

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA
ROLLO Nº 182/2011-1ª
JUICIO ORDINARIO Nº 651/2010
JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BARCELONA

SENTENCIA núm.390/11

Ilmos. Sres. Magistrados

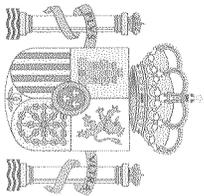
IGNACIO SANCHO GARGALLO
LUIS GARRIDO ESPA
JUAN F. GARNICA MARTÍN

En Barcelona a cinco de octubre de dos mil once.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio verbal seguidos con el nº 651/2010 ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, a instancia de DAN MIRÓ GARCÍA contra RYANAIR LIMITED, representada por el procurador Ignacio López Chocarro, que penden ante por razón del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada el día 10 de enero de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: *"FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don DAN MIRÓ GARCÍA contra la compañía aérea RYANAIR a quien condeno a abonar al actor la cantidad de 285,55 euros, más un interés moratorio calculado al tipo del interés legal del dinero a devengar desde la fecha de interposición de la demanda , que se incrementará en dos puntos a partir de la*



fecha de la sentencia y hasta el abono íntegro de la deuda, sin expresa condena en costas.

Declaro abusiva y por tanto nula la cláusula contractual consistente en la obligación que la compañía aérea RYANAIR impone al pasajero de ser éste quien lleve impresa la tarjeta de embarque para poder viajar so pena de sufrir una penalización de 40 euros ”.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido a trámite. La parte demandante presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO. Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se señaló día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 6 de julio.

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

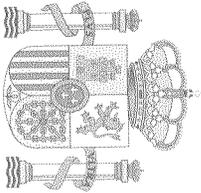
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la reclamación que formuló el Sr. Dan Miró García por los daños y perjuicios causados con ocasión de la cancelación de un vuelo contratado con la compañía aérea RYANAIR y, así mismo, declaró la nulidad, por apreciar su carácter abusivo, de la cláusula contractual dispuesta por dicha compañía, como condición general de la contratación, que obliga al pasajero a llevar consigo impresa la tarjeta de embarque bajo la penalización, en caso contrario, de tener que abonar 40 euros por la impresión o reimpresión de la misma en el mostrador del aeropuerto, como requisito para el embarque.

El recurso de apelación que ha interpuesto RYANAIR se contrae a la declaración de nulidad de la citada cláusula contractual, de modo que queda fuera del enjuiciamiento en esta segunda instancia la condena al pago de la aludida indemnización (a salvo los mencionados 40 €).

2. En lo que ahora interesa, el demandante relataba en su demanda que contrató con RYANAIR los vuelos Girona-Alghero (Cerdeña) y Alghero-Girona con salida el día 5 de mayo de 2010 y regreso el 10 de mayo, y que el día de la salida olvidó llevar consigo la impresión documental de la tarjeta de embarque, que la compañía exige a la hora de embarcar, por lo que debió desembolsar la cantidad de 40 € para obtener la impresión o reimpresión de la tarjeta por parte del personal de RYANAIR, de acuerdo con el clausulado contractual dispuesto por la compañía.

En la demanda se pretendía la nulidad de esa cláusula, incorporada como condición general de la contratación, al amparo de la legislación protectora de consumidores y usuarios (RDL 1/2007), por ser abusiva, señalando así mismo que es la compañía aérea la obligada a emitir la tarjeta de embarque de conformidad



con el art. 3 del Convenio de Montreal. Como consecuencia de la nulidad reclamaba la restitución de los 40 € abonados para poder embarcar.

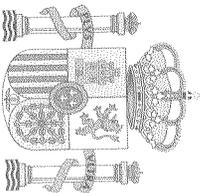
La nulidad no se vinculaba a la falta de incorporación de la cláusula a la relación contractual, o a la ausencia de información al usuario o pasajero sobre su existencia, contenido y consecuencias de su incumplimiento. De hecho, el demandante conocía la obligación de llevar el documento impreso al aeropuerto, pero, pese a que afirma que imprimió la tarjeta de embarque, se le olvidó llevarla consigo.

Interesaba así mismo el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJCE al objeto de que por el mismo se declare si esta cláusula o práctica es ajustada a la normativa comunitaria sobre el transporte de pasajeros y si la cláusula en cuestión debe considerarse abusiva, lo que vuelve a proponer en su escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO. 1. La sentencia, en primer término, rechazó el planteamiento de la cuestión prejudicial con argumentos que compartimos.

