

1.5. Obligaciones y contratos

Nulidad por abusiva de la cláusula «no show» del contrato de transporte aéreo de pasajeros

Nullity of abusive «no show» clause of passenger air transport contract

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad de La Rioja

RESUMEN: En este trabajo se analizará una cláusula frecuente en el contrato de transporte aéreo de pasajeros: la cláusula «no show» o de «no presentación», que permite la cancelación parcial de un billete en el que se incluyen varios trácticos cuando alguno de ellos previamente no fue utilizado por el pasajero. Se analizará su naturaleza, su contenido y los controles que deben hacerse como condición general de la contratación, y las consecuencias de su declaración como abusiva. Y ello con referencia a la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, que en el marco del ejercicio de una acción colectiva de protección de consumidores determinó el carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de esta cláusula.

ABSTRACT: *This paper will analyze a frequent clause in the passenger air transport contract: the «no show» clause, which allows the partial cancellation of a ticket that includes several routes when some of them previously it was not used by the passenger. It will analyze its nature, its content and the controls that must be made as a general condition of the contract, and the consequences of its declaration as abusive. And this with reference to the STS nº. 631/2018, of November 13th, which, in the framework of the exercise of a collective action to protect consumers, determined the abusive nature and, therefore, the nullity of this clause.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Cláusula «no show». Consumidor. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Nulidad. Turista.

KEY WORDS: *Abusive clauses. «No show» clause. Consumer. Passenger air transport contract. Nullity. Tourist.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.—III. LA CLÁUSULA «NO SHOW» EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO: 1. CONCEPTO Y CONTENIDO. 2. LA CLÁUSULA «NO SHOW» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 3. CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA «NO SHOW»: LA STS NÚM. 631/2018, DE 13 DE NOVIEMBRE.

4. CONSECUENCIAS DE LA ABUSIVIDAD DECLARADA: NULIDAD Y DERECHOS POR DENEGACIÓN DE EMBARQUE.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La contratación en masa y los contratos de adhesión se han abierto camino con fuerza en distintos sectores de la contratación.

Entre ellos cabe referirse al transporte aéreo de pasajeros, en el que se centrará este trabajo; un sector que acoge en sus diversos contratos una serie de condiciones generales impuestas y prerrredactadas que deben ser objeto de oportunos controles de incorporación, transparencia y de contenido.

Una de esas condiciones generales es la cláusula «no show» o de «no presentación» que viene a sancionar al pasajero que no usó alguno de los trayectos adquiridos (en billetes de ida y vuelta o vuelos con escala o escalas en otros aeropuertos) con la cancelación del billete para los trayectos pendientes.

El objeto de este trabajo es analizar esta cláusula: su naturaleza, su contenido y los controles que deben hacérsele como condición general de la contratación, así como las consecuencias de su declaración como abusiva, y de la denegación de embarque. Y ello con referencia a la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, que en el marco del ejercicio de una acción colectiva de protección de consumidores determinó el carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de esta cláusula.

II. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

Ante la tradicional contratación ordinaria negociada fruto de los pactos y acuerdos a los que ambas partes contratantes han llegado libre y conscientemente en virtud de la llamada autonomía de la voluntad privada, reconocida como principio rector de la contratación entre las partes en el artículo 1255 del Código civil (dentro de los límites marcados por este precepto), desde hace años se abrió un importante hueco a una nueva forma de contratar: la contratación en masa o en serie y los contratos de adhesión. Fundamentalmente en la venta de bienes y en la prestación de servicios, ante la repetición habitual del mismo tipo de contratos con distintos clientes, los empresarios empezaron a elaborar (o encargar a terceros su elaboración) varios contratos tipo o modelos de contratos con una serie de cláusulas prerrredactadas iguales en todos esos contratos del mismo tipo en los que se incluían (las llamadas condiciones generales de la contratación); de esta manera se buscaba agilizar el tráfico y el proceso de contratación, ya que directamente se ofrecía el contrato con su contenido ya predispuesto al cliente, sin posibilidad de negociación individual. El cliente simplemente se adhiere al clausulado predispuesto; de ahí el nombre atribuido a estos contratos: contratos de adhesión. Si el adherente quiere conseguir ese bien o la prestación de ese servicio por ese empresario solo puede aceptar las condiciones que este le impone; la única libertad que se reconoce al adherente en este tipo de contratos es la de decidir contratar y firmar el contrato y vincularse o no contratar; pero si acepta firmar el contrato lo tendrá que hacer con esas condiciones, sin que pueda alterarlas, excluirlas o modificarlas; no hay negociación individual al respecto.

