



VACACIONES FRUSTRADAS: ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD

María del Carmen Luque Jiménez
Ayudante Doctor
Derecho Civil. Universidad de Málaga

ÍNDICE:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES Y DETALLISTAS. CARÁCTER SOLIDARIO DE LA RESPONSABILIDAD**
- 3. DEBERES DE INFORMACIÓN RESPECTO AL CONSUMIDOR**
- 4. VACACIONES FRUSTRADAS**
 - 4.1. Cambios en itinerarios**
 - 4.2. Inferior calidad del hotel**
- 5. DAÑOS MORALES**
- 6. UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR: LOS HURACANES**
- 7. QUANTUM INDEMNIZATORIO**

1. INTRODUCCIÓN

Un viaje combinado es definido como la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos: a) transporte, b) alojamiento, y c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado. El viaje es vendido u ofrecido a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia.

El objeto de la presente comunicación se centra en el análisis de los supuestos en los que las vacaciones quedan frustradas por incumplimientos contractuales del organizador o detallista como consecuencias de cambios después de la salida del viaje en itinerarios o por la inferior calidad del hotel que finalmente se disfruta¹. En ocasiones lo que suponía un contrato de ocio y disfrute, se torna en situación de angustia, desesperación e impotencia en el caso de que no se desarrolle lo contratado, por

¹ En aras de respetar los límites de extensión de la comunicación no van a ser objeto de estudio otros supuestos en los que el viajero también puede ver frustradas sus vacaciones como pueden ser los supuestos en los que en el transcurso del viaje combinado el viajero resulta lesionado, pierde el equipaje, sufre daños en las maletas o retrasos en vuelos.

negligencia o falta de diligencia de los profesionales que asumen precisamente ofertar un viaje de vacaciones.

Es el caso de una pareja que lleva planeando su viaje durante largo tiempo y tan sólo disponen de una semana de vacaciones al año. Realizan el viaje al extranjero y cuando van al hotel las prestaciones que les ofrecen son inferiores a lo que les habían ofertado. ¿Qué ocurre ahora? Puede que reclamen al organizador y como solución les proponga como indemnización el 20% de lo que abonaron o que incluso les oferte la posibilidad de volver de regreso a España con reintegración de parte del dinero abonado. Sin embargo, de todos es sabido que el dinero en estas ocasiones no satisface la desilusión y normalmente cualquier persona que ha contratado un viaje combinado prefiere continuarlo, aunque no sea con las prestaciones que habían contratado en un principio, en lugar de regresar a casa y quedarse sin sus vacaciones. De este modo, el consumidor, en muchos casos a pesar de no estar de acuerdo con las nuevas condiciones propuestas, se ve prácticamente obligado a aceptarlas, ya que en caso contrario se quedaría sin las ansiadas vacaciones.

Los artículos 161² y 162³ 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

² «Artículo 161. Consecuencias de la no prestación de servicios.

1. En el caso de que, después de la salida del viaje, el organizador no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, adoptará las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor y usuario, y, en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. Si el consumidor y usuario continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considerará que acepta tácitamente dichas propuestas.

2. Si las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor y usuario no las aceptase por motivos razonables, aquél deberá facilitar a éste, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido, sin perjuicio de la indemnización que en su caso proceda.

3. En caso de reclamación, el detallista o, en su caso, el organizador deberá obrar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas.»

³ «Artículo 162. Responsabilidad de los organizadores y detallistas.

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 combinado.

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.

de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) tratan de dar cobertura legal a supuestos habituales que suceden durante la ejecución de un contrato de viaje combinado.

Si comparamos la redacción de los arts. 10 y 11 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (actualmente derogada por el TRLGDCU) con los actuales arts. 161 y 162 del TRLGDCU podemos ver que por lo que se refiere al art. 161 no hay ninguna diferencia con respecto a la redacción anterior.

Las diferencias que se observan respecto a la regulación anterior en el art. 162 son las siguientes: al referirse a la responsabilidad se introduce “frente al consumidor” será solidaria; se incluye el derecho de repetición de quien responde frente al consumidor frente al imputable en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso⁴; por último se incluye un párrafo: «*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*».

2. RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES Y DETALLISTAS. CARÁCTER SOLIDARIO DE LA RESPONSABILIDAD.

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.

3. 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.

4. No podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo».

⁴ La actual redacción del precepto, según señala la STS de 29 de enero de 2010 (RJ 2010, 158), aclara la característica solidaria de la responsabilidad frente al viajero, que la atormentada redacción del artículo 11 permitía discutir.

A los efectos del TRLGDCU es 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 (art. 151.1.b). El organizador es también denominado en ocasiones mayorista. Es detallista: la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador (art. 151.1.c). El detallista es sinónimo de minorista o agente de viajes.

Con anterioridad a la entrada en vigor del TRLGDCU, la jurisprudencia mayoritaria⁵ era la de considerar la responsabilidad solidaria del organizador y del

⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo 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 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 inadmisibles 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*".

