

EL POLIZÓN QUE ESTABA CONTRATANDO SIN SABERLO*

Angel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 27 de noviembre de 2019

El asunto “Kanyeba”, que es de suyo una cosa menor relativa a quienes polizonean en los trenes de viajeros, representa, con todo, una ocasión inmejorable para especular sobre la perfección y existencia de los contratos civiles.

1. La ocasión. Las páginas que siguen constituyen escasamente una glosa de la **STJUE de 7 noviembre 2019**, en los asuntos acumulados C-349/18 a C-351/18 (**Kanyeba**). Pocas veces un caso tan marginal en su sustancia adquiere una significación tan amplia para la teoría del Derecho en general. Por eso merece la pena dedicarle una reflexión.

2. Hechos. Muy sumariamente, porque el detalle no tiene importancia para nosotros, la controversia llega al TJUE por una cuestión preliminar suscitada por un juez belga. Un polizón habitual ha recibido la conminación de la empresa ferroviaria de pagar unas cantidades (penalizaciones) que traen causa de haber hecho uso del servicio de transporte eludiendo la obligación de pago del billete. Las cláusulas en que se funda la conminación de pago pueden ser abusiva en su cuantía. ¿Pero existe contrato entre el polizón y la empresa, de forma que tengamos un lugar en el que “colgar” la Directiva de cláusulas abusivas? Y si no hubiera contrato, ¿sería posible aplicar igualmente a la relación entre las partes el régimen de la Directiva?

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC).

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



3. La decisión del TJUE. El Tribunal comunitario sostiene que hay contrato y que el juez nacional debe proceder a contrastar la cláusula en cuestión con las exigencias de equilibrio contractual impuestas por la Directiva 93/13. La cuestión contractual como suyo no tiene importancia decisiva en el caso, porque tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo belgas parecen haber declarado ya que el régimen de las cláusulas abusivas se aplicaría aunque la relación entre las partes fuera de naturaleza “reglamentaria” (cfr. art. 81.3 del TRLGDCU español). En cualquier caso, el TJUE considera que la cuestión sigue teniendo transcendencia. Y concluye: “en consecuencia, el tenor del artículo 3, punto 8, del Reglamento 1371/2007 y el contexto de este precepto llevan a considerar que, a los efectos de dicho Reglamento, debe entenderse que el concepto de contrato de transporte es independiente de si el viajero posee un billete y que engloba una situación en la que el viajero accede a un tren de libre acceso con el fin de realizar un trayecto sin haber adquirido el billete” (§ 49). Deja de tener interés para el caso la cuestión de si el régimen de la Directiva 93/13 se aplicaría igualmente en ausencia de contrato.

La STJUE no divaga, declinando la invitación del juez a quo, sobre si la compañía ferroviaria en cuestión ostentaba poderes públicos, y parece sobreentender que no. Después pasó a realizar un fatigoso análisis de la normativa comunitaria relativa a los transportes públicos – que se centra en la Directiva 1371/2007- para determinar si en alguna de las normas se encuentra apoyo para decidir en un sentido u otro sobre cuándo nace la relación jurídica contractual entre viajero y empresa. El resultado no es evidente. Pero la Sala concluye con contundencia que existe contrato de viaje desde que el polizón ingresa en el espacio posesorio controlado por la empresa, espacio en el que *ordinariamente no se puede ingresar sin haber adquirido el billete de transporte*. Una cosa sería el contrato, otra su cumplimiento por una y otra parte. “Procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, punto 8, del Reglamento n.º 1371/2007 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto de «contrato de transporte», en el sentido de dicha disposición, una situación en la que un viajero accede a un tren de acceso libre con el fin de realizar un trayecto sin haber adquirido un billete” (§ 53).

4. El dilema. La esencia del problema tratado y resuelto en esta STJUE se expresa bien gráficamente de esta forma: *es preciso encontrar un contrato del que podamos colgar unas cláusulas no negociadas*, porque, de otra forma, no estaremos autorizados a practicar un control de abusividad de estas cláusulas conforme a la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, salvo que afirmemos, subsidiariamente, que este régimen se aplica también en defecto de contrato o que la empresa de ferrocarril tiene poderes públicos delegados para imponer sanciones, que a su vez se sujetarían a la Directiva 93/13. La cláusula en cuestión podía ser una penalización



del tipo siguiente: *el viajero sorprendido sin billete deberá abonar un (suplemento, sanción, recargo, etc) de (dos veces) el precio del billete*. Se trata sin duda de una penalización a la que podría aplicarse el control de abusividad del art. 85.6 TRLGDCU (*“Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*). Pero el supuesto de hecho de la norma requiere partir de que el consumidor ha “incumplido” sus obligaciones, y es cuestionable que incurra en alguna si no ha celebrado un contrato de transporte con la empresa ferroviaria. Por tanto, no importa en general si las empresas ferroviarias están sujetas a control de contenido de sus cláusulas incluso en ausencia de contrato, sino más concretamente si puede imponerse por la empresa (antes incluso del control de contenido) una cláusula que tiene como su supuesto de hecho que no ha existido contrato entre la empresa y el polizón al que se quiere aplicar la susodicha cláusula.

5. La sumisión de particulares al *ius puniendi*. Una persona sólo puede quedar sometida al *ius puniendi* de otro particular si se dan alguna de estas tres condiciones. O este último particular goza de potestades públicas delegadas conforme a derecho, que le habilitan para imponer sanciones privadas; o el afectado ha ingresado voluntariamente en el ámbito de autoorganización de un grupo asociativo (en sentido amplio) que estatutariamente tiene reconocida una potestad de disciplina interna; o hay un contrato del que se cuelguen las condiciones predispuestas en que consiste la sanción o, mejor, hay un contrato por el que el sujeto “dominado” ha consentido en someterse a dicha condición.

6. La intrusión en un espacio reservado. Podría argüirse en favor de una cuarta forma de “acceso al *ius puniendi alterius*”, consistente en *introducirse en un espacio físico legítimamente controlado por otro*. Este “otro” no podría ciertamente por ese solo hecho imponer al intruso un estatuto contractual unilateral, pero – seguiría el argumento- podría al menos dictar una *metarregla* (a su vez una condición general) que contuviere la sanción (privada) por el intrusismo prohibido. Y sin embargo esta pretensión no es de recibo en Derecho. De esta forma, el titular de un muro que cuelga una cartela en cuya virtud se prohíbe fijar carteles y se hace responsable por ello a la empresa anunciadora produce un *flatus vocis*. La empresa anunciadora responderá extracontractualmente o por enriquecimiento injustificado si se dan las condiciones legales para ello, pero no porque lo diga en dueño de la pared, por mucho que aquella empresa proceda de modo antijurídico y al proceder así realice el supuesto de hecho de la pseudo-norma dictada por el dueño del muro. No hay contrato, como tampoco lo habría si el dueño del muro explicara en la cartela: “el mero hecho de pegar carteles en esta pared comporta la aceptación de la empresa anunciante para pagar la tarifa de 3 euros al día”; imposible, porque un sujeto *no puede imponer a otro por su propia voluntad la forma en que ambos pueden comunicarse ni el significado de esta comunicación o falta de comunicación*.



7. Relaciones contractuales de hecho. Parece contrafáctico proponer que el ingreso espacial en el recinto reservado sea ya una manifestación de voluntad contractual tácita del polizón. Desde principios del siglo pasado se desarrolló en Alemania una viva discusión – luego extrapolada a otras jurisdicciones- sobre las llamadas *relaciones contractuales de hecho*. Se listaban varias clases, pero a nosotros nos interesa la última, a saber, aquella obligación que nacía de un *contacto social típico*. Y se aducía el ejemplo del conductor que entraba en un aparcamiento de pago sin convenir previamente las condiciones del contrato, o el viajero que se subía al bus, que echaba a andar antes de que el conductor o taquillero le hubiese hecho la oferta al cliente (“*es un euro*”). Pero en todos estos casos era posible construir *ex post* una hipotética voluntad común hipotética *ex ante*, que simplemente no había tenido ocasión de manifestarse aún por el concurso de la oferta y la aceptación, voluntad común de que uno haga un servicio y el otro pague por ello lo que es justo pagar. No ocurre así en nuestro caso. No se puede reconstruir una voluntad hipotética común, porque manifiestamente el polizón no quiere contratar - ¡de otra forma desmentiría su oficio!-, sino viajar por la cara. No puede haber una relación contractual de hecho, salvo que se vaya más allá de la reconstrucción del acuerdo implícito y se llegue a imponer ficticiamente al polizón una voluntad inexistente de contratar. “*Saltas furtiva o violentamente el torno de acceso y ya por eso mismo se te imputa que quieres pagar el billete*”. Y no nos vale decir: “*me da igual si al saltar el torno quería el tipo pagar o no pagar, yo digo que pague*”. Porque entonces volvemos al principio, y necesitamos un fundamento para esta imposición heterónoma (*¡el doble del precio del billete!*) que ya no cabalga a lomos de un contrato.

8. Excedente de Derecho contractual. Suponer en estos casos un contrato, como hace el TJUE, es emplear recursos mayores para cazar moscas. La imposición de un contrato conduce a consecuencias inesperadas, absurdas, inicuas. Si hay contrato, ni el agente privado ni la autoridad pública pueden echar al polizón del tren, y el cobro del billete tendrán que perseguirlo en un juicio verbal; es decir, nunca se cobrará este billete. Si hay contrato, el polizón no sólo tiene derecho a llegar a su destino (destino que puede ir alterando continuamente mientras no pague) sino a que la empresa pague la compensación prometida en el billete (que él no tiene) por retraso en la llegada o por denegación final de embarque (¡) o por cancelación sobrevenida del viaje. Si el polizón se sienta en asiento de preferencia, tiene derecho a que le dispensen merienda y periódicos, quizá también un whisky. La empresa asume un deber de procurar seguridad al viajero y responde contractualmente de los daños por incumplimiento de ese deber. Naturalmente, el polizón está cubierto por el SOV. Si llega otro viajero y pretende que el asiento ocupado por el polizón le está reservado, no se le atenderá, pues todo ocurre como si la compañía hubiera vendido dos veces el mismo billete por error y, ya se sabe, *in pari causa melior est conditio possidentis*.



Demasiado arroz para poco pollo, y la cosa se revela como un empleo superfluo y dispendioso del Derecho de contratos.

9. Cuasicontratos. Parece que se nos está olvidando una cosa. Además de los fundamentos expuestos, de los que se puede colgar una estipulación punitiva, disponemos también, desde los tiempos de GAYO, de los *cuasicontratos*, como reconoce el art. 1089 Código Civil. La terminología cayó en desuso en España y alguno ha propuesto en su simpleza que es una categoría a enterrar. Sin embargo, se trata de una institución que ha sido decisiva no sólo en Derecho romano, sino en el inglés, que se vio necesitado, antes de crear una *cause of action* de simple *restitution of the unjustified enrichment*, de construir un Derecho de *Quasi-Contracts* para superar y ampliar la vieja fórmula del *indebitatus assumpsit*.

10. Recepción de mala fe de un pago indebido. No sabemos y nunca se supo muy bien cuál era la definición apropiada y el alcance de los cuasi contratos. Un pandectista del renombre de Johannes VOET definía el cuasi contrato en su *Commentarius ad Pandectas*, Paris 1827, Lib. XLIV, Tit III, V como “*praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio*”. Sin embargo, la definición que ofrece el art. 1887 Código Civil es insuficiente para comprender nuestro supuesto, salvo que predispongamos de partida – lo cual es otra ficción- que el salto del torno es “un hecho lícito (y puramente voluntario)” de los que “resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”. El polizón no está gestionando sin contrato un asunto ajeno (art. 1888 Código Civil). No está realizando un pago indebido (art. 1895), ¡pero sí lo está “recibiendo” en el sentido del art. 1895! ¿Pero puede decirse que la empresa deja pasar al polizón “por error”? Imaginemos que podemos decirlo o que – no sería la primera vez que se propone- que el requisito del error debe ser eliminado, y procede extender la norma a cualquier pago indebido que el *solvens* no haya realizado con voluntad de donar. Si podemos llegar hasta aquí, entonces tendríamos al polizón caracterizado como un *accipiens indebiti mala fide*, al que se le ha “entregado” un viaje en tren por el que la empresa ordinariamente cobra un precio, y debe restituir en forma de pago del precio, más los intereses legales por la tardanza en el pago; debe restituir en virtud de la obligación nacida del cuasicontrato. Observemos que *fur semper in mora* y, por ende, el polizón debería pagar intereses del precio desde el momento mismo que salta el torno: es ya por eso un *fur*, sin que sea necesario esperar a que alguien le requiera el billete o su pago. Además, y principalmente, el art. 1896 II Código Civil carga en las espaldas del polizón la pérdida sobrevenida de su “enriquecimiento”, pérdida que le quita de las manos el fruto del árbol prohibido. En otras palabras, tendrá que pagar el billete (al menos el billete) aunque inmediatamente se cancele el viaje por caso fortuito.

11. Más allá del cuasicontrato. Aceptemos que nos acomodamos en el terreno de los cuasi contratos. Pero está claro que los arts. 1887 y 1896 Código Civil sólo han servido



para proveernos una mínima consecuencia legal: el polizón debe pagar *el billete* más los intereses del precio. No sirven para más. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto legal del art. 1888, en este caso no ha podido el cuasicontrato desempeñar un cometido más amplio que fuera adecuado para hacer nacer también obligaciones a cargo de la empresa. La única prestación debida es *restituir* el *indebitum*. Mas para este efecto tan limitado no necesitamos en justicia recurrir al régimen de los cuasicontratos. ¿Por qué tenemos que suponer un cuasicontrato cuando el efecto restitutorio puede fundamentarse más simplemente en el deber de devolver un enriquecimiento injusto, una *cause of action* ésta que desde hace muchos años no necesita en nuestro sistema jurídico un basamento como el del art. 1896 Código Civil?

12. Incorporación de condiciones generales. La sentencia del TJUE se limita a afirmar que existió contrato, pero nada dijo sobre si la empresa podía imponer a ese contratante forzoso sus condiciones generales. Parece que sí lo pensó, por el discurso ulterior que practica a propósito de otras cuestiones formuladas por el tribunal *a quo* y que aquí no hemos considerado. A mí me parece inalcanzable que la empresa pretendiera satisfacer el nivel de accesibilidad exigido por el art. 80.1 a) TRLGCU (“sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”). Ciertamente, por culpa del polizón, que no pasó a recoger el texto de estas condiciones (¡o sí!) antes de saltar el tornó con clandestinidad. Pero este argumento minimizador del problema no vale, una vez en que el salto del tornó ha sido descalificado como polizonaje para pasar a significar celebración del contrato *ex factis concludentibus*. No se le puede decir ahora al defraudador que está intentado sacar fruto de su propia ilicitud; más bien sería incumbencia de la empresa disponer bien visibles las condiciones generales en un lugar de acceso obvio para el polizón que está saltando el tornó.

13. No se puede imponer al polizón una sanción contractual. Tenemos recursos para exigir al polizón el pago del precio más intereses, sin necesidad de poner en juego el costosísimo Derecho de contratos. Pero no nos olvidemos que nuestra preocupación primera no era el precio, sino la penalización. La regla del enriquecimiento injusto no sirve para fundamentar su pago. ¿Qué hacer entonces? Lo más simple y lo intuitivamente verdadero. Ni el polizón ni la empresa están vinculados por contrato. La empresa no puede imponer al polizón ninguna cláusula contractual predispuesta, y, menos que ninguna, la que fundamenta una sanción en su condición de polizón. Por no estar “obligado”, el polizón ni siquiera está sujeto al cumplimiento de la “cláusula” que reserva *estos asientos* para incapacitados o embarazadas, ni la que prohíbe usar el teléfono portátil en este “vagón de silencio”. Y no pasa nada por ello. La empresa debe desistir de querer imponer obligaciones al polizón. Lo que puede hacer es echarle del tren y reclamarle el precio del billete más intereses en un juicio verbal. Y puede utilizar para ello la *violencia*, porque desde siempre se reconoció que el *iustus possessor* puede rechazar con violencia



al intruso que ingresa en la posesión ajena por violencia o trampa (*vi, clam*) siempre que *no deje pasar mucho tiempo antes de proceder al uso de la fuerza*. Y si no está muy seguro de que puede hacerlo, el interventor puede llamar a la fuerza pública para que se lleve al intruso en la próxima parada; seguramente un reglamento administrativo imponga una multa a quien viaja sin billete.