

LA ABUSIVIDAD DEL CARGO POR EMISIÓN DE BILLETE SEGÚN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ignacio Marín García

Universitat Pompeu Fabra

Resumen: El presente trabajo analiza la escasa jurisprudencia de los tribunales españoles sobre el cargo por emisión en el caso de venta electrónica de billetes de avión, condición general que el Tribunal Supremo ha declarado nula por abusiva con fundamento en la infracción del deber de información precontractual de la compañía aérea, pues el cliente ha de tener conocimiento del incremento de precio antes de la celebración del contrato a fin garantizar la posibilidad de adquirir el billete por otra vía.

Palabras clave: Condiciones generales de la contratación, Protección de consumidores y usuarios, Cargo por emisión, Contratación electrónica, Cláusula abusiva.

Title: Unfairness of the issuance fee in the sale of plane tickets according with the Spanish Supreme Court case law

Abstract: This paper explores the scarce case law of Spanish courts on the issuance fee in the electronic sale of airline tickets, standard contract term that the Spanish Supreme Court has declared void for unfair on the basis of the breach of the precontractual duty of information of the airline, because the customer should be aware of the price increase before contracting to ensure the possibility of purchasing the ticket by other means.

Keywords: Standard contract terms, consumer protection, issuance fee, distance contracts, unfair terms.

Sumario: 1. Introducción; 2. El cargo por emisión de billete antes y después de la entrada en vigor de la Ley 44/2006; 3. La abusividad del cargo por emisión según la STS de 12 de diciembre de 2011; 3.1 El principio *tantum valet res quantum vendi potest*; 3.2 El control judicial de validez

sobre el precio; 3.3 Ausencia de norma imperativa que imponga los gastos de documentación al transportista; 3.4 Abusividad del cargo de emisión por infracción del deber de información precontractual; 4. Conclusión.

1. Introducción

La venta electrónica de billetes de avión es quizás el supuesto más recurrente de contratación masiva por medio de Internet y, por ello, uno de los ámbitos en que la protección de consumidores y usuarios merece mayor atención. Determinadas prácticas de las compañías aéreas que comercializan sus vuelos a través de Internet son lesivas de los derechos de los consumidores, entre otras, el cargo por emisión de billete.

Sin embargo, como suele suceder con las infracciones de los derechos de los consumidores, la escasa cuantía de las reclamaciones individuales dificulta la obtención de pronunciamientos por parte de nuestros tribunales, puesto que el consumidor perjudicado tiende a abstenerse de pleitear. No obstante, en materia de protección de consumidores y usuarios, la beligerancia de las asociaciones ha permitido la judicialización de asuntos controvertidos y, muchas de las veces, su resolución favorable a los intereses de los consumidores, por ejemplo, la nulidad de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés en contratos de préstamo hipotecario. En otras ocasiones, la resolución favorable por parte de los tribunales ha precedido cambios legislativos en idéntica dirección, tal y como sucedió con la nulidad de la cláusula "o fracción" en los aparcamientos, la cual suponía el cobro por estacionamiento del vehículo durante un tiempo superior al efectivamente consumido¹.

En un principio, la cuestión relativa a la abusividad del cargo por emisión de billete había sido resuelta de manera discordante por nuestros tribunales. Así, mientras que la SJMER Málaga, núm. 1, de 1 de septiembre de 2006 (AC 2006, 1888), había declarado el carácter abusivo del cargo por emisión con fundamento en la falta de información del consumidor acerca de la cuantía y el motivo de este cargo y en la falta de correspondencia con un gasto real del transportista, la SJMER Madrid, núm. 7, de 14 de noviembre de 2006 (La Ley 2006, 1994), resolvió que la condición general de cargo por emisión de billete no era abusiva porque queda excluida del control judicial por formar parte del precio y porque este desglose del precio constituye una medida de

¹ Los pronunciamientos judiciales que declaran la nulidad de la cláusula "o fracción" en los aparcamientos –véanse la SJMER Alicante, núm. 1, de 1 de marzo de 2005 (AC 2005, 36), y la SAP Madrid, secc. 14ª, de 8 de septiembre de 2005 (AC 2005, 1554)- son anteriores al apartado I.7 bis de la Disposición Adicional Primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, apartado introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios.

transparencia que facilita la comparación del importe por este servicio entre los distintos operadores².

La citada SJMER Málaga de 1 de septiembre de 2006 fue objeto de un recurso de apelación interpuesto por la compañía aérea demandada, Spanair S.A., el cual fue desestimado por la SAP Málaga, secc. 6ª, de 17 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 246078). La Audiencia Provincial de Málaga reiteró el carácter abusivo de la condición general en liza por cuanto se incardinaba en dos de los supuestos de estipulaciones abusivas expresamente enumerados por la Disposición Adicional Primera de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24-7-1984) (en adelante, LGDCU), en concreto, los supuestos de sus apartados 22 y 24: por un lado, "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional" (apartado 22)³; y, por otro lado, "los incrementos de precio por servicios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación" (apartado 24). En este sentido, la Audiencia Provincial de Málaga entiende que la expedición del billete es una obligación que la ley impone al transportista, de conformidad con el artículo 3 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (BOE núm. 233, de 21-8-1931)⁴ y el artículo 92 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (BOE núm. 176, de 23-7-1960) (en adelante, LNA)⁵.

Insatisfecha con el fallo, la compañía aérea apelante, Spanair S.A., recurrió en casación frente al Tribunal Supremo la SAP Málaga de 17 de diciembre de 2007. La STS, sala civil, de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 37) desestima el recurso de casación y confirma el carácter abusivo del cargo por emisión de billete. La STS de 12 de diciembre de 2011 es objeto de análisis en el presente artículo, puesto que viene a poner negro sobre blanco en la abusividad del cargo por emisión de billete, cuestión de gran impacto por afectar a multitud de consumidores, a pesar de no haber sido apenas debatida en nuestros tribunales.

² Véase un análisis más detallado de la SJMER Madrid de 14 de noviembre de 2006 en MARÍN GARCÍA, I., "Cargo adicional por emisión de billete. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 14.11.2006", *Indret*, núm. 1, 2007.

³ En contra, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 22ª)" en MENÉNDEZ, A. Y DÍEZ-PICAZO, L. (Directores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, 2002, pág. 1265, autor que considera que este apartado no resultaría de aplicación por referirse únicamente a bienes inmuebles. De hecho, el apartado 22 es similar al supuesto del artículo 10.d) en conexión con el artículo 5.4.a) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

⁴ Artículo 3.1 Convenio de Varsovia. "En el transporte de viajeros el porteador está obligado a expedir un billete de pasaje, que deberá contener las indicaciones siguientes: (...)".

⁵ Artículo 92 LNA: "En el contrato del transporte de viajeros el transportista extenderá inexcusablemente el billete de pasaje que contendrá los siguientes requisitos: (...)".

2. El cargo por emisión de billete antes y después de la entrada en vigor de la Ley 44/2006

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios (BOE núm. 312, de 30-12-2006) (en adelante, Ley 44/2006), la condición general que impone al consumidor un cargo adicional por emisión de billete podía ser plenamente eficaz, aunque no con base en los motivos ya referidos que recoge la SJMER Madrid de 14 de noviembre de 2006 –la exclusión del control judicial por formar parte del precio y el desglose como medida de transparencia-. Antes de la Ley 44/2006, el predisponente estaba obligado a dar el precio real pero no en una sola partida. La obligación de informar de antemano al consumidor sobre el precio total del bien o servicio que vaya a adquirir fue introducida por la redacción que la Ley 44/2006 dio al artículo 13.1.d) de la LGDCU⁶. Por tanto, antes de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, el cargo adicional por emisión de billete era admisible en nuestro ordenamiento porque no era una cláusula abusiva ex artículo 10 bis de la LGDCU, en el sentido que no suponía un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de una y otra parte, ni tampoco infringía ninguna norma imperativa, pues no había obligación de informar antes de contratar sobre el precio total.

En cambio, tras la entrada en vigor de la Ley 44/2006, podía entenderse que el cargo por emisión de billete vulnera dos normas imperativas en la contratación con consumidores: en primer lugar, el ya citado artículo 13.1.d) de la LGDCU, porque exige que antes de contratar se informe al consumidor sobre el precio total con el desglose correspondiente; y, en segundo lugar, el artículo 12.5 de la LGDCU⁷, pues este precepto ordena que la formalización del contrato sea gratuita para el consumidor en aquellos casos en los que es preceptiva y precisamente, con arreglo al artículo 92 de la LNA, la documentación del contrato de transporte aéreo mediante la expedición de billete es obligatoria. En consecuencia, en aplicación del artículo 8.1 de la LGDCU⁸, la nulidad del cargo por emisión de billete derivaría de la infracción

⁶ Artículo 13.1.d) LGDCU: “En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financieros y otras condiciones de pago similares”.

⁷ Artículo 12.5 LGDCU: “Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”.

⁸ Artículo 8.1 LGDCU: “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

de dichas normas imperativas, en particular, los artículos 13.1.d) y 12.5 de la LGDCU.

Actualmente, el vigente artículo 63.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30-11-2007) (en adelante, RDL 1/2007) ha venido a sustituir al artículo 12.5 LGDCU y el artículo 60.2.b del RDL 1/2007 recoge el contenido del derogado artículo 13.1.d) LGDCU. Sin embargo, el supuesto de hecho enjuiciado es anterior a la entrada en vigor de la Ley 44/2006, razón por la cual la STS de 12 de diciembre de 2011 no toma en consideración la redacción actual de los preceptos citados.

3. La abusividad del cargo por emisión según la STS de 12 de diciembre de 2011

La STS de 12 de diciembre de 2012 confirma el carácter abusivo del cargo por emisión de billete y desestima el recurso de casación interpuesto por Spanair contra la SAP Málaga de 17 de diciembre de 2007. No obstante, el Tribunal Supremo fundamenta en otros motivos la abusividad del cargo por emisión. En consecuencia, a pesar de que el Tribunal Supremo reitera el carácter abusivo del cargo por emisión, lo hace con base en razones completamente distintas de las esgrimidas por la Audiencia Provincial de Málaga. De hecho, el Tribunal Supremo matiza la fundamentación de la sentencia de segunda instancia y, en buena medida, corrige la argumentación vertida por la Audiencia Provincial para alcanzar la misma solución: el carácter abusivo del cargo por emisión.

*3.1. El principio *tantum valet res quantum vendi potest**

Según la recurrente, el análisis de la abusividad del cargo por emisión supone un control de legalidad sobre una contraprestación libremente pactada por las partes, lo que constituye una infracción del artículo 1255 del CC por vulnerar la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El Tribunal Supremo desestima este motivo porque, con apoyo en la jurisprudencia constitucional⁹, entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad está sometido a límites que pueden alcanzar incluso los elementos esenciales del contrato. Por tanto, aunque rija en nuestro sistema contractual el principio de la economía liberal *tantum valet res quantum vendi potest*, según el cual las cosas valen lo que por ellas se paga, el artículo 51.1 de la Constitución española impone a los poderes públicos el deber de protección de los consumidores y usuarios. Así que el Alto Tribunal ha de determinar si el control de legalidad llevado a cabo

⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1981 (RTC 1981, 37) y de 2 de agosto de 1993 (RTC 1993, 225).

por las instancias inferiores es acorde a la normativa protectora de los consumidores, actualmente contenida en el RDL 1/2007.

En definitiva, la libertad contractual reconocida en el artículo 1255 del CC ha de interpretarse sujeta a otras normas que persiguen la salvaguarda de otros bienes jurídicos igualmente tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, la protección de los consumidores y usuarios, la cual necesariamente puede limitar la autonomía de la voluntad sin que por ello le reste vigencia.

3.2. *El control judicial de validez sobre el precio*

En su recurso de casación, Spanair hace hincapié en que el precio no admite control de validez por parte de los tribunales cuando se somete a su examen condiciones generales de la contratación. Por ello, la recurrente denuncia la infracción del artículo 10 bis de la LGDCU en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO núm. L095, de 21-4-1993) (en adelante, Directiva 93/13).

El Alto Tribunal señala que el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no ha sido transpuesto por el legislador español, pues tal precepto no tiene un homólogo en el articulado de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (BOE núm. 89, de 14-4-1998) (en adelante, LCGC), la norma española de transposición. El tenor literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 es el siguiente:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá 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, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no aborda la cuestión relativa a la eficacia del citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13, ya que la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que las normas de Derecho nacional anteriores o posteriores a la Directiva 93/13 han de ser interpretadas “a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva”, sin perjuicio de la transposición de cada una de sus normas¹⁰.

Por ello, al margen de la aplicación que pudiera tener el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, el Tribunal Supremo entiende que el control judicial de validez sobre el precio es admisible al amparo del artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que dispone que “los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva

¹⁰ Párrafo 32 de la STJCE, de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144).

disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección". Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado recientemente que el artículo 8 de la Directiva 93/13 también es aplicable al artículo 4.2 del mismo texto legal, razón por la cual caben disposiciones nacionales que permitan el control judicial de validez sobre el precio en aras a un mayor nivel de protección de los consumidores¹¹. Así pues, el Tribunal Supremo interpreta que la falta de transposición del artículo 4.2 por el legislador español concede a los tribunales españoles la facultad de controlar el precio, lo cual es conforme a la Directiva 93/13 por cuanto implica una medida más estricta que persigue reforzar la protección de los consumidores.

No obstante, ésta no parece la solución más correcta, dado que el artículo 8 de la Directiva 93/13 alude solamente a "disposiciones" y esta argumentación que desprende de la sentencia analizada no parte de una "disposición", una norma expresa adoptada por el poder legislativo o ejecutivo, sino de la omisión consistente en la falta de transposición del artículo 4.2 de la citada Directiva.

En este sentido, hubiera bastado con hacer referencia a la necesaria interpretación literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, pues lo que impide controlar al órgano jurisdiccional es solamente la "adecuación" entre precio y prestación, sin entorpecer en modo alguno el examen judicial de cualquier otro elemento que pudiera afectar al precio, por ejemplo, su mecanismo de fijación o su forma de pago. Lo único que queda exceptuado de control judicial es la relación entre el precio y la prestación, es decir, si la magnitud del primero se acomoda a la calidad o especie del bien o servicio objeto del contrato.

En consecuencia, a la luz de la sentencia analizada, nuestro Tribunal Supremo parece que ha querido ir más allá, pues con este pronunciamiento compatibiliza el control judicial de validez sobre el precio con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 con fundamento en la falta de transposición de esta norma por el legislador español y la jurisprudencia comunitaria que permite la adopción de disposiciones más estrictas con la finalidad de proteger en mayor medida a los consumidores.

3.3. *Ausencia de norma imperativa que imponga los gastos de documentación al transportista*

A diferencia de la SAP Málaga de 17 de diciembre de 2007, el Tribunal Supremo afirma la obligación de expedición del billete que la ley impone al transportista, con arreglo al artículo 92 de la LNA y el artículo 3.1 del Convenio de Varsovia, aunque precisa que "no le imponen soportar los gastos de la tramitación y documentación del contrato o los que a ellos sean equiparables". El transportista viene obligado a expedir el billete

¹¹ STJCE, de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162).

pero no tiene la obligación de asumir los gastos derivados de dicha expedición. Por ende, el Tribunal Supremo estima que no hay infracción del apartado 22 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU.

La solución hubiera sido distinta si el supuesto de hecho enjuiciado hubiera sido posterior a la reforma operada por la Ley 44/2006, pues el vigente artículo 63.2 del RDL 1/2007 no deja lugar a dudas por cuanto no alude a los "gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional" sino a la obligación de documentar por escrito o por cualquier otro medio de naturaleza duradera. De este modo, el cargo por emisión es abusivo por implicar una clara infracción de esta norma. Asimismo, a estos efectos, la STS de 12 de diciembre de 2011 aclara que el soporte electrónico es equiparable al billete tradicional en aplicación del artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información¹².

3.4. *Abusividad del cargo de emisión por infracción del deber de información precontractual*

A pesar de que Spanair insiste en que el cargo por emisión de billete no es accesorio, sino que está inseparablemente unido a la prestación principal, el Tribunal Supremo señala que se trata de una contraprestación por la contratación electrónica del billete y, por tanto, una contraprestación distinta de la tarifa aérea.

En consecuencia, de conformidad con el apartado 24 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, el cargo por emisión de billete constituye un incremento del precio por una prestación adicional que el consumidor ha de tener la posibilidad de aceptar o rechazar. Así, el empresario tiene un deber de información y transparencia para que, antes de la celebración del contrato, el consumidor tenga conocimiento de que la contratación por vía electrónica genera un cargo por tales servicios "con el fin de que pudiera tomar oportunamente la decisión de desistir y, en su caso, de elegir otro procedimiento para adquirir el derecho a ser transportado".

El Alto Tribunal estima que este deber de información precontractual ha sido incumplido y que el consumidor contrató sin tener pleno conocimiento del incremento de precio a abonar al transportista.

4. Conclusión

La STS de 12 de diciembre de 2011 declara que el cargo por emisión de billete de avión es abusivo en un supuesto de contratación anterior a la entrada en vigor de la Ley 44/2006. El Tribunal Supremo señala que el cargo

¹² Artículo 23.3 Ley 34/2002: "Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico".

por emisión está justificado por tratarse de una contraprestación distinta a la tarifa aérea que retribuye los servicios prestados por la contratación electrónica del billete de avión. Sin embargo, el Tribunal Supremo enfatiza que, antes de la celebración del contrato, el consumidor ha de conocer dicho incremento de precio por la adquisición del billete por vía electrónica a fin de que pueda proceder a la adquisición del mismo por otra vía si así lo estima oportuno. En consecuencia, la abusividad del cargo por emisión de billete no reside en la imposición de los gastos de documentación al consumidor, sino en su carácter sorpresivo por suponer una infracción del deber de información precontractual que tiene la compañía aérea.