

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MÁLAGA.

**SENTENCIA nº142/06**

En Málaga a 1 de septiembre de 2006

Vistos por mí, Enrique Sanjuán y Muñoz, magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, los autos del JUICIO ORDINARIO registrado con el número 385 del año 2005, iniciados por el/la procurador/a D./doña González Pérez en nombre y representación de D./doña Eugenia y defendido por el/la abogado/a D./doña Castillo Gómez , contra SPANAIR representado por el/la procurador/a D./doña Berbel Cascales y defendido por el/la abogado/a D./doña CESAR SANZ FERNÁNDEZ-VALLADARES, vengo a resolver conforme a los siguientes.

El objeto del procedimiento ha sido el ejercicio de acciones individuales de nulidad de las condiciones generales de la contratación.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO: A este juzgado fue turnada demanda presentada por la representación antes dicha en reclamación contra el demandado de sentencia por la que:

Se declare, respecto al contrato de reserva de billete de avión concertado por las partes ( localizador NUM000 e identificador NUM001), que la condición de reserva 3º.3.º denominada "Cargos por emisión de billetes" y redactada por Spanair, S.A. en

su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) es nula por tener carácter abusivo en lo que resulta aplicable al mencionado contrato de reserva, es decir, la expresión " Los cargos por emisión de billetes que Spanair cobrará por las reservas realizadas a través de [www.spanair.com](http://www.spanair.com) son: Destino: Península, Baleares y Canarias; Tarifas: Todas Las Tarifas; Importe Billete Electrónico: 13 €".

Se declare la nulidad por abusiva, respecto al contrato de reserva de billete de avión descrito, de la condición de reserva 5º.5.1 denominada "Billete Electrónico" y redactada por Spanair, S.A. en su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) en cuanto al párrafo con el siguiente tenor literal" El cargo por emisión de billete electrónico que aplicará Spanair es de 13 € por billete electrónico reservado a través de [spanair.com](http://spanair.com)".

Se declare, respecto al contrato de reserva de billete de avión descrito, la nulidad por tener carácter abusivo de la condición de reserva 11º, párrafo segundo, redactada por Spanair S.A. en su página web [www.sapanair.com](http://www.sapanair.com) con el siguiente tenor literal: " Las partes renuncian expresamente al fuero que les pudiera corresponder y someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Madrid Capital para resolver cualquier controversia que pueda surgir en la interpretación o ejecución de las presentes condiciones contractuales".

Se condene a Spanair, S.A. a estar y pasar por las consecuencias inherentes a la anterior declaración judicial y tener por no escritas en el contrato celebrado entre las partes las mencionadas condiciones generales de la contratación, lo que no afectará a la eficacia del contrato suscrito por las partes en la medida en que la declaración judicial de nulidad no determina la ineficacia total de dicho contrato.

Se libre mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación de Palma de Mallorca, una vez que sea firme la sentencia estimatoria dictada como consecuencia del ejercicio de las presentes acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación, para la inscripción del fallo de la misma junto con el texto de las cláusulas afectadas.

Se condene a la demandada al pago de las costas.

SEGUNDO: Admitida a trámite y emplazada la demandada presentó contestación oponiéndose a la misma y señalando.

Que el texto de las condiciones de reserva que se acompañan a la demanda como documento número 9 no se corresponde con las que actualmente se encuentran publicadas en la web del demandado por haberse modificado con anterioridad al emplazamiento de dicha parte.

Que en el caso de contrato del billete por internet SPANAIR funciona como intermediario o agencia de venta de billetes y por tanto se trata de un servicio que ofrece la compañía diferente a la prestación de transporte de viajeros, que es la actividad propia de la compañía aérea. Que lo que realiza la demandante es un " contrato de reserva" diferente al contrato de transporte

TERCERO: Citadas las partes a Audiencia Previa y sin acuerdo se fijaron como hechos en conflicto el cargo por emisión de billetes como cláusula, naturaleza y obligación, la actuación de Spanair como mediador o agencia de viajes y la cláusula de sumisión a fuero. Admitida la prueba propuesta consistente en documental quedó el juicio concluso para sentencia habiéndose concedido a las partes conclusiones finales en dicho acto.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO: El objeto del procedimiento parte del ejercicio de dos acciones de nulidad de sendas cláusulas de un contrato de transporte ( reserva por internet y posterior transporte) de viajeros y referidas a las condiciones generales de la contratación recogidas en la página web oficial de la demandada. Utiliza el demandante , para ello,

la referencia a los apartados 22 y 24 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, artículo 3 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, artículo 92 de la Ley 48/1960, de 21 de julio sobre la Navegación aérea, artículo 10 bis de la Ley 26/1984, disposición adicional de la misma en su número 27, artículo 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación en relación al artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984. Se refiere, en concreto a dos cláusulas:

La primera en cuanto le es cobrado el cargo por emisión de billete ( service fees) a través de internet por una cuantía de 13 euros.

La segunda en cuanto a la cláusula de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor.

La oposición de la parte demandada se centra esencialmente en dos apartados: por un lado en la posibilidad de cobro de este service fees derivado del servicio prestado por la compañía y que forma parte del precio del billete; la segunda por haber cambiado en enero de 2006 ( la demanda se presenta en fecha de 23 de diciembre de 2005) y anterior al emplazamiento dichas condiciones generales de sumisión a fuero, partiendo de la pérdida de objeto del procedimiento en este apartado.

SEGUNDO: El régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico participan de los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho. La posibilidad de celebración de dichos contratos exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de dichos medios electrónicos (artículo 23.2 Ley 34/2002) y se sujetan a lo dispuesto en la citada norma y artículos, por el Código Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de

ordenación de la actividad comercial (23.2.2º Ley 34/2002). La adecuación del pensamiento y tradicional sistema de contratos se realiza con la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) a partir del reconocimiento de la formalidad electrónica-soporte electrónico- como criterio general partiendo de que 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 ( 23.3 LSSI). El sistema de condiciones generales de la contratación recogido en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y cuyo control corresponde hoy a los juzgados de lo mercantil, es igualmente aplicable en tanto se den los supuestos que cubren el ámbito de dicha norma y que el artículo 1 de la misma recoge describiendo el concepto de condición general de la contratación a partir de dos ideas básicas:

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.

La cláusula de sumisión a fuero- en primer lugar- que se recoge en las condiciones generales de la contratación a la que se sometió la demandada y que partían de la previa inclusión unilateral por la demandada, es la que figura en el contrato aportado por la misma siendo modificadas- cuestión no discutida- con posterioridad a la presentación de la demanda.

El artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la contratación ( 7/1998 de 7 de abril) recoge:

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Y esta última recoge la nulidad de las cláusulas que contengan " la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato." Siendo este, en caso de contratación electrónica y en virtud del artículo 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, presumida en el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual.

No se ha discutido, por la demandada, la nulidad de dicha cláusula del contrato de las condiciones generales que expresamente recoge (condición de reserva número 11º , párrafo segundo): " Las partes renuncian expresamente al fuero que les pudiera corresponder y someten expresamente a los juzgados y Tribunales de Madrid Capital para resolver cualquier controversia que pueda surgir en la interpretación o ejecución de las presentes condiciones contractuales".

La ley de 19 de julio de 1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios proclama que toda cláusula o estipulación general contenida en un contrato concertado con cualquiera de éstos debe cumplir los requisitos de "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", lo que entre otras cosas excluye "las cláusulas

abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios", y que la Directiva 93/137 CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -cuya trasposición al Derecho interno cristalizó en la Ley 7/98, de 13 de abril EDL 1998/43305 -, sanciona el carácter abusivo de aquellas "cláusulas no negociadas individualmente que, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", ejemplificando el legislador comunitario ese desequilibrio -entre otras- en las cláusulas tendentes a "suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...". En la actualidad, por mor de la citada transposición, sobre condiciones generales de la contratación, debe reputarse sin duda alguna abusiva en Derecho de consumo español toda cláusula que contenga "la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble" (Disp. Adicional 1ª, IV, apartado 27, LGDCU). Esa norma legal prácticamente había sido ya adelantada por el Tribunal Supremo, el cual de un modo rotundo a partir de la sentencia de 12 de julio de 1996 había establecido la doctrina (reiterada por las sentencias de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1996, 1 de febrero, 12 de mayo, 5 de julio y 28 de noviembre de 1997 y de 20 de febrero de 1998) a cuyo tenor las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas.

Señala la demandada que ha habido una pérdida de objeto del procedimiento por el carácter cambiante de dichas cláusulas y por haberlas cambiado antes del emplazamiento- cuestión tampoco discutida- pero posteriores a la demanda que

produce litispendencia ( 222 en relación a los artículos 416.1.2º y 421 LEC). Se habla entonces, por el demandado, de carencia sobrevenida del objeto del proceso ( art. 22 de la LEC) porque " se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor".

Dicha alegación debe ser rechazada puesto que consta en autos que en su día el demandante solicitó de la demandada la declaración de la nulidad de la misma sin que obtuviera respuesta al respecto y por lo que se vió obligado a la interposición de la demanda. Es sólo tras esta última y en concreto con la contestación cuando se alega dicha circunstancia por lo que en modo alguno puede entenderse satisfecha la pretensión del actor fuera del proceso aunque la compañía haya cambiado dicha cláusula posteriormente.

TERCERO: La más compleja cuestión de los services fees ( cargos por emisión) es interpretada de forma diferente por ambas partes. La actora entiende que dicho cobro, previsto a partir de la condición 5º.5.1, supone la imposición al consumidor de los gastos de documentación del contrato de transporte aéreo que identifica los gastos de papel y tinta de impresora o cualquier otro gasto necesario para la emisión del billete y que suponen un incremento del precio por un recargo que no corresponde a ninguna prestación adicional ( o servicio efectivamente prestado) no siendo susceptible de ser aceptado o rechazado voluntariamente por el usuario. La normativa española impone conforme a la actora- la obligación de expedir un billete de pasaje de conformidad al Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 y al artículo 92 de la Ley 48/1960 de la navegación aérea. Por ello entiende que la aplicación del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del apartado 24 de consumidores y usuarios ( al amparo del artículo 10 bis) conlleva la nulidad por suponer " incremento del precio por servicios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación".



La demandada entiende que la venta por internet es uno de los canales (junto a agencias de viajes, call center o venta en ventanilla) de venta de billetes y que es un servicio que presta la compañía lo que conlleva que el "cargo por emisión" sea un concepto que forma parte del precio final del billete cuando se presta ese servicio de "emisión", es decir, cuando se reserva un billete a través de agencia de viaje o a través de Internet.

En el acto de Audiencia Previa fue admitida prueba documental aportada por la demandante en la que, respecto de la misma compañía se había contratado en ventanilla un billete con posterioridad y al mismo también se le habían aplicado los trece euros por cargo de emisión si bien en el mismo hay una referencia a un apartado (1) en el que se recoge: "Total cargos por emisión de billete electrónico a través de Internet. En caso de residente balear o canario, el cargo por emisión incluirá el descuento de residente". La demandada señala que lo que se presta es el servicio de reserva y así se denomina como "condiciones de reserva".

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reciente resolución (Resolución (Expt. 591/05, Agencias de Viaje)) del conflicto planteado y que han señalado las partes expone la situación de los service fees de la siguiente forma:

"La entrada en el sector de transporte aéreo de las compañías de "bajo coste", ha llevado a las aerolíneas que ya operaban en el mismo a la búsqueda de economías para hacer frente a la competencia que se presentaba. Entre otras medidas, se ha tratado de sustituir el sistema de remuneración tradicional por los servicios de intermediación en la venta de billetes, basado en comisiones, por los llamados cargos por emisión o service fee, exigidos tanto a través de los canales de venta propios de las compañías aéreas, como por las ventas por Internet o agencias de viaje, las cuales son libres de establecer las condiciones que consideren convenientes. Así, las agencias de viaje dejan de percibir comisiones básicas y como contrapartida reciben directamente de sus clientes el importe de los cargos por emisión. De esta forma, el precio final del billete de transporte aéreo se compone de tres conceptos

diferenciados: el precio del transporte fijado por la aerolínea (tarifa neta), el cargo por emisión y los tributos exigibles."

Hemos de partir de que el viaje concertado y respecto del que se refieren las condiciones impugnadas es de ámbito nacional ( Málaga-Madrid) y que por tanto será plenamente aplicable la normativa española prevista en el Código de Comercio y en la Ley de la Navegación Aérea.

En materia fiscal la Dirección general de Tributos ( Consultas 0045-04 , 2409-03 y 2358-03 ) se ha pronunciado en diferentes ocasiones al respecto de los cargos de emisión en relación al impuesto sobre el Valor añadido entendiendo que se trata de un servicio accesorio, considerando como tal la prestación "cuando no constituye para la clientela un fin en sí, sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal del prestador" (sentencia de 22 de octubre de 1998, Madgett y Baldwin, asuntos acumulados C-308/96 y C-94/97, Rec. p. I-0000, apartado 24). Termina diciendo , en la primera de las respuestas señaladas, que "En el caso objeto de consulta se observa de manera manifiesta que los servicios de emisión y gestión en la expedición de billetes no constituyen un fin en sí mismo y que los clientes de la consultante entienden comprar, única y exclusivamente, un servicio de transporte, del que los servicios a los que nos referimos son accesorios, por lo que serán aplicables a dichos cargos las reglas de localización, determinación de la base imponible, tipo y exenciones del servicio principal de transporte del que son accesorios." El Ministerio de Fomento ha considerado el cargo de emisión como parte de la tarifa (Adaptación de los procedimientos de gestión de las subvenciones al nuevo sistema de ventas de cargos por emisión de billetes. Resolución de 10 de marzo de 2006)

En el Congreso y en el Senado la cuestión se ha suscitado en sendas ocasiones resultando lo siguiente:

En el Congreso (Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados VIII legislatura serie d: general 22 de julio de 2005. Número 247) a preguntas del Grupo Popular sobre las medidas previstas por el Instituto Nacional de Consumo

contra el recargo que cobran las compañías aéreas por la emisión de billetes, la respuesta del Gobierno (De 21 de junio de 2005) señalaba:

"En el ámbito de los servicios aéreos dentro de la Comunidad Europea, regulado por el Reglamento (CEE) núm. 2409/92, del Consejo de 23 de julio de 1992, sobre las tarifas de los fletes y de los servicios aéreos, se establece el principio de que las tarifas aéreas deben determinarse libremente por la dinámica del mercado, definiendo las tarifas aéreas como "los precios expresados en euros que los pasajeros deben pagar a las compañías aéreas o a sus agentes por su transporte y por el transporte de su equipaje en los servicios aéreos y las condiciones de aplicación de dichos precios, incluidas la remuneración y las condiciones ofrecidas a las agencias y otros servicios auxiliares".

Tradicionalmente las compañías aéreas, para la comercialización de sus productos, tenían suscritos acuerdos con las agencias de viajes por los servicios de venta de sus billetes. Dichos acuerdos implicaban el pago de una comisión a las agencias, cuya cuantía se incluía en las tarifas, y en las que, al tratarse de contratos privados, la Administración no intervenía en modo alguno.

Desde hace algún tiempo, las compañías aéreas europeas han ido modificando sus formas de comercialización, pasando a utilizar cada más fórmulas del tipo internet, billetes electrónicos, etc. y en consecuencia han disminuido los porcentajes de comisión a las agencias de viajes, con la consiguiente disminución de su repercusión en la tarifa. En su lugar han introducido un cargo por emisión de billetes, con el objetivo de incluir el coste de dichos servicios, directamente a sus clientes.

La Dirección General de Aviación Civil realizó una consulta a la Comisión Europea sobre esta nueva práctica, quién confirmó que se considera un concepto integrado en el término de tarifa aérea y, como consecuencia, está totalmente liberalizado.

Por lo expuesto, se considera que la aplicación de cargos por emisión de billetes por las compañías aéreas, no constituye una vulneración de la normativa aeronáutica vigente.

En cualquier caso, el Instituto Nacional del Consumo está recabando la opinión de todas las Administraciones Públicas afectadas, al objeto de que la Conferencia Sectorial de Consumo pueda adoptar una decisión contando con toda la información pertinente."

En fecha de 10 de febrero de 2006 la respuesta del Gobierno ante la pregunta de Coalición Canaria sobre el tema, era la siguiente:

"En el ámbito de los servicios aéreos dentro de la Comunidad Europea, las tarifas aéreas están reguladas por el Reglamento (CEE) núm. 2409/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos, donde se establece el principio de la libre fijación de precios determinada por la dinámica del mercado, definiendo las tarifas aéreas como «los precios expresados en euros que los pasajeros deben pagar a las compañías aéreas o a sus agentes por su transporte y por el transporte de su equipaje en los servicios aéreos y las condiciones de aplicación de dichos precios, incluidas la remuneración y las condiciones ofrecidas a las agencias y otros servicios auxiliares». En el año 2004, como consecuencia de la medida adoptada por las compañías aéreas, de introducir cargos por emisión de billetes, disminuyendo en ese caso los porcentajes de comisión a las agencias de viajes incluidos en las tarifas, la Dirección General de Aviación Civil realizó una consulta a la Comisión Europea sobre si este nuevo cargo podría estar considerado como parte de la tarifa aérea. En este sentido, la Comisión confirmó que dicho cargo debía considerarse un concepto integrado en el término «tarifa aérea» tal como está definida en el citado Reglamento 2409/92 y, por tanto, totalmente liberalizado. Por todo lo expuesto, en materia de transporte aéreo, las prácticas de las compañías aéreas de comercializar sus tarifas aéreas desglosando en concepto de cargos adicionales ciertos costes, no constituyen una vulneración de la normativa aeronáutica vigente. Todo ello, sin perjuicio de las decisiones que pudieran adoptarse en materia de consumo, en cuanto

a una posible vulneración de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este sentido, desde el ámbito de competencias del Ministerio de Sanidad y Consumo, se señala que la práctica denunciada tiene incidencia en materia de defensa de la competencia y en materia de defensa de los consumidores y usuarios. En lo relativo al primer aspecto, actualmente existe un expediente en trámite ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, al objeto de que se determine si se incurre en conductas contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ante la eventualidad de que la introducción de los recargos por emisión de billetes se hubiera llevado a cabo mediante algún tipo de acuerdo entre los agentes que prestan servicios de intermediación del título de transporte aéreo.

Aun cuando la competencia para sancionar la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato corresponde a las Comunidades Autónomas, el Instituto Nacional del Consumo y las autoridades competentes en la misma materia de las Comunidades Autónomas disponen de procedimientos de cooperación para la fijación de criterios interpretativos comunes, procedimientos que si bien ya se han iniciado, aún no han concluido, tal como se informó a la Federación de Consumidores en Acción. Por este motivo, actualmente no se dispone de un criterio consensuado de las autoridades competentes en materia de consumo sobre el carácter abusivo de estas cláusulas, no siendo posible avanzar la postura adoptada al respecto.

No obstante, puede señalarse que, en estos momentos y en base a los dictámenes técnicos con que se cuenta, el Instituto Nacional del Consumo no considera pertinente la iniciación de una actuación judicial. En lo que respecta a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y en relación con la acusación de «pasividad» al Instituto Nacional del Consumo, se indica que, conforme a la legislación vigente, la Federación de Consumidores en Acción (FACUA) tiene los mismos instrumentos que el citado Instituto para hacer cesar la conducta denunciada, si se considera que la práctica llevada a cabo constituye una cláusula abusiva. Asimismo, esta organización está legitimada por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el ejercicio de cualquier otra acción en defensa de los intereses colectivos de los consumidores. Por otra parte, debe señalarse que, conforme a la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, los Jueces y Tribunales son los competentes para la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula no negociada individualmente."

El demandante señala que la citada cláusula por la que se cobra cargo de emisión no obedece a servicio accesorio alguno y que por ello debe entenderse incluido como cláusula nula de conformidad al artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación por remisión, en concreto, al apartado 24 de la disposición adicional primera de la Ley General de Defensa de los Consumidores y usuarios: Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación. También cita la prevista en el apartado 22, primer párrafo, de la citada disposición: La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. Sin embargo la demandada señala que no es un gasto derivado de la documentación sino de la gestión y reserva en sustitución de lo que tradicionalmente realizaban las agencias de viajes. Igualmente alega que el examen del artículo 10 bis de la LGDCU no puede ser interpretado al amparo del precio fijado puesto que se trata de un control del contenido de las cláusulas atendiendo al equilibrio y no a la transparencia con la que los precios se han recogido en las cláusulas contractuales.( Directiva 13/93/CEE, artículo 4.2). En el análisis de lo previsto en los puntos 22 y 24, señala la demandada que , respecto del primero que no suponen trasladar a los consumidores los gastos de documentación y, respecto del segundo entendiendo que " no son servicios accesorios ni adicionales a los servicios principales, sino que son ellos mismos los servicios principales".

El artículo 92 de la Ley de la Navegación Aérea ( LNA) recoge que en el contrato del transporte de viajeros el transportista extenderá inexcusablemente el billete de pasaje, considerando el artículo 93 LNA que "el billete de pasaje es un documento nominativo e intransferible y únicamente podrá ser utilizado en el viaje para el que fue expedido y en el lugar del avión que, en su caso, determine". De conformidad a la Orden del Ministerio de Fomento de 27 de noviembre de 1997 la tarifa del transporte podrá ser

establecida por la propia compañía. La obligación del pasajero, entre otras, es la de pagar dicho transporte.

La cuestión es centrada entonces, conforme a los argumentos señalados en dos apartados:

Los requisitos de incorporación por cuanto se refiere a la falta de equilibrio en las contraprestaciones señalando que no obedecen realmente a prestaciones ciertas las cláusulas impugnadas.

Los requisitos de contenido por la falta de prestación en sí misma a los efectos del cargo realizado.

Centrada la cuestión objeto del litigio la razón esencial, aún a pesar del reconocimiento tácito que se está haciendo por las diferentes autoridades de dicha comisión (sobre todo en Fomento y Tributos) es determinar si existe o no un desequilibrio, en primer lugar. Según se desprende del artículo 3.1 de la Directiva 13/93/CEE, el sistema de control de las cláusulas abusivas se fundamenta en la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. El mencionado precepto enuncia una regla general de control de contenido (se reputará abusiva la cláusula "cuando en perjuicio del consumidor, cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato") y una enumeración ejemplificativa de cláusulas abusivas que se contiene en un Anexo. El artículo 10.1 c) de la Ley General dispone que las cláusulas de los contratos concertados con consumidores deberán cumplir las exigencias de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación no contiene una formulación positiva de los requisitos de control de contenido de las condiciones generales, sino que únicamente en su artículo 8 establece como "control negativo" una previsión de nulidad para aquellas condiciones que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Cuando la compañía aérea actúa sin intervención de intermediario alguno la contratación entre esta y el pasajero se hace de forma directa. Cuando actúa a través de una agencia de viajes la relación es primero entre esta y el cliente y posteriormente entre este y la compañía a la hora de efectuar el vuelo, checking o cualquier actuación directa sin perjuicio de la posibilidad de reclamar contra una u otra. La relación entre la agencia de viajes y la compañía aérea sigue necesitando de un sistema concreto por el que al principio la propia compañía aérea pagaba a la agencia y posteriormente esta pasa a cobrar directamente del cliente su comisión. Por tanto no existe una estructura necesariamente nueva para formalizar la relación entre el cliente y la compañía que no fuera la misma que se daba entre la agencia de viajes y la compañía por la que al principio la compañía aérea pagaba incluso a la agencia.

Por otro lado la terminología utilizada es ciertamente confusa en cuanto la cláusula habla de "cargo por emisión del billete electrónico" y en ningún modo se refiere a la reserva o al contrato de reserva- como pretende la demandada- o a ninguna actividad en específico necesaria para gestionar dicha emisión. La misma tanto puede referirse a la emisión material como a la propia creación del billete incluyendo reserva. Es más, cuando la Ley de la navegación aérea se refiere a la emisión lo hace en el artículo 92 en referencia al billete de pasaje. Es lógico por tanto que el consumidor no tenga porqué distinguir otros supuestos gastos en la interpretación de conformidad a lo previsto en los artículos 6.2 de la LCGC, 10.2 de la LGDCU, 5 de la Directiva 13/93/CE y 1286 y 1288 del Código civil.

En tercer lugar también resulta discutible la propia naturaleza de dicha comisión pues si - como hemos señalado- la tarifa es única y lo único que se hace es desglosar el precio lo cierto es que se están cobrando por tramos de servicios el propio porte, que en principio es referido al transporte y a esos supuestos gastos de emisión, pero posteriormente puede derivarse en variopintos, curiosos y sorprendentes servicios: acceso a lavabos, asistencia en vuelo, utilización de transportes internos aeroportuarios, franjas horarias, etc. De conformidad al artículo 1283 del Código Civil "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán



entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar" y es evidente que lo que se contrata es el transporte y no ninguna cadena de servicios accesorios que nos lleven al mismo.

El carácter accesorio de la prestación de emisión no puede desdoblarse de la obligación de emisión que tiene el porteador puesto que el consumidor nunca puede renunciar al mismo y -desequilibradamente- el porteador emitirá imperativamente por la normativa de transportes. No es ya solo el billete materialmente hablando sino la obligación de control, emisión, documentación y entrega. La Audiencia Provincial de Málaga se ha pronunciado en una ocasión (SAP Sección 6ª. Nº de Recurso: 568/2003 .Nº de Resolución: 128/2004 .Fecha de Resolución: 18/02/2004 ) de forma indirecta sobre los "service fee" entendiéndolo por tales los cargos de una serie de servicios adicionales (entendía que no pactados) que repercutían negativamente en la infraestructura personal y en la propia economía de quien los repercutía. Este carácter accesorio no es en sí mismo complementario sino medio para la prestación principal.

Cuando el pasajero compra un billete lo que hace es contratar un transporte que incluye al mismo y su equipaje en los términos legales y contractuales y la amplitud de una compañía aérea, que busca el negocio lucrativo en la venta de pasajes, no puede justificar la imposición de gastos que directamente lleven al pasajero a soportar los gastos del mantenimiento de su estructura.

De igual forma - y aunque no es un tema concreto que proceda abordar en el presente procedimiento es necesario referirlo por las incidencias indirectas- no es posible entender que la compañía se dedica además de a transportar a comercializar como si fuera una agencia de viajes y que por ello ha de cobrar. La situación podría generar una infracción de la competencia leal, pero, al margen de ello, el consumidor no tiene por qué aceptar que- dentro de la estructura de venta de billetes- siempre tendrá que pagar dichos cargos de emisión a quien realmente no realiza- cuando de la compañía aérea directa se trata- una actividad de intermediación, comisión u otra similar. En este caso vuelve a surgir un desequilibrio en las prestaciones pues el

consumidor se ve obligado en todo caso a pagar dicha comisión por emisión sin posibilidad de renunciar a ella.

En sentido inverso podría entenderse que el propio consumidor tiene gastos por aceptar el viaje en la forma propuesta por la compañía (desplazamiento, conexión a internet, documentación privada de la reserva, parking, espera) y que dichos gastos deberían ser contemplados, por el beneficio que supone para la compañía aérea, como contraprestación equilibrada de otros gastos que se generan para dichas compañías. La duda en cuanto a la terminología utilizada y las prestaciones a las que no se hace referencia deberán entenderse en función de la mayor reciprocidad ( 1288.2 Cc) y por tanto no pueden incluirse dadas las señaladas prestaciones que cada uno de los contratantes debe asumir.

La obligación de la compañía aérea es esencialmente la de realizar el transporte y la actividad comercial desplegada ( call center, internet, ventanilla, etc) es consecuencia de la mercantilidad, comercialización y ánimo de lucro en la búsqueda de la rentabilidad de la actividad que despliega. Por tanto no es posible disgregar sin entender que existe desequilibrio dichas prestaciones para poder conseguir la principal ( el transporte) mediante la asunción obligatoria, no negociada, imperativa, de otras anteriores. Si el "gasto por emisión" se considera necesario para la realización del transporte no puede ser separable del mismo. (En este sentido la intervención general de la administración del Estado perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda lo considera así en FECHA 28-4-2004. Boletín Informativo de la IGAE nº 74, año 2004, señalando: en la medida en que el abono de los cargos por emisión del billete resulta necesario y obligatorio para la adquisición del mismo, y por tanto, para el viaje, este gasto tiene la naturaleza de gasto de transporte)

CUARTO: Tratándose de una acción individual procede un análisis concreto de las referidas cláusulas en relación a la nulidad pretendida.

1º. Contrato de reserva de billete de avión concertado por las partes ( localizador NUM000 e identificador NUM001), en donde se recoge la condición de reserva 3º.3.1

denominada "Cargos por emisión de billetes" y redactada por Spanair, S.A. en su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) , en la expresión: " Los cargos por emisión de billetes que Spanair cobrará por las reservas realizadas a través de [www.spanair.com](http://www.spanair.com) son: Destino: Península, Baleares y Canarias; Tarifas: Todas Las Tarifas; Importe Billeto Electrónico: 13 €".

2º. La condición de reserva 5º.5.1 denominada "Billete Electrónico" y redactada por Spanair, S.A. en su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) en cuanto al párrafo con el siguiente tenor literal : " El cargo por emisión de billete electrónico que aplicará Spanair es de 13 € por billete electrónico reservado a través de [spanair.com](http://spanair.com)".

En virtud de lo anterior y conforme a lo señalado :

Se trata de un contrato celebrado con un consumidor.

Se trata de una estipulación no negociada individualmente sino impuesta en el contrato de adhesión por la compañía aérea.

Supone un desequilibrio en las prestaciones pues sólo recoge prestaciones para el consumidor sin indicar a qué tipo de prestaciones se refiere. Las citadas cláusulas dan por supuesto el conocimiento de " los cargos por emisión" sin referirse a cuáles son estos gastos o cargos no de forma concreta sino de forma genérica lo que supone indefensión para la parte que contrata que no sabe a qué obedece dicha prestación dineraria.

Lo anterior y por omisión supone una cláusula contraria a las exigencias de la buena fe.

Teniendo en cuenta el conjunto del contrato la citada cláusula se establece para un contrato de reserva lo que parece indicar al consumidor medio que no lo es como precio del billete sino como objeto de la reserva habiéndose pronunciado, como hemos

visto, la Comisión Europea , sobre el carácter de los " cargos de emisión" dentro de la tarifa del billete aéreo y no por ningún supuesto de reserva u otro cualquiera.

La acción de nulidad va dirigida a que el juez declare la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales ya incorporadas al contrato que contradigan en perjuicio del adherente alguna norma imperativa o que, en contratos con consumidores, sean abusivas conforme al art. 10 bis LCU : Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.

El billete constituye el documento que confiere los derechos al titular para ser transportado al punto de destino y el contratante-consumidor ha de tener cabal conocimiento de las condiciones de la contratación y, entre estas, de las tarifas aplicadas. Si en los datos de reserva ( documento uno de la demanda) aparece en tarifa y detallado un pretendido " cargo por emisión" este deberá determinar cuál es ese cargo bien directamente bien por remisión a las condiciones generales. Al no recoger en dichas condiciones generales ( cláusulas impugnadas) nada sobre ello el consumidor queda en posición de desequilibrio de conocimiento y de prestaciones por cuanto ni estas se explican ni estas se recogen. En el supuesto de entender que lo son por emisión del billete ( documentación) iría contra la norma imperativa ( artículo 92 LNA) que obliga a su entrega al operador aéreo; en el caso de entender que obedece a actividad desplegada para la emisión ( service fees) esta deberá exponerse y guardar reciprocidad en las contraprestaciones, permitir no sólo su conocimiento ( no individual o concreto en cuanto a gastos sino genérico en cuanto a concepto) sino también obedecer a verdaderos gastos que no se han probado en el presente procedimiento.

QUINTO: No procede especial pronunciamiento en costas dado que se han constatado suficientes dudas de hecho y de derecho al respecto, conforme a la

normativa especificada en cuando al segundo de los puntos ( services fees) referidos. Por un lado en cuanto las instituciones interpretadoras de las normas tributarias y de transporte vienen asumiendo, y las compañías pagando, tributos por dichos cargos de emisión y, por otro por la novedad en el supuesto que lleva a la inexistencia de otros pronunciamientos similares o contrarios en relación a dicha cláusula. Todo ello de conformidad al artículo 394 de la LEC.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

## **FALLO.**

QUE ESTIMO TOTALMENTE LA DEMANDA presentada por el/la procurador/a D./doña González Pérez en nombre y representación de D./doña Eugenia y defendido por el/la abogado/a D./doña Castillo Gómez , contra SPANAIR representado por el/la procurador/a D./doña Berbel Cascales y defendido por el/la abogado/a D./doña CESAR SANZ FERNÁNDEZ- VALLADARES y en consecuencia:

Declaro, respecto al contrato de reserva de billete de avión concertado por las partes ( localizador NUM000 e identificador NUM001), que la condición de reserva 3º.3.1º denominada "Cargos por emisión de billetes" y redactada por Spanair, S.A. en su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) es nula por tener carácter abusivo en lo que resulta aplicable al mencionado contrato de reserva, es decir, la expresión " Los cargos por emisión de billetes que Spanair cobrará por las reservas realizadas a través de [www.spanair.com](http://www.spanair.com) son: Destino: Península, Baleares y Canarias; Tarifas: Todas Las Tarifas; Importe Billeto Electrónico: 13 €".

Declaro la nulidad por abusiva, respecto al contrato de reserva de billete de avión descrito, de la condición de reserva 5º.5.1 denominada "Billeto Electrónico" y redactada por Spanair, S.A. en su página web [www.spanair.com](http://www.spanair.com) en cuanto al párrafo

con el siguiente tenor literal" El cargo por emisión de billete electrónico que aplicará Spanair es de 13 € por billete electrónico reservado a través de spanair.com".

Declaro, respecto al contrato de reserva de billete de avión descrito, la nulidad por tener carácter abusivo de la condición de reserva 11º, párrafo segundo, redactada por Spanair S.A. en su página web [www.sapanair.com](http://www.sapanair.com) con el siguiente tenor literal: " Las partes renuncian expresamente al fuero que les pudiera corresponder y someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Madrid Capital para resolver cualquier controversia que pueda surgir en la interpretación o ejecución de las presentes condiciones contractuales".

Debo condenar y condeno a Spanair, S.A. a estar y pasar por las consecuencias inherentes a la anterior declaración y tener por no escritas en el contrato celebrado entre las partes las mencionadas condiciones generales de la contratación, lo que no afectará a la eficacia del contrato suscrito por las partes en la medida en que la declaración judicial de nulidad no determina la ineficacia total de dicho contrato.

Sin expresa condena en costas.

Líbrese mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación correspondiente, una vez que sea firme la sentencia estimatoria dictada como consecuencia del ejercicio de las presentes acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación, para la inscripción del fallo de la misma junto con el texto de las cláusulas afectadas.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación a preparar ante este juzgado en el plazo de cinco días y que resolverá la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª).

Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo.

