



Roj: **STS 3733/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3733**

Id Cendoj: **28079110012018100613**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **3242/2015**

Nº de Resolución: **631/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAIZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 631/2018

Fecha de sentencia: 13/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3242/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3242/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 631/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 13 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 207/2015, de 17 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal núm. 554/2011 del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid, sobre ejercicio de la acción colectiva de declaración y cesación relativa a condiciones generales del transporte aéreo de pasajeros.

El recurso fue interpuesto por Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., representada por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y bajo la dirección letrada de D. José Luis Fuertes Suárez.

Es parte recurrida la Organización de Consumidores y Usuarios, representada por la procuradora D.ª Miriam López Ocampos y bajo la dirección letrada de D. Eugenio Ribón Seisdedos.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Miriam López Ocampos, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios, interpuso demanda de juicio declarativo verbal contra Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] aceptando los siguientes pedimentos:

" 1º) Declaración del carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad de las estipulaciones identificadas en el cuerpo de este escrito como G1; G2; G3 y G4, de la compañía demandada Iberia Líneas Aéreas de España, SA, teniéndose por no puestas, conforme a los razonamientos expuestos.

" 2º) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de 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.

" 3º) Publicación, a costa de la demandada, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC y art. 21 LCGC.

" 4º) Libramiento de mandamiento a titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC.

" 5º) Condena en costas a la entidad demandada".

2.- La demanda fue presentada el 22 de julio de 2011 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid, fue registrada con el núm. 554/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El demandado Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. compareció al acto del juicio y contestó la demanda. El Ministerio Fiscal compareció al acto del juicio interesando la estimación de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid, dictó sentencia 254/2012, de 11 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por "Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)" frente a Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., siendo parte en el mismo el Ministerio Fiscal y:

" 1º.- Declaro el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de las estipulaciones identificadas como G1, G2, G4 de la compañía demandada Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. teniéndose por no puestas, conforme a los razonamientos expuestos.

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

" 3º.- Publicación a costa de la demandada, del Fallo de la sentencia dictada, una vez que ésta sea firme, en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia; de acuerdo con el Fundamento de Derecho Octavo.

" 4º.- Libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto en el art. 22 LCGC.

" Se desestiman las demás pretensiones formuladas por la Organización de Consumidores y Usuarios frente a Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.

" No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Iberia, Líneas Aéreas de España S.A. La representación de la Organización de Consumidores y Usuarios se opuso al recurso e impugnó la sentencia.

La representación de Iberia, Líneas Aéreas de España S.A, se opuso a la impugnación formulada por la Organización de Consumidores y Usuarios.

El Ministerio Fiscal no emitió informe.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 438/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 207/2015, de 17 de julio, en la que desestimó el recurso y la impugnación e impuso al apelante las costas derivadas de su recurso y al impugnante las causadas con la impugnación de la sentencia.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en representación de Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción de las normas aplicables para resolver la cuestión, y en concreto de los arts. 82.1 y 86.3 de la LGDCU, y los requisitos de claridad exigidos por el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 80.1.a) LGDU".

"Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción de las normas aplicables para resolver la cuestión, y en concreto de los arts. 82.1 y 86.3 de la LGDCU".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de junio de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

3.- La Organización de Consumidores y Usuarios se opuso al recurso de casación. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- La Organización de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, OCU) interpuso una demanda contra Iberia Líneas Aéreas de España S.A. (en lo sucesivo, Iberia) en la que ejercitó acciones colectivas declarativas de nulidad y de cesación respecto de varias condiciones generales que Iberia utilizaba en sus contratos de transporte aéreo de pasajeros. También solicitó que se publicara el fallo de la sentencia en un periódico de gran circulación.

2.- Tanto la sentencia del Juzgado Mercantil como la sentencia de la Audiencia Provincial, ante la que recurrieron ambas partes, consideraron abusivas, varias de las cláusulas impugnadas, concretamente las cláusulas G1, G2 y G4, y por tanto las declararon nulas y ordenaron a Iberia que cesara en su uso. También acordaron la publicación del fallo en un periódico de gran circulación.

3.- Iberia ha interpuesto recurso de casación en el que plantea dos motivos, cada uno de ellos respecto de una de las cláusulas declaradas nulas por abusivas (cláusulas G1 y G2). No impugna la declaración de nulidad de la tercera cláusula (G4) considerada abusiva por los tribunales de primera y segunda instancia.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso*

1.- En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción de los arts. 82.1 y 86.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, LGDCU), y "los requisitos de claridad exigidos por el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 80.1.a) LGDCU".

2.- En el desarrollo del motivo se impugna que se haya considerado abusiva la cláusula G1.

La discrepancia se refiere, en primer lugar, a la consideración como abusiva de la facultad que se concede a la compañía aérea de "en caso de necesidad [...] hacerse sustituir por otro transportista, utilizar aviones de terceros o modificar o suprimir escalas previstas en el billete". Para la recurrente, la expresión "en caso de necesidad" es lo suficientemente precisa y solo contempla el supuesto en que haya una auténtica imposibilidad dadas las circunstancias concurrentes. Añade la recurrente que "Iberia conviene en que la cláusula se debe interpretar de forma estricta y objetiva, pero que debe ser admitida razonablemente al ser la previsión legítima de un supuesto de necesidad".

3.- Iberia también discrepa de la solución adoptada respecto del último inciso de la condición general pues, dependiendo del tipo de contrato, existe o no responsabilidad de asegurar los enlaces.

4.- Dado que se trata de previsiones contractuales distintas, pese a estar englobadas en un mismo apartado, es conveniente analizarlas por separado.

TERCERO.- Decisión del tribunal (I): la facultad del transportista de modificar las condiciones del transporte contratado "en caso de necesidad"

1.- El texto de la cláusula G1 es el siguiente:

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

2.- La Audiencia Provincial ha considerado abusiva la estipulación que establece que "en caso de necesidad el transportista puede hacerse sustituir por otro transportista, utilizar aviones de terceros o modificar o suprimir escalas previstas en el billete" pues considera que "atribuye a la apelante la facultad de modificación unilateral del contrato en aspectos tan relevantes como la sustitución de la compañía que va a efectuar el transporte o el itinerario, modificando o suprimiendo escalas, sin que se especifiquen claramente los motivos en que tal modificación podría tener lugar dada la vaga referencia al caso de necesidad [...] La expresión *en caso de necesidad* no tiene por qué identificarse en una interpretación objetiva con imposibilidad sobrevenida y permitiría a Iberia invocar la misma en supuestos en que la necesidad obedeciera a intereses particulares del transportista, esto es, que desde el punto de vista de la apelante [la compañía aérea] fuera necesario efectuar las modificaciones contempladas en la cláusula, por ejemplo, por haber destinado la aeronave prevista a otro vuelo, falta de tripulación o unificación de vuelos con otra compañía asociada".

Dado que la regla de interpretación *contra proferentem* [en contra de quien ha predispuesto la cláusula] no puede ser aplicada al enjuiciar las acciones colectivas de cesación, la Audiencia concluye que no puede admitirse la tesis de Iberia de que dicha cláusula debe ser objeto de una interpretación estricta que identifique la "necesidad" con la "imposibilidad sobrevenida".

3.- Iberia insiste en su recurso en que procede realizar una interpretación estricta de esta expresión "en caso de necesidad", que la ponga en relación con el inciso anterior conforme al cual "el transportista se compromete a esforzarse todo lo posible para transportar al pasajero y a su equipaje con diligencia razonable". De este modo, la expresión "en caso de necesidad" sería un estándar discernible, objetivo, anudado a la exigencia de la diligencia máxima debida y razonable, e identificable con una auténtica imposibilidad sobrevenida.

4.- La condición general cuestionada otorga a la compañía aérea la facultad de realizar determinadas modificaciones en las condiciones del contrato de transporte concertado con el consumidor (identidad del transportista, utilización de aviones ajenos, modificación o supresión de escalas).

La compañía aérea con la que el cliente ha concertado un contrato de transporte aéreo tiene la obligación de transportarlo del punto de partida al punto de destino en las condiciones pactadas en el contrato. Si por alguna circunstancia imprevisible fuera imposible dar cumplimiento al contrato en las condiciones pactadas, la compañía aérea está obligada a reducir los efectos de este incumplimiento, para lo cual puede recurrir a los servicios de otras compañías, utilizar unos aviones diferentes de los pactados o modificar el itinerario en lo que sea imprescindible, modificando las escalas previstas.

Si la actuación de la compañía aérea cae dentro del ámbito del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (en lo sucesivo, Reglamento 261/2004), el art. 8 le exige que, en caso de cancelación del vuelo, ofrezca a los pasajeros:

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

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

5.- Ahora bien, mediante una condición general no puede convertirse lo que es una obligación de la compañía aérea (reducir en lo posible los perjuicios que puedan causarse al viajero, facilitándole un transporte alternativo que le permita llegar a su destino) en una facultad de modificación de las condiciones del transporte aéreo contratado, de modo que se facilite la exención de responsabilidad de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las obligaciones que para ella resultan del contrato de transporte y de la normativa que lo regule, porque preste el servicio de transporte en condiciones distintas de las inicialmente pactadas y este cambio pueda causar daños y perjuicios al viajero.

6.- Como consecuencia de lo anterior, para decidir sobre la licitud de la condición general controvertida, a la luz de lo previsto en la LGDCU y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13) de la que aquella es desarrollo, en tanto que dicha cláusula permitiría exonerar de responsabilidad a la compañía aérea por los daños y perjuicios que pudiera causar al pasajero la modificación de las condiciones pactadas para el transporte aéreo, creemos conveniente examinar los criterios empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) para interpretar las normas comunitarias que regulan algunos aspectos de la responsabilidad de los transportistas aéreos de viajeros y les eximen de responsabilidad en ciertos supuestos.

7.- El considerando 14 del Reglamento 261/2004, declara:

"Del mismo modo que en el marco del Convenio de Montreal [Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001], las obligaciones de los transportistas aéreos encargados de efectuar un vuelo se deben limitar o excluir cuando un suceso haya sido causado por circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Dichas circunstancias pueden producirse, en particular, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo".

8.- El TJUE ha establecido un nivel muy alto de exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los transportistas aéreos de viajeros y, consecuentemente, ha realizado una interpretación muy estricta de la expresión "circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables" que en el art. 5.3 del Reglamento 261/2004 excluye la responsabilidad del transportista.

9.- Así, el TJUE ha declarado que el concepto de "circunstancias extraordinarias" debe ser interpretado de forma estricta y que las circunstancias mencionadas en ese considerando como ejemplificativas de la exención de responsabilidad "no constituyen necesariamente, y de forma automática, causas de exoneración de la obligación de compensación establecida en el artículo 5, apartado 1, letra c), del Reglamento". Hasta el punto de que, pese a que entre tales circunstancias exoneradoras se incluyen las "huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo", el TJUE consideró que una "huelga salvaje" en el seno del personal del transportista aéreo en cuestión, que se originó por el anuncio sorpresivo por este último de una reestructuración de la empresa, no excluye la responsabilidad del transportista (sentencia de 17 de abril de 2018, asuntos acumulados C 195/17, C 197/17 a C 203/17, C 226/17, C 228/17, C 254/17, C 274/17, C 275/17, C 278/17 a C 286/17 y C 290/17 a C 292/17, caso *Tulfly*, con cita de otra anterior).

Tampoco consideró como "circunstancias extraordinarias" la prematura deficiencia de algunas piezas de una aeronave, pese a que el problema técnico hubiera sobrevenido imprevistamente, no fuera imputable a un mantenimiento deficiente y no fuera descubierto con ocasión de un mantenimiento regular (sentencias de 17 de septiembre de 2015, asunto C-257/14, caso *van der Lans*, y de 4 de mayo de 2017, asunto C-315/15, caso *Pešková*).



10.- Teniendo en cuenta lo anterior, este tribunal considera correcto el criterio utilizado por la sentencia recurrida para decidir la cuestión controvertida. La expresión "en caso de necesidad" es excesivamente genérica e imprecisa y puede interpretarse razonablemente de un modo que incluya supuestos que exceden de las "circunstancias extraordinarias" que excluyen la responsabilidad del transportista aéreo, en la interpretación que de ellas ha hecho el TJUE. La excesiva amplitud de la expresión utilizada puede favorecer injustificadamente la posición contractual de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato de transporte aéreo concertado, en detrimento del consumidor.

11.- No es admisible la tesis de Iberia de que tal imprecisión o excesiva generalidad se salvaría realizando una interpretación "estricta" de la expresión "en caso de necesidad", que la identifique con una auténtica imposibilidad sobrevenida. Como explica la sentencia recurrida, no es posible utilizar la interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales de la contratación cuando se enjuicia una acción colectiva de cesación, puesto que lo impiden los arts. 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el art. 5 de la Directiva 93/13.

El párrafo 16 de la STJUE de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, caso *Comisión Europea contra Reino de España*, declara sobre esta cuestión:

"La distinción que establece el artículo 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores".

12.- Como consecuencia de lo expuesto, la excesiva generalidad o ambigüedad de la expresión utilizada en la condición general, que permitiría en ocasiones exonerar injustificadamente de responsabilidad a la compañía aérea si modificara las condiciones del contrato y con ello causara daños y/o perjuicios al viajero, no puede salvarse mediante una interpretación "estricta" de tal expresión puesto que, al resolver una acción colectiva, lo que el tribunal debe decidir es si la redacción de la condición general admite significados que harían incurrir a la cláusula en la abusividad proscrita por la Directiva 93/13 y las normas nacionales que la desarrollan, por más que en un asunto en el que se estuviera ejercitando la acción individual tal resultado pudiera evitarse mediante una interpretación "estricta" de la expresión, en perjuicio del predisponente y en beneficio del consumidor.

13.- Por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe los preceptos legales citados como infringidos en el encabezamiento del motivo al considerar abusiva, y por tanto nula, esta previsión contractual.

CUARTO.- *Decisión del tribunal (II): la exención de responsabilidad en caso de pérdida del enlace*

1.- El último inciso de la cláusula establece:

"El transportista, salvo que otra cosa indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino".

2.- Los argumentos del recurso no pueden ser aceptados. No es admisible una cláusula como la controvertida, en la que se realiza una exención general de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que para el consumidor tenga el incumplimiento del transportista por la pérdida de los enlaces con otros vuelos, salvo en los casos en los que el propio transportista haya decidido asumir tal responsabilidad.

Sin perjuicio de que el transportista no haya de responder necesariamente y en todo caso cuando el viajero pierde el enlace, la cláusula cuestionada contiene una exención de responsabilidad, redactada en términos excesivamente genéricos y que dejan la cuestión a la exclusiva voluntad del transportista, y que, por tanto, perjudica, en contra de la buena fe, los derechos del consumidor en orden a exigir responsabilidad al transportista por los daños y perjuicios que le provoquen los incumplimientos contractuales de este.

3.- Por tanto, tampoco en esta cuestión la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos legales invocados por Iberia en el encabezamiento del motivo.

QUINTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo del recurso, Iberia denuncia la infracción de los arts. 82.1 y 86.3 de la LGDCU.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha cometido porque la cláusula considerada abusiva, que es la conocida habitualmente como cláusula *no show*, afecta a un elemento esencial del contrato, respecto del que los tribunales no pueden realizar un control de contenido.

Iberia alega que "el hecho de que en caso de contratar un billete combinado de ida y vuelta se está ante un contrato de objeto o cuerpo cierto -ambos vuelos, como unidad de prestación-, y que por tanto no es escindible por voluntad unilateral del adquirente, a quien entendemos que la sentencia privilegia esta vez abusiva e indebidamente". Si el viajero utilizara solamente uno de los trayectos contratados, estaría alterando la causa del contrato en sí misma.

3.- La compañía aérea recurrente argumenta también que esta declaración de abusividad estaría afectando indebidamente a la política de precios de la compañía, pues "la utilización indebida de los billetes de ida y vuelta cuando solo se quiere ocupar un trayecto, priva a la compañía de los ingresos más elevados que espera obtener legítimamente de la comercialización de cada trayecto por separado".

SEXTO.- *Decisión del tribunal: la cláusula "no show" en los contratos de transporte aéreo.*

1.- La condición general que es objeto de este motivo del recurso tiene el siguiente contenido:

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

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial consideró que dicha cláusula era susceptible de control de contenido puesto que este no afectaba a "la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra" y ni siquiera se refería a la causa del contrato, por lo que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 no impedía tal control.

Afirmaba la Audiencia Provincial como fundamento de su decisión:

"Las circunstancias por las que un pasajero que ha adquirido varios trayectos deja de usar alguno de ellos pueden ser muy variadas como llegar con retraso a tomar el avión, enfermedad personal o de algún familiar que le impide viajar, obligaciones laborales que no le permiten viajar en una fecha determinada..., pudiendo efectuar el pasajero el trayecto no usado por otros medios y disfrutar del resto de los trayectos del billete que han sido puntualmente pagados a la compañía aérea, sin que se aprecie razón objetiva alguna que justifique la cancelación del resto de los trayectos por el hecho de no usar alguno de los adquiridos, lucrándose además injustificadamente la compañía aérea de la cancelación en tanto que puede disponer de su plaza y venderla de nuevo a terceros.

" En definitiva, la condición general analizada resulta manifiestamente abusiva en tanto que en contra de las exigencias de la buena fe causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (artículo 82.1 LGDCU), hasta el punto de liberar al empresario de todas sus obligaciones por el hecho de que el consumidor no use de su derecho a exigir una parte de la prestación a cargo del empresario.

" Además, la referida condición general permite al empresario quedarse con las cantidades abonadas por prestaciones no efectuadas cuando es él mismo quien cancela el resto de los trayectos contratados que ya han sido abonados por el pasajero (artículo 87.4 LGDCU)".

3.- Como primera cuestión, hemos de rechazar que la cláusula en cuestión no pueda ser objeto de control de contenido por regular elementos esenciales del contrato.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto 26/13, caso *Kásler* , declaró:

"[...] teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan".

4.- En el caso del contrato de transporte aéreo, las prestaciones esenciales del contrato, que como tales lo caracterizan, son el pago por el viajero del precio estipulado y la facilitación por parte de la compañía aérea del transporte contratado en una determinada fecha, unos determinados trayectos y con una determinada calidad, que el viajero tiene derecho a exigir y disfrutar.

Pero ese derecho del consumidor a utilizar el transporte aéreo contratado con la compañía aérea en esas condiciones no supone que exista una obligación del viajero de utilizar todos y cada uno de los tramos contratados, de tal forma que tal obligación constituya una "prestación esencial" del contrato y convierta lo que es un derecho otorgado al viajero por el contrato en una obligación del viajero; ni que la utilización parcial de la prestación por parte del cliente modifique el objeto principal del contrato, por lo que la cláusula cuestionada no puede considerarse como reguladora de uno de los elementos esenciales del contrato a efectos del art. 4.2 de la Directiva 93/13, en la interpretación estricta que de este concepto ha hecho el TJUE.

Tampoco existe ningún obstáculo fáctico ni jurídico a que la prestación del transportista sea divisible cuando el consumidor adquiere un billete de ida y vuelta o de un vuelo con varios enlaces.

5.- Que la cláusula no regule el objeto principal del contrato hace posible el control de abusividad de la misma incluso cuando está redactada de manera clara y comprensible.

La compañía aérea explica que la cláusula es un elemento fundamental de la política de precios de la compañía, puesto que la venta por separado de cada uno de los tramos del transporte aéreo le reportaría beneficios superiores a la venta conjunta de tales tramos, en un solo billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces.

6.- La decisión de abaratar los precios para el caso de la venta conjunta de varios tramos es una opción legítima de la compañía aérea. Pero no supone que, una vez que la compañía ha comercializado un billete que incluye varios tramos a un precio inferior al que habría supuesto comercializarlos separadamente, la utilización por el cliente de alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) cause un perjuicio a la compañía aérea, que ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia de un pasajero en el avión incremente sus costes, pues en todo caso sucedería lo contrario.

7.- Que el art. 1169 del Código Civil establezca que no pueda compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación no priva al acreedor a utilizar solo en parte las prestaciones a que tiene derecho, en tanto que no cause un perjuicio injustificado al deudor.

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

9.- Pero, como explica la Audiencia, las razones por las que un viajero no hace uso de uno de los tramos del viaje pueden ser muy diversas. En muchos casos, pueden responder a imprevistos (pérdida del vuelo de ida, necesidad de adelantar o atrasar la ida por diversas razones, encontrarse el viajero en un punto intermedio del trayecto con varios enlaces el día programado para el viaje, etc.). Así pues, no puede identificarse el viajero que utiliza solo en parte un billete de ida y vuelta o con varios enlaces con el viajero que quiere utilizar un billete más barato que el que corresponde a la tarifa del tramo que quiere utilizar.

10.- Una cláusula como la cuestionada supone un desequilibrio de derechos y obligaciones contraria a la buena fe, puesto que a un consumidor que ha cumplido con su obligación, que es únicamente el pago del precio, se le priva en todo caso del disfrute de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impelido a disfrutar solo en parte.

La protección de la política de tarifas de la compañía aérea no justifica un perjuicio tan desproporcionado, previsto con carácter general para todo supuesto de utilización parcial de la prestación por parte del consumidor.

SÉPTIMO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., contra la sentencia 207/2015, de 17 de julio, dictada por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 438/2013.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación. Acordar la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