

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063763

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE GIJÓN N.º 3

Sentencia 2/2019, de 8 de enero de 2019

Rec. n.º 377/2018

SUMARIO:**Contrato de transporte. Transporte aéreo. Condiciones generales de la contratación. Contrato de adhesión. Cláusulas abusivas.**

Acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en materia de condiciones generales de la contratación que tiene por objeto declarar abusivas determinadas condiciones generales de contratación en materia de transporte.

La Ley 7/1998 (LCGC), resulta de aplicación a los llamados «contratos de adhesión», en los que intervienen el predisponente, esto es, el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas pre-redactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos, y el adherente, que puede ser consumidor o no, persona física o jurídica, pudiendo tratarse de otro profesional que no actúe en el marco de su actividad. Se considerarán abusivas las cláusulas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones.

La posibilidad de que el transportista repercuta en el pasajero los incrementos de tasas o impuestos (ajenos a su voluntad), será abusiva si veda al consumidor el derecho de apartarse del contrato si el precio final resulta muy superior al contratado.

En el supuesto en que el pasajero no utiliza el billete, circunstancia ajena a la Entidad demandada, el justo equilibrio de las prestaciones contratadas exige que los gastos que se le ocasionen a la demandada por la devolución de la tasa pueda repercutirlos al pasajero, pues no tiene el deber jurídico de soportar tal coste.

La privación al consumidor de su derecho a resolver el contrato en casos de fuerza mayor o caso fortuito, y de otro, la limitación a dos únicos supuestos de fuerza mayor contemplados en la condición (defunción o intervención quirúrgica obligatoria de los familiares descritos, sin equiparación de la pareja de hecho con el cónyuge), permiten afirmar que dicha condición implica una renuncia a derechos reconocidos a toda persona, resultando por tanto abusiva.

También considera abusivo y gravoso para los usuarios la condición referida al derecho del transportista a inspeccionar el equipaje "cuando establece que por motivos de seguridad, el transportista o las autoridades podrán en todo momento y desde que el equipaje le es entregado por el pasajero, registrar e inspeccionar, con los dispositivos técnicos o medios humanos necesarios, todo o parte del equipaje pues el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, no habilita al personal de una compañía aérea a registrar el equipaje de sus pasajeros, actuación que ha de quedar reservada a las fuerza de seguridad y, en su caso, al personal de la seguridad privada.

De igual modo es abusivo, en cuanto a la exoneración por los daños ocasionados al equipaje, salvo negligencia por parte del transportista, ya que dicha cláusula establece, en perjuicio del consumidor, un régimen de responsabilidad distinto al previsto en el Convenio de Montreal.

De la misma manera la sentencia define como un abuso para los usuarios las condiciones referidas al «derecho del transportista a denegar el transporte a los pasajeros» y la referida a la documentación de viaje, «ya que los únicos documentos de viaje que acepta son: para vuelos domésticos en España, carné de conducir expedido en España o permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor. Hay que tener en cuenta que según el citado Programa Nacional de Seguridad, tratándose de vuelos nacionales:

- 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; y

- los pasajeros de terceros países pueden identificarse con permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor, o con carné de conducir expedido en España.

Restringen los derechos legalmente reconocidos a los consumidores y usuarios y es nula la cláusula al limitar los documentos fijados por disposición legal o reglamentaria para realizar aun transporte aéreo, no aceptando la Compañía aérea demandada un DNI caducado para vuelos nacionales o que tengan lugar dentro del espacio Schengen, cuando la normativa señalada lo contempla expresamente.

Es absolutamente ineficaz, por nula, una cláusula incluida en un contrato de adhesión en la que se fije la sumisión a un Tribunal distinto al tenido por competente según las reglas de la competencia territorial.

Sin embargo, no es abusivo ni desproporcionado (la demandada aporta los costes que la suponen) el cobro de 30 euros por obtener la tarjeta de embarque en el aeropuerto y no traerla impresa el consumidor ya que en la página web de la demandada se informa, de manera clara y precisa, transparente y sin ambages, que el pasajero debe acudir al aeropuerto con la tarjeta de embarque impresa o descargada en su dispositivo de telefonía móvil.

PRECEPTOS:

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 1, 2, 12 y 16.3.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 82.1, 85, 86 y 90.

Directiva 93/13 CEE, (Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebradas con consumidores), arts. 2 y 3.

Ley Orgánica 2/1986, (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) art. 4.2.

Ley 23/1992, (Seguridad Privada), art. 12.

Ley 39/2015, (LPAC), art. 18.1.

Convenio de Montreal arts. 3 y 17.2.

Código civil, art. 1.255.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 50, 54.2 y 394.

PONENTE:

Don Rafael Abril Manso.

Magistrados:

Don RAFAEL ABRIL MANSO

JDO. DE LO MERCANTIL N. 3

GIJON

SENTENCIA: 00002/2019

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA S/N 3ª PLANTA-GIJÓN

Teléfono: 985176747, Fax: 985176746

Equipo/usuario: DSL

Modelo: S40000

N.I.G.: 33024 47 1 2018 0000377

JVB JUICIO VERBAL 0000377 /2018

Procedimiento origen: /



Sobre OTROS VERBAL

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO TOLL MUSTEROS

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. VOLOTEA, S.A.

Procurador/a Sr/a. IGNACIO DIAZ TEJUCA

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 2/19

En Gijón, a ocho de Enero de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, D. RAFAEL ABRIL MANSO, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número TRES de los de Oviedo y su partido judicial, con sede en Gijón, los presentes autos de JUICIO VERBAL registrados con el número 377/2018, promovidos a instancia de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que compareció en los autos representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Francisco Toll Musteros y con la asistencia jurídica de la Letrada Sra. Dña. Camino González-Fanjul Torre, contra la mercantil VOLOTEA S.A., que compareció en los autos representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Ignacio Díaz Tejuca y asistida jurídicamente por la Letrada Sra. Dña. Beatriz García Gómez, sobre el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la actora se interpuso demanda de Juicio Verbal contra la compañía aérea VOLOTEA S.A., en la que, con base en los argumentos de hecho y derecho que estimó pertinentes, solicitó que se declarase el carácter abusivo y por consiguiente la nulidad de las Condiciones 4.2, 4.4, 4.5, 6.2, 6.5, 11.1, 20 y del Anexo II de las Condiciones de Transporte, ordenando la cesación en el empleo y difusión de las mismas, eliminándolas de sus condiciones de transporte, absteniéndose de utilizarlas en lo sucesivo, ordenando su publicación a costa de la demanda, del fallo de la Sentencia junto con el texto de las cláusulas afectadas en el BORME, librando mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la Sentencia en el mismo, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que contestase por escrito la demanda en el plazo de 10 días, lo que hizo, oponiéndose a la demanda al considerar que las condiciones generales de transporte de la mercantil VOLOTEA S.A. son conformes a Derecho, solicitando la imposición de costas a la actora, quedando seguidamente los autos en poder del Juzgador para dictar Sentencia al no haber solicitado los litigantes la celebración de Vista.

Tercero.

En la sustanciación del proceso se han observado, en esencia, todas las prescripciones legales, excepto la relativa al plazo para dictar Sentencia, debido a la complejidad del asunto sometido a examen y a la extraordinaria carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado, que obliga a establecer preferencias para la resolución de asuntos pendientes en favor de los más urgentes, entre los cuales no se halla el presente.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se ejercita en la presente litis una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en materia de condiciones generales de la contratación que tiene por objeto declarar abusivas determinadas condiciones generales de contratación en materia de transporte utilizadas por la mercantil demandada, VOLOTEA S.A.

La Entidad actora, la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), es una entidad sin ánimo de lucro y de ámbito nacional, que tiene por finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios de todo tipo de productos y servicios, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 593697 desde el 29 de Octubre de 2009, así como en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios con el número 21, con efectividad desde el 15 de Diciembre de 2011. Por su parte, la mercantil demandada es una compañía de transportes aéreos española, con domicilio social en el Principado de Asturias, aeropuerto de Santiago del Monte, que tiene por objeto la prestación de servicios a los pasajeros aéreos, ejerciendo su actividad en los términos y condiciones señalados en sus condiciones generales de transporte.

Básicamente, ASUFIN fundamenta su demanda en los artículos 12 y 16.3 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en relación con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre (en adelante, TRLGDCU), al considerar que las condiciones generales contenidas en el contrato presentado a los consumidores y usuarios cuando contratan con la demandada son abusivas por lo que solicita su nulidad además de la cesación en el empleo y difusión de tales condiciones generales, la publicación de la Sentencia y la inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

En particular, las condiciones cuya cesación interesa son las siguientes:

- Condición 4.2 de las Condiciones de Transporte relativa a "Impuestos y tasas".
- Condición 4.4 de las Condiciones de Transporte relativa a "Devolución del precio/reembolso".
- Condición 4.5 de las Condiciones de Transporte relativa a "Circunstancias excepcionales".
- Condición 6.2 de las Condiciones de Transporte relativa a "Restricciones en el equipaje".
- Condición 6.5 de las Condiciones de Transporte relativa a "Derecho del transportista a inspeccionar el equipaje".
- Condición 11.1 de las Condiciones de Transporte relativa a "Derecho del transportista a denegar el transporte a los pasajeros".
- Condición 20 de las Condiciones de Transporte relativa a "Ley aplicable y jurisdicción".
- Anexo II de las Condiciones de Transporte relativa a "Tabla de tarifas"

Por su parte, la Entidad demandada se opone a tal declaración considerando que las condiciones impugnadas por la Asociación actora no resultan, en ningún caso, contrarias a Derecho.

Segundo.

El ámbito objetivo de aplicación de la LCGC viene definido en su artículo 1, según el cual:

<< 1. 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.

2. 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 >>.

El ámbito subjetivo, por su parte, lo determina el artículo 2 de la LCGC, que dispone:

<< 1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente).

2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.



3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad >>.

Por tanto, esta Ley resulta de aplicación a los llamados "contratos de adhesión", en los que intervienen el predisponente, esto es, el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos, y el adherente, que puede ser consumidor o no, persona física o jurídica, pudiendo tratarse de otro profesional que no actúe en el marco de su actividad.

El documento número 3 de los acompañados con el escrito de demanda recoge, extraído de la página web de la demandada, las cláusulas o estipulaciones que rigen el contrato de transporte que celebra la demandada con sus pasajeros. Se trata de un contrato de adhesión al que resulta de aplicación el antes citado artículo 1 de la LCGC, que encuentra su razón de ser en la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en su artículo 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva "las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3", señalando el artículo 3 que:

<< las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato >> .

Este concepto de cláusula abusiva contenido en la Directiva comunitaria se reproduce en la Exposición de Motivos de la LCGC y en el artículo 82.1 apartados 3º y 4º del TRLGDCU, que considera como cláusula abusiva la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares, reputándose nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, apreciándose el carácter abusivo de una cláusula teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, siendo abusivas en todo caso las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive, del TRLGDCU:

- a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b) Limiten los derechos del consumidor y usuario.
- c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Expuesto el marco normativo aplicable, la adecuada sistemática a seguir para la resolución del presente litigio exige el examen detenido y pormenorizado en los siguientes Fundamentos de Derecho de cada una de las condiciones generales de la contratación cuyo carácter abusivo o no transparente se denuncia por ASUFIN.

Tercero.

En relación a la condición 4.2 de las Condiciones de Transporte relativa a "Impuestos y tasas", considera la demandante que la misma resulta abusiva por la imposibilidad por parte de la compañía aérea de repercutir el aumento o disminución de las tasas una vez formalizada la reserva.

La literal redacción de esta condición general es la que sigue:

<< (...) Las tasas están sujetas a decisiones ajenas al Transportista, por lo que si se redujeran o aumentaran con posterioridad a la realización de la reserva pero antes de volar el Pasajero, éste tendrá el derecho y la obligación, respectivamente, de asumir tales modificaciones, autorizando el Pasajero a Volotea de forma expresa para cargar el incremento o abonar la diferencia en la misma tarjeta a través de la cual se realizó el pago del Billete si éste hubiera sido el medio de pago. Volotea podrá cancelar las reservas de aquellos Pasajeros que no habiendo pagado con tarjeta de crédito la reserva y habiendo sido notificados del incremento de una tasa no hayan procedido al abono de la diferencia antes de volar >>.

ASUFIN considera que esta cláusula es abusiva de conformidad con lo establecido en el artículo 85.10 del TRLGDCU, por la imposibilidad por parte de la compañía aérea de repercutir el aumento o disminución de tasas una vez formalizada la reserva. Por el contrario, la entidad Volotea se opone a la cesación y declaración de nulidad

por considerar que en el caso de un incremento de tasas aeroportuarias la modificación de las mismas no las impone el empresario, sino las autoridades aeroportuarias.

El propio artículo 85.10 TRLGDCU, en su segundo párrafo, señala además, que << Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la 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 >> .

Por tanto, según Volotea, esta estipulación autoriza al transportista el derecho de adaptar los precios según un índice legal. Y en el caso que nos ocupa se trata de un caso similar pues un ente público, AENA, es el que modifica las tasas además de que la modificación del precio por un aumento de las tasas, nunca supone un incremento muy superior al inicialmente estipulado. En la cláusula que se impugna el transportista se reserva la facultad de repercutir, con posterioridad a la reserva y pago por el consumidor del precio del billete, las eventuales subidas de tasas que pudieran acaecer, cuya fijación es ajena al transportista. No solo se establece que es una obligación y derecho del pasajero asumir tales modificaciones en cuanto al precio final del billete sino que se le cargará de inmediato en la misma tarjeta en la que se le hubiera cargado el precio del billete, si ese hubiera sido el medio de pago y, para el caso de que no lo hubiera sido y no se abone tras notificársele el incremento se procederá a la resolución del contrato. Considera la demandada que la cláusula en cuestión cumple con el requisito de transparencia, no generando confusión alguna para el consumidor, pues su redacción es clara y comprensible.

La cuestión debatida en la presente litis ya ha sido resuelta de manera expresa por la Sección especializada en asuntos de lo mercantil de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en relación a otra compañía aérea que utilizaba la misma cláusula, con una redacción literalmente igual a la que se examina en el presente caso. En el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia número 363/2013, de 21 de Octubre, en la que fue Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José María Ribelles-Arellano, se indica lo siguiente:

<< QUINTO

Delimitados los términos del debate, coincidimos con el criterio de la sentencia (AC 2012, 492) de instancia. En efecto, el artículo 85.10 del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) declara abusivas, por vincular aspectos del contrato a la voluntad del empresario, "las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorgan 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". Como indica la juez a quo, el carácter abusivo de la cláusula no viene determinado por la posibilidad de que el transportista repercuta en el pasajero los incrementos de tasas o impuestos, sino por vedar al consumidor el derecho de apartarse del contrato si el precio final resulta muy superior al contratado.

No se discute que las tasas seas aprobadas o modificadas por la Ley General de Presupuestos del Estado y que son gestionadas por el ente público AENA. Tampoco que VUELING pueda revisar el precio para repercutir en el pasajero los incrementos en las tasas aeroportuarias posteriores a la reserva, posibilidad expresamente contemplada en el artículo 157.2 ° del TRLGDCU para los viajes combinados. Concurrirían, en tal caso, razones objetivas que justificarían el aumento. Lo que se se infiere de este último precepto es que las tasas, desde la perspectiva del viajero, forman parte del precio final. Por ello, 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 la condición impugnada, que sólo contempla el derecho y la obligación del pasajero de asumir las modificaciones en las tasas.

La demandada sostiene que las tasas representan una cantidad proporcionalmente baja en relación con el importe total del billete y, por tanto, que cualquier incremento en ningún caso será "muy superior" o inasumible para el pasajero, alegación que no compartimos. Cabe admitir como hipótesis que las tasas representen una parte sustancial del precio, no sólo para las compañías de bajo coste sino también en ofertas y promociones de compañías tradicionales.

Descartamos que la previsión contractual tenga amparo en el apartado segundo del artículo 85.10°, 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". La repercusión de tasas e impuestos al pasajero nada tiene que ver con la fijación del precio de acuerdo con parámetros legales previamente establecidos.

Discrepamos, por el contrario, de la sentencia de instancia cuando advierte en la cláusula impugnada una limitación inaceptable y, por ende, abusiva, de la forma de pago. El artículo 88.1 del TRLGDCU no contempla, en términos generales, una libertad absoluta de elección de la forma de pago. Es del todo lógico que la repercusión de la tasa, de ser procedente, se haga efectiva por el mismo medio de pago empleado para abonar el billete. Resulta razonable, por ello, que la cláusula así lo prevea. La elección de la forma de pago la realiza el pasajero cuando

contrata el vuelo. No apreciamos, por tanto, que exista la imposición que se denuncia en la demanda. Por todo ello, debemos estimar el recurso de la demandada en este punto concreto >>.

Por tanto, considera la Audiencia Provincial de Barcelona que esta cláusula no debe considerarse abusiva, por no quedar al arbitrio del profesional el aumento legal de impuestos durante la vigencia del contrato.

En el análisis de esta cláusula, lo primero que se observa es que la misma cumple perfectamente con el requisito de transparencia. Para analizar si la misma es abusiva, con carácter previo debe examinarse si la misma es transparente, en el sentido de que resulte clara y comprensible, y desde esta perspectiva, la cláusula 4.2 de las Condiciones de Transporte es manifiestamente transparente, toda vez que:

1. Su redacción es clara, concisa, precisa y comprensible, no generando confusión en el consumidor.

2. Informa al consumidor de una circunstancia ajena a su voluntad que puede tener lugar durante la vigencia del contrato que les vincula y que puede tener incidencia en el precio final.

Resultando transparente, la cláusula en cuestión no resulta abusiva, haciendo nuestro el argumentario jurídico contenido en la antecitada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues tratándose de una circunstancia ajena a los contratantes la regulada en la condición general, debe descartarse que estemos en presencia de una cláusula abusiva, pues, precisamente, una exigencia para su declaración como abusiva es que quede al arbitrio exclusivo y unilateral del predisponente, como señala el artículo 85 del TRLGDCU, no reservándose en la cláusula facultad alguna de interpretación del contrato o de modificación del mismo a favor de la mercantil demandada, no generando desequilibrio alguno entre las partes, contemplando un remedio equitativo e igualitario para evitar un eventual enriquecimiento injusto a favor de las partes contratantes derivada de una circunstancia ajena a ellas, cual es la decisión de aumentar o disminuir la tasa.

En consecuencia, en este extremo concreto referido a la Condición 4.2, la demanda debe desestimarse.

Cuarto.

Respecto de la condición 4.4 de las Condiciones de Transporte relativa a "Devolución del precio/reembolso", considera la actora que la misma resulta abusiva por limitar los derechos del consumidor en relación con la devolución de una tasa pública, no pudiendo imponer la compañía aérea al consumidor trabas para que éste perciba una tasa previamente abonada por un concepto que no se ha devengado, considerando dicha condición contraria al artículo 86.7 del TRLGDCU.

La cláusula en cuestión reza del siguiente modo:

<< Salvo lo previsto en estas Condiciones, y salvo que de otro modo se acreditase en la Tarifa o mediante el correspondiente seguro de cancelación, Volotea no será responsable en caso de que el Pasajero no utilice el Billete para el Vuelo correspondiente. Lo anterior no generará obligación alguna para Volotea de devolución o reembolso del precio.

Volotea tampoco deberá devolver, en caso de no utilización del Billete por parte del Pasajero, el suplemento de combustible, cargo de gestión, impuestos o cualquier otro importe pagado por el Pasajero por el Vuelo contratado. Sin embargo, Volotea sí deberá proceder al reembolso del importe pagado por el Pasajero en concepto de Tasas de Aeropuerto y Tasas de Seguridad cuando haya sido solicitado por el Pasajero y tras descontar del importe a devolver la cantidad de 5 euros por trayecto y pasajero, en concepto de gastos de gestión >>.

Entiende ASUFIN que la referida cláusula es abusiva, pues en los supuestos en los que un pasajero no utilice el billete o título de transporte, la compañía únicamente queda obligada a devolver las tasas descritas, previo descuento de 5 euros por trayecto y pasajero, con motivo de unos gastos de gestión que carecen de fundamento, no pudiendo cobrar la compañía unos gastos por devolver un dinero que legalmente le corresponde al pasajero.

Por su parte, la compañía aérea VOLOTEA entiende que la cláusula en cuestión es perfectamente válida, clara y comprensible y no resulta abusiva, pues VOLOTEA no debe soportar el gasto que supone la devolución del precio de un billete que no ha sido utilizado por el pasajero, pues no es una circunstancia que pueda imputarse a VOLOTEA.

En relación al examen previo de la transparencia de la cláusula, la misma resulta comprensible, está redactada de manera que su contenido es legible y fácilmente descifráble por el consumidor o usuario, describiendo de manera cognoscible por su destinatario el supuesto de hecho que regula, cual es que la devolución de las tasas genera un gasto de gestión para VOLOTEA, no contando la cláusula examinada con tecnicismo alguno que hiciera farragosa su lectura o comprensión.



Resultando transparente la cláusula, no se reputa abusiva la misma. Contextualizada la cláusula en el supuesto en que el pasajero no utiliza el billete, circunstancia ajena a la Entidad demandada, el justo equilibrio de las prestaciones contratadas exige que los gastos que se le ocasionen a la demandada por la devolución de la tasa pueda repercutirlos al pasajero, pues no tiene el deber jurídico de soportar tal coste. Acreditado con el documento número 2 de los acompañados con el escrito de contestación a la demanda que la compañía tiene suscrito un contrato con la empresa Sitel Ibérica Teleservices S.A.U., por el que externaliza la gestión de las solicitudes de devolución de tasas a pasajero en caso de no utilización del billete, percibiendo la citada mercantil Sitel unos honorarios basados en un sistema tarifario por el que se fija un precio unitario por llamada, correo electrónico o reclamación escrita atendidas, en función de la duración media de las llamadas, debe considerarse ajustado el cobro de 5 euros por tal gestión cuando la demandada está abonando, por tal supuesto, a la empresa externalizada, una media de 3,989 €, costes indirectos a los que deben añadirse los directos derivados de la utilización de los medios materiales y recursos humanos que la compañía destina a supervisar el servicio de atención al cliente en lo relativo a la devolución de tasas, por lo que soportando un coste económico por una circunstancia ajena a su voluntad e incardinable en la esfera de responsabilidad del pasajero, ha de considerarse que la solución prevista en la cláusula en cuestión es ajustada a Derecho y equilibrada.

Por tanto, también debe desestimarse la demanda en este extremo concreto referido a la Condición 4.4.

Quinto.

En lo que se refiere a la condición 4.5 de las Condiciones de Transporte relativa a "Circunstancias excepcionales", considera ASUFIN que la misma resulta abusiva por los cuatro motivos siguientes:

Por privar al consumidor de su derecho a resolver el contrato.

Por limitarse la cláusula a los dos únicos supuestos de intervención quirúrgica y defunción.

Por limitar las personas afectadas por la intervención quirúrgica o por el fallecimiento a familiares directos de primera o segunda línea de consanguinidad.

Por el desequilibrio que genera en las partes en relación la imposibilidad de beneficiarse de rebajas de tarifas.

El contenido de la indicada cláusula es el siguiente:

<< Con carácter general, Volotea no será responsable de la no utilización del Billete por parte del Pasajero salvo que se den las siguientes circunstancias:

I. Intervención quirúrgica

En el supuesto de que algún familiar directo, de primera o segunda línea de consanguinidad deba requerir una intervención quirúrgica irremplazable en la fecha del Vuelo, el Pasajero podrá solicitar gratuitamente un cambio de fecha del mismo, pero en ningún caso podrá solicitar la devolución del importe del Billete. No obstante lo anterior, en caso de que hubiese una diferencia de Tarifa en la nueva asignación de Vuelos con respecto a la original se deberá abonar la cantidad correspondiente.

Se establece un período máximo de 6 meses desde la fecha del Vuelo para realizar los nuevos trayectos asignados.

II. Defunción

En caso de defunción del Pasajero, sus familiares pueden solicitar el reembolso del Billete. En el supuesto de que la persona fallecida fuese algún familiar directo, de primera o segunda línea de consanguinidad del Pasajero, se podrá solicitar el cambio de fechas sin coste adicional, salvo la posible diferencia de Tarifas.

Se establece un período máximo de 6 meses desde la fecha de compra del Billete para realizar los nuevos trayectos asignados.

III. Disposiciones comunes

Con respecto a los casos anteriores, el Pasajero, o sus familiares (en caso de que éste hubiera fallecido), deberá comunicar la contingencia a Volotea antes de la salida del Vuelo. Para acreditar la intervención o el fallecimiento, sólo se admitirán certificados médicos o de defunción en el plazo de 10 días hábiles, a contar desde el mismo día en el que se produce la contingencia. La aceptación de estos documentos quedará siempre supeditada a la valoración de Volotea.

No se tendrán en consideración las peticiones recibidas fuera de plazo, salvo causa de fuerza mayor, a juicio de Volotea >>.

Por su parte Volotea se opone a la pretensión de nulidad puesto que Vueling facilita una alternativa a los pasajeros que, por causas excepcionales, pero imputables a los mismos (no por causas imputables a Volotea) no

puedan viajar el día previsto, lo puedan hacer en una fecha posterior. Con la expresión "intervención quirúrgica irremplazable" se está refiriendo precisamente a intervenciones graves y urgentes no previstas al tiempo de adquirir el billete. Se afirma que si el pasajero no se encuentra en condiciones de viajar, la compañía devuelve el dinero del billete.

No se discute que la cláusula en cuestión, de la que se postula la nulidad únicamente de los apartados I y II, no del III, referido a las Disposiciones Comunes, no sea transparente y, en efecto, de su lectura, clara y comprensible, se extrae que el consumidor no puede exigir la devolución del precio del billete sino cuando concurren las dos únicas circunstancias que se mencionan en la cláusula de intervención quirúrgica o fallecimiento, excepciones que no conllevan la devolución del precio del billete sino la posibilidad de realizar el trayecto contratado en otra fecha posterior.

Ahora bien, compartimos la tesis actora en cuanto a que no se limite la posibilidad de solicitar la devolución del precio del billete cuando concurren únicamente los supuestos previstos de intervención quirúrgica irremplazable o defunción de un pariente del pasajero, pues todo contratante ostenta la posibilidad legal de liberarse de las responsabilidades asumidas en el contrato cuando concurren casos de fuerza mayor, esto es, supuestos inevitables, aún en el caso de que hubieran podido ser previstos, tal y como especifica el artículo 1105 del Código Civil, ciñéndose la presente condición únicamente a dos posibles circunstancias liberadoras o resolutorias dentro del amplio y genérico concepto de "fuerza mayor", cuales son la intervención quirúrgica y el fallecimiento de un familiar de los que señala, por lo que tales circunstancias excepcionales no pueden obligar a mantener el contrato para realizar el vuelo en los 6 meses siguientes, puesto que supondría la imposición de una condición excesivamente gravosa y supone una clara limitación de derechos del consumidor y usuario prohibida en el artículo 86.7 del TRLGDCU y, especialmente, limitación del derecho de poner fin a los contratos tal y como se prevé en el artículo 67.6 del TRLGDCU.

En este sentido, se considera abusiva y, por ende, nula la condición 4.4. por no contemplar la posibilidad del pasajero de desvincularse del contrato en los supuestos descritos de fuerza mayor, sin que esté obligado a cambiar el billete y viajar en un plazo de seis meses.

Esta misma naturaleza abusiva fue la contemplada para una condición general de contenido idéntico por la Sentencia número 363/2013, de 21 de Octubre, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que la demandada considera no aplicable al supuesto de autos por ir referida a un viaje combinado, lo que no se comparte, pues con independencia de que el régimen jurídico previsto para este tipo de viajes se regule específicamente en el Libro IV del TRLGDCU, es lo cierto que el contenido literal de la cláusula es el mismo y que, efectivamente, la limitación de la cláusula a esos dos supuestos de fuerza mayor presenta un carácter restrictivo o tasado que implica la exclusión de otros acontecimientos a priori imprevisibles y que pueden ser constitutivos de fuerza mayor.

Además compartimos con la demandante que la cláusula obvia otras circunstancias excepcionales que puedan afectar a la salud o, en general, que puedan considerarse como constitutivas de fuerza mayor, que pueden englobarse en el ámbito del artículo 1105 del Código Civil, teniendo la condición, por tanto, un carácter restrictivo o tasado, en el sentido de excluir otros acontecimientos imprevisibles que impidan al pasajero realizar el viaje, compartiéndose plenamente la tesis actora y la contenida en la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que al respecto, expresa en sus Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo lo siguiente:

<< SEXTO

La parte actora también impugnó la cláusula 4.4º, que bajo el epígrafe "circunstancias especiales" establece que "sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados relativos a la no devolución del precio y el coste por cambio de vuelos, VUELING aplica un régimen especial en los siguientes supuestos:

A) INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA: En el caso de que el Pasajero, su cónyuge, hijo, padre o madre hayan de sufrir una intervención quirúrgica obligatoria en la fecha del vuelo, se podrá solicitar gratuitamente un cambio de fecha del mismo, pero en ningún caso podrá solicitar la devolución del importe del Billete. No obstante lo anterior, en caso de que hubiese una diferencia de tarifa en la nueva asignación de vuelos con respecto a la original se deberá abonar. Se establece un periodo máximo de 6 meses desde la fecha de compra del Billete para realizar los nuevos trayectos asignados. Es decir, se tendrá que volar antes de que transcurran 6 meses desde la fecha de compra del Billete o Billete de Conexión.

B) DEFUNCIÓN: En caso de defunción del Pasajero, sus familiares pueden solicitar el reembolso del Billete. En el supuesto de que la persona fallecida no fuese el Pasajero, sino el cónyuge, padre, madre o hijo del Pasajero se podrá solicitar el cambio de fechas sin coste adicional, salvo la diferencia de tarifas en su caso. Se establece un periodo máximo de 6 meses desde la fecha de compra del Billete para realizar los nuevos trayectos asignados. Es decir, se tendrá que volar antes de que transcurran 6 meses desde la fecha de compra del Billete o Billete de Conexión.



C) DISPOSICIONES COMUNES: Para acreditar la intervención o el fallecimiento, solamente se aceptarán certificados médicos o de defunción, respectivamente, que se deberán presentar en el plazo de 7 días hábiles, a contar desde el mismo día en el que se produce la contingencia. No se tendrán en consideración las peticiones recibidas fuera de plazo, salvo fuerza mayor. En todo caso, se deberá haber avisado a VUELING telefónicamente antes de la salida del vuelo afectado. La aceptación o no de estos documentos quedará siempre supeditada a la valoración de VUELING. "

La sentencia (AC 2012, 492) de instancia, que acoge en parte la pretensión de la demandante, considera abusivos los apartados A) y B), en la medida que no contemplan la posibilidad de solicitar la devolución del billete en alguno de los supuestos regulados -defunción o intervención quirúrgica obligatoria-. La facultad de liberarse del contrato en los casos de fuerza mayor, señala la sentencia, corresponde a todo contratante. La cláusula excluye esa facultad, lo que constituye una limitación de los derechos del consumidor prohibida por el artículo 86.7° del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) . En segundo lugar, la falta de equiparación de la pareja de hecho con el cónyuge, al entender de la juez a quo, constituye una merma clara de los derechos de la primera y un claro desequilibrio de los derechos derivados del contrato para el consumidor pareja de hecho. Por ello declara la nulidad de esos apartados.

Por el contrario descarta la nulidad del apartado C), que contempla un plazo de siete días para poner de manifiesto la circunstancia excepcional, pues es coherente exigir al consumidor una diligencia mínima para poner en conocimiento del transportista la situación extraordinaria que va a suponer la resolución del contrato. Tampoco considera abusivo que se exija al pasajero que acredite la situación excepcional mediante certificados médicos o de defunción y que se reserve al transportista la facultad de valorar la veracidad de esos documentos.

VUELING recurre en apelación ese pronunciamiento de la sentencia. Considera que el contrato ofrece a los pasajeros una alternativa cuando, por causas excepcionales, pero imputables al propio pasajero, no está en condiciones de volar. Considera que no toda intervención quirúrgica puede considerarse un caso de fuerza mayor y que la cláusula no es excluyente de otras situaciones que impidan al pasajero viajar. Descarta que la falta de equiparación de la pareja de hecho al cónyuge infrinja el artículo 86.7° y aduce que VUELING, en la práctica diaria, aplica todas las ventajas citadas a las parejas de hecho.

La OCU se opone al recurso y solicita se confirme la nulidad de los apartados A) y B) de la cláusula 4.4°, por los motivos que refiere la sentencia de instancia y por constreñir las circunstancias excepcionales a los supuestos tasados de fallecimiento o intervención quirúrgica, descartando otras situaciones de fuerza mayor. Por otro lado impugna la sentencia en tanto en cuanto no declara la nulidad del apartado C). A su entender, fijar un plazo perentorio y exclusivo de siete días constituye un obstáculo oneroso o desproporcionado para el usuario contrario al artículo 87.6° de la Ley. Y atribuir al transportista la capacidad de valorar los documentos acreditativos de la circunstancia excepcional implica atribuirle la facultad exclusiva de interpretar el contrato, lo que, a su entender, es contrario artículo 85.3° del TRLGDCU.

SÉPTIMO

También coincidimos con las consideraciones de la juez a quo, que hacemos nuestras, y con la conclusión a la que llega. En efecto, el artículo 87 considera abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas. Los apartados A) y B) regulan como "circunstancias excepcionales" situaciones que son o pueden ser constitutivas de supuestos de fuerza mayor. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil (LEG 1889, 27) , el caso fortuito y la fuerza mayor exoneran al deudor y producen efectos liberatorios. Salvo en los supuestos de fallecimiento del propio pasajero, la cláusula no libera al consumidor, sino que le impone forzosamente un cambio de fechas en determinadas condiciones, lo que implica, de facto, una renuncia de derechos contraria al artículo 86.7 del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) . Debe tenerse presente, a estos efectos, que el artículo 160 del TRLGDCU contempla expresamente para los viajes combinados el derecho del consumidor de resolver el contrato sin indemnización en los supuestos de fuerza mayor.

Además compartimos con la demandante que la cláusula obvia otras circunstancias excepcionales que afecten a la salud o, en general, que puedan considerarse como de fuerza mayor. Tiene, por tanto, un carácter restrictivo o tasado, en el sentido de excluir otros acontecimientos imprevisibles que impidan al pasajero realizar el viaje y que puedan incardinarse en el ámbito del artículo 1.105 del Código Civil (...) >>.

Que las causas mencionadas en la condición 4.5 no merezcan reproche alguno, según la demandada, por ser constitutivas de fuerza mayor, no excluye que presenten un carácter restrictivo, al no admitirse, ni siquiera de soslayo, cualesquiera otras que, con la misma imprevisibilidad, puedan impedir al pasajero, por causas ajenas a su voluntad y debidamente justificadas, realizar el viaje.



Por tanto, de un lado, la privación al consumidor de su derecho a resolver el contrato en casos de fuerza mayor o caso fortuito, y de otro, la limitación a dos únicos supuestos de fuerza mayor contemplados en la condición, permiten afirmar que dicha condición implica una renuncia a derechos reconocidos a toda persona, resultando abusiva en aplicación de lo previsto en el artículo 86.7 del TRLGDCU, por limitar derechos básicos del consumidor en general.

En cuanto a la limitación familiar a parientes directos de primera o segunda línea de consanguinidad, también se comparte la tesis de la demandante de que resulta igualmente restrictiva de derechos básicos del consumidor la condición 4.5, pues no equipara a los padres, hijos, abuelos o nietos la pareja de hecho o los hermanos, parientes también por consanguineidad si bien no directa, pero incluidos dentro del segundo grado.