El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE, que es potestativa y no obligada para el tribunal nacional, se justifica por la existencia de dudas interpretativas sobre una norma de Derecho comunitario, que en este caso sería el art. 3 del Convenio de Montreal en la medida en que obliga a la compañía aérea a expedir un “documento de transporte” expresando ciertos datos relativos al vuelo contratado, o bien por la duda de adecuación al Derecho comunitario que pueda suscitar una norma del ordenamiento nacional. Pero la solución de la presente controversia, que se centra en el alegado carácter abusivo de la cláusula contractual dispuesta por la compañía demandada desde la perspectiva de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, no pasa por calibrar la adecuación o compatibilidad de una norma de Derecho interno con el Derecho comunitario, y tampoco por la necesidad o conveniencia de fijar una interpretación unívoca del art. 3 del citado Convenio, que es clara si se acepta que es la compañía transportista y no el pasajero quien debe emitir o expedir el “documento de transporte” al que se refiere el precepto. No cabe tampoco trasladar al TJCE, bajo la cobertura de una cuestión prejudicial, la concreta pretensión ejercitada ante el tribunal nacional para que sea resuelta por el Tribunal comunitario.

2. La sentencia considera que, en efecto, es la compañía transportista la que debe expedir ese documento. Sentada esta premisa, se plantea la sentencia si es válida la cláusula contractual que impone al pasajero la obligación de “*hacer la facturación on line y presentarse en el aeropuerto con la tarjeta de embarque impresa so pena de sufrir una penalización de 40 euros si necesita que el personal de tierra de la compañía la reimprima en cualquiera de los mostradores de facturación antes del vuelo*”. Y concluye que es nula, con base en la legislación protectora de consumidores y usuarios, porque la cláusula provoca un desequilibrio entre las prestaciones, limita los derechos del consumidor, determina una falta de reciprocidad y resulta desproporcionada, en atención (así se desprende de la fundamentación) a que la compañía aérea, mediante dicha cláusula, ha alterado sus obligaciones contractuales básicas y las ha repercutido en



el cliente, cobrando una penalización por el cumplimiento de una obligación que sólo a ella compete, cual es la de expedir o emitir la tarjeta de embarque.

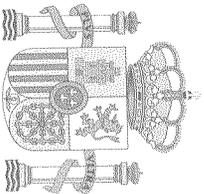
La sentencia, así lo entendemos, considera que la compañía ha desplazado sobre el cliente la obligación o carga de expedir o emitir la tarjeta de embarque (obligación de hacer *facturación on line*), imponiendo una penalización de 40 € si no lo hace, cuando dicha obligación corresponde por ley a la transportista.

TERCERO. Está admitido que RYANAIR, compañía aérea de las denominadas de bajo coste, vende sus billetes de transporte a través de internet, a solicitud del usuario mediante el acceso a la página web *www.ryanair.com*. Efectuada la contratación, RYANAIR emite un billete o documento de transporte (que el actor aporta como documento 1) y que el pasajero obtiene mediante impresión desde dicha web. RYANAIR confirma seguidamente, por e-mail que remite al usuario, la contratación del vuelo e indica al pasajero que debe hacer la *facturación on line* desde 15 días hasta 4 horas antes del horario del vuelo en la citada página web, debiendo imprimir la tarjeta de embarque y presentar ese documento impreso en el aeropuerto. En caso contrario, advierte que el pasajero tendrá que pagar una penalización de 40 euros para obtener la reemisión o reimpresión de la tarjeta de embarque por parte del personal de RYANAIR en el aeropuerto, siempre con 40 minutos de antelación a la salida del vuelo.

En el documento de transporte (documento 1) figura el número de reserva y los datos identificativos del vuelo y del pasajero, con advertencia expresa y reiterada, bajo el aviso “Importante”, de que el pasajero debe efectuar la facturación *on line* e imprimir la tarjeta de embarque en una hoja individual A4 para presentarla en la puerta de embarque.