Esta forma de contratación tiene indudablemente ventajas; de lo contrario no se hubiera consolidado en el tráfico jurídico y admitido con la amplitud que se hace. Así, se aporta rapidez y agilidad en la contratación, se ahorran costes

de tiempo y de especialización del empleado del empresario ya que no necesita tener formación y conocimientos específicos pues las cláusulas ya están impuestas y no se negocian; y puede hablarse también en ese sentido de la facilidad de coordinación entre los empleados y el empresario en el marco de esos contratos, pues ya vienen dados.

Sin embargo, también surgen inconvenientes claros: fundamentalmente vinculados al posible desequilibrio injustificado en las prestaciones de las partes; no cabe duda de que el predisponente al imponer unas cláusulas a lo que atenderá es a su propio interés. Y por eso el legislador y juzgador debe tener muy presente esta situación de predisposición y adhesión para proteger al adherente que, sin duda en este caso, es la parte más débil del contrato. Una protección que se reconocerá especialmente al adherente consumidor.

Entre los diversos sectores en los que la contratación en masa se ha abierto camino y se ha consolidado es el de transporte de pasajeros, y entre ellos, por lo que a este trabajo respecta y en lo que se va a centrar, el transporte aéreo de personas. Con el transporte aéreo de personas se hace referencia al contrato por el que el transportista se obliga a trasladar a una persona (viajero o pasajero) y a su equipaje de un lugar de origen a otro de destino en perfectas condiciones.

Son numerosos los contratos que diariamente se celebran en este ámbito, y cada compañía aérea ofrece la contratación de distintos vuelos en masa: podrá elegirse lugar de destino, lugar de origen y fecha del vuelo (incluso el vuelo directo o con escalas), pero el clausulado de ese contrato será el mismo que en el resto de vuelos ofertados por esa compañía aérea a cualquier destino, desde cualquier origen y/o cualquiera que sea la fecha en que se realice el vuelo.

En los últimos años además ha crecido el número de contratos por vía electrónica, a través de plataformas intermedias o bien directamente en las páginas webs de las compañías aéreas.

En todo caso, sea de modo electrónico o sea presencialmente a través de agencias de viajes que actúan como intermedias, lo cierto es que el cliente pasajero (que como destinatario final es considerado como consumidor) tan solo indica como condiciones del contrato pretendido los lugares (aeropuertos) de origen y destino y la fecha o fechas (si se busca ida y vuelta o bien si tiene cierta flexibilidad para elegir fechas) en que se quiere hacer el vuelo; y fundamentalmente la elección que se haga entre las distintas ofertas existentes será atendiendo al precio final y, en algunos casos también, al aeropuerto de origen y de destino (para ver la cercanía con las ciudades de origen y de visita, pues podría exigir contratar otro medio de transporte y según cuál este aumentar el coste del viaje) y quizás también a la compañía aérea (por la confianza que esta pueda dar según su trayectoria empresarial hasta ese momento). Pero en la práctica la comparación entre ofertas no se centra en otro tipo de cláusulas. Es más, solo se hace referencia a las cláusulas generales y particulares del contrato al final, en los momentos previos al pago, cuando ya se ha seleccionado el vuelo que se quiere contratar (y se ha seleccionado, como he indicado, por el precio, compañía, y localización de los aeropuertos de origen y de destino).

Si se contrata por agencia de viaje normalmente el clausulado general de ese contrato de transporte aéreo va incluido en el paquete de un viaje combinado organizado, y ese clausulado general afecta a todo el paquete o se ve inmerso en toda la maraña de cláusulas de ese paquete turístico (un condicionado también general y un contrato del paquete turístico que en cierto modo también podrá considerarse como de adhesión¹). Si se contrata el vuelo por agencia de viaje o intermedio pero como un contrato o servicio único, igualmente el condicionado

general no se hará llegar hasta el momento en que el cliente futuro pasajero firme con la agencia y vaya a pagar el vuelo; y como los lugares de origen y destino se ajustan a lo querido, así como la fecha o fechas del vuelo, y el precio lo acepta, al final el cliente o pasajero no atiende en la práctica al resto de condiciones impuestas y predispostas.