En este sentido, debe invocarse nuevamente la tantas veces citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por resultar plenamente aplicable al caso de autos, que al respecto dispone que:

<< (...) Y si la cláusula es abusiva por limitar derechos básicos del consumidor en general, con más motivo lo es también para las parejas de hecho, que no aparecen equiparadas, a estos efectos, con los matrimonios. No basta con apelar a las buenas prácticas del transportista, dado que en el análisis de las condiciones generales hay que estar a su contenido, prescindiendo de cómo son aplicadas >>.

No se comparte, en cambio, el último de los argumentos que postula la abusividad de la condición 4.5, porque no se aprecia desequilibrio perjudicial para el consumidor ante la imposibilidad de beneficiarse de rebajas de tarifas, pues la redacción literal de la cláusula aboca a una interpretación diferente de la mantenida por la parte actora, porque hace referencia al cambio de fechas sin coste adicional, salvo la posible diferencia de Tarifas, diferencia que no ha de comprender únicamente la subida, como da a entender la demandante, sino que comprende tanto la subida como la bajada, de ahí que resulte equitativa y no suponga un desequilibrio en las prestaciones de ambas partes contratantes.

Por las razones expuestas se ha de concluir, pues, el carácter abusivo, y por ende, la nulidad de la condición 4.5.

Sexto.

Entrando en el análisis de la condición 6.2, relativa a "Restricciones en el equipaje", la Asociación demandante considera que la misma adolece de falta de transparencia, resultando oscura y ambigua, porque no concreta al pasajero, al comprar su billete, si el equipaje que pretende facturar reúne las condiciones de tamaño, peso, configuración, forma o carácter exigidas por la demandada, al tiempo que la cláusula litigiosa limita los derechos de los usuarios con la única finalidad de que la compañía no responda por la pérdida o rotura de los objetos que prohíbe transportar, sin causa ni amparo normativo alguno.

La Entidad demandada considera que la cláusula no es abusiva, ni en su punto II ni en el punto VI. En el contenido del punto II porque existe un distinto régimen de responsabilidad que se traduce en diferentes costes adicionales para el transportista aéreo, no pudiendo reprocharse a Volotea que adopte en sus condiciones de transporte medidas encaminadas a evitar costes derivados del régimen de responsabilidad y nada impide al pasajero llevar esos objetos de valor consigo en la cabina del avión, en el equipaje de mano. Y en cuanto al punto VI, porque no debe interpretarse la cláusula aisladamente, sino que debe relacionarse con el contenido de las cláusulas 6.6, que regula el peso máximo por bulto, 6.7, que regula el exceso de peso de equipaje, 6.8, sobre el equipaje de mano, 6.9, sobre los animales, 6.11, equipajes especiales, 6.12 sobre valoración del equipaje y el Anexo III sobre mercancía peligrosas, no existiendo ningún desequilibrio entre las partes ni resultando contraria a la buena fe.

En particular, la citada condición establece, a los efectos que aquí interesan, lo siguiente:

<< Está prohibido transportar como equipaje:

(...)

II. Objetos frágiles y/o perecederos, dinero en efectivo o en valores negociables, divisas, valores mobiliarios, piedras y metales preciosos, aparatos electrónicos, ordenadores, objetos de valor y documentos de identidad.

(...)

VI. Objetos que, a juicio del Transportista, no sea adecuado transportar debido a su peso configuración, tamaño, forma o carácter >>.

Para resolver la cuestión polémica planteada se hace necesario acudir al contenido de la Sentencia número 392/2017, dictada por la Sección especializada en asuntos mercantil, Sección 28ª, de la Ilma. Audiencia Provincial

de Madrid, de fecha 26 de Julio de 2017 , en la que fue Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que, examinando un supuesto muy similar al de autos, vino a afirmar que:

<< 43.2.- Como propone RYANAIR, el análisis de la cuestión que se plantea debe arrancar del distinto régimen de responsabilidad del transportista por los daños ocasionados al equipaje que establece el CM, más severo en el caso de daño sufrido por el equipaje facturado. Tal como establece el artículo 17.2 CM, cuando se trata de equipaje facturado, el transportista es responsable de los daños cuando el hecho causante se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier periodo en que dicho equipaje se halle bajo su custodia, mientras que, en el caso de equipaje no facturado, la responsabilidad del transportista aparece condicionada a la concurrencia de culpa por parte suya o de sus dependientes o agentes. Tales diferencias cobran pleno sentido por el hecho de que en caso del equipaje facturado el transportista contrae la obligación de garantizar su tratamiento y custodia. Ello puede traducirse en costes adicionales para el transportista aéreo.

43.3.- Conforme a los artículos 22.1 y 2.18 del Reglamento 1008/2008 (LCEur 2008, 1771) , el transportista aéreo tiene derecho a fijar libremente el precio que debe pagarse por el transporte de pasajeros y las condiciones de aplicación de dicho precio.

43.4.- En este marco, no resulta censurable que el transportista adopte previsiones específicamente dirigidas a evitar los costes anteriormente apuntados, estrictamente ligadas a su modelo comercial.

43.4.- La parte apelada invoca el artículo 97 LNA. Sin embargo, dicho precepto, al establecer que "el transportista estará obligado 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", no está consagrando ningún derecho del pasajero a que se transporten como equipaje facturado y no en cabina determinadas clases de enseres, respecto del cual la cláusula cuestionada pudiera representar una renuncia o limitación.

43.5.- En todo caso, la STJ de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines, apartado 34 (ECLI: EU:C:2014:2232), tras señalar que el Derecho de la Unión 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, aclara que una normativa nacional de esa índole no puede cuestionar las disposiciones sobre precios del Reglamento 1008/2008 (apartado 44).

Conclusión

44.- El pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se declaran nulos los artículos 8.3.2 y 8.3.3 de los "Términos generales y condiciones de Transporte" publicados por RYANAIR en su página web debe ser revocado >>

Por tanto, la citada cláusula no puede considerarse abusiva al existir un diferente régimen de responsabilidad en función de los objetos extraviados o dañados, conforme al Convenio de Montreal, lo que implica, asimismo, un diferente coste adicional para el transportista aéreo en función de los objetos transportados, no pudiendo reprocharse a la mercantil demandada que adopte medidas como la contenida en esta condición general con la finalidad de evitar costes adicionales por razones estrictamente comerciales, sin que se aprecie en ello conculcación, limitación o restricción alguna en los derechos del pasajero, quien puede, oportunamente, llevar consigo tales objetos en su equipaje de mano, evitando su facturación y transporte en bodega.

Y la misma ausencia de abusividad debe predicarse respecto del punto VI de la condición 6.2, pues la interpretación de dicha cláusula no debe realizarse de manera parcial y sesgada, sino que debe contextualizarse e interpretarse, conjunta y sistemáticamente, con las restantes cláusulas que se contienen en las condiciones generales de contratación elaboradas por la mercantil demandada referidas a peso, configuración, tamaño, forma o carácter, y en tal sentido, las condiciones fijadas en el número 6, siguientes a su apartado 2, delimitan y precisan los requisitos de peso, configuración, tamaño, forma o carácter que resultan de obligado cumplimiento para los pasajeros, en muchas ocasiones por razones de peligro o seguridad, pero también de fragilidad o naturaleza perecedera.

Por otro lado, no se utiliza ningún concepto oscuro, es perfectamente comprensible tras su lectura, no genera confusión en el consumidor, y, por consiguiente, resulta transparente para el usuario del servicio de transporte aéreo prestado por la demandada, no apreciándose en su contenido desequilibrio alguno para las partes ni tampoco que su redacción resulte contraria a la buena fe.

Siendo transparente, no se considera abusiva, pues resulta lógico que el predisponente tenga en cuenta las dimensiones, forma y peso del equipaje para su admisión al transporte, ya que la aeronave tiene por objeto el transporte de pasajeros, no de mercancías, y tales limitaciones se establecen en beneficio de la seguridad y comodidad del pasaje.



Abundando en esta línea argumentativa, debe traerse a colación la Sentencia antes citada de la Audiencia Provincial de Madrid, que en su parágrafo 89.3 señala lo siguiente:

<< 89.3.- En cuanto a los demás supuestos, esto es, aquellos en los que la inadecuación para el transporte se establece en función de cualidades no determinables ni mensurables objetivamente, el único test que cabría en sede de acciones de cesación sería el relativo a la racionalidad genérica del motivo señalado como causa de la inadecuación, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato. Desde esta perspectiva, pocos reparos cabe hacer a la cláusula objeto de consideración, pues es evidente que las razones de peligro, seguridad o fragilidad o la cualidad de perecedero que emplea resultan perfectamente atendibles, sin perjuicio del examen que impongan las circunstancias del caso concreto. Lo mismo puede decirse de las razones de operatividad, pues de algún modo habrá que definir las circunstancias relativas a los métodos y procedimientos de orden operativo y a las operaciones aéreas, sin perjuicio del juicio que se imponga en el caso particular. >>

Por consiguiente, debe rechazarse el carácter abusivo de la condición 6.2.

Séptimo.

En cuanto al análisis de la condición 6.5, la misma va referida al "Derecho del transportista a inspeccionar el equipaje" y su contenido literal es el siguiente:

<< Por motivos de seguridad, el Transportista o las autoridades podrá, en todo momento y desde que el equipaje le es entregado por el Pasajero, registrar e inspeccionar, con los dispositivos técnicos o medios humanos necesarios, todo o parte del equipaje. Mediante la aceptación de estas Condiciones, el Pasajero consiente expresamente el registro e inspección de su equipaje cuantas veces sea necesario a juicio de Volotea o de las autoridades aeroportuarias. 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 e inspección, salvo que se pruebe que ha actuado negligentemente en estas labores de inspección.

El Transportista estará facultado para denegar el embarque al Pasajero, sin incurrir en responsabilidad alguna y sin obligación de reembolso del precio del Bilete, en el supuesto de que el Pasajero se niegue al registro o inspección de su equipaje. Volotea también se reserva el derecho a entregar el equipaje de un Pasajero a las autoridades locales, en caso de que lo estime oportuno por razón de la ilegalidad de su contenido >>.

Considera la actora que esta condición es abusiva porque se atribuye la compañía aérea facultades que no le corresponden, estando reservadas tales competencias exclusiva y legalmente a las autoridades públicas. Frente a esta tesis, Volotea se opone a la solicitud de nulidad al considerar, no tanto que la compañía pueda registrar e inspeccionar los equipajes, sino que lo que expresa la condición es el deber de colaboración de Volotea con las autoridades competentes, infringiéndose tal deber de colaboración del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del artículo 18.1 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .

Debemos estimar en este caso las pretensiones de la actora puesto que, efectivamente, la condición examinada resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 86.7 del TRLGDCU. Partiendo del contenido de las Disposiciones Generales y de la Inspección del Equipaje en Bodega que recogen los Apartados 5.0 y 5.1 del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, según los cuales:

<< 5.0.1. Salvo disposición contraria, la Autoridad competente, el gestor aeroportuario, la compañía aérea o el agente de asistencia en tierra asegurarán, según sus responsabilidades, la implantación de las medidas establecidas en el presente capítulo.

(...)

5.1. Todo el equipaje de bodega será objeto de inspección antes de ser embarcado en una aeronave con el fin de impedir que se introduzcan artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad o a bordo de la aeronave >>

Esta obligación de inspeccionar el equipaje no significa que pueda llevarla a cabo, por sí misma la compañía aérea, a través de su personal, pues no entra dentro del ámbito de sus competencias realizar tal actividad de control o supervisión, que, exclusivamente, corresponde a las autoridades, a los agentes de la autoridad y, en su caso, al personal de la seguridad privada. La forzada interpretación que de la cláusula realiza la demanda ya permite anticipar su carácter abusivo, pues en ningún momento se especifica en la cláusula que la labor de la Entidad demandada se limite a la colaboración con las autoridades competentes, sino que, expresamente, recoge que, por motivos de seguridad, el transportista podrá registrar e inspeccionar todo o parte del equipaje. Adolece en este caso la



interpretación que realiza Volotea en el escrito de contestación a la demanda de la misma parcialidad y sesgo interpretativo que reprocha a ASUFIN en relación a otras condiciones antes examinadas.

Por tal razón, las dos Sentencias que venimos utilizando como parámetro interpretativo, ambas de Audiencias Provinciales especializadas en asuntos mercantiles, Secciones 15ª de Barcelona y 28ª de Madrid, consideran que esta condición es nula de pleno derecho por abusiva. Así, en el Fundamento de Derecho Decimoquinto de la Sentencia número 363/2013, de 21 de Octubre, en la que fue Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José María Ribelles-Arellano se indica que:

<< DECIMOQUINTO

También debemos estimar este motivo de impugnación aducido por la actora. En efecto, entendemos que el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea no habilita al personal de una compañía aérea a registrar el equipaje de sus pasajeros, actuación que ha de quedar reservada a las fuerza de seguridad y, en su caso, al personal de la seguridad privada, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 23/1992, de 30 de julio (RCL 1992, 1740), de Seguridad Privada. El registro del equipaje supone una invasión en el ámbito privado y personal de las personas, que sólo puede llevarse a cabo por las personas legalmente facultadas para ello. El capítulo 5 del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (documento diez de la contestación), obliga a las compañías aéreas, junto a la autoridad competente, al gestor aeroportuario o al agente de asistencia en tierra, "según sus responsabilidades", a implantar las medidas de seguridad previstas en el propio Programa. Entre esas medidas se encuentra la inspección del equipaje antes de ser embarcado en la bodega de la aeronave. Esto es, las distintas actuaciones para garantizar la seguridad se distribuyen según la responsabilidad de cada uno de los agentes. En consecuencia, la cláusula limita derechos del consumidor y es abusiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372).

De igual modo, en cuanto a la exoneración por los daños ocasionados al equipaje, salvo negligencia por parte del transportista, en realidad la cláusula establece, en perjuicio del consumidor, un régimen de responsabilidad distinto al previsto en el Convenio de Montreal (RCL 2004, 1224). Es abusiva, por tanto, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 del TRLGDCU >>.

Por su parte, la Sentencia número 392/2017, dictada por la Sección especializada en asuntos mercantil, Sección 28ª, de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 26 de Julio de 2017, en la que fue Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, en sus párrafos 93.4, 5, 6 y 7 establece lo siguiente:

<< 93.4.- En tales circunstancias cobra todo su vigor el discurso de que los únicos autorizados para llevar a cabo la actuación contemplada en las cláusulas cuestionadas son quienes, en condiciones normales, teniendo en cuenta que supone una intervención invasiva en el ámbito de privacidad del sujeto, aparecen legalmente investidos de facultades para ello, entre los que, desde luego, no se cuenta la entidad privada con la que se celebra un contrato. Participamos, pues, de la línea discursiva expresada por la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2013, ya citada en líneas precedentes, que invoca la OCU en su recurso.

93.5.- Consideramos, pues, la cláusula 8.5.1 resulta subsumible en el artículo 86.7 TRLGDCU, como postula la recurrente.

93.6.- Compartimos igualmente con la OCU que el último inciso de la cláusula 8.5.2 comporta una alteración del régimen de responsabilidad del transportista por daños en el equipaje establecido en el artículo 17.2 CM que ha de conducir a catalogarla como nula a tenor de los artículos 86.1 y 86.2 TRLGDCU.

93.7.- En este sentido, debemos desechar la interpretación de la cláusula cuestionada que RYANAIR nos brinda en las dos últimas líneas del correspondiente apartado de su escrito de oposición (página 35), en el sentido de que la cláusula implica que RYANAIR quedaría exonerada de responsabilidad por los daños derivados de la inspección o registro "si mi mandante prueba que tales daños son producidos por causas ajenas a su conducta". Si así fuera, sí es cierto que la cláusula estaría en línea con el sistema de responsabilidad establecido por el CM para el caso de daños en el equipaje facturado (responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba), pero no lo es: el hecho de que se parta de que no se es responsable "salvo que" la causa sea debida a culpa de la transportista nos remite a un clásico régimen de responsabilidad por culpa, que es el que el CM establece para los daños en el equipaje no facturado >>.

En definitiva, esta cláusula debe incardinarse en el artículo 86.7 del TRLGDCU, debiendo considerarse abusiva y, en consecuencia, nula, tanto en su primera parte, por atribuirse la compañía aérea facultades que no le corresponden y de las que legalmente carece, como en su parte segunda, por cuanto que altera el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 17.2 del Convenio de Montreal, de naturaleza objetiva, tratando de invertir la cláusula analizada el régimen de la carga de la prueba que señala el referido Convenio Internacional, conculcando



con ello lo prevenido en el artículo 86.1 y 2 del TRLGDCU, que consideran abusivas las cláusulas que limiten derechos básicos del consumidor y usuario. En particular, dispone dicho precepto en los apartados indicados que:

<< En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél >>.

Por las razones expuestas, en este concreto extremo la demanda debe estimarse.

Octavo.

En relación con la condición 11.1, la misma se inserta en el ámbito del " Derecho del Transportista a denegar el transporte a los Pasajeros" y expresamente prevé que:

<< El Transportista se reserva el derecho de denegar, en cualquier momento, el transporte a un Pasajero que posea un Billete si, a juicio del Transportista:

I. Existen motivos fundados en aras de seguridad pública.

II. Resulta necesario para cumplir con las leyes o normas aplicables en un país de origen o destino.

III. Como consecuencia de la conducta, estado, edad o condición mental o física del Pasajero, resulta inconveniente.

IV. Es una medida necesaria para evitar daño, incomodidad o molestias graves a otros Pasajeros o a la tripulación.

V. Es necesario o conveniente porque el Pasajero ha incumplido con anterioridad y de manera reiterada las normas del Transportista.

VI. El Pasajero ha presentado al Transportista algún documento ilegal, caducado, denunciado como perdido o robado, presuntamente falso o que contenga modificaciones o alteraciones de cualquier tipo no realizadas por el Transportista. En estos casos, el Transportista se reserva el derecho de retener dichos documentos.

VII. La persona que se presente en el mostrador del Transportista no se corresponde con el titular del Billete. En este caso, el Transportista se reserva el derecho de retener dicho Billete.

VIII. El Pasajero no ha podido acreditar que haya pagado la totalidad del Billete, o se ha solicitado la cancelación del cargo de la tarjeta con la que se abonó.

IX. El Pasajero no está en posesión de la documentación de viaje requerida, de acuerdo con lo previsto en los apartados 8.1 y 11.2 de estas condiciones >>.

Respecto de esta condición, ASUFIN solicita la declaración de nulidad del punto VI, al considerar que Volotea restringe los derechos de los consumidores limitando los documentos legalmente establecidos para efectuar el transporte aéreo, al no aceptar, ni en vuelos nacionales ni dentro del espacio Schengen como documento identificativo personal un DNI caducado, cuando la normativa expresamente lo contempla, lo permite y lo ampara.

Por su parte, Volotea entiende que la interpretación que realiza la demandante no puede ser tenida en cuenta, pues no debe identificarse pasaporte o DNI válido, que son los documentos de viaje que acepta Volotea, con pasaporte o DNI en vigor, resultando tal condición conforme con la Resolución de 30 de Agosto de 2017 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.

Planteados así los términos del debate, debe afirmarse que el Programa Nacional de Seguridad establece que en los vuelos nacionales la compañía aérea, o la empresa de asistencia en tierra actuando en su nombre, ha de aceptar obligatoriamente como documentación válida cualquiera de los documentos allí señalados y que esto deberá quedar reflejado en el contrato de transporte.

Según el citado Programa Nacional de Seguridad, tratándose de vuelos nacionales:

- 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; y
- los pasajeros de terceros países pueden identificarse con permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor, o con carné de conducir expedido en España.

En todos estos casos surge el conflicto con el condicionado general de VOLOTEA.

Aún partiendo de la interpretación sistemática que defiende VOLOTEA, aludiendo a la necesidad de relacionar la interpretación de esta condición con el Anexo I, que señala los documentos de viaje que acepta la mercantil demandada, que se centran en un pasaporte o DNI válido, es lo cierto que tal interpretación sistemática no da solución a la literal interpretación del punto VI de la citada condición cuando permite al transportista denegar, en cualquier momento, el transporte a un pasajero que presenta un documento identificativo personal caducado, lo que contradice la normativa aplicable, conviniendo con la tesis actora de que las condiciones generales de la contratación utilizadas por la mercantil demandada restringen los derechos legalmente reconocidos a los consumidores y usuarios al limitar los documentos fijados por disposición legal o reglamentaria para realizar aun transporte aéreo, no aceptando la Compañía aérea demandada un DNI caducado para vuelos nacionales o que tengan lugar dentro del espacio Schengen, cuando la normativa señalada lo contempla expresamente, con lo que tal limitación entra de lleno en la nulidad que se proclama en el artículo 86.7 del TRLGDCU, por resultar abusiva la cláusula.

Por otro lado, éste es el parecer que recoge en un supuesto similar la Sentencia número 392/2017, de 26 de Julio, de la Audiencia Provinciales de Madrid (Sección 28ª), en relación a condiciones generales de contratación semejantes utilizadas por RYANAIR, señalando al respecto lo siguiente:

<< 30.3.4.1.- Aduce RYANAIR que la cláusula cuestionada y su anexo son conformes con diversas normas del ordenamiento jurídico español que restringen los efectos identificativos oficiales al pasaporte y al DNI en vigor. En este sentido, se nos dice, las reglas del PNS en materia de verificación de documentación son ilegales, pues vulneran diversas normas del ordenamiento jurídico español de superior grado. En concreto, se señalan como vulnerados los artículos 92 y 93 de la Ley de Navegación Aérea, el artículo 29 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, en relación con el carácter nominativo e intransferible de los billetes de avión, así como diversas normas "de policía" que privan de efectos legales al DNI y al pasaporte caducado (artículos 9 a 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (RCL 1992, 421), sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, artículos 1 y 5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio (RCL 2003, 1772), por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, artículos 1, 2, 6 y 7 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre (RCL 2005, 2518), por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, y otras que privan de efectos identificativos al permiso de conducir (artículos 59 y 60 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (RCL 1990, 578 y 1653), por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, artículo 1 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo (RCL 2009, 1154), por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores) y a la tarjeta de residencia (artículos 4 y 29.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72 y 209), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 210.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (RCL 2011, 811 y 1154), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RCL 2009, 2428), así como diversos Reglamentos de la Unión (Reglamento (UE) 96/2010 (LCEur 2010, 110), Reglamento (UE) 185/2010 (LCEur 2010, 245) y Reglamento (UE) 444/2009 (LCEur 2009, 789)).

30.3.4.2.- Sin perjuicio de la alabanza que nos merece la concienzuda tarea de rastreo plasmada en la abundante cita legal del recurso, entendemos que la línea de razonamiento de la apelante no es acertada, por cuanto ignora el dictado del artículo 3.1 LSA, que transcribimos de nuevo:

"Por acuerdo del Consejo de Ministros se aprobará el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil, en el que se determinarán 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".

30.3.4.3.- De esta manera, por disposición expresa de norma con rango de ley se delimita un ámbito material específico, el de la seguridad de la aviación civil en aeropuertos, aeródromos e instalaciones de navegación aérea y la prevención de actos ilícitos contra las actividades aeronáuticas, en el que las medidas y procedimientos aplicables para, entre otros extremos, la verificación de documentación, esto es, para confirmar en mostradores de facturación y puertas de embarque que la identidad del pasajero se corresponde con la tarjeta de embarque, habrán



de ser las establecidas en el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros >>.

En consecuencia, debe declararse abusiva la condición examinada.

Noveno.

Considera la Asociación demandante que la condición 20 ha de reputarse abusiva, en lo que a la jurisdicción se refiere, por someter expresamente a los Tribunales de Barcelona las disputas que surjan de o en conexión con el contrato.

En particular, esta condición, relativa a "Ley aplicable y Jurisdicción" dispone:

<< 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 >>.

Considera la compañía demandada que tal condición no puede reputarse abusiva, pues no impone nada al pasajero en contra de lo dispuesto legalmente. Así, entiende que tal condición expresamente señala que el pacto de sumisión será aplicable, salvo lo dispuesto por la legislación aplicable .

En la interpretación de esta condición deben destacarse claramente dos aspectos:

1º. Que la legislación positiva, a partir de la Directiva 93/13/CEE y su trasposición al Derecho español, considera abusivas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores las cláusulas de sumisión, por tratarse de una cláusula que no ha sido negociada individualmente y causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, pues resulta obvio que alterar las reglas de la competencia territorial le puede suponer inconvenientes y molestias al consumidor, implicando un desequilibrio de derechos y obligaciones, así como un perjuicio desproporcionado y no equitativo para el consumidor, ya que obliga a uno de los contratantes a litigar lejos de su domicilio con las dificultades que esto conlleva, representando un privilegio que altera la posición paritaria que las partes deben mantener en las obligaciones recíprocas.

Así, el artículo 90 del TRLGDCU, que lleva por rúbrica Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable, señala que:

<< Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

(...)

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble >>.

Quiere esto decir que es absolutamente ineficaz, por nula, una cláusula incluida en un contrato de adhesión en la que se fije la sumisión a un Tribunal distinto al tenido por competente según las reglas de la competencia territorial de los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , señalando el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que:

<< 2. No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios >>.

2º. No se entiende la redacción de la condición en cuestión sino para generar confusión en el consumidor. En efecto, la redacción dada a la cláusula parte de la excepción ("Salvo por disposición en contrario del Convenio de Montreal o la legislación aplicable") para luego acudir a la regla general ("cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los tribunales de Barcelona"), pudiendo ocasionar confusión en el consumidor sobre su interpretación y alcance. Como ya se apuntó, cualquier cláusula de sumisión expresa que altere los términos legales en materia de competencia territorial es abusiva y nula de pleno derecho, por lo que no ha lugar a mantener la regla general que se contiene en dicha condición tal y como está redactada por no resultar suficientemente transparente. En efecto, la cláusula examinada no es una condición transparente, pues puede inducir a error al pasajero, al darle la impresión de que, en el caso de que pretenda ejercitar contra VOLOTEA una acción indemnizatoria amparada en el Convenio de Montreal o en la legislación aplicable, debería hacerlo necesariamente ante un órgano judicial de Barcelona. De este modo, la cláusula en cuestión podría operar como elemento disuasorio para el pasajero, generando con ello un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Todo lo afirmado conduce a la conclusión de que la condición 20, sobre jurisdicción, ha de ser calificada de abusiva por falta de transparencia.

Décimo.

Por último, también considera abusiva la Asociación demandante el Anexo II de las condiciones de transporte relativo a la "Tabla de tarifas", concretamente, considera abusivo el cobro de 30 € (TREINTA EUROS) por obtener la tarjeta de embarque en el aeropuerto. No se discute por ASUFIN que VOLOTEA cobre por tal servicio, lo que se discute es el, a su parecer, elevado coste de su entrega, 30 € (TREINTA EUROS), por "el mero hecho de imprimir un papel", tal y como reza la demanda.

La postura de la mercantil demandada justifica la legalidad y conformidad con la normativa protectora de consumidores y usuarios de la condición en cuestión en dos afirmaciones: la libertad de fijación de precios de Volotea y el fomento de la puntualidad en los vuelos, ayudando a que se puedan mantener precios bajos para los consumidores.

Para considerar abusiva por desproporcionada la condición en cuestión se hace necesario examinar el coste que para la Compañía aérea demandada supone poner a disposición de los pasajeros un servicio de impresión de tarjetas de embarque en el mostrador del aeropuerto. En tal sentido, acompaña la demandada como documento número 3 de los aportados con el escrito de contestación a la demanda, un certificado sobre el coste de personal y el alquiler del mostrador, alcanzando el coste unitario mínimo del servicio de facturación en el aeropuerto para la emisión de la tarjeta de embarque para Volotea es de 27,21 € (VEINTISIETE EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS DE EURO), y ello sin contar otros costes asociados al servicio de facturación en el aeropuerto, como pueden ser los equipos informáticos (ordenadores, impresoras, lector de código de barras) con lo que se dotan los mostradores.

El documento en cuestión, no impugnado de contrario, explicita los costes básicos que supone mantener determinado personal en un mostrador alquilado para atención a los pasajeros. No obstante, debe destacarse que se omite en el documento y, consiguientemente, en la contestación a la demanda, que el arrendamiento de un mostrador en el aeropuerto y la contratación de personal que realice actividades en el mismo no se relaciona, exclusivamente, con la impresión de las tarjetas de embarque. Facturación de equipaje, consultas y suministro de información a pasajeros sobre horarios de vuelos, retrasos, cancelaciones, situaciones de sobreventa de billetes u otras relacionadas con los vuelos fletados por la compañía son actividades que también se desarrollan en el mostrador y con personal de la compañía aérea demandada, con lo cual no se destinan, exclusivamente, a los fines de impresión o reemisión de tarjetas de embarque el mostrador y el personal que trabaja en él, no siendo exactos los cálculos de costes estimativos realizados por Volotea, aunque convenimos con la demandada que son costes directos que ha de soportar la compañía aérea al objeto de prestar el servicio en cuestión.

Esta cuestión ya ha sido analizada, considerando que la cláusula en cuestión tiene la consideración de cláusula penal, anudada al incumplimiento de la obligación asumida por el pasajero de imprimir su tarjeta de embarque y acudir con ella al aeropuerto, en la Sentencia número 390/2011, de 5 de Octubre de 2011, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que fue Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Garrido Espá, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se explicita lo siguiente:

<< 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 emitirlos o expedirlos. 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 limite 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 (LEG 1889, 27)), 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 >>.

La clave, pues, para la calificación como abusiva de la referida condición no ha de buscarse tan solo en lo desproporcionado del precio, que a la vista de la documental aportada por la demandada, a quien correspondía la carga de la prueba, no se ha de estimar concurrente en el presente caso, sino en si el pasajero dispone de la información completa, adecuada y previa al embarque sobre dicho coste del check-in en aeropuerto.

En tal sentido, en la página web de la demandada se informa, de manera clara y precisa, transparente y sin ambages, que el pasajero debe acudir al aeropuerto con la tarjeta de embarque impresa o descargada en su dispositivo de telefonía móvil, lo que puede realizar de manera gratuita hasta dos horas antes de la salida del vuelo, pudiendo, asimismo, obtener en el aeropuerto, mediante entrega física, la tarjeta de embarque, contratando dicho servicio con antelación por un precio de 10 € (DIEZ EUROS).

Por tanto, ni se considera un gravamen desproporcionado el pago de 30 € (TREINTA EUROS) por la emisión impresa o reimpresión de la tarjeta de embarque en el aeropuerto, ni resulta tal condición contraria a las exigencias de la buena fe, ni ocasiona un desequilibrio importante de las prestaciones de las partes contratantes ni limita o restringe injustificadamente los derechos de los consumidores y usuarios, por lo que no puede considerarse abusiva en el artículo del artículo 82 del TRLGDCU, debiendo desestimarse la demanda en este concreto extremo.

Undécimo.

En aplicación del criterio del vencimiento que proclama el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la estimación parcial de la demanda conlleva no efectuar pronunciamiento alguno acerca de las costas procesales causadas en esta instancia, de forma que cada parte soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente y general aplicación al caso de autos, en nombre de Su Majestad el Rey y por la autoridad que me confiere el Pueblo Español,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que compareció en los autos representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Francisco Toll Musteros y con la asistencia jurídica de la Letrada Sra. Dña. Camino González-Fanjul Torre, contra la mercantil VOLOTEA S.A., que compareció en los autos representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Ignacio Díaz Tejuca y asistida jurídicamente por la Letrada Sra. Dña. Beatriz García Gómez,

1. Debo declarar y declaro el carácter abusivo y, por consiguiente, la nulidad de las siguientes Condiciones de Transporte utilizadas por la mercantil demandada, VOLOTEA, a sus contratos de transporte aéreo celebrados con consumidores y usuarios:

- Condición 4.5 de las Condiciones de Transporte relativa a "Circunstancias excepcionales" , cuando establece que:



<< Con carácter general, Volotea no será responsable de la no utilización del Billete por parte del Pasajero salvo que se den las siguientes circunstancias:

I. Intervención quirúrgica

En el supuesto de que algún familiar directo, de primera o segunda línea de consanguinidad deba requerir una intervención quirúrgica irremplazable en la fecha del Vuelo, el Pasajero podrá solicitar gratuitamente un cambio de fecha del mismo, pero en ningún caso podrá solicitar la devolución del importe del Billete. No obstante lo anterior, en caso de que hubiese una diferencia de Tarifa en la nueva asignación de Vuelos con respecto a la original se deberá abonar la cantidad correspondiente.

Se establece un período máximo de 6 meses desde la fecha del Vuelo para realizar los nuevos trayectos asignados.

II. Defunción

En caso de defunción del Pasajero, sus familiares pueden solicitar el reembolso del Billete. En el supuesto de que la persona fallecida fuese algún familiar directo, de primera o segunda línea de consanguinidad del Pasajero, se podrá solicitar el cambio de fechas sin coste adicional, salvo la posible diferencia de Tarifas.

Se establece un período máximo de 6 meses desde la fecha de compra del Billete para realizar los nuevos trayectos asignados >>.

- Condición 6.5 de las Condiciones de Transporte, referida al "Derecho del transportista a inspeccionar el equipaje" , cuando establece:

<< Por motivos de seguridad, el Transportista o las autoridades podrá, en todo momento y desde que el equipaje le es entregado por el Pasajero, registrar e inspeccionar, con los dispositivos técnicos o medios humanos necesarios, todo o parte del equipaje. Mediante la aceptación de estas Condiciones, el Pasajero consiente expresamente el registro e inspección de su equipaje cuantas veces sea necesario a juicio de Volotea o de las autoridades aeroportuarias. 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 e inspección, salvo que se pruebe que ha actuado negligentemente en estas labores de inspección.

El Transportista estará facultado para denegar el embarque al Pasajero, sin incurrir en responsabilidad alguna y sin obligación de reembolso del precio del Billete, en el supuesto de que el Pasajero se niegue al registro o inspección de su equipaje (...) >>.

- Condición 11.1 de las Condiciones de Transporte, referida al "Derecho del Transportista a denegar el transporte a los Pasajeros" , cuando establece:

<< El Transportista se reserva el derecho de denegar, en cualquier momento, el transporte a un Pasajero que posea un Billete si, a juicio del Transportista:

VI. El Pasajero ha presentado al Transportista algún documento (...), caducado (...). En estos casos, el Transportista se reserva el derecho de retener dichos documentos >>.

En relación con el Anexo I.1 relativo a " Documentación de viaje " cuando dispone:

<< Los ciudadanos de un país miembro del Acuerdo Schengen, podrán viajar por el Espacio Schengen tan solo con su DNI en vigor.

Los únicos documentos de viaje que acepta Volotea son:

Para vuelos domésticos en España, carné de conducir expedido en España o permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor >>.

- Condición 20 de las Condiciones de Transporte, referida al "Ley aplicable y Jurisdicción" , cuando establece:

<< (...) y cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los Tribunales de Barcelona >>.

2. Ordeno la cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar la entidad demandada de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3. Ordeno la publicación, a costa de la demandada, del Fallo de la Sentencia junto con el texto de las cláusulas afectadas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, en este último caso, con caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, corriendo los gastos que puedan generarse a cargo de la demandada.

4. Acuerdo librar mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la Sentencia en el mismo.

5. Todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.



Notifíquese a las partes esta Sentencia, contra la que podrán interponer recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a su notificación, según lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditando haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 € (CINCUENTA EUROS), salvo que el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo del original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

PUBLICACIÓN. De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, firmada la Sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, se acuerda por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.