Esta obligación y las consecuencias de su incumplimiento constan con claridad, además, en las condiciones generales de la contratación que el usuario ha de aceptar a la hora de realizar una contratación o reserva de vuelo. La cláusula sobre “facturación en línea” indica que los pasajeros *pueden* realizar (en realidad, deben, como hemos visto) la facturación en línea (*on line*) entre 15 días y 4 horas antes de la salida del vuelo en la página web *www.ryanair.com*. Seguidamente, bajo el título “Requisitos del aeropuerto” se dice que los pasajeros *deben* presentar la tarjeta de embarque en línea en el punto de control y en la puerta de embarque, añadiendo que “*cada tarjeta de embarque deberá ser imprimida y presentada en una página A4 individual. Los pasajeros que no presenten la tarjeta de embarque en línea en el punto de control de seguridad del aeropuerto o en la puerta de embarque deberán abonar el coste de reemisión de 40€ por persona y trayecto en la terminal de autofacturación o en el mostrador de ventas del aeropuerto. Este servicio está disponible hasta 40 minutos antes de la hora prevista de salida del vuelo*”. Estas condiciones se recogen, como se ha dicho, en el e-mail que la compañía remite al pasajero que ha efectuado la reserva o contratación.

CUARTO. Dicho lo que precede, no coincidimos con la sentencia apelada cuando estima que la compañía incumple la obligación de emitir o expedir el “documento de transporte” a que se refiere el art. 3 del Convenio de Montreal, o la tarjeta de embarque (que entendemos que es un documento con distinta función), desplazando hacia el usuario la carga de emitir las o expedirlas. En el

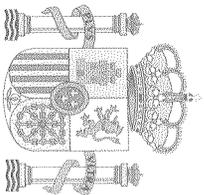


sistema descrito, RYANAIR emite o expide el “documento de transporte” a que se refiere el art. 3 del Convenio de Montreal, que contiene el número de reserva y los datos del vuelo y del pasajero contratante, y el pasajero obtiene dicho documento mediante su impresión desde la página web de la compañía. De igual manera, RYANAIR *expide* o *emite* la tarjeta de embarque, que identifica al portador como titular del billete de transporte y le asigna una plaza en el vuelo contratado. Lo que sucede es que, en el *modus operandi* de la compañía, que el pasajero ha aceptado al contratar, la tarjeta de embarque no es confeccionada, expedida y entregada al pasajero en el momento del embarque en el mostrador de tierra de la compañía, sino dos semanas antes, y es puesta a disposición del pasajero en la página web de RYANAIR con expresas instrucciones para que éste la imprima y la lleve consigo al aeropuerto para ser mostrada en la puerta de embarque. Con este método, la compañía agiliza el trámite del embarque además de obtener, sin duda, un ahorro de costes al evitar el despacho e impresión de las tarjetas de embarque a cargo de su personal de tierra en el correspondiente mostrador del aeropuerto, lo cual, al margen de que proporciona también un ahorro de tiempo al pasajero, no supone necesariamente un perjuicio contractual para el usuario o un menoscabo injustificado de sus derechos.

Desde la perspectiva de la normativa protectora de los consumidores y usuarios (arts. 80 y 82 del RDL 1/2007), no consideramos que la obligación, suficientemente advertida con antelación, a cargo del pasajero de imprimir (no ya de emitir o expedir) la tarjeta de embarque desde la página web en la que ha efectuado la contratación, y portarla consigo al aeropuerto, sea un gravamen desproporcionado, implique un desequilibrio importante entre las prestaciones o límite de manera injustificada sus derechos, en definitiva que sea abusiva en el sentido del art. 82 del RDL 1/2007. Simplemente, el pasajero debe autogestionar la obtención o recepción de la tarjeta de embarque emitida por la compañía, con antelación al vuelo, mediante el sencillo método, conocido sin duda por el pasajero, de introducir los datos de la reserva e imprimir la tarjeta, para llevar al aeropuerto el documento impreso que la incorpora, haciendo posible así el ahorro de costes y de tiempo en el momento del embarque.

La cláusula de penalización estimula el cumplimiento de dicha obligación asumida por el pasajero y sanciona, con un importe que no estimamos excesivo (tampoco el demandante afirma que lo sea), la omisión de una gestión que, en contra de lo convenido, el pasajero pondría a cargo de la compañía en el momento del embarque (la impresión o reimpresión de la tarjeta) y que la compañía ha querido evitar, sin que la consecuencia del incumplimiento sea desproporcionada (como sería la denegación del embarque), sino meramente económica y de no excesiva cuantía. Se trata, en definitiva, de un pacto amparado por la libertad contractual (art. 1255 CC), del que el pasajero es suficientemente informado y cuya aplicación (la cláusula penal) puede evitar con una mínima diligencia (entrar en la web de RYANAIR, imprimir la tarjeta y no olvidar llevarla consigo al aeropuerto).

Procede por ello estimar el recurso, desestimar la pretensión de nulidad y deducir de la cuantía indemnizatoria reconocida por la sentencia la suma de 40 euros.



QUINTO. Al ser estimado el recurso no cabe imponer las costas en esta instancia (art. 398.2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

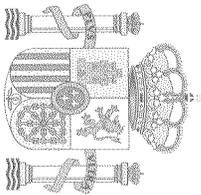
FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de RYANAIR LIMITED contra la sentencia dictada en fecha 10 de enero de 2011, que revocamos en parte, en el sentido de desestimar la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula contractual descrita en los fundamentos de esta sentencia. Así mismo, y en consecuencia, rebajamos la cuantía reconocida por la sentencia apelada en la suma de 40 euros, confirmando lo demás.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



VOTO PARTICULAR AL AUTO RESOLUTORIO DEL RECURSO DE
APELACIÓN QUE FORMULA EL MAGISTRADO JUAN F. GARNICA
MARTÍN

ALCANCE DE MI DISCREPANCIA

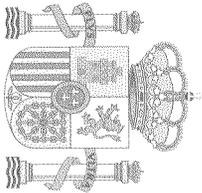
Discrepo respetuosamente de la posición de la mayoría y estimo que el recurso no debería ser estimado, al compartir la posición de la resolución recurrida que considero abusiva la cláusula que constituye el objeto de la controversia.

RAZONES JURÍDICAS EN LAS QUE FUNDO MI DISCREPANCIA:

1.^a) Comparto los argumentos que se exponen en el fundamento jurídico segundo.

2.^a) También comparto en lo sustancial los argumentos que se exponen en el fundamento tercero, así como el resumen de hechos que en el mismo se efectúa. En cambio, no creo que tengan relevancia en el caso las referencias que se efectúan en el último de sus párrafos a la publicidad que la línea aérea da a la cláusula sospechosa de abusiva. Que esa cláusula esté bien informada puede resultar relevante desde otras perspectivas, pero es una cuestión completamente irrelevante cuando de lo que se trata es de examinar la abusividad de la estipulación. Desde esta perspectiva, esto es, la del control de contenido de la cláusula, lo que interesa es exclusivamente la propia estipulación, en sí misma considerada, así como la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (art. 82.3 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante, TRLGDCU), pero no el grado de conocimiento que de la misma hayan podido adquirir sus destinatarios.

Si la estipulación es abusiva es algo completamente independiente del grado de conocimiento e información que el predisponente le haya concedido. Una estipulación abusiva no deja de serlo por el hecho de que haya podido ser conocida por los consumidores en el momento de contratar, e incluso que la hayan aceptado. Únicamente dejaría de serlo en el caso de que hubiera sido objeto de negociación individual entre el predisponente y el concreto consumidor que la hubiera aceptado (art. 82.1 TRLGDCU). Pero ni las partes han sostenido que haya existido tal negociación individual ni tampoco la mayoría lo pretende y es impensable que así ocurra en un caso como el presente, en el que está claro que se trata de una condición predispuesta por la exclusiva voluntad de RYANAIR.



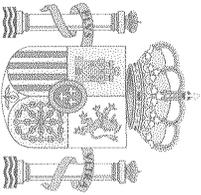
Por esa razón, tampoco puedo compartir que pueda justificar la exclusión de la abusividad el hecho de que el pasajero haya aceptado al contratar la cláusula sospechosa, como se sugiere en el fundamento cuarto. Y la razón se encuentra en que, al contrario de lo que la mayoría sostiene, no creo que exista aquí verdadera autonomía de la voluntad, dado que el pasajero, si bien tiene libertad para contratar, no la tiene (en absoluto) para definir el contenido del contrato. Por esa razón precisamente es por lo que procede el control de contenido o examen de la abusividad de la cláusula. Para efectuar ese control es irrelevante la conducta del adherente y únicamente puede ser tomada en consideración, de forma objetiva, la propia cláusula, poniéndola en relación con las demás que forman parte del contrato.

Si la simple aceptación de la estipulación incluida en el contrato excluyera el control de contenido (en otros términos: pudiera justificar que no existe abusividad), el mismo quedaría prácticamente sin contenido, y eso ni lo ha querido nuestro legislador nacional ni tampoco el comunitario. Para que la aceptación excluya el control de contenido es preciso que la misma haya sido consecuencia de un previo proceso de negociación entre las partes, proceso que no existe nunca en contratos de adhesión como el que es objeto de examen en estas actuaciones.

3.ª) También comparto el inicio del fundamento jurídico cuarto, esto es, que es la compañía aérea quien emite el documento de transporte, si bien discrepo del resto de los argumentos que se recogen en el referido fundamento.

El hecho de que el pasajero se haya visto forzado a aceptar al contratar un concreto modus operandi para hacerse con el documento de transporte que expide la compañía aérea, concretamente, conseguirlo a través de Internet por sus propios medios, no creo que pueda constituir un argumento que permita descartar la abusividad de esa estipulación. Lo que es preciso examinar es precisamente si esa estipulación es abusiva, tanto en si misma considerada como unida a la alternativa que la compañía aérea ofrece al pasajero: abonar la suma de 40 euros si para conseguirla debe acudir al personal y medios de la propia línea aérea. A estas dos cuestiones, que creo que constituyen la esencia de la controversia, no se ha dado en la resolución de la mayoría una respuesta de fondo que justifique suficientemente la estimación del recurso de apelación. En mi opinión, es mejor fundado el criterio seguido por la resolución del juzgado mercantil. A continuación desarrollaré de forma más detallada esa discrepancia.

4.ª) Como es bien sabido, para realizar el examen de la abusividad de la estipulación o estipulaciones sospechosas, es decir, el control de contenido, debe analizarse si las mismas se encuentran concernidas por la lista negra que se recoge en los arts. 85 a 90 TRLGCU y, subsidiariamente, acudirse a la cláusula general



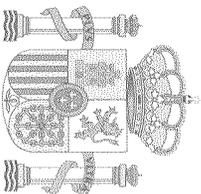
contenida en el art. 82.1 TRLGCU que, a la vez que es la norma de cierre del sistema de lista negra, constituye una norma interpretativa de todo el sistema.

El párrafo primero del art. 86 TRLGDCU considera abusivas, en cualquier caso, <<las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas>>. Debe llamarse la atención sobre una circunstancia muy relevante: para el legislador es abusiva cualquier alteración contractual que pueda traducirse en una merma de los derechos que le conceden al consumidor las normas jurídicas, tanto las dispositivas como las imperativas. Es más, si se considera que cualquier apartamiento de las normas imperativas comporta la nulidad, lo que de verdad tiene sustancia desde la perspectiva del control de contenido es el apartamiento de las normas dispositivas. Por consiguiente, para determinar si la cláusula es o no abusiva, habrá que examinar si la misma comporta un efectivo apartamiento del régimen de derechos que le concede el ordenamiento jurídico al consumidor.

La cuestión que debe analizarse no es tanto sobre quién pesa la carga de la expedición de la tarjeta de embarque sino la de sobre quién pesa la carga inherente a su entrega, de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso. Es cierto que sobre este particular se pronuncia la resolución recurrida de forma distinta al planteamiento que acabo de efectuar, aunque el mismo está implícito en él. Es cierto, tal y como afirma la mayoría en su resolución, que la cláusula cuestionada no atribuye al pasajero la carga de la expedición de la tarjeta de embarque, que en todo caso sigue expidiendo la línea aérea. Lo que el pasajero se ve forzado a hacer es simplemente procurársela en la página web de la línea aérea, donde previamente figura emitida con tiempo suficiente. No obstante, que no compartamos el planteamiento efectuado por la resolución recurrida en ese punto no invalida su argumentación sobre el carácter abusivo de la cláusula, que en mi opinión sigue siendo perfectamente fundada a pesar de esa ligera corrección.

En suma, lo que se debe examinar es si es abusiva o no la cláusula que traslada de la línea aérea al consumidor la utilización de los medios que permiten la entrega al pasajero de la carta de porte. No parece que se pueda discutir que, sin esa estipulación, el establecimiento de los medios que faciliten esa entrega (sea un operativo en una ventanilla o una máquina) venía pesando sobre la línea aérea. Lo que debe examinarse es si es legítimo que la línea aérea pueda trasladar al pasajero la carga de utilizar sus propios medios, esto es, al menos un ordenador y una impresora, para poder tener acceso a la tarjeta de embarque emitida por RYANAIR en su página web. La mayoría opina que sí es legítimo el traslado de esa carga y lo justifica con la reducción de costes que ello comporta para la línea aérea, que sin duda repercute en beneficio de la mayor parte de los pasajeros.

Personalmente no puedo compartir esa argumentación. La cuestión sería distinta si lo que se hubiera establecido es un descuento (un incentivo) para el pasajero que no precisara de esa asistencia para recibir la tarjeta de embarque, pero no así cuando lo que se ha establecido es un recargo. En tal caso, lo que debe

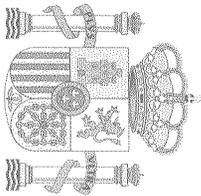


analizarse es exclusivamente si con ello se ha privado al pasajero de un derecho que le concedía la legislación.

5.ª) También desde la perspectiva de la cláusula general de abusividad se debe llegar a la conclusión de que puede ser abusiva una estipulación que suponga una modificación de lo establecido en normas de carácter dispositivo. El art. 82.1, establece que son abusivas <<las cláusulas ... 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>>.

Como se ha sostenido por la doctrina, la razón de ser del control de contenido se encuentra en el carácter inequitativo que pueden tener las estipulaciones del contrato. Por esa razón no puede sorprender que el núcleo de la cláusula general se encuentre en que la estipulación sospechosa haya podido introducir <<un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en contra del consumidor>>. Ese desequilibrio o desproporción debe ser importante, es decir, debe tener un cierto relieve o entidad; al tratarse de un concepto indeterminado o abierto lo que constituya un desequilibrio importante, pueden ser medida del mismo los propios criterios que el legislador haya positivizado.

El desequilibrio ha de ser injustificado, por ser contrario a las exigencias de la buena fe. La buena fe se constituye, en el segundo (o probablemente el primero) de los ejes en torno a los que gira la cláusula general. Según el considerando 16 de la Directiva 93/13, la buena fe consiste en la evaluación global de los distintos intereses en juego y en el trato leal y equitativo de la otra parte, cuyos intereses legítimos deben ser tenidos en cuenta. El concepto de buena fe que cabe referir a esta norma es el de buena fe en sentido objetivo, esto es: desde la perspectiva del profesional, un objetivo modelo de comportamiento leal; y desde la perspectiva del consumidor, el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables pueden formar sobre el tipo contractual propuesto. El patrón de referencia para poder deducir cuando se ha faltado a la buena fe contractual por parte del predisponente se encuentra en el derecho dispositivo. Cualquier cláusula contractual que suponga una alteración del régimen de derechos establecido en una norma dispositiva es sospechosa de incurrir en violación del principio de la buena fe contractual, lo que no significa que deba ser necesariamente abusiva sino que habrá que analizar si existe alguna compensación que suponga un equilibrio de los derechos y deberes contractuales. Lo que no es admisible es que se quiera utilizar como parámetro el mismo que se utiliza por el art. 1255 Cc para fijar los límites de la autonomía de la voluntad porque, de ser así, quedaría vacío de contenido el control de contenido. De ahí no se puede derivar la idea de que el derecho dispositivo se constituya en un límite infranqueable, de manera que el control de contenido determine una



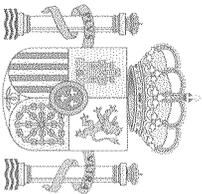
suerte de transformación del derecho dispositivo en imperativo. La cuestión es bien distinta: el derecho dispositivo es una medida del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero no la única medida posible. Cuando haya alteración de la norma de derecho dispositivo lo que será necesario ver es si se ha sustituido o no por una regulación equilibrada de los intereses en juego.

La única razón que se puede descubrir en la resolución de la mayoría que podría servir para justificar la modificación del régimen legal sería el hecho de que la predisponente RYANAIR es una compañía de bajo coste, de manera que es precisamente la repercusión en el coste de los billetes lo que justificaría esa modificación. Personalmente no puedo compartir que sea una razón justificativa porque, de serlo, quedaría sin contenido el control de contenido. Cualquier eventual restricción de los derechos de los consumidores podría quedar justificada por un menor precio de los productos o servicios contratados, algo que no juzgo compatible con nuestra legislación de consumidores.

6.^a) En cualquier caso, para concluir que, de acuerdo con lo que establece el art. 86.1 o el 82.1 TRLGDUCU, una estipulación es abusiva, es preciso examinar si la misma ha pretendido establecer un régimen de derechos y obligaciones distintos de los que se derivan del derecho positivo, cualquiera que sea su carácter (dispositivo o imperativo). La resolución recurrida analiza con mucho detalle esta cuestión para concluir que, si bien no existe una norma detallada sobre este particular, sí que existe base en ella más que suficiente para estimar que se trata de una obligación que pesa sobre la línea aérea. Comparto esas apreciaciones: tanto del derecho positivo como de la costumbre establecida se deriva con claridad que la carga de poner los medios necesarios para que la tarjeta de embarque llegue al pasajero pesa sobre la línea aérea, por lo que convertirla en una obligación del pasajero comporta alterar a través de las cláusulas del contrato el régimen de derecho positivo.

El art. 3.1 del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, que se encuentra ratificado por España y es de aplicación en nuestro territorio, establece que se expedirá un documento de transporte, individual o colectivo. No se dice expresamente que deba ser el transportista quien lo extienda, si bien queda sobreentendido, particularmente cuando el art. 3.3 precisa que “el transportista entregará al pasajero un talón de identificación de equipaje”.

Literalmente entendido, tal precepto no resuelve la cuestión, dado que la estipulación que se examina no modifica la literalidad del precepto, dado que la tarjeta de embarque la sigue expidiendo el transportista por medios electrónicos, sino que se limita a establecer un concreto procedimiento de entrega que exige que el consumidor ponga medios informáticos propios y algunos conocimientos, siquiera que sea básicos, sobre su manejo. Si bien el Convenio no hace referencia a ningún concreto procedimiento de entrega, la cláusula examina impone al



consumidor un procedimiento de entrega que podría decirse que no es el usual y que le comporta asumir unas cargas que en otro caso no habrían pesado sobre él.

Tampoco las normas legales internas son mucho más explícitas. La Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, regula en sus arts. 92 y 93 los requisitos del pasaje, pero no hace referencia alguna al procedimiento de entrega.

No obstante, que no haya una regulación explícita de ese procedimiento de entrega no significa que no pueda deducirse de la regulación legal el principio de que los costes de esa entrega deben pesar sobre quien tiene la carga de cumplir esa obligación, que no existe duda alguna que es el transportista o expedidor. Por consiguiente, lo que supone una alteración del régimen positivo no es tanto el establecimiento de un sistema u otro de entrega sino el que se pueda trasladar al consumidor obligaciones que legalmente no pesaban sobre él, como son las constituidas por tener que utilizar medios informáticos propios para hacerse con la carta de entrega, y, el tener que abonar retribución al expedidor por el hecho de hacer uso de sus propios medios para el cumplimiento de una obligación propia. La obligación del expedidor no se limita a la simple expedición sino que la expedición no es más que el presupuesto necesario para la posterior entrega al pasajero. En realidad, lo que cabe deducir del derecho positivo es la obligación de entrega al pasajero de la tarjeta de embarque o carta de porte, cumpliéndose por consiguiente el presupuesto necesario para juzgar abusiva la cláusula o condición general que ha pretendido modificar ese régimen legal.

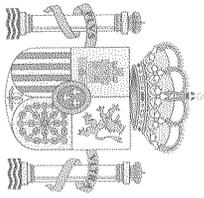
7.^a) Desde una perspectiva distinta, tampoco puedo compartir la apreciación de la mayoría de que no es abusiva la penalidad de 40 euros que a modo de sanción se impone al pasajero que no haya conseguido hacerse por sus propios medios la carta de porte no tenga carácter abusivo y deba acudir al personal de la línea aérea en el aeropuerto.

Para juzgar sobre esa estipulación creo que es preciso estar al art. 85.6 TRLGDCU, que incluye en la lista negra de cláusulas abusivas las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Para juzgar lo desproporcionadamente alta que es esa sanción debe atenderse, de forma esencial, a dos datos:

A) Que no es infrecuente que esa cantidad puede llegar a ser más elevada incluso que el precio de la propia prestación principal de los servicios a que se ha comprometido a prestar la línea aérea.

B) No se dispone de ningún dato que permita sostener la idea de que esa cantidad se corresponda con el costo efectivo que comporta para el predispuesto la propia prestación del servicio, ni tampoco es imaginable que se pueda corresponder con él.

Barcelona, a 5 de octubre de 2011.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.