En la contratación electrónica directa del futuro pasajero sucede algo similar: es cuando requieren su aceptación para continuar con la tramitación de la compra cuando hay un enlace para las condiciones generales de la contratación y las posibles particulares que también se hayan predisposto. Antes de continuar con la compra se debe marcar el apartado señalado como que aceptas el condicionado general y particular. Si se abre el enlace puede verse ese clausulado y leerlo, sí; pero es largo y en la práctica no hay mucho tiempo para detenerte en él y su contenido pues pasado un tiempo no muy largo resulta que la página web suspende la tramitación de compra por caducidad de la sesión, y entonces se pierde la selección del vuelo ya hecha y debe volverse a empezar con la contratación y búsqueda del vuelo; en el mejor de los casos encuentras el mismo vuelo seleccionado con el mismo precio; pero en ocasiones ya no está esa oferta, el precio no es el mismo sino más caro y el cliente al final en la práctica en ocasiones futuras decidirá ni siquiera leer ese condicionado general ya que en cualquier caso no va a poder modificarlo y lo que quiere y necesita es ese vuelo a ese precio, con ese lugar de origen y destino y en esa fecha seleccionada; así que no pierde el tiempo en consultar y leer un condicionado general del contrato largo, técnico y lleno de cláusulas que no va a poder en ningún caso modificar.

Por lo tanto, y en definitiva, la contratación de un servicio de transporte aéreo se ha convertido ya en una contratación en masa bajo la forma de contratos de adhesión.

III. LA CLÁUSULA «NO SHOW» EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

La cláusula «no show» o de «no presentación» es una cláusula incluida en billetes adquiridos para viajes de ida y vuelta por la que se determina la facultad de la compañía aérea de cancelar el billete de trayecto de vuelta si el pasajero no ha utilizado el viaje de ida, a pesar de que ese vuelo de vuelta ya estuviera pagado; en otras palabras, se obliga al pasajero a utilizar el vuelo de ida si quiere utilizar el de vuelta, bajo la pena de cancelación del viaje de vuelta, denegándosele en ese caso el embarque por tal motivo.

Este tipo de cláusula se utilizó desde hace años por determinadas compañías aéreas con las consecuentes quejas de los consumidores y de las asociaciones de consumidores. En concreto, la compañía Iberia la ha estado utilizando e incluyendo dentro del condicionado general de sus contratos de transporte aéreo de pasajeros hasta que el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 631/2018, de 13 de noviembre, la declaró abusiva y, por ello, nula. Pero el proceso instando esa nulidad se inició ya en julio de 2011 por medio de una demanda en ejercicio de una acción colectiva por la Organización de Consumidores y Usuarios (en adelante, OCU); y pese a que en las distintas instancias judiciales esta cláusula se determinó que era abusiva y nula, ordenando a Iberia el cese en su uso, por los sucesivos recursos y la lentitud judicial (más de siete años de proceso judicial entre las tres instancias), sin preverse ni acordarse la sus-

pensión cautelar provisional del uso de estas condiciones, lo cierto es que los consumidores han estado soportando esta cláusula durante estos últimos años hasta finales de 2018.

La cláusula «no show» de Iberia declarada abusiva y nula en esta sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 tenía el siguiente tenor literal: «Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida y 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».

Junto con la aplicación de esta cláusula claramente a los billetes de ida y vuelta cuando el billete de ida no se utiliza por el pasajero, también podría ser aplicable a billetes de ida y vuelta en el que la ida se hacía a través de un vuelo con escala y, aunque se utilizó el billete de ida, se hizo parcialmente pues no se usó el segundo trayecto hasta el destino (no se realizó esa escala, enlace o transbordo), quedándose como destino final el lugar donde solo debía realizarse la escala o transbordo.

2. LA CLÁUSULA «NO SHOW» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

Una constante en el análisis de las diversas cláusulas cuya nulidad por abusividad se ha planteado ante los tribunales, especialmente en los últimos años, es la consideración o no como condición general de la contratación de la cláusula litigiosa.

Como punto de partida en esta cuestión debemos tener en cuenta lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) que en su artículo 1 señala: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». Como puede observarse, se vincula la existencia de estas cláusulas a las siguientes notas: prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión (sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante (adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo); y utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS núm. 406/2012, de 18 de junio).

Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 de la referida Directiva). La negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del que la alegue, concretamente del profesional o empresario.

Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación (apartado 137 de la referida sentencia), y que han sido reiterados y tomados en cuenta por la jurisprudencia posterior:

1. Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2. Predisposición: la cláusula ha de estar prerrredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.

3. Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato solo puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

4. Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Ahora bien, como se advierte en el apartado 149 de esta STS de 9 de mayo de 2013, «la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a “todos los contratos” que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”».

5. A estas notas anteriores se añadiría la advertencia de que resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor.

Además, concluye el Tribunal Supremo en esta sentencia de 9 de mayo de 2013 (apartado 144) que:

«a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial».

La cláusula «no show», en los términos que se ha comentado sobre su concepto, contenido e inclusión en el contrato, cumple con estas características propias de las condiciones generales, por lo que, salvo que la entidad acredite que fueron negociadas individualmente, deben calificarse como tales. Y, en consecuencia, procede la aplicación de los controles establecidos por la LCGC y 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 (en adelante, TRLCU), tal y como se han interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina.

En primer lugar, un control de inclusión o incorporación, atendiendo a los requisitos formales de los artículos 5 y 7 LCGC. La LCGC en su artículo 5 acoge

ciertos requisitos de incorporación de las condiciones generales vinculados a la información de su existencia, la entrega de un ejemplar de las mismas o facilitar su acceso a las mismas si el contrato no se hizo por escrito, su aceptación por el adherente y la expresa referencia a las mismas en el contrato. Y, especialmente debe destacarse la exigencia del artículo 5.5 LCGC de que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El artículo 7 LCGC, por su parte, advierte de que no se incorporarán al contrato aquellas condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Este control se superaría con la acreditación del cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.

Pero, tras la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, se acuñó un nuevo control separado y diferente del control de inclusión: el llamado control de transparencia material que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación antes referidos ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula), sino que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula suelo en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta y en el conocimiento efectivo de la carga económica y jurídica del contrato en los términos en que los suscribe; un conocimiento real y efectivo de su posición jurídica en el contrato y los derechos, obligaciones y riesgos asumidos con su firma. Esta transparencia se ha vinculado con las exigencias de información del empresario predisponente al adherente con el fin de hacer efectivo ese conocimiento consciente del contenido y carga del contrato en sus distintas cláusulas.

Por último, cabe aludir a otro control que tradicionalmente se viene aplicando a las condiciones generales de la contratación, si bien en el marco de la protección de los consumidores, pues es ahí donde encuentra su ámbito de aplicación la abusividad de las cláusulas; me refiero al control de contenido: este control viene ligado en general a comprobar la existencia de un perjuicio y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, con una actuación contraria a la buena fe, de modo que de concurrir estas circunstancias la cláusula sería considerada abusiva y por ello nula. En el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 TRLCU ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato².

3. CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA «NO SHOW»: LA STS NÚM. 631/2018, DE 13 DE NOVIEMBRE

En el caso planteado y estudiado por la STS de 13 de noviembre de 2018, además de otras cláusulas, se pedía la nulidad por abusiva de la cláusula «no show» que Iberia había incluido en sus billetes y contratos de transporte aéreo de pasajeros como condición general. Tanto en primera como en segunda instancia se declaró nula por abusiva. Pero se planteó recurso de casación por Iberia al respecto de esta cláusula aduciendo que no podía controlarse el con-

tenido de esta cláusula por cuanto afecta a un elemento esencial del contrato, más concretamente la causa. Alegaba en concreto que con la venta de un billete combinado de ida y vuelta «se está ante un contrato de objeto o cuerpo cierto —ambos vuelos, como unidad de prestación—, y que por tanto no es escindible por voluntad unilateral del adquirente, a quien entendemos que la sentencia [recurrida] privilegia esta vez abusiva e indebidamente»; consideran por ello que si el pasajero utilizara solamente uno de los trayectos contratados, estaría alterando la causa del contrato en sí misma.

Respaldando la postura de la Audiencia Provincial a este respecto, el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2018 rechazó este argumento por cuanto esta cláusula no afecta a un elemento esencial del contrato.

Como punto de partida a este respecto debe tenerse en cuenta que la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto Kásler, C-26/13) advirtió que, bajo una interpretación estricta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, por «cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato» deben entenderse aquellas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan.

Y en los contratos de transporte aéreo de pasajeros las prestaciones esenciales del contrato son el pago por el viajero del precio por los billetes adquiridos y la prestación del transporte por parte de la compañía aseguradora en una concreta fecha, entre los lugares origen y destino acordados y en las oportunas condiciones de calidad. Y ambas partes pueden exigir de la otra el cumplimiento efectivo de su obligación contractual; en concreto, por lo que al objeto de este trabajo interesa, el viajero tiene el derecho a exigir la prestación y facilitación de ese transporte y a usar el transporte contratado.

