disegno di legge A. S. 727, d'iniziativa dei senatori Lupo, Santillo, Coltorti, Di Girolamo, Ricciardi e Dessì, comunicato alla Presidenza il 30 luglio 2018, *Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di trasporto aereo*, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1093749/index.html>.

²⁶ Cfr. <https://www.eurocontrol.int>.

²⁷ Come può leggersi nell'art. 1, comma 2, dell'A. S. 727, è proposta l'adozione di decreti legislativi «sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) ridefinire la classificazione degli aeroporti presenti sul territorio nazionale con l'attribuzione a ciascuno di essi della valenza nazionale, regionale o locale e della connessa specializzazione funzionale;
- b) prevedere misure di incentivazione volte a favorire la creazione di sistemi aeroportuali coordinati, al fine di garantire una più razionale ed efficace distribuzione dei flussi di traffico aereo;
- c) potenziare gli interventi finalizzati a garantire una più efficace intermodalità dei sistemi di trasporto, quale fattore di competitività delle imprese e del territorio;
- d) definire i criteri per il riordino dell'assetto amministrativo ed organizzativo dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) e per la distribuzione delle competenze tra l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti, con particolare riguardo all'accesso alle infrastrutture e ai servizi accessori;
- e) provvedere al riordino delle disposizioni contenute nel codice della navigazione in relazione alle procedure di registrazione e cancellazione degli aeromobili dal Registro nazionale aeronautico;
- f) definire procedure efficaci e trasparenti, basate su criteri di valutazione tecnica ed economica, ai fini del rilascio dei titoli abilitatori ad operare come vettore;
- g) ridefinire il sistema sanzionatorio, con particolare riferimento ai procedimenti di irrogazione e di riscossione degli incentivi, tenendo conto dei principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza;
- h) ridefinire il sistema delle concessioni aeroportuali, con particolare riferimento alla natura e ai tempi di durata delle medesime concessioni e alla sostenibilità ambientale;
- i) definire un sistema di valutazione preliminare dei piani di investimento presentati dalle società di gestione e di verifica periodica in corso di attuazione;

Fra le tematiche aeroportuali, alcune offrono lo spunto per alcune sintetiche osservazioni utili ai fini della presente trattazione.

5.1. I «sistemi aeroportuali coordinati»

Tra le misure orientate ad incentivare la più razionale ed efficace distribuzione dei flussi di traffico aereo, spicca la creazione di «*sistemi aeroportuali coordinati*», di cui, però, non ne è precisato il significato.

La nozione di «*sistema aeroportuale*» era contenuta nell'abrogato reg. (CE) n. 2408/1992 (art. 8, comma 1) quale criterio guida per gli Stati membri nella ripartizione del traffico tra gli aeroporti, nel rispetto del principio della proporzionalità e del divieto di porre in essere discriminazioni basate sulla nazionalità o sull'identità del vettore aereo²⁹. Nel dettare più specifiche condizioni nell'attuazione di tale programmazione nazionale, il regolamento di rifusione del 2008 abbandona tale termine, favorendo la locuzione che si riferisce agli aeroporti «che servono la medesima città o

l) prevedere una disciplina in materia di tariffazione tale da garantire il rispetto dei principi di congruità, trasparenza e non discriminazione;

m) ridefinire il sistema di tariffazione, tenuto conto della valutazione dei costi sostenuti per gli aeroporti e per i tipi di aeromobili;

n) razionalizzare il sistema di separazione degli spazi aerei;

o) razionalizzare il sistema dei diritti derivanti da accordi bilaterali, prevedendo disposizioni per l'accesso al mercato italiano volte a disciplinare lo stabilimento delle imprese e specifiche condizioni di reciprocità per i sistemi aeroportuali;

p) definire requisiti e standard minimi di tutela sulla base dei contratti di settore, al fine di produrre effetti ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto comune dei contratti relativamente ai vettori italiani e stranieri operanti su territorio nazionale italiano;

q) al fine di contrastare forme diffuse di precariato, prevedere il rafforzamento degli strumenti di controllo nonché specifiche misure volte a disincentivare l'applicazione da parte dei vettori di contratti di lavoro non conformi alla normativa italiana nonché l'utilizzo di forme contrattuali a termine;

r) introdurre disposizioni volte a incentivare la raccolta differenziata sugli aeromobili, anche per i vettori che transitano sul nostro territorio;

s) prevedere misure volte a garantire la tutela della salute dei lavoratori e il riconoscimento delle mansioni del personale navigante del trasporto aereo come lavoro usurante;

t) definire un sistema di analisi e monitoraggio relativo agli effetti dei diritti di traffico e delle autorizzazioni sui livelli occupazionali;

u) definire un sistema efficiente di informazione ai passeggeri, al fine di favorire l'adeguamento delle disposizioni nazionali alla normativa europea e internazionale e di tutelare la qualità dei servizi a beneficio degli utenti, anche adottando il relativo sistema sanzionatorio;

v) adottare strumenti finalizzati a garantire un'effettiva tutela degli utenti, anche mediante l'adozione di meccanismi di certificazione delle compagnie aeree basati sulle performance raggiunte nel medesimo ambito;

z) prevedere meccanismi di devoluzione delle controversie alternativi rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, anche al fine di contenere il numero di contenziosi instaurati dai passeggeri per il riconoscimento dei propri diritti;

aa) prevedere un sistema sanzionatorio connesso agli inadempimenti relativi alle Flight Time Limitations (FTL) ».

⁽²⁸⁾ Alcuni fra i profili segnalati, risultano, infatti, già adeguatamente regolati da disposizioni in vigore. È il caso delle materie di cui alle lett.: g), «ridefinizione di un sistema sanzionatorio»; i), «definizione di un sistema di valutazione dei piani di investimento presentati dalle società di gestione»; l) e m), «disciplina in materia di tariffazione»; t), «definizione di un sistema di analisi e monitoraggio relativo agli effetti dei diritti di traffico»; v), adozione di «strumenti finalizzati a garantire una effettiva tutela degli utenti». In arg. si possono utilmente consultare le osservazioni presentate da ENAC e Assaeroporti presso la 8^a Commissione lavori pubblici del Senato nel corso dell'audizione del 13 marzo 2019, consultabili in http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/50349_documenti.htm.

²⁹ Si veda la nota n. 12.

“conurbazione”» (art. 19, reg. UE n. 1008/2008). Il termine designa «un’area urbana comprendente alcune città che attraverso la crescita della popolazione e l’espansione urbana si sono fisicamente unite a formare un’unica rete edificata» (art. 2, comma 22, reg. Ue n. 1008/2008).

La definizione di «rete aeroportuale» è stata introdotta dall’art. 4 della direttiva 2009/12/CE dell’11 marzo 2009 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente i diritti aeroportuali³⁰, secondo cui: «*Gli Stati membri possono autorizzare il gestore aeroportuale di una rete aeroportuale a introdurre un sistema di tariffazione aeroportuale comune e trasparente da applicare all’intera rete*». In applicazione della disposizione nazionale di recepimento, il ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha adottato le *Linee guida per la designazione delle reti aeroportuali italiane* (d.m. 25 novembre 2016, n. 401). Esse dettano i principi cui devono uniformarsi gli aeroporti che si costituiscono in rete affinché possano essere generati effetti positivi sull’efficienza e sull’economicità di ciascuna gestione aeroportuale partecipante al sistema. Le condizioni sopra esposte si pongono quali presupposti per la designazione formale del nuovo ente con decreto interministeriale (infrastrutture e trasporti ed economia e finanze).

Gli aeroporti della rete devono, innanzitutto, avere il medesimo gestore, situazione che è rispettata anche nel caso di aeroporti controllati da un unico soggetto, ex art. 2359 cod. civ. Nel caso di gruppo societario, al fine di garantire la trasparenza dei rapporti economici fra gli aeroporti del sodalizio, è obbligatoria la redazione di un bilancio consolidato tra le società del gruppo.

Ogni rete, costituita da due o più aeroporti, deve inoltre essere preordinata ad ottimizzare l’utilizzo delle infrastrutture aeroportuali e al rafforzamento della collaborazione fra i partecipanti alla gestione congiunta. La funzione sinergica del partenariato aeroportuale deve essere dimostrata dal raggiungimento di economie di scala e di altri vantaggi di costo documentabili e nella specializzazione d’uso delle medesime infrastrutture (*low cost*, cargo, *charter*).

La costituzione di aeroporti in rete è incentivata con la prospettiva di giovare della programmazione dei collegamenti infrastrutturali fra di essi. A ciò si aggiunga che gli scali possono avvantaggiarsi degli effetti della *partnership* ai fini della valutazione del raggiungimento dell’equilibrio economico-finanziario, anche tendenziale, e di adeguati indici di solvibilità patrimoniale di ciascun aeroporto.

Gli aeroporti interessati a costituirsi in rete sono tenuti a presentare un’istanza al ministro delle infrastrutture e dei trasporti producendo la dimostrazione della sussistenza dei requisiti prescritti³¹. Una volta ottenuta la designazione in rete, i gestori aeroportuali potranno presentare la richiesta all’Autorità di regolazione dei trasporti per l’applicazione di un sistema di tariffazione comune.

Il venir meno delle condizioni e dei requisiti previsti nelle linee guida può determinare la revoca del decreto di designazione da parte del ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il ministero delle economie e delle finanze.

³⁰ Pubblicata nella G.U.U.E. del 14 marzo 2009 n. L 70, pp. 11 ss., la direttiva è stata recepita in Italia con d.l.2 gennaio 2012, n. 27 «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività» (in G.U. del 24 gennaio 2012, n. 19) convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (in G.U. del 24 marzo 2012, n. 71) che ha disciplinato le reti aeroportuali nell’art. 74, commi 1 e 2.

³¹ L’unica rete aeroportuale designata ai sensi delle *Linee guida* del 2016, con decreto interministeriale n. 50 del 22 gennaio 2018, è quella della rete aeroportuale pugliese costituita dagli scali di Bari, Brindisi, Foggia e Taranto.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la vigenza di tale specifica disciplina, tra l'altro di recente emanazione, renderebbe superflua l'adozione di un nuovo decreto legislativo, come invece proposto nella legge delega³².

5.2. Note sulle società di gestione aeroportuale

Alla stregua degli altri Paesi europei, neppure in Italia esiste un modello predominante dell'assetto proprietario delle società di gestione aeroportuale³³. Sono a totale/prevalente partecipazione privata alcuni aeroporti, i più produttivi – Roma Fiumicino, Venezia, SEA Aeroporti di Milano, Napoli Capodichino – mentre gli aeroporti minori sono a totale/prevalente partecipazione pubblica.

Dalle più recenti analisi di mercato si rileva che l'Europa è interessata da un graduale incremento del numero di aeroporti con partecipazione totalmente privata o mista rispetto a quelli a partecipazione totalmente pubblica.

Ne sono un esempio la società di gestione degli aeroporti spagnoli AENA S. A., sino al 2014 totalmente in mano allo Stato spagnolo. Oggi, a seguito della quotazione in borsa della società, la partecipazione pubblica risulta ancora la maggioranza ma si è ridotta al 51%, mentre il restante 49 % è detenuto da azionisti privati. In Portogallo, invece, la totalità della compagine azionaria della società ANA che gestisce i più importanti aeroporti portoghesi (Lisbona, Porto, Faro, Ponta Delgada, Santa Maria e Horta) dal 2012 è passata dallo Stato portoghese ad un gruppo privato. Anche in Francia si sta avviando il processo di privatizzazione del pacchetto di controllo di Adp, ossia gli Aeroporti di Parigi (Charles de Gaulle e Orly), di cui lo Stato possiede il 51% delle azioni³⁴.

L'art. 704 del codice della navigazione italiano, come riformato nel 2005/2006³⁵, stabilisce l'affidamento con decreto ministeriale della gestione «totale» degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale a società di capitali³⁶, «per un limite massimo di durata di quaranta anni». Tale modello prevede che i concessionari siano responsabili della gestione dell'intera struttura aeroportuale e dei servizi aeroportuali. Gli enti di gestione – individuati attraverso una gara pubblica indetta e gestita da ENAC nel rispetto della normativa europea – sono tenuti al pagamento di un canone concessorio. Essi percepiscono i diritti aeroportuali connessi all'esercizio aeroportuale (approdo, partenza, imbarco e sbarco passeggeri e merci) e «*organizza[no] l'attività aeroportuale al fine di garantire l'efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato anche mediante la pianificazione degli interventi in relazione alla tipologia di traffico*» (art. 705, lett. b, c. nav.). Ne consegue che anche le spese relative agli investimenti infrastrutturali sono sostenute dalle società di gestione aeroportuale, salvo la possibilità di accedere ai finanziamenti pubblici previsti dalla legge.

Accanto allo schema principale di gestione totale disciplinato dal codice della navigazione, attualmente è possibile individuare una pluralità di modelli di gestione aeroportuale. In realtà la maggior parte degli aeroporti italiani è soggetta a concessioni

³² Cfr. le osservazioni di ENAC, *cit.*, 2 e di Assaeroporti, *cit.*, 10.

³³ Per una ricognizione si veda lo studio di ACI EUROPE, *The Ownership of Europe's Airports*, 2016, in <https://www.aci-europe.org/>.

³⁴ Cfr. le osservazioni di Assaeroporti, *cit.*, 3.

³⁵ La riforma della parte aeronautica del codice della navigazione è stata avviata con il d.lg. 9 maggio 2005, n. 96 e conclusa con il d.lg. 15 marzo 2006, n. 151.

³⁶ Secondo l'art. 10, comma 13, della l. 24 dicembre 1993, n. 537: «Alle predette società possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati».

di gestione totale introdotte da leggi speciali o dalla trasformazione delle gestioni parziali in totali che termineranno entro il 2040.

In un sistema in cui allo Stato è riservato il ruolo di «regolatore degli equilibri di mercato e garante della sicurezza e della qualità dei servizi resi all'utenza»³⁷, risulta basilare reperire i capitali privati necessari a far fronte agli ingenti investimenti programmati per garantire lo sviluppo del sistema aeroportuale italiano.

Da ciò scaturisce l'esigenza di «ridefinire il sistema delle concessioni aeroportuali, con particolare riferimento alla natura e ai tempi di durata delle medesime concessioni [...]» (art. 1, comma 2, lett. h, A. S. 727).

La relazione di accompagnamento del disegno di legge indica l'opportunità di mutuare il modello spagnolo della gestione unica di tutti gli aeroporti nazionali quale rimedio alla crisi degli scali minori, generata dall'asimmetria di un mercato dominato dal monopolio della domanda (monopsonio) di servizi aeroportuali da parte delle *low cost*³⁸. Il disegno di legge auspica, in tal modo, una soluzione diametralmente opposta a quella adottata con l'art. 10, comma 13, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, che ha avviato la privatizzazione delle gestioni aeroportuali con la costituzione di «[...] apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato».

Sebbene in linea con la logica delle reti aeroportuali, la definizione della gestione unica degli aeroporti nazionali appare particolarmente complessa e, da sottoporre ad accurate valutazioni. La trattazione della materia, per i suoi risvolti negli assetti societari e in quelli occupazionali, può essere foriera di tensioni. Da registrare la ferma opposizione dell'associazione dei gestori aeroportuali italiani che difende con rigore lo schema attuale disegnato sulla pluralità delle gestioni aeroportuali³⁹.

I tempi di durata delle concessioni sono un altro punto da cui dipende l'attrattività dei capitali privati e, quindi, la realizzabilità di ogni piano di sviluppo del comparto. Secondo uno studio condotto nel 2016⁴⁰, in Europa la durata delle concessioni è correlata agli investimenti pianificati sullo scalo, a loro volta rapportati alla dimensione dell'aeroporto e alle previsioni di crescita del traffico. I tempi lunghi consentono alle società concessionarie di ottenere la remunerazione dei capitali investiti, e rappresentano, al contempo, un incentivo a migliorare le infrastrutture aeroportuali.

La determinazione della durata delle concessioni può risultare, pertanto, un tassello importante della prossima fase di pianificazione che potrà avviarsi al termine dell'attuale ciclo di investimenti.

Il consolidamento del quadro normativo applicabile, come l'adeguamento delle previsioni codicistiche al mutato ruolo in materia di *safety* del gestore aeroportuale riconosciuto dal reg. (UE) n. 139/2014⁴¹, il riordino dell'assetto amministrativo ed organizzativo di ENAC (art. 1, comma 2, lett. d, A. S. 727), non possono che giovare al processo di rafforzamento del settore aeroportuale italiano, chiave dello sviluppo economico del Paese.

³⁷ Cfr. le osservazioni di ENAC, cit., 6.

³⁸ Cfr. CASSA DEPOSITI E PRESTITI, *Il sistema aeroportuale italiano. La gestione degli scali dopo la liberalizzazione dei vettori*, cit., 3.

³⁹ Cfr. le osservazioni di Assaeroporti, cit., 3.

⁴⁰ ACI EUROPE, *The Ownership of Europe's Airports*, cit., 7.

⁴¹ Regolamento (UE) n. 139/2014 della Commissione del 12 febbraio 2014, che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativi agli aeroporti ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E. del 14 febbraio 2014, n. L 44.

Articles and essays

Regulating Drones in a Digital World

Ruwantissa Abeyratne

DCL (McGill), PhD (Colombo), LL.M (Monash), LLB (Colombo), FRAeS.

Visiting Professor in Aviation Law and Policy at McGill University and Senior Associate, Aviation Strategies International. Former Senior Legal Officer at the International Civil Aviation Organization

Abstract

Regulating Drones in a Digital World.

ICAO's third symposium on drones titled DRONE ENABLE/3 with the theme Facilitating Future Innovation was held from 2 to 14 November 2019 in Montréal, Canada. The symposium brought together key stakeholders from government, industry, academia, and international organizations active in the unmanned aviation sector to exchange research, best practices, lessons learned and respective challenges. Although the symposium offered much thought on technical issues such as aircraft registries and information management with some focus on cyber issues, there was a conspicuous absence of any discussion of legal and regulatory issues pertaining to pilotless aircraft that could be fully or partially automated in the future. Perhaps the legalities were not discussed at the symposium for the reason that elsewhere in ICAO, at the 39th Session of ICAO's Assembly in 2016, many States requested that ICAO develop a practical regulatory framework for national UAS activities, in addition to the standards it was already developing for international operations. Furthermore, the Agenda of items in the Work Programme of the Legal Committee of the Council of ICAO for its 37th session comprised inter alia the study of legal issues relating to remotely piloted aircraft.

The above notwithstanding, this legal lacuna brings to bear the compelling need to address the increasing issues emerging from rapidly proliferating drones in the skies and how to develop a global "rule book" for pilotless aircraft in the digital world of today. This article does some "scenario planning" as to what might be the issues that could form discussions in the Legal Committee, focusing on some already existing legal and regulatory provisions pertaining to the subject.

Key words: Remotely piloted aircraft; Chicago Convention; ICAO; aeronautical telecommunications; operation of aircraft; digital law.

Table of contents — 1. Introduction — 2. ICAO initiatives — 3. ICAO guidelines. The Manual — 4. Drones and Article 3 bis of the Chicago Convention — 5. Human v. Digital — 6. Conclusion

1. Introduction

There is no doubt that unregulated drones cause a serious threat to the safety of civilian aircraft. The Guardian has reported that *"the rate of near misses between civil aircraft and drones in the UK has tripled since 2015. The UK Airprox Board (UKAB), which*

monitors all near misses involving commercial aircraft, said there were 92 between aircraft and drones in 2017. That was more than three times the number in 2015: 29. In 2016, there were 71 and the data is clearly tracking the growth in drone use”¹.

The Federal Aviation Administration (FAA) of the United States has admonished drone operators against disrupting and threatening fire fighting aircraft, issuing a severe warning to drone operators to avoid unauthorized flights near wildfires or face civil penalties totaling more than \$20,000². The Flight Safety Foundation records the FAA as having warned drone operators: “*if you fly your drone anywhere near a wildfire, you could get someone killed*”³, stating further that unauthorized drone flights not only constitute a collision hazard for fire fighting aircraft but also can distract pilots of firefighting aircraft.

Technically, a drone is a remotely piloted aircraft (RPA) and is just one type of unmanned aircraft. Drones include elements such as ground control stations, data links and other support equipment. A similar term is an unmanned-aircraft vehicle system (UAVS), remotely piloted aerial vehicle (RPV), remotely piloted aircraft system (RPAS). Drones are intrinsically linked to air traffic management and air traffic growth which doubles once every 15 years. This growth can present a conundrum. On one hand, traffic growth is a sign of increased living standards, social mobility and generalized prosperity. On the other hand, air traffic growth can lead to increased safety risks if it is not properly supported by the regulatory framework and infrastructure needed.

From an international perspective, drones are subject to the discretion of the State flown over, as Article 8 of the Chicago Convention (the multilateral treaty addressing international civil aviation) says that no aircraft capable of being flown without a pilot can be flown without a pilot over the territory of a contracting State without special authorization by that State and in accordance with the terms of such authorization. Furthermore, under the treaty, each contracting State undertakes to ensure that the flight of such aircraft without a pilot in regions open to civil aircraft will be so controlled as to obviate danger to civil aircraft. Here, the operative words are “*...aircraft without a pilot in regions open to civil aircraft shall be so controlled as to obviate danger to civil aircraft*”. This part of the provision could be relevant to digital automation both in terms of machine learning and deep learning as they involve image detection and precision implementation. The process of Deep Learning exposes multilayered neural networks to enormous amounts of data. By feeding the computer a learning algorithm and exposing it to terabytes of data, the computer can be left to figure out how to precisely recognize objects and images. It must be noted that remotely controlled and uncontrolled (autonomous) aircraft were already in existence at the time of the First World War, operated by both civil and military entities. “Aircraft flown without a pilot” therefore seemingly refers to the situation where there is no pilot on board the aircraft.

Prior authorization and coordination are required where it can be reasonably expected in the planning phase that the RPA will enter into the airspace of another State. For example, situations where conditions would require the remote pilot to fly alternate

¹ How dangerous are drones to aircraft? *The Guardian*, 20 December 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/dec/20/how-dangerous-are-drones-to-aircraft>.

² FAA Warns Against Drone Interference With Firefighting, Flight Safety Foundation, <https://flightsafety.org/drone-interference/>.

³ <https://www.facebook.com/FAA/posts/if-you-fly-your-drone-anywhere-near-a-wildfire-you-could-get-someone-killed-bitl/2133898069985137/>.

routes, avoiding hazardous meteorological conditions, restricted areas or where the alternate aerodrome in case of emergency is situated in another State. On the other hand, an unforeseen emergency would not require prior planning and prior special authorization, since it could not have been reasonably expected.

The above brings to bear a fundamental question: at the present time, is there a clear demarcation between remote human control of an RPAS and an automated computer centre? It is quite obvious that the International Civil Aviation organization (ICAO)⁴ in its *Manual on Remotely Piloted Aircraft (Doc 10019)*, refers to human control when it says: “remote pilots must be able to perform their duties at an adequate level of alertness. To ensure this, RPAS operators whose organizations include operation shifts and crew scheduling schemes should establish policies and procedures for flight and duty time, operation shift schedules and crew rest periods based on scientific principles”.

This point is further unfolded on the issue of remote pilot licences. The Manual goes on to say that a person should not act either as remote pilot in command (PIC) or as a remote co-pilot of an RPA unless that person is the holder of a remote pilot licence, containing the ratings suitable for the purpose of executing the operation. Also, a person should not act as an RPA observer unless that person has undergone a competency-based training on visual observer duties concerning RPA operations. The focus on a “person” is further elaborated in the provision that says that remote pilot licence requirements and the requirements for the RPA observer competencies should consider the integration of human performance issues within a competency-based training and assessment approach. Finally, all stakeholders (instructors, assessors, course developers, training providers, inspectors, etc.) involved in the training and assessment process should be provided with guidance on how to develop, implement and manage or oversee competency-based training and assessments that integrate human performance elements. Human performance training should not stand out as a separate subject.

Further provisions in the Manual leave no room for doubt that exclusive automation though digitalization is ruled out. For example the Manual states that remote pilots that are required to communicate with air traffic services (ATS) must demonstrate the ability to speak and understand the language used for ATS communications to the level specified in the language proficiency requirements in Annex 1 to the Chicago Convention (Personnel Licensing) and have proof of language proficiency and that proof of language proficiency in either English or the language used for communications involved in the remotely piloted flight should be endorsed on the remote pilot licence.

⁴ The International Civil Aviation Organization (ICAO) is the specialized agency of the United Nations handling issues of international civil aviation. ICAO was established by the Convention on International Civil Aviation, signed at Chicago on 7 December 1944 (Chicago Convention). The overarching objectives of ICAO, as contained in Article 44 of the Convention is to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of international air transport to meet the needs of the peoples for safe, regular, efficient and economical air transport. ICAO has 193 member States, who become members of ICAO by ratifying or otherwise issuing notice of adherence to the Chicago Convention. ICAO’s Strategic Objectives are Safety: Enhance global civil aviation safety; Air Navigation Capacity and Efficiency: Security and Facilitation: Enhance global civil aviation security and facilitation; Economic Development of Air Transport: and Environmental Protection. See ICAO Business Plan 2017-2019. <https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Business%20Plan%202017-2019.pdf>.

With the implementation of AI, the interaction between human and machine is evolving. Systems are now able to make accurate recommendations and decisions, even in complex situations, and to adapt to changes in the environment. These increased capabilities of systems should be accounted for in ICAO' Standards and Recommended Practices (SARPs), to allow the use of AI at its full potential, for the benefit of safety, capacity and efficiency in operations. To this end, the ICAO Council should initiate a review of the existing SARPs and initiate updates and amendments of the SARPs to allow for the use of new AI technologies, where relevant.

2. ICAO initiatives

At its Thirteenth Air Navigation Conference held in Montréal, from 9 to 19 October 2018, ICAO suggested that ICAO guidance will be needed for regulators on how to accommodate new aircraft within existing global Standards and policies. In addition, requests from States unfamiliar with these types of operations for ICAO and the community for aid can be expected. It was agreed that as higher airspace operations develop and evolve, all aspects within the scope of the Global Air Navigation and Global Aviation Safety Plans (GANP and GASP) will be implemented by ICAO through the well-established processes for assigning technical work to relevant expert groups.

Annex 10 to the Chicago Convention on aeronautical telecommunications plays an important role in ensuring that telecommunications and radio aids to air navigation are necessary for the safety, regularity and efficiency of international air navigation. The Annex aims at protecting all aeronautical telecommunication stations, including end systems and intermediate systems of the aeronautical telecommunication network (ATN), are protected from unauthorized direct or remote access. Annex 11 on air traffic services provides that States can designate other States to provide air traffic services on their behalf without giving away their sovereignty, stating further that when it has been determined that air traffic services will be provided in particular portions of the airspace or at particular aerodromes, then those portions of the airspace or those aerodromes are required to be designated in relation to the air traffic services that are to be provided. The designation of the particular portions of the airspace or the particular aerodromes are designated as flight information regions - those portions of the airspace where it is determined that flight information service and alerting service will be provided – and control areas and control zones, which are those portions of the airspace where it is determined that air traffic control services will be provided to IFR (flying by reference to instruments on the flight deck) flights are needed to be designated as control areas or control zones.

Aviation in the digital world extend to LOON - defined as “*a network of stratospheric balloons*” - deployed between altitudes of 18km and 25km and calculated to enable remote communities around the world to benefit from internet connectivity, would have distinct aeronautical features as the balloons would be High-Altitude Long-Endurance (HALE) aircraft operating in the stratosphere – which is the second level of the Earth's atmosphere – and therefore their operations would come within the basic premise of the Chicago Convention which addresses international civil aviation and provides the each contracting State (country) recognizes that every State has sovereignty over the airspace above its territory. Although the balloons would be flying at altitudes above flight level 600 (60,000-70,000 feet, well over altitudes traversed by commercial aircraft) they have

nonetheless to take off and land at low altitudes which would place them within the regime of a global air navigation system.

The inherent problem in this process is seemingly predicated upon the absence of a harmonized global “rule book” that standardizes the aeronautical aspects related thereto. Should a State, for instance, in view of its State sovereignty, regulate the LOON process? Diligently working on this dilemma is an industry group called the Upper Airspace Working Group (UAWG), which is *“developing positions on policies and strategies concerning national and international regulation, legislation, and standards unique to high-altitude unmanned and manned aircraft, spacecraft and other users”*. Some of the principles that are being considered for harmonized regulation are: *“Uniform airspace organization and management principles will need to be applicable to all regions; Global principles will be applicable at all levels of density and will affect total traffic volume; Airspace management processes will need to accommodate diverse and dynamic flight trajectories and provide optimum system solutions; When conditions require that different types of traffic be segregated by airspace organization, the size, shape and time regulation of that airspace will be set to minimize the impact on all operations equitably; The complexity of operations may pose limitations on the degree of flexibility; Airspace use will be coordinated and monitored in order to accommodate the conflicting legitimate requirements of all users minimizing constraints on operations; For operations lasting longer than 24 hours, airspace reservations will be expected and planned in advance with changes made dynamically whenever possible. As occurs today, the system will also accommodate unplanned requirements; Structured route systems will be applied only where required to enhance capacity or to avoid areas where access has been limited or where hazardous conditions exist. Otherwise, airspace management principles will remain as flexible as practicable”*.

This is an area where sustained work by ICAO is needed and it is hoped that the HALE issue is discussed with a sense of purpose and direction at ICAO’s General Assembly which commences on 25th September 2019. Of particular note in this context would be the decision of the Conference of October 2018 referred to earlier, that States with relevant experience in higher airspace operations, share, through ICAO where appropriate, their experience and expertise with other States and provide assistance to other States on the regulatory aspects of these operations. It was also agreed that States expected to benefit from higher airspace operations, agree to consider risk-based operational trials in their airspace. In this regard ICAO was to support ongoing higher airspace operations by providing guidance and, as necessary, other provisions on the regulatory aspects of these operations as well as working with States and industry to share information on current and forecasted needs for higher airspace operations, to identify issues affecting the global air navigation system and to proactively address harmonization for these operations. ICAO was requested to consider establishing a multidisciplinary group of experts to consider needed criteria, operational issues, and operator and provider responsibilities for operations in higher airspace; and develop a performance-based global framework for higher airspace operations considering current and future work in emerging technologies, for example, in the areas of information management and sharing, strategic planning, separation and environmental Standards, situational awareness and security; and ensure that the framework includes flights transitioning through controlled airspace and to and through airspace above FL600, as necessary.

3. ICAO Guidelines. The Manual

ICAO has expressed the view, in its *Manual on Remotely Piloted Aircraft* that a RPAS is just one type of unmanned aircraft⁵ and that all unmanned aircraft, whether remotely piloted, fully autonomous or combinations thereof, are subject to the provisions of Article 8 of the Chicago Convention⁶. Here, one sees an extension of the principle in the Chicago Convention that applies only to aircraft capable of being flown “*without a pilot*” to “*remotely piloted aircraft*” in Doc 10019. The Manual goes on to define a “*remotely piloted aircraft*” as “*an unmanned aircraft which is piloted from a remote pilot station*”. There is no definition of a “*pilot*” in the Manual. Applying these principles to a RPAS which is purely operated by computers with no human involvement, one could only assume that Article 8 of the Chicago Convention would be applicable to digitally driven aircraft.

The next issue to be discussed would be what type of licenses are issued to digital equipment that operate RPAS. Article 32 of the Chicago Convention on personnel licensing provides that the pilot of every aircraft and the other members of the operating crew of every aircraft engaged in international navigation are required to be provided with certificates of competency and licenses issued or rendered valid by the State in which the aircraft is registered.

The Manual conveniently bypasses this issue by saying that remote pilots are not subject to Article 32 which was drafted specifically for those individuals who conduct their duties while on board aircraft, quoting Appendix 4 to Annex 2 (to the Chicago Convention) which contains a Standard requiring remote pilots to be licensed in a manner consistent with Annex 1 — Personnel Licensing. Here, the ambiguity arises in the term “*remote pilots*” with a presumption that we are still referring to “human” pilots. In the digital age of the future, this point may need to be clarified with legal specificity. Another point of contention could be, in the years to come, Article 33 of the Chicago Convention which provides that certificates of airworthiness and certificates of competency and licenses issued or rendered valid by the contracting State in which the aircraft is registered⁷, will be recognized as valid by the other contracting States, provided that the requirements under which such certificates or licences were issued or rendered valid are equal to or above the minimum standards which may be established

⁵ An aircraft is defined as any machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reactions of the air against the earth's surface. An aircraft which is intended to be operated with no pilot on board is classified as unmanned. An unmanned aircraft which is piloted from a remote pilot station is an RPA. See *Manual on Remotely Piloted Aircraft* Doc 10019, at 2.2.1.

⁶ The full text of Article 8 states that no aircraft capable of being flown without a pilot shall be flown without a pilot over the territory of a contracting State without special authorization by that State and in accordance with the terms of such authorization. Each contracting State undertakes to ensure that the flight of such aircraft without a pilot in regions open to civil aircraft shall be so controlled as to obviate danger to civil aircraft. See Doc 10019 *supra* at 1.1.1. Included in this category are Remotely piloted Stations (RPS) which are components of the RPAS containing the equipment used to pilot the RPA. The RPS can range from a hand-held device up to a multi-console station. It may be located inside or outside; it may be stationary or mobile (installed in a vehicle/ship/aircraft). *Id.* 2.2.4.

⁷ The manual does not apply to: State aircraft, without prejudice to the obligation for “*due regard*” in Article 3 (d) of the Chicago Convention; autonomous unmanned aircraft and their operations including unmanned free balloons or other types of aircraft which cannot be managed on a real-time basis during flight; operations in which more than one RPA is being managed by an RPS at the same time; and model aircraft, which many States identify as those used for recreational purposes only, and for which globally harmonized standards are not considered necessary.

from time to time pursuant to the Convention. The Manual in 1.3.11 states that Article 33 is the basis for mutual recognition of certificates and licences and that it does not apply to licences of remote pilots since remote pilot licences are not encompassed by Article 32. It goes on to say that proper oversight of remote pilot licences may dictate that they be issued or rendered valid by the licensing authority of the State in which the RPS is located, rather than the State of Registry of the RPA.

All this may be well and good for the time being where we are at the incipient stage of digital control of air transport in terms of piloting of aircraft. It is time however, that issues for the future are subject to study so that ICAO and the aviation community will be prepared for things to come.

Annex 6 to the Chicago Convention (Operation of Aircraft) defines different types of operation for manned aviation: commercial air transport operation; and general aviation operation which includes corporate aviation and aerial work. The Manual of RPAS goes on to say that for RPAS operations, the distinction is not considered relevant since regulatory distinctions will be based on the scale and complexity of the operation, rather than on the traditional types of operation or class of aircraft. This has implications on the responsibilities of RPAS operators. The Manual does not envision that carriage of persons on board an RPA will not be considered in the initial regulatory framework. In paragraph 2.3.6 the Manual states that RPA designed and built for other than recreational purposes may be regulated under the jurisdiction of the civil aviation authority even if used for recreational purposes. Conversely, model aircraft designed and built for recreational purposes, if used for any purpose other than recreation, may be regulated under the jurisdiction of the civil aviation authority.

One of the issues that need consideration is in paragraph 2.3.9 of the Manual which provides that RPA that are intended to be operated in any given airspace must comply with the requirements of that airspace, e.g. certifications, approvals and equipment. Irrespective of these certifications, approvals or equipment requirements, RPA may be prohibited from operating in certain areas, such as above heavily populated areas, if so determined by the civil aviation authority. Who would receive notice of prohibition? Would there be a central focal point that will be designated by States in each case? From an international perspective (to which ICAO is limited) would this come within the purview of Article 9 of the Chicago Convention which provides that each contracting State may, for reasons of military necessity or public safety, restrict or prohibit uniformly the aircraft of other States from flying over certain areas of its territory, provided that no distinction in this respect is made between the aircraft of the State whose territory is involved, engaged in international scheduled airline services, and the aircraft of the other contracting States likewise engaged. Such prohibited areas shall be of reasonable extent and location so as not to interfere unnecessarily with air navigation. Descriptions of such prohibited areas in the territory of a contracting State, as well as any subsequent alterations therein, shall be communicated as soon as possible to the other contracting States and to ICAO.

RPAS will be operated under the overarching provision in Article 8 of the Chicago Convention which requires authorization for the pilotless aircraft to be flown over the airspace of a State. Under this umbrella, the Manual of RPAS recommends that in order to facilitate the practical implementation and execution of the special authorization process, States may agree mutually upon simpler procedures through bilateral or multilateral agreements or arrangements for the operation of specific RPA or categories

of RPA. This will reduce the workload on RPAS operators and the State authorities. The same objective may be reached through regulatory measures at regional levels.

The Manual goes on to say, in paragraph 3.2.3 that coordination with the appropriate air traffic services (ATS) authority is mandatory prior to the operation of RPA over the high seas. In this context, the appropriate ATS authority is the authority designated by the State responsible for providing those services over the high seas. Usually, the ATS authority is the designated air navigation service provider (ANSP) for that volume of airspace. The Manual recommends that the request for authorization form be used for the required coordination with the appropriate ATS authority for the operation of an RPA over the high seas. The appropriate ATS authority may require additional information.

Prior authorization and coordination are required where it can be reasonably expected in the planning phase that the RPA will enter into the airspace of another State. For example, situations where conditions would require the remote pilot to fly alternate routes, avoiding hazardous meteorological conditions, restricted areas or where the alternate aerodrome in case of emergency is situated in another State. On the other hand, an unforeseen emergency would not require prior planning and prior special authorization, since it could not have been reasonably expected⁸.

The above provisions bring to bear a fundamental question: at the present time, is there a clear demarcation between remote human control of an RPAS and an automated computer centre? It is quite obvious that the Manual refers to human control when it says: *“remote pilots must be able to perform their duties at an adequate level of alertness. To ensure this, RPAS operators whose organizations include operation shifts and crew scheduling schemes should establish policies and procedures for flight and duty time, operation shift schedules and crew rest periods based on scientific principles”*⁹.

Further provisions in the Manual leave no room for doubt that exclusive automation though digitalization is ruled out. For example the Manual states that remote pilots that are required to communicate with air traffic services (ATS) must demonstrate the ability to speak and understand the language used for ATS communications to the level specified in the language proficiency requirements in Annex 1 to the Chicago Convention (personnel Licensing) and have proof of language proficiency and that proof of language proficiency in either English or the language used for communications involved in the remotely piloted flight should be endorsed on the remote pilot licence. Such proof of language proficiency should indicate the language, the proficiency level and the validity date. The applicant for a proof of language proficiency should demonstrate at least an operational level of language proficiency both in the use of phraseologies and plain language. To do so, the applicant should demonstrate, in a manner acceptable to the licensing authority, the ability to: communicate effectively in voice-only and in face-to-face situations; communicate on common and work-related topics with accuracy and clarity; use appropriate communicative strategies to exchange messages and to recognize and resolve

⁸ Doc 10019, *supra* n. 215 at 3.2.5.

⁹ *Id.* paragraph 6.9.10. The paragraph goes on to say that such policies and procedures should be documented in the operations manual and may include: training and education on personal and operational fatigue-related risks and countermeasures; implementation of mitigations where necessary and monitoring of their effectiveness; and continued review of fatigue-related risks through safety management processes.

misunderstandings in a general or work-related context; and handle successfully, and with relative ease, the linguistic challenges presented by a complication or unexpected turn of events that occurs within the context of a routine work situation or communicative task with which they are otherwise familiar; and use a dialect or accent which is intelligible to the aeronautical community. Except for remote pilots who have demonstrated language proficiency at an expert level, the language proficiency endorsement should be re-evaluated periodically, according to the level of language proficiency¹⁰.

4. Drones and Article 3 bis of the Chicago Convention

In the context of AI in aeronautics and air navigation, the important issue of interception of civilian aircraft by unmanned automated drones is a plausible scenario, Article 3 bis of the Chicago Convention states that Article 3 bis of the Chicago Convention which provides that the contracting States to the Convention recognize that every State must refrain from resorting to the use of weapons against aircraft in flight and that, in case of interception, the lives of persons on board and the safety of aircraft must not be endangered. This provision shall not be interpreted as modify- in any way the rights and obligations of States set forth in the Charter of the United Nations arguably in the context of foregoing discussion.

Secondly, Article 3 bis states that the contracting States recognize that every State, in the exercise of its sovereignty, is entitled to require the landing at some designated airport of a civil aircraft flying above its territory without authority or if there are reasonable grounds to conclude that it is being used for any purpose inconsistent with the aims of this Convention; it may also give such aircraft any other instructions to put an end to such violations. For this purpose, the contracting States may resort to any appropriate means consistent with relevant rules of international law, including the relevant provisions of this Convention, specifically the principle discussed in the preceding paragraph. Each contracting State agrees to publish its regulations in force regarding the interception of civil aircraft.

Finally, Article 3 bis provides that every civil aircraft shall comply with an order given in conformity with the preceding paragraph as discussed above. To this end each contracting State is required to establish all necessary provisions in its national laws or regulations to make such compliance mandatory for any civil aircraft registered in that State or operated by an operator who has his principal place of business or permanent residence in that State. Each contracting State is further required to make any violation of such applicable laws or regulations punishable by severe penalties and shall submit the case to its competent authorities in accordance with its laws or regulations.

It must be noted that Article 3 bis has three dimensions as reflected in the three paragraphs above. The first pertains to the use of weapons against civil aircraft in flight. In the digital context, one could argue that the implantation of this provision incontrovertibly involves human activity in the ultimate decision-making process. Decisions taken exclusively by an automated process would not be adequate as the above discussion on drones in the previous chapter demonstrates. An important point in this context is that Article 3 bis is not a technical provision, nor is it strictly legal in

¹⁰ *Id.* 8.4.6 to 8.4.10.

nature. It also involves moral principles and human dignity that is enforced through mutual respect between humans.

Of greater significance in Article 3 bis is the statement: “...*in case of interception, the lives of persons on board and the safety of aircraft must not be endangered*”. The question is: should an automated process be given the discretion of deciding how not to endanger the safety of those on board an aircraft in flight? From a legal perspective, much thought should be given to the issue of accountability and responsibility and the need for a clear legal and regulatory regime that would identify responsibility and accountability of those applying AI to grave decision making in air transport. As a follow-up to responsibility and accountability should be the sensitivity of AI to a clear retrospective understanding in the way AI worked when something went wrong with the AI application used. Until these various issues become clearer AI should be used as a mathematical and scientific tool that provides extended intelligence to humankind.

The second dimension in Article 3 bis is instructions issued to aircraft to land at specified airports in case the aircraft does not have authority to fly over a State or a State is suspicious that aircraft’s intent (my emphasis) regarding the safety of the State flown over. Article 3 bis provides inter alia: “*the contracting States may resort to any appropriate means (my emphasis) consistent with relevant rules of international law, including the relevant provisions of this Convention, specifically the principle discussed in the preceding paragraph. Each contracting State agrees to publish its regulations in force regarding the interception of civil aircraft*”. How would a machine know whether an aircraft overhead is suspicious?

It could be argued that through machine learning – a process of supervised learning systems where the machine is provided with numerous examples of a correct answer and the machine arrives at the most desired solution – could deduce the suspicious nature of an overhead flight but there is always a danger of over-profiling through examples fed into a machine.

The third dimension is the requirement for States in which their aircraft are registered to have comprehensive laws and regulations that would impel aircraft to comply with a requirement by another State to land at a designated airport. The question arises as to how an automated aircraft would be fed with laws of a state that would enable a machine to comply with an order to land at a specific airport.

5. Human v. Digital

In a working paper submitted to the 40th Session of the ICAO Assembly in 2019, Presented by the International Coordinating Council of Aerospace Industries Associations (ICCAIA) and Civil Air Navigation Services Organisation (CANSO ICAO member States were advised: “[A]ccording to different research agencies, there are four stages or so called “waves” of AI. The first wave of AI is a rule-based system that follow rules defined by a human. The second wave of AI includes system becoming intelligent by using statistical methods. The third wave of AI is a contextual adaptation. The fourth wave is fully autonomous AI. The fourth wave will integrate all data coming from different systems and provide systems the ability to sense and respond to the environment effectively, for example, swarms of unmanned aerial vehicles (UAV) or data exchange between air traffic control (ATC) operators”¹¹. The paper went on to say

¹¹ Artificial Intelligence and Digitalization In Aviation, A40-WP/2681 EX/111 1/8/19, at p. 3.

that there is a strong need to move from regulatory requirements based today only on traditional “development assurance” to a hybrid approach mixing both “development assurance” and “learning assurance” combined with an enhanced operational monitoring capability. Therefore, States and industries should be encouraged to develop certification and qualification standards for AI, taking into account the challenges of AI trustworthiness, explainability and correctness.

Regulation and certification of AI in aeronautics and air navigation was highly recommended in the paper: *“beyond certification and qualification standards, updates of other standards are also needed, to allow for novel ways of working. With the implementation of AI, the interaction between human and machine is evolving. Systems are now able to make accurate recommendations and decisions, even in complex situations, and to adapt to changes in the environment. These increased capabilities of systems should be accounted for in ICAO SARPs, to allow the use of AI at its full potential, for the benefit of safety, capacity and efficiency in operations. To this end, the ICAO Council should initiate a review of the existing SARPs and initiate updates and amendments of the SARPs to allow for the use of new AI technologies, where relevant”*¹².

6. Conclusion

In view of the foregoing discussion, the operative question would be whether in a scenario looking ahead over the next 30 years, drones would be used exclusively to perform human functions in international civil aviation. The answer would be in the negative for the foreseeable future. The application of AI to air transport should be based on the highest values of human rights and must not intrude on the contemporary aspirations of people living in the 21st century. The World Conference on Human Rights held in Vienna in 1993 recognized and affirmed that all human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person, and that the human person is the central subject of human rights and fundamental freedoms, and consequently should be the principal beneficiary and should participate actively in the realization of these rights and freedoms. The Conference also reaffirmed the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Charter of the United Nations, other instruments relating to human rights, and international law, stating that the universal nature of these rights and freedoms is beyond question. A future where drones would bring us into a world of human dignity and sensitivity as well as the balance of human judgment is yet to be foreseen.

¹² *Ibid.*

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI