

EL VIAJE COMBINADO EN EL RDLG 1/2007 (TEXTO REFUNDIDO LEY GENERAL DE CONSUMIDORES) Y LEYES COMPLEMENTARIAS

María del Carmen Pastor Sempere

Universidad de Alicante

RESUMEN

Si bien el turista puede perfectamente beneficiarse de la protección prevista por el ordenamiento para todo consumidor, es conveniente, por no decir que imprescindible, el establecimiento de medidas específicas para su protección. Por ello, el presente trabajo se detiene en los aspectos centrales del régimen jurídico del contrato de viaje combinado, tal y como queda tras su interpretación en el conjunto del texto refundido.

Palabras clave: turista, consumidor, agencias de viajes, viaje combinado, contrato.

The «combined trip» in the RDLg 1/2007 (Revised Text of the General Consumers Act) and complementary legislation

ABSTRACT

Even though tourists may perfectly benefit from the legal protection provided by, the legal framework for all consumers it is convenient, not to say essential, to establish specific measures for their protection. Thus, the present paper aims to analyse the core aspects of the «forfait» contract legal regime as it is conceived after being interpreted in the context of the adapted «texto refundido».

Key words: Consumer, tourists, agency, combined trip contract.

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 14 de abril de 2010

Instituto Universitario de Investigaciones Turísticas. Universidad de Alicante. Apartado 99. 03080 ALICANTE (España). E-mail: carmen.pastor@ua.es

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El 30 de noviembre de 2007 se publicó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2007), por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, el Texto Refundido). La publicación del Texto Refundido cumple con el mandato de la Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006, de 29 diciembre (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2006), *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*: «Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos». En la Exposición de motivos se señalan las normas que, a pesar de tener relación con la protección de los consumidores y usuarios, no se han incluido en el Texto Refundido por diferentes motivos. Destacable es, en este sentido, la exclusión de la Ley General de Publicidad (Ley 34/1998, de 11 noviembre), por estar pendiente su revisión cuando se incorpore a nuestro ordenamiento interno de Directiva 2005/29/CE¹, *sobre prácticas comerciales desleales*, cuestión que por otro lado revestía cierta urgencia y que finalmente ha sido incorporada recientemente por la Ley 29/2009 *sobre competencia desleal y publicidad para la protección de los consumidores y usuarios*, publicada en el BOE de 31 de diciembre del 2009. Lo señalado evidencia su fragmentariedad y la imposibilidad de calificarlo como un auténtico *Código de Consumo*², a pesar de su aparente presentación sistematizada y coordinada de los textos recientes en nuestro ordenamiento que, desde distintas y muy diversas perspectivas³, abordan la cuestión de la protección de los consumidores y usuarios⁴.

1 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, (que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), DO L 149, de 11.6.2005, p. 22. El texto se encuentra disponible en la siguiente dirección:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2005/l_149/l_14920050611es00220039.pdf

2 Como sucede en países como Francia con su Código del Consumo (Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993, reformado recientemente por Loi du 3 janvier 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*). Vid. *Compendium de Derecho de consumo europeo*: <http://www.eu-consumer-law.org/index.html>.

3 PENDÓN MELÉNDEZ, M. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, n° 209, 2008, págs. 5 y 6.

4 Contamos en nuestra Doctrina con numerosas contribuciones sobre esta temática; Vid entre otros; BERCOVITZ, R., SALAS, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO, L., ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002; LLAMAS POMBO, E. (dir.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005.; REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.; DE LEÓN ARCE, A. (Coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.; GALLEGO SANCHEZ, E. *Contratación mercantil*. Vol. 1 y II. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003.; BUSTO LAGO,

Entre las normas que el Texto refundido incorpora a la refundición se encuentra en su Capítulo II, del Título I, del Libro IV, dedicado a los viajes combinados⁵, por tratarse de una norma de transposición de directiva comunitaria que se integra en el acervo comunitario de protección de los consumidores⁶ y establece un régimen jurídico específico en la contratación con consumidores no afectado por las normas estatales sectoriales sobre turismo⁷.

En efecto, el Derecho comunitario ha intuido, tempranamente, la condición de consumidor que ofrece el turista. No hay dificultad en predicar de él este carácter ambivalente. Por consiguiente, la protección al turista debe encuadrarse, si la contemplamos desde esta perspectiva, dentro del marco más general de la protección al consumidor y al usuario⁸.

J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo: derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson/ Instituto Nacional de Consumo, Madrid; CARRASCO PERERA, A. (dir.), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002; BOTANA GARCÍA, G., RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999.; BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987; MARÍN LÓPEZ, J. J., SÁNCHEZ ARISTI, R., (coords.), *La protección jurídica de los consumidores*, Dykinson, Madrid, 2004.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor: (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, Civitas, Madrid, 2002.; TORRES LANA, J.A/TUR FAÚNDEZ, M° N/JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

5 Las que sí se incorporan al Texto Refundido y con ello quedan derogadas:

1. La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
2. La Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.
3. La Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (quedan derogados sus artículos 48 y 65.1 letras n y ñ, su disposición adicional primera, así como la alusión al artículo 48 y a la disposición adicional primera en su párrafo primero e íntegramente su último párrafo de la disposición final única), es decir, los artículos referidos a la protección de los consumidores y usuarios.
4. La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.
5. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
6. La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

6 Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*; DOCE núm. L 158 de 23-6-1990 p. 59-64. Vid. una visión sobre su transposición: SEC (1999) 1800 final *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*.

7 Vid., sobre esta Directiva: ALCOVER GARAU, G. «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 232, 1999, 687-703; AURIOLES MARTÍN, A. «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje», *RDM* núm. 206, 1992 pág. 147; SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje combinado*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, págs. 80-91; DE LA HAZA DÍAZ, P. *El contrato de viaje combinado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 39-53; GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 32-51; «La protección del turista como consumidor en el marco de la Unión Europea» en, TORRES LANA, J.A/TUR FAÚNDEZ, M° N/JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor* op.cit págs. 15-55; TOMMASSINI, «Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio tutto compreso (dalla Convenzione internazionale del 1970 al decreto legislativo n. 111 del 1995 attuativo della direttiva Cee n. 314/90)», *Giustizia civile*, Vol. 50, n.º 5, 2000, 255-265.

8 Entre otros, ALCOVER GARAU, G., «Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la CA de las Islas Baleares en materia de turismo» *EC*, núm. 18, 1990, pág. 64.

Al fin y al cabo, como acabo de señalar, el turista es un consumidor y un usuario, sin otra cualificación, desde este punto de vista, que la demanda de unos servicios específicos, aquellos que se ha dado en llamar «turísticos». Las afirmaciones anteriores presuponen, desde luego, la consideración del turista como consumidor o usuario en su sentido técnico, es decir, en aquel que desencadena el proceso de protección. Es decir, cuando las normas no son exactamente coincidentes en cuanto a ámbito de aplicación, hipótesis normativa y consecuencias jurídicas, hay que proceder a la depuración y análisis de cada una de las normas concurrentes para averiguar, al menos, cual es la más favorable para el consumidor y aplicarla. Esta última operación no es sino consecuencia de la existencia del principio *favor consummatoris*⁹.

Lo expuesto conduce, pues, a concluir que, si bien el turista puede perfectamente beneficiarse de la protección prevista por el ordenamiento para todo consumidor, es conveniente, por no decir que imprescindible, el establecimiento de medidas específicas para su protección, como se verá. Para ello, vamos a detenernos en los aspectos centrales del régimen jurídico del contrato de viaje combinado, tal y como queda tras su interpretación en el conjunto del texto refundido. Nos apoyaremos en una serie de numerosas decisiones judiciales que nos darán una idea de los problemas que resultaban más frecuentes en la práctica surgidos entre los particulares con ocasión del turismo (transporte, alojamiento, viaje organizado, etc.). La razón de esta «litigiosidad» descansaba en algunos aspectos legales «ambiguos» que dieron entrada a interpretaciones dispares y, por supuesto, a la enorme importancia económica y social que el turismo tiene hoy día, debido, sin duda, al considerable aumento del nivel de vida, sobre todo en los países del llamado primer mundo, el espectacular desarrollo de los medios de transporte y su abaratamiento y, en definitiva, la llamada globalización han facilitado el acceso a la civilización del ocio y al turismo amplios sectores de población que hace una década apenas tenían acceso. A ello, también, ha contribuido, decisivamente, el desarrollo del negocio electrónico, siendo el turismo uno de los sectores más importantes para Internet, el que mueve más dinero. En efecto, el comercio electrónico en España cada año está incrementando su cifra de negocio y ante la situación actual de crisis es uno de los sectores que continúa creciendo, generando puestos de trabajo y liderando el desarrollo de la sociedad de la información en España. Por ello ya desde un inicio queremos dejar constancia, de su incompresible omisión en el contexto de la regulación que realiza el texto refundido del viaje combinado.

Por otro lado, como se expondrá a continuación, el Derecho español ha seguido los imperativos del Derecho comunitario sin la inmediatez que cabría esperar para un sector pujante en nuestra economía y, además, de forma dubitativa¹⁰. Ello no obstante,

9 TORRES LANA. J.A «La protección del turista en el ámbito jurídico privado» en, TORRES LANA. J.A/TUR FAÚNDEZ, M^o N/JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor* op.cit pág. 71.

10 La evolución de las distintas políticas de la Unión Europea en materia de mercado interior y de defensa de los consumidores han tenido una influencia económica creciente en el ámbito de la distribución comercial minorista. Vid. Sobre este particular; SANZ PÉREZ. G/ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ. M; «Las políticas de la Unión Europea y su influencia sobre la distribución comercial minorista» en, ICE, *Boletín Económico*, núm. 2822, 2004; págs. 45 y ss.

a la fecha existe ya, no sólo una nueva regulación, sino también y lo que es más importante, un incipiente catálogo de decisiones jurisprudenciales que acreditan el arraigo progresivo de una positiva sensibilidad judicial respecto a la problemática específica del turista. Y, es que, en la Sentencia de 16 de julio de 1998, *Silhouette International Schmied* (C-355/96, Rec. pg. I-4799), apartado 36, en la que el Tribunal de Justicia (TJCE) declaró¹¹ que si bien es cierto que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada dicha persona, no lo es menos que, como declaró «un órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar las disposiciones del Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de una directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta ante cualquier duda interpretativa del Derecho nacional», como hemos de ver al final de este trabajo¹².

2. NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO

El contrato turístico de viaje combinado (también denominado usualmente «paquete turístico» o a «forfait»)¹³ fue perfilado por la doctrina¹⁴, en líneas muy heterogéneas y dispares, que van desde el mandato con matices más o menos representativos, hasta el contrato innominado, pasando por el arrendamiento de servicios, vacilaciones estas de las que se hizo eco la jurisprudencia española, sin atreverse a cimentar un criterio exclusivo, firme y constante¹⁵.

11 Sobre su trasposición a las legislaciones nacionales Vid. SOLER VALDÉS-BANGO, A: *El contrato de viaje combinado*, op. cit. págs. 88-95.

12 Sobre estas cuestiones, *vid infra* nuestro epígrafe VI.2, dedicado a la *naturaleza de los daños indemnizables*, en el que comentamos el Caso *Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH and Co. Kg.* (**Sentencia de 12 marzo 2002 (TJCE\2002\99)**); por el que Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) resuelve, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614), *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (DOL 158, pg. 59) planteada *Landsgericht Linz* austriaco, con arreglo al artículo 234 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695).

13 Como modalidad de contrato encuadrable en la categoría de «contratos turísticos»; AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al derecho turístico: derecho privado del turismo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 140 a 162; JIMÉNEZ BLANCO, G. «Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising», en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Contratos Mercantiles*, Dir. VILLAGÓMEZ RODIL, A., Madrid, 1997, pág. 201.

14 Vid sobre estas cuestiones, PEREZ DE LA CRUZ, A. *Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga, 1973, pág. 78; QUINTANA CARLÓ, I. «La protección del turista como consumidor», *EC*, núm 2, 1984, págs. 65 y ss.; AURIOLES MARTÍN, A. «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje» op. cit. pág. 847.; ALCOVER GARAU, G. «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», op.cit. págs. 691 y 692.

15 Vid. las Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de diciembre de 1902; 3 de diciembre de 1907; 26 de noviembre de 1919; 8 de mayo de 1920; 10 de enero de 1922; el Decreto del 6 de abril de 1951 aprobando el Reglamento para el funcionamiento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; la sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central del 18 de marzo de 1952 entre otros.

En la actualidad, esta situación ha cambiado; el contrato es calificado de resultado, naturaleza unánimemente declarada por la jurisprudencia¹⁶ y doctrina¹⁷. Más en concreto, ante un contrato de obra por empresa, o en terminología del Código civil, de arrendamiento de obra de ahí que la agencia tendrá que responder no sólo cuando el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las prestaciones que componen el viaje le sea imputable, sino también cuando proceda de cualquiera de los encargados de ejecutar dichas prestaciones.

Además, es caracterizado por la doctrina como un contrato de consumo, de ahí la exigencia por el legislador de determinadas formalidades y reglamentación exhaustiva para controlar el contenido del contrato predispuesto por la empresa, y es que en materia de condiciones generales, la actividad turística constituye un campo especialmente abonado. La práctica totalidad de los contratos turísticos con usuarios son contratos de adhesión, con condiciones generales: billetes de transporte, contratos de alojamiento o de intermediación turística (agencia, paquetes turísticos), etc¹⁸.

3. EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO: ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

3.1. El viaje combinado como objeto del contrato

El texto refundido incluye dentro de su ámbito de aplicación la manifestación turística abrumadoramente más frecuente, como es aquella que se despliega mediante la contratación de un «paquete turístico» o, con más propiedad, de un viaje combinado, es decir, aquel en el que, según el art. 151 a), concurren al menos dos de los siguientes tres elementos: transporte, alojamiento y servicios turísticos no accesorios que constituyan una parte significativa del viaje, sobrepasen las 24 horas y se ofrezca por un precio global, aunque esto último no es sinónimo facturación conjunta de todos los elementos de un mismo viaje combinado.

En coherencia con el anterior concepto legal, el texto refundido no regula cada uno de los elementos mencionados cuando se presenta aisladamente. Ahora bien, esto no significa

16 En este sentido resulta ilustrativa la **Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª). Sentencia núm. 72/2006 de 22 febrero AC\2006\1579** «Es decir que nos encontramos ante un viaje combinado con intervención organizativa de la demandada a la demandante (consumidora) con los traslados de ida y vuelta a Valencia, siendo este último estéril y por ende inaprovechable para la actora, por lo que no fue exclusivamente detallista en los términos exigidos para no serle de aplicación la regla de solidaridad fijada en el artículo 11 comentado y como *el contrato celebrado es de resultado, naturaleza unánimemente declarada por la jurisprudencia* (Audiencia Provincial Alicante sección 6 de 4-5-1999 [AC 1999, 5097]; Barcelona Sección 17 de 14 marzo 2000 [AC 2000, 1483] y Vizcaya de 25-4-2001 [PROV 2001, 211098]), calificación que igualmente adoptamos en la referida sentencia de 14-2-2005 (PROV 2005, 104498), resulta evidente que el resultado no fue cumplido por la agencia contratada y de ahí su obligación resarcitorio por aplicación del precepto aplicado en la sentencia apelada».

17 Vid., sobre esta cuestión: ALCOVER GARAU, G. «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», *RDM*, n.º 232, 1999, 687-703; AURIOLLES MARTÍN, A. «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje», *RDM* núm. 18, pág. 147.

18 DE LA HAZA, P., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1997, pág. 14.

que no pueda existir «turismo» o «actividad turística» fuera o al margen de la modalidad combinada; por el contrario, es bien frecuente el desplazamiento del turista por sus propios medios o la contratación directa e independiente del medio de transporte y del alojamiento. En cualquier caso, el turismo fuera del sistema combinado, por muy minoritario o excepcional que sea, no puede significar que esta clase de turistas quede desprotegida. Ahora bien, quedan fuera del sistema de responsabilidad establecido por el texto refundido.

Por definición legal un «viaje combinado» es aquel que tiene por objeto la realización de un viaje turístico o vacacional, mediante la prestación de un conjunto de múltiples servicios (transporte, alojamiento, práctica de determinadas actividades, etc.) que integran un «paquete turístico» retribuido mediante un precio global. Por consiguiente, si al tratarse de un viaje combinado, se dejan de cumplir alguna o algunas de las prestaciones que se incluían en el programa, existe incumplimiento total, porque el viaje se contrató como un conjunto unitario, no como una mera suma de prestaciones independientes como se sostiene por nuestra jurisprudencia mayoritaria y nuestra doctrina.

No obstante lo señalado, también encontramos una interesante línea jurisprudencial en la que, a pesar de señalar la idea de conjunto unitario y sin romper con ella, se señala que la LVC carece, (y el actual texto refundido igualmente), como no podía ser de otro modo, de normas que disciplinen los respectivos servicios integrados en el paquete turístico, pese a lo cual dicha Ley sí contiene una llamada a la aplicación de esa normativa sectorial cuando en el art. 11.3 y ahora el artículo 161.3 del Texto refundido nos indican que «El resarcimiento de los daños, que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones.» Ello sucede, especialmente, cuando el servicio defectuoso que forma parte del «paquete turístico» es el que comprende el transporte aéreo y es ocasionado por un retraso¹⁹. En nuestro sistema la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea carece de una regulación sobre la responsabilidad del transportista aéreo por retraso²⁰. Ello ha llevado

19 El régimen jurídico del transporte aéreo se encuentra regulado por las siguientes normas internacionales: **Convenio de Varsovia** para la ratificación de ciertas *reglas relativas al transporte aéreo internacional* de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930 y modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 y los Protocolos de Montreal 1, 2 y 4 de 25 de septiembre de 1975; **Convenio de Montreal** para la *unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional* de 28 de mayo de 1999, firmado por la Comunidad el 9 de diciembre de 1999, aprobado por Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001 y en vigor, por lo que se refiere a la Comunidad, desde el 28 de junio de 2004.

20 **Comunitarias**: Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre, *relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente en lo relativo al transporte aéreo de pasajeros y su equipaje*, modificado por el Reglamento (CE) n° 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97, *sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*; Reglamento (CEE) 295/91, de 4 de febrero, por el que se establecen *normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*, derogado por el actualmente en vigor Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero, 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*. Vid. Un análisis de estas cuestiones en el **derogado Reglamento (CEE) 295/91**, GARCÍA RUBIO, M^a P.: *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Ed. Montecorbo, Madrid, 1999 págs. 235-247; con el actual **Reglamento (CE) n° 261/2004**, GILI SALDAÑA, M. «Morosidad, negligencia y contravención de compañía aérea por omisión de escala en el billete y retraso en vuelo intercontinental Comenta-

a la jurisprudencia a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de un contrato de transporte (arts. 1101 y ss. CC). Debemos advertir que los remedios previstos en el Código Civil español son compatibles con los remedios reparadores, compensatorios o de reembolso del Reglamento núm. 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 no contempla, pues, compensación económica inmediata para el pasajero que es víctima de un retraso y sí únicamente para quienes padecen alguna de las otras dos hipótesis objeto de la norma: denegaciones de embarque y cancelaciones. Para el «gran retraso» únicamente establece obligaciones asistenciales²¹.

3.2. Sujetos intervinientes en la celebración y ejecución del contrato

Como consumidor que indudablemente es, el turista goza de la protección establecida con carácter general, es decir, de aquella que hace abstracción de su peculiar condición de turista, como ya comentamos al inicio del presente trabajo. Por tanto, el turista, como cualquier otra persona, se encuentra protegido por todas aquellas normas del ordenamiento jurídico, que pueden integrarse en el amplio marco del llamado Derecho del consumo, es decir, en aquel conjunto de normas cuya finalidad es la protección del contratante débil. En este sentido, hay normas civiles que han sido interpretadas y aplicadas con criterios progresivos por nuestra jurisprudencia: así ha ocurrido respecto a los arts. 1256, 1258, 1262,

rio a la SJMER nº 1 Bilbao, de 26 de marzo de 2007 (AC 2007/493)» *InDret*, revista para el análisis del derecho, 2007, WWW.INDRET.COM; así como LOZANO ROMERAL, D., «Transporte aéreo. El contrato de transporte. Derechos y deberes. La sobreventa. Las indemnizaciones por retraso. Especial consideración de los minusválidos. Responsabilidad civil y seguros», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Madrid, 2005, Thomson Civitas, pp. 293-321; PETIT LAVALL, M^aV., «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 12, 2004, pp. 95-115.

21 Ahora bien, el expresado Reglamento CE no establece un régimen de responsabilidad propiamente dicho ni contempla efectos jurídico-privados para el obligado que lo incumple, sino que se limita a imponer en su art. 16-1 diferentes sanciones administrativas. Su finalidad no es, pues, la de regular un sistema integral de resarcimiento por los quebrantos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo, sino la de establecer una serie de garantías mínimas o derechos asistenciales y estimular a las compañías aéreas a ofrecerlas o prestarlas a los perjudicados con carácter inmediato. En efecto, el Reglamento establece a cargo del transportista (para los supuestos de denegación de embarque por exceso de reserva u «overbooking», cancelaciones y grandes retrasos) un sistema de indemnizaciones y de obligaciones asistenciales que tienen el carácter expreso de «compensación mínima» (Considerando 4º) y que, además, han de ser satisfechas de manera «inmediata» evitando de ese modo, con una previsión anticipada que opera con elevado grado de automatismo, las dilaciones que pudieran menoscabar los intereses del viajero si la indemnizabilidad del supuesto regulado se relegase o supeditase a la dilucidación en sede judicial. De acuerdo, pues, con ese régimen de compatibilidad, es evidente que el cumplimiento de las obligaciones asistenciales previstas en el Reglamento CE ante una hipótesis de «gran retraso», no exonera al transportista (ni, por derivación, al agente de viajes y al organizador, de conformidad con el art. 11 de la Ley de Viajes Combinados y el art. 161 del texto refundido). Vid. Sobre El Rglto. GILI SALDAÑA, M./GÓMEZ POMAR, F. «El coste de volar: Observaciones al Reglamento (CE) 261/2004, de 11 de febrero, 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» *InDret*, revista para el análisis del derecho, 2005, WWW.INDRET.COM

1265, 1288 ó 1902 del CC, por citar los ejemplos más significativos. En los supuestos contemplados por estos preceptos la LCU no fue mucho más allá; antes bien, se limitó, a fijar y a clarificar —en ocasiones, a depurar— las soluciones jurisprudenciales más avanzadas. Esto es lo que ha ocurrido con temas tan importantes como los relativos al valor negocial de la oferta y publicidad de bienes y servicios, a las condiciones generales de los contratos o a la responsabilidad por los daños causado, temas regulados respectivamente por los arts. 8, 10 y 25 y siguientes de la LCU.

Pero este hecho, obvio por otra parte, comporta la necesidad de tener en cuenta esta óptica peculiar —la relativa a la protección del consumidor— que, rectamente planteada y desarrollada, aparejaría como resultado, bien beneficioso para el turista, el engarce de dos tipos de normas con idéntica finalidad protectora: las que integran el llamado Derecho del consumo y las específicamente destinadas a proteger al turista, como ya apuntamos. En efecto, la amplitud con que el texto refundido configura el concepto de consumidor para el Derecho español permite albergar al turista con toda comodidad en el mismo. Pocas dudas cabían, efectivamente, acerca de que el turista sea destinatario final de determinados bienes y servicios y de que normalmente no incorpore estos mismos bienes y servicios a un proceso productivo, de transformación o de comercialización, notas éstas que positiva y negativamente delimitaban la noción de consumidor en el referido art. 1 LCU y menos en el concepto de consumidor que ahora proporciona el Texto Refundido en su artículo número 3 *«las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»*²².

Sólo hay que indicar que, aunque la celebración y perfección de contratos de los llamados turísticos —transporte, alojamiento, combinado, etc.— puede realizarse por una persona jurídica, existían dudas acerca de si sólo podían ser beneficiarios de los mismos las personas físicas; es decir, sólo éstas podían ostentar la condición de turista, de usuario, en fin, de los servicios adquiridos. En este sentido, el artículo 2.4 de la Directiva 90/314/CEE define de forma amplia al consumidor: *«la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás bene-*

22 Definición que corre pareja a la dada por el **Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE de 4 de julio de 2008)** en su artículo 6. de los *Contratos de consumo* que son definidos «1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumpla los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

ficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)». En virtud de esta definición se extiende la protección a una serie de personas distintas al contratante del viaje del que se trate en cada caso. Además, como señala la doctrina, el concepto de consumidor no se refiere aquí, en la Directiva, exclusivamente a las personas físicas. Esta cuestión, en cualquier, caso viene resuelta por el citado concepto del artículo 3 del texto refundido.

Incluso, el turista resulta ser un consumidor vulnerable, particularmente frágil y por ello se han alegado diversas razones que plantean una especial necesidad especial de protección por parte de nuestro ordenamiento ya que, el turismo incluye un elemento de extranjería y de desinformación, lo que añade trabas nuevas a las inherentes a la condición de desplazado del turista: documentación especial, barreras idiomáticas, mayor riesgo de enfermar, acaso un nivel mayor de inseguridad ciudadana, etc. Todavía puede añadirse a la condición inherente de desplazado del turista un elemento más: en la inmensa mayoría de las ocasiones, la brevedad del desplazamiento imposibilita o dificulta extraordinariamente tanto la reclamación del turista frente a la prestación defectuosamente realizada o frente a su ausencia (incumplimiento total), como la exigencia de un cumplimiento específico²³. Todas estas cuestiones necesariamente han de ser resueltas al regreso del viaje.

Por tanto, las reclamaciones tienen normalmente que formularse no ante los obligados a realizar la prestación, sino ante los mediadores con los que se contrató, responsables en última instancia de la cadena de prestaciones subcontratada por ellos; lógicamente también, tales reclamaciones no consisten en la exigencia del cumplimiento específico o *in natura* —ya imposible y por completo insatisfactorio para el acreedor, es decir, para el turista—, sino que deben transformarse por fuerza en peticiones de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sean éstos materiales o morales, como veremos en el último apartado de este trabajo.

Hay que delimitar, por tanto, los sujetos que intervienen y el régimen de responsabilidad de dichos intervinientes en el proceso²⁴. El Artículo 151 del texto refundido nos da unas definiciones, a los efectos de esta Ley²⁵. De ello se desprende la necesaria condición

23 ALCOVER GARAU, G., «Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la CA de las Islas Baleares en materia de turismo» *EC*, núm. 18, 1990, pág. 65-68.

24 **Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª). Sentencia núm. 486/2007 de 20 diciembre AC/2008/564.** «La sola condición de organizadora hace que recaiga sobre ella la responsabilidad prevista en el artículo 11 de la Ley, aún cuando la venta del viaje no la haya hecho de modo directo, sino mediante la otra sociedad, detallista, demandada».

25 así por:

«b) «Organizador»: la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista.

c) «Detallista»: la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador.

d) «Contratante principal»: la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado.

e) «Beneficiario»: la persona física en nombre de la cual el contratante principal se comprometa a comprar el viaje combinado.

f) «Cesionario»: la persona física a la cual el contratante principal u otro beneficiario ceda el viaje combinado.

de agencia de viajes que deben reunir tanto los organizadores como los detallistas. A estos efectos, debe destacarse, en primer lugar, que la actividad de agencia de viajes, es una actividad reservada a las empresas que cuenten con el correspondiente título-licencia²⁶. Tienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos²⁷. En segundo lugar, además, el desembolso del capital correspondiente y pagar una fianza por dedicarse en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación o/y organización de servicios turísticos²⁸. Con respecto a la forma jurídica que deben adoptar las agencias de viajes

g) «Consumidor o usuario»: cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario.

h) «Contrato»: el acuerdo que vincula al consumidor con el organizador o el detallista.

2. A los efectos de lo previsto en este Libro, el organizador y el detallista deberán tener la consideración de agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa».

26 En España la normativa administrativa que, regula, todavía hoy, la actividad de las agencias de viajes (la actividad es el Real Decreto 271/88 de 25 de Marzo. Según se desprende del **Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes (I) (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1988)**; tienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos. La condición legal y la denominación e Agencias de Viajes queda reservada exclusivamente a las Empresas a que se refiere el apartado anterior. Los términos «viaje» o «viajes» sólo podrán utilizarse como todo o parte del título o subtítulo que rote sus actividades, por quienes tengan la condición legal de Agencias de Viajes.

2.- 1. Son objeto o fines propios de las Agencias de Viajes los siguientes:

a) La mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, así como en la reserva de habitaciones y servicios en las Empresas turísticas.

b) La organización y venta de los denominados «paquetes turísticos».

c) La actuación como representantes de otras Agencias nacionales o extranjeras para la prestación, en su nombre y a la clientela de éstas, de los servicios que constituyen objeto propio de su actividad.

d) Cualesquiera otros servicios que se reconozcan como propios de su actividad de acuerdo con la legislación vigente.

27 **Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª). Sentencia núm. 486/2007 de 20 diciembre AC2008564** «Que la mayorista, u organizadora del viaje, no fuera la que concertara el contrato, es un argumento absolutamente inane, en cuanto merece la consideración de «organizador», en tanto que, tal y como señala el artículo 2 de la Ley reguladora de los Viajes Combinados (RCL 1995, 1978), en su condición de persona jurídica, **organiza de modo no ocasional viajes combinados** y los vende, u ofrece en venta, directamente o, como es el caso, por medio de un detallista». Este caracterización impide ser parte contratante a determinadas entidades y agrupaciones que carecen de este carácter profesional así; **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia núm. 187/2003 de 14 noviembre JUR2004\129442**; «No podemos compartir los argumentos de la empresa actora. No hay prueba alguna de que fuese el Arzobispado el contratante del viaje combinado. En primer término, la propia actora reconoce que el Arzobispado nunca suscribió contrato alguno con Viajes Caja San Fernando, dice literalmente la actora que «el Arzobispado de Sevilla rehusó formalizar contrato alguno» (folio 3) y ello solo puede entenderse porque dicho Arzobispado realmente no se tenía a sí mismo como contratante de nada. En segundo término, el folleto informativo sobre el Jubileo 2000 a Tierra Santa, bien claro establece que la «Organización Técnica y las Reservas» estaban a cargo de Viajes Caja San Fernando, mientras que **la Delegación Diocesana de Turismo y Peregrinaciones del Arzobispado de Sevilla se limitaba a facilitar «Información Religiosa»; ninguna otra función, ni de mediador ni de contratante, desempeñaba el Arzobispado**».

28 En la Orden de 14 de Abril de 1988 que regulan las agencias de viajes) las define como «[...] empresas que, en posesión del título-licencia, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos [...]. y; clasificándolas «[...] entre mayoristas,

españolas, la legislación estatal y alguna autonómica disponen la necesidad de que estén constituidas en forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, excluyendo, por tanto, al empresario persona física, o bajo cualquier otra forma jurídica. Ello está en clara contradicción no solo con la Directiva, también con la LVC y con el actual texto refundido, en el que expresamente se hace mención de la posibilidad de que sean personas físicas tanto los organizadores como los detallistas, por lo que entendemos con SOLER VALDÉS-BANGO, A.²⁹ la nulidad de aquellos preceptos, estatales y autonómicos, que impidan a una persona física o a cualquier otra forma jurídica distinta de la S.A o S.R.L

minoristas y mayoristas-minoristas [...]». Las agencias de viajes, se encontraran en una u otra clasificación, en función de diferentes criterios, vinculados a las diferentes actividades que puedan realizar o no estas empresas: «[...] así, las agencias son mayoristas, minoristas o mayoristas-minoristas en función de las actividades que pueden realizar: las mayoristas se encargan de organizar servicios y paquetes turísticos que ofrecen a las agencias minoristas, quienes, por su parte, se ocupan de comercializar hacia el consumidor el producto previamente organizado por la mayorista. El art. 3, párrafo segundo, de la O. 14 abril 1988, califica a la agencia minorista como «aquellas que o bien comercializan el producto de las Agencias mayoristas vendiendo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias». Hoy la generalidad de la doctrina parece inclinarse por la tesis del contrato autónomo, el que relaciona a la agencia mayorista con la minorista, en el que los puntos de conexión con diversas figuras no permiten que se identifique con ninguna de ellas. Se podrían encontrar elementos de diferentes tipos contractuales como, de un contrato de comisión, de agencia, arrendamiento de servicios etc., pero abstracción hecha de toda escolástica jurídica, la actividad de las Agencias de Viajes guarda una fisonomía propia, dándole carácter especial (típico de mediación) el que ha de permanecer extraña al contrato principal por su actividad realizado. En este sentido, las modalidades más habituales podrían ser encuadradas en el esquema contractual del corretaje, pero en ocasiones, la actuación de la agencia detallista excede la propia del mediador tradicional y se extiende a lo largo del viaje intermediado, por otra parte tampoco es extraño encontrar que el propio contrato se autocalifique de agencia y se remita a la Ley de Contrato de Agencia de 1992. vid. SOLER VALDÉS-BANGO, A: *El contrato de viaje combinado*, op.cit. págs. 112-125.

29 *El contrato de viaje combinado*, op.cit. pág.106. En efecto, existe también numerosa normativa autonómica debido a la transferencia de competencias del Estado a nuestras CC.AA las cuales ya disponen de su propia normativa en esta materia Vid. SUAY RINCÓN, J./RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. «Régimen jurídico-administrativo de las agencias de viajes: una visión comparada de la normativa específica en materia de turismo» AA.VV *Turismo II Congreso Universidad y Empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. págs. 449-469; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. *Derecho administrativo del turismo*, Madrid, 2005, 3ª Ed, págs. 118 y ss. De este modo, y por citar un ejemplo, la Comunidad Valenciana, en virtud de la competencia exclusiva que, en materia de turismo, atribuye el Estatuto de Autonomía a la Generalitat Valenciana, el Gobierno Valenciano aprobó (sustituyendo al anterior Decreto 58/1988, de 25 de abril, el Reglamento regulador de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, modificado parcialmente por el Decreto 65/1990, de 26 de abril) Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del gobierno valenciano por el que se aprueba el reglamento de agencias de viajes de la C.V. (Dogv nº 2.935, de 21 de febrero). En su artículo 1, prevé la posibilidad de que una persona física pueda tener la consideración de agencia de viajes, suprimiendo la exigencia de constituirse en forma de sociedad mercantil para ejercer la actividad. Se mantiene, sin embargo, la ya consagrada clasificación de las agencias de viajes en mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas, entre cuyas funciones se articulan las que la Ley 21/1995 atribuye al organizador y detallista. Otra diferencia con respecto la legislación estatal es que el decreto recoge los programas de un día, figura que engloba la prestación de varios servicios turísticos cuando no constituyan un viaje combinado tal y como lo definía la ley 21/1995, de 6 de julio y ahora el texto refundido. Debe precisarse que, la competencia en materia de contratación y en particular a lo que atañe a los viajes combinados es del Estado y por lo tanto, conforme al artículo 149.1 6º y 8º de la Constitución, se podría presentar un conflicto de competencias en el caso de que alguna disposición de las legislaciones sobre Agencias de Viajes de las Comunidades fuesen contrarias a la legislación estatal Se ha señalado, esta posibilidad con respecto a la introducción por parte de las CC.AA de regulación sobre las «excursiones un día» o sobre la contratación de servicios aislados. Sobre estas cuestiones vid. SOLER VALDÉS-BANGO, A: *El contrato de viaje combinado*, op.cit. pág. 102..

el acceso a esta actividad. No nos detendremos, en otro aspecto fundamental del contrato de viaje combinado como es la agencia de viajes on-line y la posibilidad de la realización por medios electrónicos del contrato, dadas las características de esta publicación. Ello queda remitido, para su estudio y comprensión, a nuestro trabajo de próxima aparición «La contratación electrónica de servicios turísticos y las agencias de viaje on-line».

4. FORMACIÓN DEL CONTRATO

4.1. Información precontractual

Dando cumplimiento al mandato del artículo 51 de la Constitución Española, la *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* de 19 de julio de 1984, uno de los puntales clave en materia de protección de los consumidores, enumeró en su artículo 1 los derechos básicos de éstos. Su apartado 1 d) consideró como tal el derecho a la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

El Texto Refundido contiene una Disposición derogatoria única, que deroga la *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, entre otras disposiciones, como comentábamos al inicio de este trabajo. Por ello, el Texto Refundido presta especial atención al derecho a la información a lo largo de su articulado. Así, el Capítulo II, del Título I, del Libro Primero, regula los «Derechos básicos de consumidores y usuarios» en los artículos 8 a 10. El apartado d) del artículo 8 considera como tal: «La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute». A la información previa al contrato dedica también especial atención el Texto Refundido en el Capítulo I, del Título I del Libro segundo, titulado «Contratos y garantías». Antes de contratar el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular, sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (artículo 60). El apartado 2 de este artículo precisa de forma detallada el contenido de la información previa, que ha de facilitarse gratuitamente: nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta, o del comerciante por cuya cuenta actúa; precio completo, incluidos los impuestos; fecha de entrega, ejecución y duración del contrato; procedimiento para poner fin al contrato; garantías ofrecidas; lengua de formalización del contrato; y plazo y forma de ejercicio del derecho de desistimiento.

La información precontractual que se proporcione al consumidor vincula al empresario, de modo que el consumidor puede exigirle las condiciones ofrecidas en la oferta, promoción y publicidad previas, incluso aunque no figuren en el contrato. El principio de integración de la publicidad en el contrato, consolidado por vía jurisprudencial, fue consagrado legalmente por el artículo 8 de la LGDCU³⁰. El actual Texto Refundido lo

30 FONT GALAN, *El nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, 1990, págs. 75 y ss; TORRES LANA, «la Integración de la publicidad en la oferta contractual y turística», AA.VV. *Turismo y Defensa del consumidor*, Palma de Mallorca, 1991, págs. 78 y 79. TUR FAÚNDEZ, M^o N. «La protección del turista en el contrato de

recoge también al exigir que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios aunque no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato (artículo 61.2)¹. No obstante, si el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad (art. 61.3).

Pero el tratamiento de la información en el Texto Refundido no termina aquí. Este principio de conformidad con el contrato es aplicado a materias concretas. De este modo, en materia de viajes combinados el Texto Refundido al dedica también especial atención en su artículo 152 y establece el carácter vinculante para el organizador y detallista, de la información contenida en el programa-oferta³¹. En relación con las garantías comerciales el artículo 125 del Texto Refundido establece asimismo la obligación de quien figure como garante, en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.

Se detalla toda la información que el detallista o, en su caso, el organizador del viaje debe poner a disposición del consumidor en el programa o en el folleto informativo. Destacable es el precio. En el programa y oferta de viaje combinado publicado en el folleto debe incluirse «el precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe». (art. 152.1.f).

Con esta cláusula las agencias quedan obligadas a publicar en el folleto el precio final completo del viaje, incluidos los impuestos³². Asimismo deberán informar en el folleto si existen gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje y que el consumidor tenga que pagar en destino.

La información ha de proporcionarse de modo claro y comprensible y ha de extenderse todos los extremos del viaje (destinos y medios de transporte; duración itinerario y calendario; alojamientos, con indicación de su tipo, situación, categoría...; número de

viaje combinado» en, TORRES LANA, J.A./TUR FAÚNDEZ, M^o N./JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor* op.cit., pág. 134-136.

³¹ Artículo 153. Carácter vinculante del programa oferta.

La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador y el detallista del viaje combinado, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor y usuario antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa oferta.

b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

³² En este sentido, es destacable lo rápidamente que el sector se ha hecho eco de esta normativa; así en noticia «Denuncia a Ryanair por incumplir la normativa de defensa del consumidor» del *País*. Com de 6 de febrero de 2008; la *Asociación Catalana de Agencias de Viajes (ACAV)* denuncia que la aerolínea no respeta la reglamentación que obliga a informar de los precios finales práctica contraria al artículo 60.2.b del RDleg 1/2007.

comidas que se vayan a servir; condiciones en materia de pasaportes y visados; precio completo del viaje combinado; cláusulas sobre responsabilidades y cancelaciones y demás condiciones del viaje; nombre y domicilio del organizador del viaje, y en su caso, representación legal en España; y, en general, toda la información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado). El artículo 156, regula la información adicional que ha de proporcionarse al consumidor en relación con el viaje ya contratado, información que ha de proporcionarse, a lo más tardar en el momento de confirmar las reservas.

Qué duda cabe sobre la extraordinaria importancia que el legislador otorga al derecho a la información del consumidor. No obstante, esa importancia no se ha traducido en la sencillez y claridad deseables de este derecho *vital* para el consumidor. En ocasiones, entendemos, se llega, incluso a un detalle excesivo incomprensible para una norma del rango legal como la que nos ocupa³³, en otras el esfuerzo armonizador del legislador propio de todo Texto Refundido, no se ha conseguido en este ámbito (tampoco en otros, como, por ejemplo, el relativo al derecho de desistimiento). Han quedado fuera de la refundición, con mayor o menor justificación, numerosas normas decisivas en una correcta formación de la información (véase nuestras consideraciones introductorias). Obsérvese además que, aunque el artículo 60 unifica las normas preexistentes y da uniformidad a la información que debe darse en los contratos con consumidores, cada uno de los tipos contractuales refundidos por el legislador contienen normas especiales sobre la información precontractual exigible (artículo 97, artículo 152.). Esta circunstancia hace surgir la duda sobre el valor real del artículo 60 y su ámbito material de aplicación y su coordinación tanto con normas LEY 56/2007, de 28 de diciembre, de *Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*³⁴ o la reciente Ley 29/2009 *sobre competencia desleal y publicidad para la protección de los consumidores y usuarios*, publicada en el BOE de 31 de diciembre del 2009.

4.2. Forma y contenido del contrato de viaje combinado

La imposición de la forma escrita realizada por el art. 154, no es novedad dentro de la legislación protectora de los consumidores. Puede hablarse, como se ha hecho, de un retorno en este punto a criterios formalistas³⁵, para facilitar, en beneficio del consumidor, la

33 En el programa y oferta publicados en el folleto también se deberá indicar «si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto». (art. 152. 1.d). Es decir, en el caso de que todas las bebidas o algunas de ellas estén excluidas, debe indicarse de forma expresa.

34 LEY 56/2007, de 28 de diciembre, de *Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información* publicada (Sábado 29 diciembre 2007 BOE núm. 312), da nueva redacción al artículo 20 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico 34/2002, de 11 de julio, con el texto siguiente: «Artículo 20. Información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos. 1. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable. En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad” o la abreviatura “publi” (...).».

35 GARCÍA RUBIO, «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo», en *Actualidad civil*, 1994, págs. 277 y sigs.

prueba de la existencia y contenido del contrato, en especial por lo que hace al contenido mínimo. El precepto deja en el aire lo referente, tanto al carácter de la forma, como a los efectos de su incumplimiento, aunque entendemos es una cuestión intrascendente dado que en la práctica, es difícilmente imaginable la omisión de esta obligación. Sobre todo teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre forma y contenido, a la que hace mención el artículo 154 del texto refundido.

En efecto, de igual modo que respecto a la forma, la imposición de un contenido mínimo a los contratos es otra de las maneras clásicas de protección de los intereses de los contratantes más débiles. Responde, desde luego, al cumplimiento de deberes de información, pero también a la necesidad de expresar con claridad determinadas condiciones generales y particulares, es decir, a su clarificación y fijación de cara a la ejecución de las mismas y a su exigibilidad.

Por ello el art. 154 contiene una larga lista de elementos de inclusión obligatoria en el contrato. Al respecto, hay que recordar que la oferta contractual también forma parte integrante del contrato, como acaba de verse. De ahí que, en apariencia, no tenga fácil explicación la exigencia de constancia en el contrato de determinados elementos ya incluidos en la oferta, tales como la identificación del oferente, el programa de viaje, la especificación de los servicios y el régimen de cancelaciones y, sobre todo, el de responsabilidades. La razón de todo ello, entendemos, descansa en la referencia a dos realidades diferentes. La primera, en aplicación Cc: el contrato es ley entre las partes en la medida en que la oferta haya sido aceptada y, por tanto, el contrato perfecto. De ahí que en el contenido del contrato haya de constar todo lo que consta en la oferta. La segunda, en protección del consumidor, lo que esté en la oferta y no en el contrato, se aplicará en la medida en que sea más beneficioso para el consumidor.

No obstante, lo que entendemos carece de justificación, como vamos a comprobar, es en el actual texto refundido, la introducción de una serie de novedades, en cuanto al contenido que, si bien es cierto persiguen una máxima protección del consumidor creemos que van a ser difícilmente materializables en la práctica.

El Texto Refundido introduce dos nuevas obligaciones. La primera es desglosar los gastos de gestión en el precio del viaje combinado. Y la segunda es especificar los gastos de anulación debidamente desglosados, como veremos en el siguiente epígrafe. En el caso de que no pudiera calcularse su importe de antemano, se deberá indicar que tales gastos se podrán repercutir al consumidor, siempre que efectivamente se hayan producido³⁶.

En lo referente al desglose de los gastos de gestión en los contratos de viaje combinado, debemos señalar que, aunque bienintencionada, en la práctica será de difícil cumplimiento, pues los contratos de viaje combinado generalmente son cumplimentados por la agencia mayorista, organizadora del viaje, la cual desconoce cuáles son los gastos de gestión que aplicará la agencia detallista.

³⁶ En el contrato de viaje combinado tiene que indicarse «el precio de viaje combinado, desglosando los gastos de gestión» (art. 154.1.j). Asimismo en el contrato se deberán indicar «los gastos de anulación, si los hubiere y puedan calcularse razonablemente de antemano, debidamente desglosados. Si no pudiera calcularse su importe razonablemente de antemano, se admite el hecho de que «se podrán repercutir tales gastos, siempre que se hayan producido efectivamente». (art. 154.1.k)

Además, a más tardar, señala el texto refundido, en el momento de confirmación de las reservas, se deberá informar al consumidor por escrito de los horarios y lugares de las escalas y los enlaces previstos, así como la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero en el medio o medios de transporte que vayan a ser utilizados. También el nombre, dirección y teléfono de la representación del organizador o detallista en destino. Información que permita establecer un contacto directo con los menores en sus viajes al extranjero o con sus responsables en destino. Información relativa al seguro de asistencia de viaje o al seguro de gastos de cancelación. Con respecto, a la información sobre la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero y sobre la dirección y teléfono de la representación de la organización en destino, También albergamos nuestras dudas sobre su posibilidad real y entendemos suficiente que la misma se entregue al cliente unos días antes de la fecha de la salida, pues es del todo imposible que la agencia en momento de la confirmación informe al cliente del número de asiento o del número de camarote que va a ocupar.

5. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y CANCELACIÓN DEL VIAJE COMBINADO

El ajuste entre lo que se ha pactado en el contrato y su ejecución tenía en la LVC y ahora en el texto refundido dos importantes vías de escape. Una establecida en beneficio del consumidor, el desistimiento. Ésta es una facultad de libre ejercicio por parte del consumidor, pero está sujeta, sin embargo, a una indemnización a favor del organizador o detallista consistente en porcentajes del importe total del viaje variables en función de la antelación con que tal facultad se ha ejercitado. La otra es la posibilidad, otorgada al organizador, de modificar algún elemento esencial del contrato antes de la salida –con reconocimiento al usuario de la facultad resolutoria por incumplimiento *simili* modo a la prevista y establecida en el art. 1124 del CC–.

El texto refundido (Artículo 158) establece para el supuesto de que, antes de la salida del viaje, el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor y usuario. En tal supuesto, y salvo que las partes convengan otra cosa en cláusulas negociadas individualmente, el consumidor y usuario podrá optar entre resolver el contrato sin penalización alguna o aceptar una modificación del contrato en el que se precisen las variaciones introducidas y su repercusión en el precio. El consumidor y usuario deberá comunicar la decisión que adopte al detallista o, en su caso, al organizador dentro de los tres días siguientes a ser notificado de la modificación a que se refiere este artículo 158. En el supuesto de que el consumidor y usuario no notifique su decisión en los términos indicados, se entenderá que opta por la resolución del contrato sin penalización alguna.

En el supuesto de que el consumidor opte por resolver el contrato o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho al reembolso de todas las cantidades pagadas o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior, siempre que el organizador o detallista tenga esta posibilidad. Si el viaje

ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o el detallista deberán reembolsar al consumidor la diferencia de precio. En estos supuestos (resolución o cancelación), salvo en determinados supuestos legalmente contemplados, el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda por incumplimiento del contrato, que en ningún supuesto podrá ser inferior según dispone el art. 159 del texto refundido al: 5% del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje. 10% si se produce entre los quince y tres días anteriores, y el 25% en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las cuarenta y ocho horas anteriores.

En caso de cancelación del viaje por causa imputable al organizador o porque el cliente ante una modificación de un elemento esencial del contrato haya optado por la cancelación del viaje, el consumidor «podrá exigir el reintegro de las cantidades desembolsadas al empresario al que se las abonó, que deberá reintegrárselas en los plazos y condiciones previstas en el artículo 76. El cómputo del plazo, en este caso, se iniciará desde la notificación del consumidor y usuario de su opción por la resolución o desde que se produjeran las circunstancias determinantes de la cancelación». (art. 159.1) Es decir, que en estos casos el consumidor podrá exigir a la agencia a la cual ha pagado el viaje el reembolso de las cantidades desembolsadas en las condiciones previstas en el artículo 76. Una de ellas es que la devolución deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días de la notificación del consumidor de su opción por resolver o desde que se producen las circunstancias determinantes de la cancelación. La otra es que si la cantidad no es reembolsada dentro del plazo arriba establecido, el consumidor tendrá derecho a reclamar el doble de la cantidad desembolsada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

En relación a este punto, no se establece la obligatoriedad de que si el consumidor cancela el viaje éste deba abonar los gastos de gestión y anulación en el plazo máximo de 30 días, y en el supuesto de que el cliente no abone dichos gastos en dicho plazo, la agencia queda facultada a exigirle el doble.

Por último, esclarecer que los presupuestos de la obligación de indemnizar son dos y resultan claramente del texto refundido; una el daño sufrido por el consumidor ha de ser consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato y dos, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso ha de ser imputable al organizador y/o al detallista, siempre que no consiga acreditar la concurrencia de ninguna de las causas de exoneración. Como causas de exoneración señala el texto refundido dos; según la cual no existirá obligación de indemnizar cuando la cancelación del viaje, se deba en primer lugar a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite y en segundo lugar, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiéndose por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

6. LA RESPONSABILIDAD DE ORGANIZADORES Y DETALLISTAS EN EL TEXTO REFUNDIDO Y EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

6.1. Advertencia preliminar

Vamos a detenernos, por último, en uno de los aspectos centrales del régimen jurídico del contrato de viaje combinado, cual es el de la responsabilidad de organizadores y detallistas tal y como queda tras su interpretación en el conjunto del texto refundido. Para ello, tal y como advirtiéramos al inicio de este trabajo, nos apoyaremos en una serie de numerosas decisiones judiciales que nos darán una idea de los problemas que resultaban más frecuentes en la práctica. Por tanto no vamos a realizar un exhaustivo estudio jurisprudencial o doctrinal anterior, ya que, entre otras razones, afortunadamente contamos con numerosos estudios doctrinales y jurisprudenciales de gran exhaustividad sobre este aspecto en particular del contrato de viaje combinado³⁷.

La razón de esta dedicación de la doctrina y de la «litigiosidad» descansaba en algunos aspectos legales «ambiguos» que dieron entrada a interpretaciones dispares. En efecto, el art. 11 de la LVC no se atrevió a establecer la solidaridad entre organizadores y detallistas (y, en este punto, la solución legal era censurable porque no favorecía los intereses de los usuarios, de los turistas). Lo hizo para el caso de que haya varios organizadores o varios detallistas, pero en su respectivo régimen interno: organizadores entre sí y detallistas entre sí. Para los restantes casos, que eran los más frecuentes, la ley optó por la responsabilidad *pro parte*: organizador y detallista responden «*en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado*», aunque, eso sí, con independencia de que dichas obligaciones deban ejecutarlas ellos mismos u otros prestadores de servicios.

Esta solución legal es altamente criticable porque obligaba en la práctica a demandar a la vez a organizador y a detallista, ante la duda o el desconocimiento de quién sea el verdadero responsable del defecto en el cumplimiento o del daño producido, con la complejidad, dificultad y lentitud inherentes a ello. Tanto es así que ha habido sentencias que han entendido erróneamente que existe litisconsorcio pasivo necesario, estimando la excepción correspondiente (así SA Vizcaya de 5 de noviembre de 1997 y 20 de enero de 1999). Hubiera sido preferible desde un inicio, desde luego, la imposición de responsabilidad solidaria, de forma que el usuario decidiera libremente a quién demandar y que pudiera hacerlo por el todo, sin perjuicio de la lógica facultad de repetición del demandado.

37 Entre otros, BOLDÓ RODA, C. «Alguna notas acerca de la responsabilidad de las agencias de viajes» en *RDM*, 2001, pág. 769.; ALCOVER GARAU, G. «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», *RDM*, núm. 232, 1999, 687-703; AURIOLES MARTÍN, A. «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje», *RDM* núm. 206, 1992 pág. 147; SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje combinado*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, págs. 80-91; DE LA HAZA DÍAZ, P. *El contrato de viaje combinado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 39-53; GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 32-51 DE LA HAZA DÍAZ, P. *El contrato de viaje combinado*, págs. 203 y 207; GARCÍA RUBIO, M^a P.; *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Ed Montecorbo, Madrid, 1999 págs. 141-314; TUR FAÚNDEZ, M^o N. «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en, TORRES LANA, J.A./TUR FAÚNDEZ, M^o N./JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor* op.cit. págs. 167-169.

Por ello algún sector jurisprudencial optó por una interpretación correctora del art. 11 LVC afirmando que dicha norma establece una responsabilidad solidaria entre organizador y detallista. Así han razonado entre otros Audiencias las de Castellón de 19 de septiembre de 1998, Tarragona de 23 de octubre de 1998, Asturias de 11 de diciembre de 1998, Alicante de 4 de mayo de 1999, Vizcaya de 10 de enero de 2001. Otras, como la SA Madrid de 28 de mayo de 1999 han fundado la solidaridad en el art. 26 de la LCU. Finalmente, también hay sentencias (como la SA Barcelona de 14 de marzo de 2000) que han realizado la interpretación del art. 11 de la LVC, afirmando que la responsabilidad impuesta se individualiza en función del correspondiente ámbito de gestión.

Por otro lado, la naturaleza de los daños indemnizables también ha experimentado una evolución aperturista, desde las primeras sentencias, como las de las Audiencias de Álava de 2 de marzo de 1993 y Segovia de 13 de diciembre del mismo año, que otorgaron indemnización tan sólo por los daños materiales, hasta la más reciente jurisprudencia comprensiva asimismo de los daños morales, como pasamos a ver.

6.2. Naturaleza de los daños indemnizables

A pesar de la gran trascendencia práctica de esta cuestión ni la Directiva ni la LVC ni ahora el texto refundido (art. 162.2) revelan la extensión de la pretensión indemnizatoria; señalan textualmente «2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor y usuario como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato». Ante este silencio entendemos con nuestra doctrina que es necesario acudir a las reglas generales del Código Civil en materia de daños resarcibles (arts. 1101a1107)³⁸.

En la práctica del contrato de viaje combinado los supuestos más frecuentes de daños contractuales son los derivados de daños al equipaje y a las propiedades de los viajeros y los daños personales producidos por circunstancias de las que deba responder el organizador. La cuestión en esta materia es determinar si efectivamente asiste al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado³⁹. Decisivo en este contexto aperturista ha sido la posición Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta). **Caso Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH and Co. Kg. Sentencia de 12 marzo 2002 (TJCE\2002\99)**⁴⁰. En efecto, habida cuenta de la no regulación por

38 Vid. SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje combinado*, op.cit. págs. 401-408; DE LA HAZA DÍAZ, P. *El contrato de viaje combinado*, págs. 223-242.

39 También llamado por la doctrina «el problema de las vacaciones malgastadas o arruinadas» vid. GARCÍA RUBIO, M^o P.: *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Ed Montecorbo, Madrid, 1999 págs. 220-235.

40 El órgano jurisdiccional de primera instancia sólo concedió a la señorita Leitner una indemnización de 13.000 ATS por los sufrimientos físicos («*Schmerzensgeld*») causados por la intoxicación alimentaria y desestimó el resto de la demanda basado en la reparación del perjuicio moral causado por la pérdida del disfrute de las vacaciones («*entgangene Urlaubsfreude*»). Sobre este extremo, dicho órgano consideró que, si bien los sentimientos de desagrado y las impresiones negativas causados por la decepción deben ser calificados, en Derecho austriaco, de perjuicio moral, no pueden ser objeto de indemnización puesto que ninguna Ley austriaca prevé expresamente la reparación de un perjuicio moral de esta naturaleza. El *Landesgericht Linz*, ante el cual se interpuso un recurso

parte del derecho Austriaco de un derecho a indemnización por perjuicios morales y por considerar que el tenor literal del artículo 5 de la Directiva *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* no es suficientemente preciso para llegar a una conclusión cierta con respecto al perjuicio moral, el *Landsgericht Linz* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*, ¿debe interpretarse en el sentido de que confiere, en principio, el derecho a una indemnización por perjuicios morales?». Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si el artículo 5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado.

Respondiendo a la cuestión planteada el artículo 5 de la Directiva, por el *Landesgericht Linz* mediante resolución de 6 de abril de 2000, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

«El artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614), relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado».

Respecto a estos últimos, en nuestro ordenamiento ni el CC ni la LCU se refieren expresamente a ellos, omisión justificable en el CC y menos comprensible en el caso de la LCU. Sin embargo, ello nunca ha constituido obstáculo para que la jurisprudencia desde bien antiguo haya admitido la indemnizabilidad del daño moral (ya desde la célebre STS de 6 de diciembre de 1912)⁴¹.

de apelación, comparte el punto de vista del órgano jurisdiccional de primera instancia con respecto al Derecho austriaco, pero considera que la aplicación del artículo 5 de la Directiva podría dar lugar a una solución diferente. En este contexto, el *Landsgericht* cita la sentencia de 16 de julio de 1998 (TJCE 1998, 178), *Silhouette International Schmied (C-355/96, Rec. pg. I-4799)*, apartado 36, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, si bien una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada, como tal, contra dicha persona, un órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar las disposiciones del Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de una directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta.

41 Probablemente una mayor toma de conciencia de los usuarios sobre sus derechos ha propiciado no sólo un aumento de las reclamaciones en materia turística, sino también una ampliación de los conceptos y partidas que se reclaman generando una rica jurisprudencia. Indudablemente, la más representativa en cuanto a su razonamiento es la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089) dictada por el Tribunal Supremo en la que, tras analizar con extensión la doctrina sobre la carga de la prueba del daño y específicamente la relativa al daño moral, se plantea el problema de si ésta es de aplicación a la aflicción provocada por un retraso en un transporte aéreo pues en aquel la base de la reclamación indemnizatoria de los daños materiales y morales producidos era el retraso en mas de 8 horas padecido por un vuelo internacional que trasladaba al actor de Nueva York a Barcelona previa escala en Lisboa, concluye que además de los daños materiales concretados en gastos que derivados del retraso se pudieran ocasionar, procede indemnizar el daño moral e indica que: «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; y obviamente también tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis

6.3. Responsabilidad de los organizadores y detallistas

El artículo 11 de la LVC dió lugar a múltiples y diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Si en algo existe unanimidad es en destacar su poca claridad y su escasa contribución a esclarecer un tema, cual es el de la responsabilidad, que constituye una de las piedras angulares de la aplicación práctica de la ley y uno de los temas que más honda preocupación despierta en la actualidad entre los profesionales del sector, dado que incide de manera muy directa y no siempre favorable en el ejercicio de su actividad diaria y sus intereses económicos. Este tema parece resuelto en el Texto Refundido en el artículo 162.1: «La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato, cualquiera que

sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna», merece ser destacada, **Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8^a). Sentencia núm. 146/2005 de 15 marzo JUR2005107943** «La Sala acepta y hace suyos todos los razonamientos jurídicos de la meritoria sentencia dictada por el Juez de instancia que llega a la conclusión que el contrato que tenía por objeto el viaje combinado “fue deficientemente cumplido”, refiriéndose en el inciso segundo del fundamento cuarto a “la ansiedad, las molestias e incomodidades que sufrieron los actores como consecuencia del incumplimiento contractual aludido, el sentimiento de frustración y stress sufrido” para integrar tal estado, y a los efectos indemnizatorios, en el concepto de daño moral». Añadiendo, «que pueden comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia. Igualmente, para la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999, 660) los daños morales proceden cuando se da causación voluntaria y el restablecimiento económico o resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano, como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y que se les impone, y que no están huérfanos de amparo legal, ya que el art. 1107 CC (LEG 1889, 27) se refiere a todos los daños. Por ello se ha afirmado que el daño moral implica un concepto más amplio que el de daño psíquico, trasciende al daño emergente y al lucro cesante, pues en él tiene cabida el impacto que en la persona puedan producir ciertas conductas o actividades, tanto si comportan una agresión directa o inmediata a bienes materiales como si el ataque afecta al acervo extra patrimonial o de la personalidad (STS de 25 de junio de 1984 [RJ 1984, 1145]), al haber espiritual de la persona, o a los bienes materiales de la salud, al honor, la libertad, la intimidad u otros análogos, bienes éstos o aspectos de la personalidad que deben ser indemnizados como compensación de los sufrimientos, preocupaciones, disgustos, contrariedades, intranquilidad e incluso molestias e incomodidades que padezca el sujeto pasivo de las mismas. De esta forma, en nuestro caso de autos, aunque nos encontramos ante un incumplimiento contractual típico – responsabilidad contractual por defectuosa ejecución de lo convenido– que tiene su propio cauce y ámbito de resarcimiento, y pudiera pensarse que resulta difícil de plantear como inseparables de los mismos unos eventuales perjuicios morales – que no cabe presumir ni aventurar basándose en meras hipótesis, cábalas o suposiciones–; no debemos dejar de tener en cuenta – STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089) – que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (SSTS de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4089], 19 de octubre de 1996 y 2 de septiembre de 1999) y que la reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6164]), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990 [RJ 1990, 5780]), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1990), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 126]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS 12 de julio de 1999 [RJ 1999, 4770])».

sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado».

En efecto, esta es una de las modificaciones más importantes de la nueva normativa, puesto que en base a la misma, la responsabilidad entre la agencia organizadora del viaje y la vendedora es solidaria, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que se reconoce en el mismo artículo.

Ello significa que el cliente puede dirigir su reclamación indistintamente al organizador o al detallista del viaje con independencia del motivo de la reclamación y ambos tienen la obligación de responder. No obstante, se contempla el derecho de quien haya respondido frente al cliente, de repercutir dichos importes al responsable por dichos hechos. Se trata de un cambio de gran repercusión para las agencias de viajes, pues de acuerdo con este nuevo redactado la responsabilidad entre la agencia organizadora del viaje y la vendedora del mismo es solidaria, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que se reconoce en el mismo artículo. Es decir, la agencia mayorista y la minorista responden frente al cliente de forma solidaria, motivo por el cual el cliente puede dirigir su reclamación indistintamente al organizador o al detallista del viaje.

Como conclusión, señalar que como se ha podido comprobar, la LVC se quedó a medio camino. Si bien inicialmente la mayoría de la doctrina se inclinaba por una interpretación en el sentido de la mancomunidad, en los últimos años se ha podido observar una inversión en la tendencia⁴², refrendada de manera mayoritaria por la denominada jurisprudencia menor, las sentencias de los Juzgados de 1ª Instancia y de las Audiencias Provinciales, que ha llevado a una consideración a favor de la solidaridad. Se realizó una lectura y aplicación abiertamente correctoras, respaldada ahora por el Texto Refundido. Por lo que queda cerrado el debate sobre si la, aparente o no, ambigüedad de la LVC autorizaba o legitimaba, la creación de un ámbito de formulación judicial del Derecho que, so pretexto de la justicia del caso, se oponía frontalmente al sistema y creaba, en fin, más problemas que los que supuestamente resolvía⁴³.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (1999): «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 232.
- ALCOVER GARAU, G. (1990): «Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la CA de las Islas Baleares en materia de turismo» *EC*, núm. 18.
- AURIOLES MARTÍN, A. (2005): *Introducción al derecho turístico: derecho privado del turismo*, Ed. Tecnos, Madrid.

42 Entre otros, DE LA HAZA DÍAZ, P. *El contrato de viaje combinado*, págs. 203 y 2007; SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje combinado*, op.cit. págs.1; TUR FAÚNDEZ, Mº N. «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en, TORRES LANA, J.A/TUR FAÚNDEZ, Mº N./JANER TORRENS, J.D. *La protección del turista como consumidor* op.cit. pág. 167-169.

43 Estos razonamientos son expuestos por BOLDÓ RODA, C. «Alguna notas acerca de la responsabilidad de las agencias de viajes» en *RDM*, 2001, pág. 769.

- AURIOLES MARTÍN, A. (1992): «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje», *RDM* núm. 206.
- BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R. (1987): *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid.
- BERCOVITZ, R., SALAS, J. (Coords.) (1992): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas.
- BOLDÓ RODA, C. (2001): «Alguna notas acerca de la responsabilidad de las agencias de viajes» en *RDM*.
- BOTANA GARCÍA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (1999): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid.
- BUSTO LAGO, J. M. (coord.), (2005): *Reclamaciones de consumo: derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. (1997): *El contrato de viaje combinado*, Marcial Pons, Madrid.
- DE LEÓN ARCE, A. (Coord.) (2007): *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2003): *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2005): *Derecho administrativo del turismo*, Madrid.
- FONT GALAN, (1990): *El nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2003): *Contratación mercantil*. Vol. 1 y II. Valencia: Tirant lo Blanc.
- GARCÍA RUBIO, (1994): «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo», en *Actualidad civil*.
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (1999): *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Ed Montecorbo, Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (1999): *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Ed Montecorbo, Madrid, 1999 págs. 141-314.
- GILI SALDAÑA, M. (2007): «Morosidad, negligencia y contravención de compañía aérea por omisión de escala en el billete y retraso en vuelo intercontinental Comentario a la SJMER nº 1 Bilbao, de 26 de marzo de 2007 (AC 2007/493)» *Indret*, revista para el análisis del derecho, disponible en, WWW. INDRET.COM
- GILI SALDAÑA, M./GÓMEZ POMAR, F. (2005): «El coste de volar: Observaciones al Reglamento (CE) 261/2004, de 11 de febrero, 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» *Indret*, revista para el análisis del derecho, disponible en, WWW. INDRET.COM
- GÓMEZ CALLE, E. (1998): *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005): «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores». *Derecho de los Negocios*, nº 181.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2002): *El estatuto jurídico del consumidor: (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, Civitas, Madrid.

- JIMÉNEZ BLANCO, G. (1997): «Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising», en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Contratos Mercantiles*, Dir. VILLAGOMEZ RODIL, A., Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2002): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson/Instituto Nacional de Consumo, Madrid; CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid.
- LLAMAS POMBO, E. (Dir.) (2005): *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid.
- LOZANO ROMERAL, D. (2005): «Transporte aéreo. El contrato de transporte. Derechos y deberes. La sobreventa. Las indemnizaciones por retraso. Especial consideración de los minusválidos. Responsabilidad civil y seguros», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Madrid, Thomson Civitas.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., SÁNCHEZ ARISTI, R. (Coords.) (2004): *La protección jurídica de los consumidores*, Dykinson, Madrid.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L., ALFARO ÁGUILAREAL, J. (coords.) (2002): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. (2008): «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, n° 209.
- PEREZ DE LA CRUZ, A. (1973): *Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga.
- PETIT LAVALL, M^a V. (2004): «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 12.
- QUINTANA CARLÓ, I. (1984): «La protección del turista como consumidor», *EC*, núm 2.
- REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.) (2005): *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia
- SANZ PÉREZ, G./FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. (2004): «Las políticas de la Unión Europea y su influencia sobre la distribución comercial minorista» en, *ICE, Boletín Económico*, núm. 2822.
- SOLER VALDÉS-BANGO, A. (2005): *El contrato de viaje combinado*, Thomsom-Aranzadi, Madrid.
- SUAY RINCÓN, J./RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. (2000): «Régimen jurídico-administrativo de las agencias de viajes: una visión comparada de la normativa específica en materia de turismo» AA.VV *Turismo II Congreso Universidad y Empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- TOMMASSINI, (2000): «Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio tutto compreso (dalla Convenzione internazionale del 1970 al decreto legislativo n. 111 del 1995 attuativo della direttiva Cee n. 314/90)», *Giustizia civile*, Vol. 50, n.° 5.

- TORRES LANA, (1991): «la Integración de la publicidad en la oferta contractual y turística», AA.VV., *Turismo y Defensa del consumidor*, Palma de Mallorca.
- TORRES LANA, J.A./TUR FAÚNDEZ, M^o N./JANER TORRENS, J.D. (2003): *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TUR FAÚNDEZ, M^a N. (2003): «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en, TORRES LANA, J.A./TUR FAÚNDEZ, M^a N./JANER TORRENS, J. D. *La protección del turista como consumidor* Tirant lo Blanch, Valencia.