Ahora bien, ese derecho a usar el transporte no supone que exista la obligación de usarlo, pese a que pagó por él; y por ello no puede concebirse tal obligación de uso como una prestación esencial del contrato de transporte aéreo, precisamente porque no existe tal obligación ni puede unilateralmente convertirse un derecho de uso, que es lo que propiamente se deriva de este tipo de contratos, en una obligación de uso del viajero. De igual modo, por existir no una obligación de uso sino un derecho de uso, tampoco cabe que la utilización parcial del billete por el pasajero, y con ello de la prestación de la compañía aérea en virtud de este contrato, suponga una modificación por el viajero del objeto principal del contrato. Es por ello que el Tribunal Supremo advierte que esta cláusula «no show» no afecta a elementos esenciales del contrato y puede ser objeto de control de contenido y de abusividad incluso cuando supere el control de incorporación (es decir, se haya redactado de modo claro y comprensible).

Por otro lado, cabe advertir que el artículo 1169 del Código civil ciertamente prohíbe que pueda compelirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones a que tiene derecho; pero esto no significa que él voluntariamente no pueda decidir usar parcialmente esa prestación a que tiene derecho (en este caso, el transporte o desplazamiento aéreo), en tanto ello no cause perjuicio al deudor (en este caso, la compañía aérea).

Y es precisamente en esto en lo que insiste Iberia en su recurso. Alega la compañía aérea que esta cláusula «no show» suponía un elemento fundamental de la política de precios de la compañía, «puesto 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 solo billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces». En definitiva, pretende fundamentar que esa decisión del pasajero de no usar alguno de los trayectos contratados le supone un perjuicio injustificado.

Pero ese perjuicio apuntado y alegado de forma tan genérica es descartado por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2018.

Ciertamente en el caso de la venta de billetes de ida y vuelta tradicionalmente suponen un precio algo más barato que en la venta de billetes separados. Ahora bien, eso también implica precisamente un incentivo para que la compañía aérea venda dos billetes y no uno solo, lo cual le beneficia; y además no debe obviarse que generalmente el importe abonado finalmente por el pasajero y recibido por la compañía aérea será así mayor que el que abonaría de adquirir solo uno de los trayectos (el de ida o el de vuelta).

La política de precios a seguir por la compañía aérea es una decisión voluntaria y una opción legítima de estrategia empresarial en el marco del principio de competencia en el mercado.

Pero no puede admitirse la alegación de perjuicio de la compañía aérea por el hecho de no usar uno de los trayectos adquiridos: la compañía recibió el precio del billete de vuelta o el del trayecto finalmente no usado (aunque fuera un precio más reducido por ser adquirido como billete de ida y vuelta o con escalas), y no puede afirmarse que la falta de uso de ese billete y la ausencia del pasajero en el avión le haya causado un incremento de costes y con ello un perjuicio; de hecho, como señala el Tribunal Supremo, sucedería en todo caso lo contrario.

Tenemos que tener en cuenta que en este caso resuelto por la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, se ejercita una acción colectiva pretendiendo la nulidad de la cláusula «no show» contenida en todos los contratos de transporte aéreo de pasajeros de Iberia; no es una acción individual relativa a un concreto contrato en el que haya que analizar el caso específico, las circunstancias y el motivo del no uso del concreto pasajero, el posible perjuicio exacto que pudiera causarse... No. Y es que se trata de una acción colectiva con base en una condición general de la contratación, por ello, no negociada individualmente, integrada en pluralidad de contratos (y en consecuencia, afectando a múltiples y diversos pasajeros con muy distintos potenciales motivos para el no uso de ese trayecto) y cuyo contenido debe analizarse y controlarse de modo más abstracto y general atendiendo a todo posible pasajero.

El Tribunal Supremo considera que los únicos supuestos en que pudiera considerarse que la utilización de solamente uno de los tramos perjudica a la compañía (si es que causa algún perjuicio, puesto que en caso de incomparecencia del viajero podría vender el billete de ese tramo a un viajero en lista de espera, de existir esta) serían aquellos excepcionales en que el billete que comprende varios tramos se comercialice a un precio inferior incluso al precio de un tramo aislado, porque las ofertas de unos y otros vuelos vayan dirigidas a grupos de clientes diferentes, y el viajero ha comprado el billete con varios tramos con la idea deliberada de utilizar solo uno de esos tramos, por resultarle más económico que comprar el billete que contenga exclusivamente ese tramo.

Pero debe tenerse en cuenta que las razones de no usar el billete en un concreto trayecto de los distintos adquiridos pueden ser de índole muy diversa: desde la propia voluntad de no usar, a razones involuntarias como una enfermedad, un accidente, una huelga o manifestación que le haya impedido llegar a tiempo al aeropuerto, un hecho que le obligue a adelantar o atrasar la fecha u hora del viaje de ida... Pero no puede identificarse a todos los viajeros automáticamente con el viajero que adquiere el billete de ida y vuelta o con varios tramos o escalas con la intención deliberada de usar solo un trayecto porque así le sale más económico que comprarlo como trayecto único o separado. En ocasiones, de hecho, incluso cabe pensar que si después pretende usar el billete de vuelta

es porque habrá realizado el viaje de ida por medio de otro transporte, que le habrá supuesto algún coste económico.

En todo caso, el pasajero abonó el precio del billete no usado y también el precio del billete que se le ha cancelado unilateralmente por la compañía aérea por aplicación de la cláusula «no show»; y si se ha pagado el billete le corresponde el derecho a usarlo o no, pues con ello ningún perjuicio se causa a la compañía aérea.

De hecho, con la aplicación de esta cláusula lo que realmente se produce es un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor pasajero, pues él sí cumplió con su obligación de pago del precio íntegro, pero, sin embargo, en virtud de esta cláusula «no show» se le impide disfrutar de la contraprestación, denegándosele el embarque. Esto supone un control arbitrario del cumplimiento del contrato por parte de la compañía aérea, prohibido por el artículo 1256 del Código civil. Y es más, cabría incluso hablar de enriquecimiento injusto si la compañía tras la falta de uso del billete de ida o de uno de los tramos de enlace o escala cancela el resto de los vuelos o billetes por los trayectos pendientes y los vende a otra persona: en este caso la compañía aérea está percibiendo un doble precio por esa misma prestación, negando a uno de los compradores pagadores la prestación a la que tiene derecho.

La imposición de estas cláusulas supone un abuso ilegítimo e injustificado por parte de las compañías aéreas y un grave desequilibrio de las prestaciones, contrario a la buena fe, en perjuicio del pasajero consumidor; un perjuicio desproporcionado que no cabe imponer de modo genérico a todo pasajero que utilice parcialmente la prestación a la que tiene derecho por la compra de un billete de avión de ida y vuelta o con varias escalas; y sin que la protección de la política de tarifas económicas de la compañía aérea justifique la aceptación de tal previsión en un condicionado general de un contrato de adhesión.

4. CONSECUENCIAS DE LA ABUSIVIDAD DECLARADA: NULIDAD Y DERECHOS POR DENEGACIÓN DE EMBARQUE

Consecuencia de la declaración como abusiva de esta cláusula, la cláusula sería nula, y por lo tanto no producirá efecto alguno.

Pero dado que se ejercitó una acción colectiva lo que se determinó en la STS de 13 de noviembre de 2018 fue el cese en el uso de esta cláusula en el condicionado general de los contratos de Iberia; aunque ciertamente cabe esperar que esta doctrina se aplique igualmente a contratos de otras compañías aéreas que utilicen esta misma cláusula, lo cual desincentivaría el uso efectivo por todas ellas de este tipo de cláusulas y su inclusión como condición general en sus contratos.

Como no se trataba de una acción individual con ocasión de un contrato concreto y un perjuicio específico causado a un pasajero determinado, en esta STS de 13 de noviembre de 2018 no se señalaron consecuencias directas relativas a una eventual indemnización al pasajero o derechos de compensación por la denegación de embarque en contra de su voluntad. No se considera una situación de cancelación de vuelo pues el vuelo no se cancela como tal: el vuelo se realiza, pero no con el pasajero afectado por la cláusula «no show»; lo que se cancela es su billete, pero no el vuelo; y en este sentido cabe hablar más oportunamente de una situación de denegación de embarque en contra de la voluntad del pasajero (que se presenta a embarcar cumpliendo las exigencias de documentación y hora de antelación previstas).

Pero cabe plantear esta hipótesis y darle una respuesta. Así, ante la denegación de embarque por la cancelación del billete con ocasión de esta cláusula «no show» cabría atender a los derechos reconocidos al pasajero con ocasión de una denegación de embarque por cualquier causa en contra de la voluntad del pasajero previstos en el Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

Este Reglamento núm. 261/2004, conforme indica su artículo 3, se aplica: a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario.

Para vuelos internacionales que no entrasen dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento comunitario núm. 261/2004 se deberá atender al Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, desarrollado en el ámbito comunitario por el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje.

En este trabajo nos centraremos en las previsiones del Reglamento europeo núm. 261/2004. Y en concreto esta norma en su artículo 4.3 advierte que «en caso de que deniegue el embarque a los pasajeros contra la voluntad de estos, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente de conformidad con el artículo 7 y prestarles asistencia de conformidad con los artículos 8 y 9».

En consecuencia, podemos distinguir los siguientes derechos que se reconocerán al pasajero a quien en contra de su voluntad se le deniegue el embarque con ocasión de esta cláusula «no show», cuando se presenten a facturación o embarque en la hora indicada o con la suficiente antelación y con la documentación indicada (art. 3.2 Reglamento núm. 261/2004):

1. Un derecho de atención (art. 9 del citado Reglamento), consistente en el deber de la compañía aérea de ofrecer gratuitamente a los pasajeros: a) comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar; b) alojamiento en un hotel en los casos en que sea necesario pernoctar una o varias noches, o en que sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero; c) transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros); d) además, se ofrecerán a los pasajeros gratuitamente dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos. Se deberá prestar atención especial a las necesidades de las personas con movilidad reducida y de sus acompañantes, así como a las necesidades de los menores no acompañados.

2. Un derecho de reembolso o transporte alternativo (art. 8 del Reglamento núm. 261/2004) de modo que se ofrecerán por la compañía aérea a los pasajeros las opciones siguientes:

a) el reembolso en siete días (en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios) del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o

partes del viaje efectuadas, si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible;

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

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

3. Un derecho de compensación (art. 7 del referido Reglamento) por valor (abonado en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios) de: a) 250 euros para vuelos de hasta 1500 kilómetros; b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en los apartados a) o b). Estos valores en compensación podrán reducirse a la mitad cuando se ofrezca un transporte alternativo por la compañía aérea y se le traslada a su destino con una diferencia en la hora de llegada prevista en el billete original: a) que no sea superior a dos horas, para todos los vuelos de 1500 kilómetros o menos; o b) que no sea superior a tres horas, para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; o c) que no sea superior a cuatro horas, para todos los vuelos no comprendidos en los apartados a) o b).

A estos derechos indicados en los artículos 4.3, 7, 8 y 9 del Reglamento europeo núm. 261/2004, cabría añadir la posible compensación suplementaria prevista por el artículo 12 del citado Reglamento que se abonará al margen de esa compensación automática prevista en el artículo 7 del Reglamento, aunque esta podrá deducirse de aquella. Tal compensación suplementaria podría consistir en una indemnización por los concretos daños y perjuicios sufridos por el pasajero (por ej. indemnización por pérdida de la posibilidad de uso de entradas adquiridas de un espectáculo en el lugar de destino del vuelo cuyo embarque se deniega; imposibilidad de asistir a una reunión empresarial o cita profesional relevante...), incluido el daño moral (vinculado a aspectos como la tensión o incomodidad, falta de posibilidad de comunicación con el lugar de destino del vuelo para evitar consecuencias más graves derivadas de la denegación de embarque y retraso en llegar a ese destino, pérdida de tiempo que pueda ser relevante a determinados efectos laborales, profesionales o familiares...)³. A este respecto cabe recordar que las previsiones del Reglamento (CE) núm. 261/2004 son de los derechos mínimos reconocidos a los pasajeros en estas circunstancias (art. 1 del citado Reglamento).

Tal y como señala la STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto Sousa Rodríguez, C-83/10), la compensación concedida a los pasajeros aéreos sobre la base del artículo 12 del Reglamento núm. 261/2004 pretende completar la aplicación de las medidas previstas en dicho Reglamento, de modo que los pasajeros sean compensados por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de sus obligaciones contractuales. Además, recuerda el TJUE en esta resolución que, como ya ha declarado anteriormente, «las medidas de asistencia y atención estandarizadas e inmediatas adoptadas en virtud del Reglamento nº 261/2004 no impiden por sí mismas que los pasajeros afectados, en el caso en que el mismo incumplimiento por parte del transportista

aéreo de sus obligaciones contractuales les cause también daños que den derecho a una indemnización, puedan ejercitarse, además, las acciones de indemnización de dichos daños en las circunstancias previstas en el Convenio de Montreal (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, apartado 47)». En este sentido, concluye el TJUE en su sentencia de 13 de octubre de 2011 que «el concepto de “compensación suplementaria”, mencionado en el artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo».

IV. CONCLUSIONES

I. La cláusula «no show» supone el reconocimiento de la facultad de la compañía aérea, ante la falta de uso por el pasajero de alguno de los trayectos incluidos en un billete (cuando este se adquirió acogiendo varios trayectos: ida y vuelta o vuelos con escalas o enlaces) de cancelar los restantes trayectos pendientes.

II. Esta cláusula debe calificarse como una condición general de la contratación incluida en un contrato de adhesión como es el de transporte aéreo de pasajeros.

III. Como tal condición general de la contratación está sujeta a los controles de incorporación, transparencia y contenido previstos por la LCGC y el TRLCU.

IV. Tal y como señala la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, esta cláusula «no show» no afecta a elementos esenciales del contrato y puede ser objeto de control de contenido y de abusividad.

V. Abonado el precio del billete, el pasajero tiene derecho a usar el transporte, pero ello no supone que exista la obligación de usarlo. El pasajero puede voluntariamente decidir usar parcialmente esa prestación a que tiene derecho (en este caso, el transporte o desplazamiento aéreo), en tanto ello no cause perjuicio a la compañía aérea. Y de la falta de uso parcial del billete adquirido y, con ello, la ausencia del pasajero en el avión, no cabe apreciar que se deriven perjuicios a la compañía ni incremento de costes.

El pasajero abonó el precio del billete no usado y también el precio del billete que se le ha cancelado unilateralmente por la compañía aérea por aplicación de la cláusula «no show»; y si se ha pagado el billete le corresponde el derecho a usarlo o no, pues con ello ningún perjuicio se causa a la compañía aérea.

VI. Debe tenerse en cuenta que las razones de no usar el billete en un concreto trayecto de los distintos adquiridos pueden ser de índole muy diversa.

VII. Con la aplicación de esta cláusula lo que realmente se produce es un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor pasajero, pues él sí cumplió con su obligación de pago del precio íntegro, pero, sin embargo, en virtud de esta cláusula «no show» se le impide disfrutar de la contraprestación, denegándosele el embarque.

La imposición de estas cláusulas supone un abuso ilegítimo e injustificado por parte de las compañías aéreas y un grave desequilibrio de las prestaciones, contrario a la buena fe, en perjuicio del pasajero consumidor; un perjuicio desproporcionado que no cabe imponer de modo genérico a todo pasajero que utilice parcialmente la prestación a la que tiene derecho por la compra de un billete de

avión de ida y vuelta o con varias escalas; y sin que la protección de la política de tarifas económicas de la compañía aérea justifique la aceptación de tal previsión en un condicionado general de un contrato de adhesión.

VIII. Consecuencia de apreciar un desequilibrio grave e injustificado en las prestaciones de las partes, contrario a la buena fe, esa cláusula se debe considerar abusiva y en consecuencia nula. Esto determina con carácter general la imposibilidad de que produzca efectos y la prohibición de su uso futuro por las compañías aéreas. Con carácter particular, ante la denegación de embarque por aplicación de esta cláusula «no show» el pasajero podrá hacer valer los derechos que se le reconocen a nivel nacional e internacional, y concretamente los previstos en el Reglamento (CE) núm. 261/2004.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto Sousa, C-83/10).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto Kásler, C-26/13).
- STS núm. 533/2000, de 31 de mayo.
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre.

NOTAS

¹ Tal y como señala el artículo 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC): «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

² Expuesto lo anterior, cabe aludir, asimismo, a la doctrina consolidada ya desde la citada STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y reiterada en sentencias posteriores (como las SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entre otras), además de a la doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de 2014, caso Kásler C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso Andriciuc C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y a su control. Conforme a esta doctrina jurisprudencial en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en: por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los artículos 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria); y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su

posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación. Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, y núm. 608/2017, de 15 de noviembre).

³ En relación con los daños morales, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 533/2000, de 31 de mayo, si bien en relación con un caso de retraso en el vuelo (aunque podría extrapolarse esta doctrina a la situación de denegación de embarque y los daños morales sufridos por ello), señaló que no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse con este tipo de situaciones; además, pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso; pero advierte el Tribunal Supremo que «con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas».