



**EL ALCANCE VINCULANTE DEL PROGRAMA-OFERTA EN LOS VIAJES
COMBINADOS, Y LA RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR O
DETALLISTA ANTE SU INCUMPLIMIENTO.**

**THE BINDING SCOPE OF THE OFFER PROGRAM IN THE PACKAGE
TRAVELS, AND THE ORGANIZER OR RETAILER RESPONSIBILITY
FACED WITH ITS FAILURE TO COMPLY.**

Consuelo Camacho Pereira
Derecho
Centro Andaluz de Estudios Empresariales, S. A. (CEADE)
Avda. Leonardo da Vinci, nº 6, Isla de la Cartuja, Sevilla.
Tfnos: 954 46 70 08/605 63 73 01
ccamacho@ceade.es/cocamacho@gmail.com

Resumen

En el ámbito de la normativa protectora de los consumidores se determina que el detallista o, en su caso, el organizador, deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado, incluyendo información sobre los extremos que señala. Tal información adquiere especial relevancia al ser dotada por la norma de carácter vinculante para el organizador y el detallista del viaje combinado.

En este trabajo se pretende delimitar el alcance vinculante del programa oferta, analizando los supuestos en que pueda excluirse el mismo, así como concretar el alcance de la responsabilidad ante su incumplimiento de organizadores y/o detallistas. El análisis de las cuestiones señaladas nos permite concluir, que si bien existen límites al carácter vinculante del programa oferta, éstos han de aplicarse atendiendo al principio de buena fe en la contratación con el consumidor, y que de los incumplimientos derivados del mencionado programa, frente al consumidor, son responsables solidariamente la organizadora y la detallista.

Abstract

In the field of consumer protection legislation determines that the retailer or, if

necessary, the organizer shall make available to consumers a program or brochure that contains the relevant written offer on the package, including information on the extreme points. Such information is particularly relevant to be equipped by the standard binding for the organizer and retailer of the package.

This paper aims to define the binding scope of the offer program, analyzing the cases where it can be excluded, as well as specify the scope of responsibility for the breach of organizers and / or retailers. The analysis of the points we can conclude that although there are limits to the binding nature of the program offering, they must be applied as the principle of good faith in contracting with consumers, and the resulting failures of that program, to the consumer, are jointly responsible organizer and retailer.

Palabras clave

Viaje combinado, programa oferta, responsabilidad, consumidor, organizador, detallista.

Key words

Package travels, offer program, responsibility, consumer, organizer, retailer.

1. INTRODUCCIÓN.

El Libro IV del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), contempla la regulación de los “viajes combinados”, derogando así, la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados (en adelante, LVC), que venía regulando los mismos, y que se aprobó para trasponer 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 (DOCE L 158, de 23 de junio de 1990).

La actual regulación se aplica a la oferta, contratación y ejecución de las vacaciones, los circuitos y los viajes combinados, que son definidos en el art. 151 TRLGDCU como la combinación previa de al menos dos de los siguientes elementos: Transporte, alojamiento, y otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado, siempre y cuando se vendan u ofrezcan en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia.

Pues bien, el cliente o turista que se interesa por un viaje combinado, tiene como contraparte del mismo al “organizador”, que según el TRLGDCU es la persona física o jurídica que organiza de forma no ocasional viajes combinados y los vende u ofrece en venta, directamente o por medio de un detallista, y al propio “detallista”, si contrata con persona distinta del organizador el viaje propuesto por éste. Tanto el organizador, como el detallista, deberán tener la consideración de agencia de viajes.

El consumidor o usuario del viaje combinado, no participa del concepto de consumidor definido en el art. 3 TRLGDCU, que lo limita a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, sino que se tiene por tal a cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario del viaje, aún cuando el viaje se desarrolle con un fin empresarial o profesional.

No obstante, y pese a que podemos encontrarnos con una relación en la que, en principio, ambas partes son empresarios y/o profesionales, el Derecho ha querido proteger especialmente al cliente de los viajes combinados, ya que se entiende que ostenta una posición débil en la relación turística, sobre todo por su condición de desplazado, lejos de su residencia habitual, desconociendo en ocasiones el idioma, y la normativa del lugar al que se dirige, además como indica la Directiva 90/314/CEE, el viaje combinado supone, por regla general, el pago anticipado de sumas importantes, por lo que procede tratar de eliminar cualquier complicación del viaje mediante una

exhaustiva información previa, y disponibilidad de la agencia para resolver cualquier eventualidad, asumiendo las responsabilidades que en su caso pudieran derivarse.

Además, el fenómeno del turismo de masas lleva de la mano que las empresas privadas impongan sus condiciones de forma unilateral (Ferrer, 2004); por ello, la aparición de grandes empresas trae como consecuencia que los contratos turísticos en general y los combinados en particular, sean contratos con condiciones generales, prerredactados por la empresa, a los que el cliente se limita a adherirse. Por tanto, como contrapartida a la desaparición en la contratación en masa de los tratos preliminares y de las negociaciones previas, en la regulación de los contratos de consumo, y el de viajes combinados lo es, se produce una juridificación de la fase precontractual, a través de la imposición a la agencia de viajes, predisponente de la oferta, de unos exhaustivos y complejos deberes de información a la parte que simplemente se adhiere al contrato (De la Haza, 1998).

El TRLGDCU, en la misma línea que la normativa anterior, ha detallado la información a suministrar al cliente del viaje combinado en tres fases consecutivas. La primera se refiere a la información precontractual que el detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores y usuarios, en un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado informando de determinados extremos a los que seguidamente nos referiremos; la segunda, supone el detalle del contenido del contrato del viaje combinado, por lo que los condicionados generales de las agencias deben tener como mínimo el contenido que se determina; y la tercera, consiste en determinada información que hay que poner a disposición del consumidor antes de iniciarse el viaje.

El objeto de este trabajo es delimitar el alcance vinculante del programa oferta, que es lo que en un primer momento atrae al consumidor a la hora de seleccionar su viaje, y en cuyo contenido confía, analizando los supuestos en que pueda excluirse tal efecto vinculante, así como concretar el alcance de la responsabilidad ante su incumplimiento de organizadores y/o detallistas

2. METODOLOGÍA.

Para la realización de este estudio se ha utilizado un método analítico, determinando la normativa aplicable al tema propuesto, tratando de interpretar la misma en su conjunto para solucionar las cuestiones planteadas. Para ello se ha llevado a cabo también una comparación de tales normas. Asimismo se han analizado las soluciones prácticas que las sentencias de los tribunales han venido proporcionando sobre los aspectos tratados.

3. EL ALCANCE VINCULANTE DEL PROGRAMA OFERTA EN LOS VIAJES COMBINADOS.

3.1. El programa o folleto informativo en los viajes combinados.

El art. 152 TRLGDCU establece la obligación del detallista o, en su caso, del organizador de poner a disposición de los consumidores y usuarios un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara, comprensible y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto.

e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.

f) 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.

g) El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.

h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de anulación.

i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.

j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.

k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

Y en el art. 153, se ha previsto el carácter vinculante de esta oferta, en el sentido de que la información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador y el detallista del viaje combinado. La vinculatoriedad del programa oferta supone que la agencia ha de cumplir lo previsto en la misma, aunque no aparezca en el contrato, 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.

3.2. Límites al alcance vinculante del programa oferta en los viajes combinados.

De la normativa expuesta se desprende que el contenido del programa oferta cuenta con dos límites esenciales:

- El primer límite se encuentra en la posibilidad que tiene la agencia de viajes de revocar en algún aspecto la oferta, cuando tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta y siempre previa comunicación clara y por escrito al consumidor y usuario, antes de la celebración del contrato. En este caso, el consumidor que contrate con conocimiento de las modificaciones del folleto, no podrá oponer a la agencia, en principio, que no se cumplió lo previsto en el programa oferta, aún cuando la modificación supusiera un perjuicio para el mismo respecto a lo ofertado. En este supuesto consideramos que no cabe que la agencia permita en el programa oferta unos cambios amplios o genéricos en la información, sino únicamente en aspectos puntuales y razonables.

- El segundo supuesto permite alterar las condiciones de la oferta “posteriormente”, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes. La primera duda que se plantea con este artículo es a qué momento temporal se refiere la posibilidad de tal alteración. Ya que “posteriormente”, en relación con el inciso a) que se refiere a “antes de la celebración del contrato”, podría hacernos pensar que se refiere a “después de la celebración del contrato” o incluso “en el mismo contrato”. En cualquier caso, se requiere acuerdo escrito de ambas partes. Dicha modificación normalmente provendrá de la agencia, pero también podría tener lugar a instancias del consumidor, lo que, no

obstante, sería más inusual. Podría pensarse que el acuerdo escrito entre las partes, impediría al consumidor reclamar lo dispuesto en el programa-oferta aunque lo pactado le perjudicase.

No obstante, y pese a la aparente claridad de lo expuesto, estas cuestiones pueden enmarcarse en el tratamiento más amplio del alcance de la autonomía de la voluntad en la contratación con consumidores. Una vez que se produce la masificación del consumo la tradicional libertad e igualdad en la contratación, que garantizaban la justicia del contrato se alteran, de manera que no existe una igualdad de partes contratantes y la justicia del contrato desaparece a favor de la parte fuerte, del empresario.

En este marco, se otorga una particular protección al consumidor contratante en los arts. 61 y 65 TRLGDCU. Ambos se refieren a la integración del contrato con la publicidad, la oferta y con cualquier otra información relevante, y tienen como fundamento el principio de veracidad en la información que se dirige al consumidor, y la buena fe en la contratación. Hay que tener en cuenta que tales artículos sólo se aplican cuando la otra parte contratante es consumidora en los términos del TRLGDCU, es decir cuando actúa fuera del ámbito de cualquier actividad profesional o empresarial.

El art. 61 se configura como norma imperativa que concede al consumidor el derecho irrenunciable a exigir el contenido de la publicidad u oferta cuando ésta le sea más favorable que lo contratado. Dispone al efecto que:

“...2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando 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.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

Por su parte, el art. 65 contempla un principio general de integración del contrato conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

La doctrina se dividió en cuanto al alcance del art. 8 LGDCU, actual art. 61 TRLGDCU. Un sector de la doctrina era partidario de reconocer su carácter imperativo, y atendiendo a una interpretación “a contrario sensu” del art. 8.2 LCU (actual art. 61.3 TRLGDCU), consideraron que el consumidor tiene derecho a exigir lo que le sea más favorable, o bien lo publicitado, ofertado o promocionado, o bien lo contratado (Miranda, 2006; Lasarte, 2005; Corral, 2000; Font, 1998; López, 1989). Otros autores matizan que no debe restringirse en lo que sea innecesario la autonomía privada, que prevalece sobre la información precontractual cuando en el contrato se hayan indicado expresamente los cambios en relación con tal información, y siempre que tales cambios se hayan negociado individualmente, pero no cuando al consumidor se le ofrece un contrato con condiciones prerredactadas, en cuyo caso las cláusulas menos favorables deben entenderse abusivas (Infante, 2004; Díez Picazo, 1996). También hay quienes fundamentan el art. 8 LCU, actual art. 61 TRLGDCU, en la protección de la “legítima expectativa” del consumidor, de modo que si ésta ha desaparecido al negociarse las condiciones del contrato, prevalecería la autonomía de la voluntad (Pasquiau, 2001 y Morales, 1999). En este sentido, el art. 9:102 de los Principios, Definiciones y Reglas modelo del Derecho Europeo Privado, Draft Common Frame of Reference (DCFR, febrero, 2009), excluye las declaraciones del empresario de los términos del contrato, cuando el destinatario conociera o podía esperarse que hubiera conocido, que la declaración era incorrecta o de alguna otra manera no pudo confiar en tales términos. En este sentido también el art. 116.1.d) TRLGDCU, libera de responsabilidad al vendedor, si el bien no es conforme con la declaración pública, si dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato.

En línea con la última de las opiniones expuestas, se encuentra la posibilidad de excluir la eficacia vinculante del folleto de viajes combinados, ya antes de contratar por decisión unilateral de la agencia, ya con posterioridad, por acuerdo escrito de las partes,

sin que esta normativa se plantee qué ocurre si las modificaciones respecto a lo ofertado perjudican al consumidor final.

Por nuestra parte consideramos que esta regulación no favorece a los consumidores, sino muy al contrario, beneficia a los empresarios, que pueden valerse de la capacidad de decisión limitada del consumidor en estos casos, para imponerle modificaciones perjudiciales respecto a lo que inicialmente esperaban por haberse previsto en el programa oferta. No es difícil pensar que aunque el consumidor firme el contrato o la modificación propuesta, siendo uno u otra perjudicial respecto a lo ofertado, lo hará con voluntad limitada o presionada, ante la posibilidad de perder un viaje o días de vacaciones, e incluso de que si desiste del viaje se le impongan unos gastos conforme al art. 160 TRLGDCU¹.

Es cierto, que el art. 158 TRLGDCU, se refiere a la modificación del contrato, en 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, debiendo ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor y usuario. Y 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. Pero como puede observarse este artículo tan sólo prevé la posibilidad de que el consumidor resuelva sin penalización, en casos de que “el organizador” se vea “obligado” a modificar de “manera significativa” algún elemento esencial del contrato. Términos todos ellos de difícil precisión.

¹ Conforme a tal art. 160 TRLGDCU: *“En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:*

a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 % del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 % entre los días tres y diez, y el 25 % dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.

b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes”.

Ante la regulación expuesta, proponemos la siguiente interpretación:

- Si el contrato no contiene alguna de las menciones del programa oferta, que se considere que estas menciones forman parte del contrato. (Supuesto de laguna contractual).
- Que si el condicionado general no negociado individualmente, difiere del programa oferta, y perjudica al consumidor respecto a lo previsto en este último, prevalezca lo más favorable al consumidor, y no se excluya el efecto vinculante del programa oferta.
- Que incluso si consta pacto escrito entre las partes, aparentemente negociado libremente, perjudicial para el consumidor respecto a lo previsto en el programa oferta o en el contrato, se permita al consumidor exigir el contenido de la oferta más favorable, y, si no es posible, indemnización por daños y perjuicios, conforme a los arts. 61 y 65 TRLGDCU. Entendemos que la aplicación del principio de buena fe en la contratación con los consumidores, exige respetar el equilibrio de las prestaciones en el contrato, y proteger a la parte más débil de la relación, que si pacta algo que le sea perjudicial, hay que entender que no lo hace de forma libre y consciente, sino presionado o con voluntad limitada.

4. RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA ORGANIZADORA Y/O DETALLISTA POR INCUMPLIMIENTOS DEL PROGRAMA OFERTA.

4.1. Antecedentes normativos y jurisprudenciales del actual régimen jurídico de la responsabilidad de las agencias de viajes por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

La Directiva comunitaria que fue traspuesta por la LVC permitía en su art. 5, primer párrafo, que fuera el legislador nacional quien determinase la forma en que organizador y/o detallista respondiesen frente al consumidor por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. No se refería expresamente al incumplimiento del programa

oferta, pero en nuestra opinión el régimen de responsabilidad habría de ser similar para el incumplimiento de las menciones del mismo, cuando mantiene su alcance vinculante.

Como puede apreciarse la Directiva, cuya misión era unificar el régimen jurídico de los viajes combinados en los países miembros de la Comunidad Europea, lo consigue sólo parcialmente, al posibilitar la existencia de divergencias en los distintos países en un aspecto tan importante como el de la responsabilidad frente al consumidor derivada del incumplimiento del viaje ofrecido.

Ante esta libertad concedida por la Directiva, el legislador podía optar por alguna de las siguientes fórmulas:

1ª.- Atribuir frente al consumidor toda la responsabilidad a uno de los sujetos intervinientes: el organizador o el detallista, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de repetición que procedan entre ellos.

2ª.- Atribuir toda la responsabilidad a ambos sujetos de manera que sea el propio consumidor quien decida contra quién va a dirigir su reclamación.

3ª.- Distribuir la responsabilidad entre los dos sujetos, definiendo los criterios o causas de imputación.

La LVC introdujo una confusa regulación en el art. 11.1, relativo a la “Responsabilidad de los organizadores y detallistas”, estableciendo que:

“Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato

diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos”.

El problema se planteaba a la hora de delimitar las esferas de actuación de los organizadores y detallistas, que no venían definidas claramente por la Ley. Pudiendo pensarse que corresponden al organizador la programación del viaje combinado, y la contratación y control de los servicios incluidos, mientras que el detallista se encarga de la venta del viaje, y por tanto, de transmitir las peticiones entre consumidor y organizador de forma correcta.

La redacción de este artículo parece que obliga al consumidor a conocer el ámbito de gestión de organizador y detallista en el ámbito del viaje, situación ésta que en nada le favorece.

Bajo la anterior regulación, en la LVC podían distinguirse las siguientes situaciones (Ferrer, 2004):

A) Que el viaje se hubiese vendido por el organizador, lo que hace que no intervenga ningún detallista. En este caso la acción de responsabilidad sólo se podrá dirigir frente al organizador.

B) Que concurriesen en el viaje combinado el organizador y el detallista. En este caso habría que distinguir entre las siguientes situaciones:

a) Que fuera perfectamente delimitable la esfera de actuación de cada una de las empresas, y, por consiguiente, se pudiera determinar cuál de ellas ha sido la causante de los daños por dejar de cumplir con las obligaciones que se derivan del contrato y de la Ley, en este caso el consumidor debería dirigir su reclamación contra ella; o que, habiendo incumplido las dos, fuera posible determinar la proporción en que lo ha hecho cada una de ellas, en cuyo caso el consumidor deberá dirigir su reclamación frente a las dos por la parte que a cada una le corresponda.

b) Que el consumidor no pudiese determinar si debe responder el organizador o el detallista. En este caso, pueden darse varias posibilidades:

– Considerarla como una responsabilidad mancomunada, que impone demandar a organizador y detallista de acuerdo con su tanto de culpa o de responsabilidad.

– Que la responsabilidad se considerase solidaria. En este caso, el turista podría demandar tanto al organizador como al detallista ya que los dos responderían íntegramente de los daños sin que ninguno pudiera exonerarse alegando que los daños no le son imputables.

– Considerar que la responsabilidad es in solidum. De este modo, se podría demandar de forma solidaria al organizador y al detallista siempre que haya sido imposible determinar quién ha sido el causante del daño.

Bajo esta regulación, el TS no sentó jurisprudencia, y las sentencias de las Audiencias Provinciales eran dispares en la interpretación del artículo señalado. Hubo sentencias que no admitieron la solidaridad, como la SAP Barcelona, de 14 de marzo de 2000 (AC 2000\1483); o la SAP Valladolid, de 10 de febrero de 2006 (AC 2006\2010). Sin embargo, tales Audiencias, sostuvieron en numerosas ocasiones la responsabilidad solidaria del organizador y del detallista, con base fundamentalmente en el principio pro consummatore (SAP Asturias, de 24 de diciembre de 2001 (AC 2001\2560); SAP Granada, de 26 de abril de 2000 (AC 2000\2341); SAP Alicante, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999\5097)). En particular la SAP Vizcaya, de 22 de enero de 2000 (AC 2000\125), señaló, que: *“Invocar el art. 11. párrafo 1º LVC, es conducir al demandante a una especie de peregrinación en búsqueda de responsabilidades de los organizadores. El mercado turístico, de enorme complejidad, no puede operar como escudo frente a reclamaciones de consumidores que, de otra suerte, se pueden ver avocados a demandar a entidades extranjeras o residentes en localidades muy lejanas de su domicilio habitual. El criterio de la solidaridad es prevalente...”*.

Por su parte la SAP Lleida, de 12 de marzo de 1998 (AC 1998\356), mantuvo la condena de la instancia a las demandadas, organizadora y detallista solidariamente, a pagar una determinada cantidad por incumplimientos en un viaje combinado a las Islas Maldivas, dando lugar a numerosas incomodidades. Como puede observarse, en este caso se incumplían importantes menciones del catálogo:

“El alojamiento se efectuaría en un hotel, según la agencia, Primera superior (3.ª categoría española), esto según el catálogo ofrecido a los actores, pero que en la realidad era una primera. Esa categoría supone un hotel de tipo medio con ciertas comodidades, teniendo en cuenta las características de los españoles. Si en esos países no es así esto se debió de haber advertido a los actores, pues tengan en cuenta que su viaje es de ocio, mejor dicho de luna de miel, pero no ocurrió así, a pesar de que en el catálogo se hace ver lo contrario. Una vez llegados al lugar se quedaron sorprendidos con la desagradable realidad de que nada de lo que habían soñado para un viaje de esas características se cumplía, sobre todo en el alojamiento. Esto es fácil de comprobar por las fotografías aportadas, que aunque puedan ponerse en duda por la apelante, están corroboradas por la reclamación que otros dos viajeros hicieron llegar a su agencia, en que también relatan las circunstancias del hotel igual que los actores y por la reacción inmediata de los mismos tratando, a través de comunicaciones a la agencia, de que les sacasen de esa situación. Es comprensible que la agencia, dada la distancia, no pudiera solucionarlo inmediatamente, pero para los viajeros lo que tenía que ser un viaje tranquilo, se convirtió en una continua zozobra, pues fueron varios días los que estuvieron en este estado y después cuando consiguieron ser trasladados a otro hotel, lo tuvieron que hacer a distinta isla y con grandes incomodidades”.

Las consecuencias jurídicas en aras a determinar si hubo o no un cumplimiento de lo estipulado, según la Audiencia, suponen que: *“A este respecto el art. 1091 del CC dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, estableciendo como sanción a su incumplimiento el art. 1101, la indemnización de daños y perjuicios, cuando concurra dolo, culpa, negligencia o se contravenga el tenor de la obligación. Ateniéndonos a este*

último supuesto, pueden existir distintas variedades entre las cuales se encuentran el mal cumplimiento cuando la discrepancia se produce por razón del objeto.

No admite duda de que los demandados cumplieron correctamente con el traslado en avión, aunque en este servicio hubo un contratiempo, y es de suponer el estado de ánimo que se pondría a los actores cuando, con estupor, vieron que para arrancar el avión en Colombo se empleaba el método tan “vanguardista” de arrastrarlo tirado por unos camiones, pero esto no se puede achacar a la agencia, ni puede imaginarse si no se vive en esas latitudes. El fallo ocurrió con la llegada a la isla, en donde el incumplimiento a lo ofrecido ya es claro, y donde se aprecia una publicidad engañosa que contraviene a las relaciones que deben de existir en toda clase de contrato, convirtiendo las ilusiones de quien la recibe en un rotundo fracaso, publicidad que no consideramos dolosa, pero sí al menos negligente, pues si bien debido a la distancia entre España y las Islas puede haber dificultades para conocer sobre el terreno lo que se ofrece, lo cierto es que el que vende, para ensalzarlo debe de conocer que sus características responden a lo que dice.

Supuesto, pues, este incumplimiento parcial, tenemos que determinar las consecuencias del mismo, es decir los daños y perjuicios ocasionados, dentro de los cuales se encuentran los morales, y para ello hay que acudir a la finalidad del viaje.

No es lo mismo hacer un viaje de negocios en que el único perjuicio que se produce al viajero es una incomodidad, fácilmente valorable económicamente por la diferencia de precios entre un alojamiento u otro, que en un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados, para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo que pensaban disfrutar, en discusiones, gestiones, incomodidades, etc., por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse pues la ocasión se produce generalmente una vez, de ahí que conjugando todas estas circunstancias, nos parece acertada la resolución dictada

en primera instancia respecto a la cuantía de la indemnización”, que por tanto fue mayor que si se hubiera tratado de un viaje sin esta finalidad.

4.2. La regulación de la responsabilidad de la organizadora y detallista en el artículo 162 TRLGDCU.

La regulación de la responsabilidad de las agencias organizadoras o detallistas se encuentra actualmente contemplada en el art. 162 TRLGDCU. Conforme al apartado 1 de este artículo:

“1. Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor y usuario, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios.

La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado²”.

² El párrafo 2 del mencionado art. 162 TRLGDCU dispone que:

“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.

Dicha responsabilidad cesará cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los defectos observados en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor y usuario.

b) Que dichos defectos sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable.

c) Que los defectos aludidos se deban 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.

d) Que los defectos se deban a un acontecimiento que el detallista, o en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar.

En los supuestos de exclusión de responsabilidad por darse alguna de las circunstancias previstas en los párrafos b), c) y d), el organizador y el detallista que sean parte en el contrato estarán obligados, no obstante, a prestar la necesaria asistencia al consumidor y usuario que se encuentre en dificultades”.

La gran novedad se encuentra en el segundo párrafo del art. 162.1 en el que se dice, ahora sí, de forma clara, que la responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato (Rodríguez, 2008). Por lo que a partir de esta regulación, una vez calificado el contrato como de viaje combinado, se permite dirigir la reclamación frente al minorista o detallista, o el organizador o mayorista, que ha ideado el plan contratando la prestación de transporte, la hotelera y otros servicios turísticos. El consumidor defraudado podrá dirigirse frente a cualquiera de ellos, o contra ambos al tiempo, sin tener que plantearse a quién correspondía una u otra función, y por lo que al tema tratado se refiere, sin tener que discernir ante el incumplimiento de las menciones del folleto que contenía el programa oferta, quién redactó el mismo, o si se dieron instrucciones al minorista para corregir éste o aquel error.

Además la regulación actual, facilita la reclamación del consumidor afectado, pues no le obliga a acudir a un fuero alejado de su domicilio. No tiene que reclamar al prestador del servicio deficientemente prestado, ni siquiera al mayorista que organizaba el viaje combinado. Basta acudir a la agencia de viajes, el detallista o minorista con el que contrató, lo que usualmente propiciará que sea en su propio domicilio donde pueda plantear la reclamación.

Luego cabrá el procedimiento de repetición sobre la base de las relaciones internas entre detallista y mayorista, y entre éste y los prestadores de los servicios que se combinan. Pero al menos frente al perjudicado se ha ideado un sistema tuitivo de su posición notoriamente más débil, protegiendo a quien, de otro modo, podría ver frustradas sus legítimas pretensiones indemnizatorias (Ibid., 2008).

El TS, en sentencia de 20 de enero de 2009 (RJ 2010\158)³, ha determinado la responsabilidad solidaria frente a los consumidores de la organizadora y la detallista. Tras hacer un repaso de las soluciones que se han dado en otros países⁴, señala que:

³ En el caso resuelto por la mencionada sentencia, se condena de forma solidaria a la minorista y a la organizadora del viaje/mayorista, en relación con un accidente de autocar que tuvo lugar en Turquía, cuando los consumidores desarrollaban el viaje combinado contratado.

⁴ La mencionada sentencia señala que: “a) Algunos países han optado por hacer responder únicamente al organizador frente al consumidor. Así ocurre en el § 651 d BGB, §§ 31 b-f Konsumentenschutzgesetz austriaco y

“De este panorama puede deducirse que no existe una única interpretación del artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE y que el propósito expresado en su Exposición de motivos de unificar el sistema europeo ha fallado por completo, al no establecer claramente el artículo 5 transcrito si la responsabilidad de dichos sujetos de la relación con el consumidor/viajero en los viajes combinados debe ser solidaria o mancomunada. En definitiva, el artículo 5 de la Directiva deja abierta la vía para que cada estado miembro solucione como crea más conveniente esta cuestión, que es lo que ha ocurrido en realidad”.

Posteriormente, la mencionada sentencia se refiere a la regulación del art. 11 LVC:

“Dejando de momento la jurisprudencia de esta Sala, hay que poner de relieve que las Audiencias Provinciales han aplicado mayoritariamente la regla de la solidaridad, aunque ha habido un número importante de sentencias que se han inclinado por la delimitación de las responsabilidades frente al consumidor en función del ámbito respectivo de la gestión del viaje.

La jurisprudencia de esta Sala ha optado por la regla de la solidaridad, aunque las sentencias donde se aplica han sido pronunciadas sobre hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley 21/1995. Así ocurre en las sentencias de 23 julio 2001 (RJ

artículo. 507.2 BW holadés. La razón se encuentra en que se considera que el detallista actúa como auxiliar en el cumplimiento del mayorista. A partir del momento en que se firma el contrato de viaje, después del asesoramiento por el detallista al consumidor, se entiende que se convierte en un auxiliar del cumplimiento del mayorista, por lo que sólo éste será el responsable frente al consumidor del viaje.

b) En Inglaterra se impone la responsabilidad a quien ha contratado con el consumidor, incluyendo a los organizadores de los viajes y a las agencias detallistas (Regulation 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations , de 22 diciembre 1992), aunque los tribunales consideran que una vez firmado el contrato, el detallista actúa como representante del organizador/mayorista y por tanto, responde éste directamente, sin perjuicio de los casos de agencias que actúan por sí mismas, en supuestos de representación indirecta.

c) El artículo 93.1 del Decreto legislativo italiano nº 206, de 6 septiembre 2005 , por el que se aprueba el Codice del consumo , establece la responsabilidad de organizador y detallista frente al consumidor por las obligaciones asumidas de acuerdo con la responsabilidad respectiva y así se entiende que sus obligaciones no son las mismas, aunque existe una opinión más generalizada de acuerdo con la que el detallista es el único responsable frente al consumidor como si fuera el organizador, aplicando las normas del contrato de mandato.

d) El artículo L.211-17 del Code du tourisme francés establece la responsabilidad de toda persona física o jurídica por la buena ejecución de sus obligaciones contractuales, tanto si las debe prestar por sí misma como a través de otros prestadores de servicios, sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso. La jurisprudencia ha entendido que el consumidor puede exigir responsabilidades contra el vendedor del paquete de viaje (detallista) o contra el organizador (mayorista). La ley noruega de 1995 establece que el detallista es responsable frente al consumidor por cualquier reclamación que pueda surgir contra el organizador, sin perjuicio, asimismo, de las acciones de regreso”.

2001, 8411), 11 octubre 2005 (RJ 2005, 8769), 2 febrero 2006 (RJ 2006, 2694) ; la sentencia de 21 marzo 2006 (RJ 2006, 1593) dice que de las normas que cita," [...] resulte de todo punto inadmisibile presentar la relación hotelero-mayorista (organizador) -minorista (detallista)- cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca, pues ante una situación de emergencia como la provocada por la quiebra de la mayorista la atención a los usuarios finales en destino o con reservas confirmadas hacía necesaria la relación entre minoristas y empresas hoteleras, como por demás resulta hoy claramente de la responsabilidad solidaria frente al consumidor que establece el artículo 11.1 de la citada Ley 21/95 , dictada precisamente para incorporar al Derecho español la Directiva 90/314/CEE igualmente citada” .

Posteriormente, y aunque no resulte aplicable al supuesto del litigio por su temporalidad, el TS alude al art. 162 TRLGDCU, y considera que el mismo “...redacta de forma clara la norma contenida en el artículo 11 de la Ley 21/1995... aclarando, por tanto, la característica solidaria de la responsabilidad frente al viajero, que la atormentada redacción del artículo 11 permitía discutir”, y, entre los criterios que señala para justificar la solidaridad, destacamos los siguientes:

“c) Que la solidaridad tiene como finalidad la protección del consumidor. Efectivamente esta es la razón de la propia Directiva 90/314/CEE , cuando en su Exposición de motivos dice que "Considerando que la letra b) del punto 36 del Anexo de la Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea sobre la política de protección e información del consumidor invita a la Comisión a estudiar, entre otras cosas, el tema del turismo y a presentar, en su caso, las oportunas propuestas, teniendo en cuenta su incidencia en la protección del consumidor y los efectos de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros sobre el buen funcionamiento del mercado común" y añade que "el consumidor debe beneficiarse de la protección que establece la presente Directiva, ya sea parte en el contrato, cesionario o miembro de un grupo en cuyo nombre otra persona haya celebrado un contrato relativo a un viaje combinado".

d) Finalmente, la solidaridad se defiende diciendo que tienen obligación de responder los que se benefician con el precio pagado.

Los razonamientos expuestos hasta aquí obligan a esta Sala a confirmar la jurisprudencia que, en casos anteriores a la ley 21/1995 había considerado solidaria la responsabilidad del mayorista y del minorista/agente de viajes por los daños causados en el desarrollo del viaje combinado. A las razones ya expresadas, se debe añadir que:

a) La normativa sobre protección de consumidores y usuarios establece en general la solidaridad cuando sean varias las personas que deben responder frente a un consumidor por los daños causados. Así, por ejemplo, el artículo 27.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establecía que "si en la producción del daño concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados", el artículo 7 de la ley 22/1994, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (repetido en el artículo 132 del Texto refundido) establece que "las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente". Por otra parte, las reglas del Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2009), en el artículo III.- 4 :103 (2) dice que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño.

b) El segundo argumento consiste en que la confianza del consumidor se centra en la persona o sociedad con quien contrata, que es el minorista y prácticamente nunca con el mayorista. Este es un nuevo argumento que va a favorecer la protección del consumidor, que es lo que se trata de obtener con las normas que establecen la responsabilidad solidaria por los daños causados en un viaje combinado. De este modo resulta lógico que el minorista responda frente al consumidor y para no dejarle desamparado, la regla de la solidaridad le va a permitir repetir contra el mayorista".

5. CONCLUSIONES

En relación con el primer objetivo que nos proponíamos, consistente en valorar el alcance vinculante de los contenidos del programa-oferta que la organizadora o la detallista ha de poner a disposición del cliente turista, podemos concluir que el consumidor que contrata el viaje combinado se encuentra desprotegido con la actual regulación, que permite introducir cambios unilaterales en el programa-oferta antes de la contratación, y posteriormente a la misma por pacto escrito. Pese a las garantías de previo conocimiento de las modificaciones que se prevén y de constancia escrita de los cambios, consideramos, que si los mismos son perjudiciales para el consumidor, el contrato debe integrarse conforme a la buena fe objetiva en su beneficio, por lo que en aplicación de los arts. 61 y 65 TRLGCU, proponemos que se permita al consumidor reclamar las mejores condiciones del programa oferta, debiendo tenerse en cuenta, que a la hora e contratar el consumidor ya tiene una expectativa generada por el folleto, y que si acepta cambios que le son perjudiciales, es porque su voluntad se encuentra limitada o presionada, salvo, claro está, que exista una rebaja en el precio u otra justificación que equilibre la posición de las partes en la contratación.

Por lo que se refiere al segundo objetivo planteado, la conclusión a la que llegamos es que ante incumplimientos del programa-oferta, el consumidor podrá reclamar tanto a la organizadora como a la detallista, ya que son responsables solidarias frente al mismo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Corral García, Eduardo (2000), “La protección de los consumidores a través de la eficacia vinculante de la publicidad”, *Actualidad Civil*, n°. 4, pp. 1399 a1416.

De la Haza Díaz, Pilar (1998). “La oferta publicitaria de los viajes combinados”, *Estudios sobre Consumo*, n° 54, pp. 11 a 20.

Díez Picazo, Luis (2000), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Madrid.

Ferrer Tapia, Belén (2003). “Concreción de la responsabilidad en los viajes combinados”, *Aranzadi Civil*, [Base de datos en línea], n.º. 21, pp. 1 a 14. (BIB\2004\96), www.westlaw.es

Gómez Pomar, Fernando (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret* 3/2007, www.indret.com

Infante Ruiz, Francisco (2004), “La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 mayo 2003 (RJ 2003, 5215)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º. 12, pp. 195 a 212.

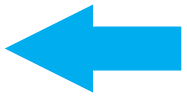
Lasarte Álvarez, Carlos (2005), “La protección del consumidor como principio general del derecho”, *Estudios sobre Consumo*, n.º. 73, pp.55 a 68.

López Sánchez, Manuel Ángel (1989), “Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, n.º. 16, pp. 48 a 80.

Miranda Serrano, Luís (2006), “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato”, *Estudios sobre Consumo*, n.º. 77, pp. 61 a 76.

Morales Moreno, Antonio Manuel (1999), “Declaraciones públicas y vinculación contractual. Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º. 1, Vol. 52, pp. 265 a 288.

Pasquau Liaño, Miguel (2001), “La protección de las “legítimas expectativas” del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley General de Consumidores y Usuarios”, *Revista de Autocontrol*, n.º. 56 (www.autocontrol.es).



Rodríguez Achútegui, Edmundo (2008). “Viajes Combinados. Solidaridad de los organizadores tras el Texto Refundido de la LGDCU”, *Repertorio de Jurisprudencia*, [Base de datos en línea], Aranzadi, pp. 1 a 5. (BIB\2008\978), www.westlaw.es