La mayoría de las Audiencias Provinciales interpreta que el precepto establece una responsabilidad de carácter solidario (SSAP Asturias, Sec. 5ª, 11 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2365) , Madrid, Sec. 18ª, 28 de mayo de 1999 (AC 1999, 1301) y Sec. 11ª, 9 de mayo de 2003 (AC 2003, 2063) Navarra, Sec. 3ª, 23 de julio de 1999- RA 7550-, Asturias 21 de junio de 1999 (RA 1426), Alicante 4 de mayo de 1999 (RA 5097), Alicante 4 de mayo de 1999 (RA 5097), Oviedo, Sec. 1ª 21 de junio de 1999 (RA 1426), Barcelona, Sec. 17ª, 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1483) , Jaén, Sec. 24, 25 de abril de 2000 (RA 192418), Zaragoza, Sec. 2ª, 2 de abril de 2001 (RA 1066), Málaga, Sec. 7ª, 14 de noviembre de 2000 (RA 92547), Vizcaya, Sec. 4ª, 22 de enero de 2001 - RA 125-, Barcelona, Sec. 13ª, 30 de marzo de 2002 (RA 995), Vitoria, Sec. 1ª, 15 de julio de 7 de 2003 (RA 213257), Murcia, Sec. 4ª, 9 de septiembre de 2003 (RA 1682), Pontevedra, Sec. 6ª, 25 de abril de 2003 (RA 210781), Girona, Sec. 2ª, 4 de febrero de 2004 (RA 97940), Barcelona, Sec. 1ª, 18 de octubre de 2004 (RA 303090) y 17 de enero de 2007 (PROV 2007, 178160) y Sevilla, Sec. 2ª, 14 de abril de 2005 (PROV 2005, 138260) y Sec. 6ª, 29 de julio de 2004- RA 1882).

Sin embargo, en numerosas ocasiones la solidaridad entre el minorista, el organizador del viaje y el transportista se ha visto matizada. Así la jurisprudencia menor ha considerado llamar en solidaridad al mayorista respecto al minorista con base en la comunidad de desenvolvimiento del "esquema organizativo", de la actividad turística, ofertada y en definitiva "vendida". Ambos son responsables cuando la mayorista de viajes programa las excursiones facultativas y ambos (mayorista y detallista) dirigen o generan la apariencia de que asumen las resultas del contrato. Hay solidaridad de quien se dirige al cliente, en razón del detalle y la minuciosidad con el que programaba el viaje, las facilidades para la contratación que oferta y en definitiva realiza, cuando ambas "ofrecen sin duda, la impresión sobre la concreción de una vinculación obligacional de naturaleza tal, que permite concluir sin especulación, en que la excursión facultativa, se ofrece al usuario, como propia de la actividad turística que contrata (SAP Navarra, Sec. 3ª, 23 de julio de 1999 (AC 1999, 7550)). También responde solidariamente el mayorista cuando con los folletos y propaganda crea una representación aparente de ser el prestatario del servicio frente a los clientes (SAP Tarragona, Sec. 3ª, 23 de octubre de 1998 , AC 1998, 2255).

Por último se reclama la exención de la responsabilidad del minorista por la exigencia histórica de ser las agencias de viajes "vendedoras" y no meras intermediarias (O.M. de 14 de abril de 1988 (RCL 1988, 842) y STS 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8411) , sentencia dictada antes de la promulgación de la Ley 21/1995 (RCL 1995, 1978) , que confirmó, precisamente, la condena solidaria del minorista con el mayorista, con base en la consideración de la actividad del minorista como de "resultado").

Pero esta responsabilidad concurre con la del mayorista cuando el detallista se implica en las resultas del viaje (SSAP Asturias, Sec. 5ª, 11 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2365) , Valladolid, Sec. 3ª, 21 de enero de 2004 - RA 80421-, Vizcaya, Sec. 4ª, 10 de enero de 2001 (AC 2001, 600) , Valencia, Sec. 6ª, 24 de julio de 2002 -RA 247076-, Alicante, Sec. 5ª, 4 de mayo de 1999- RA 5097-,Barcelona, Sec. 13ª, 30 de marzo de 2002 -RA 995). Hemos dicho (SAP Sec. 14ª 11 de noviembre de 2005 (AC 2006, 123)),que debe predicarse la responsabilidad solidaria del minorista o detallista con el organizador o mayorista, aunque sea solo uno, cuando ambos se comprometen a prestar el servicio combinado (en el mismo sentido, SSAP Barcelona, Sec. 17ª, 11 de noviembre de 1998, Asturias, Sec. 5ª, 11 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2365) , Málaga, Sec. 7ª, 14 de noviembre de 2000 - RA

detallista. No obstante, ante la diversidad de sentencias, fundamentalmente dentro de la denominada jurisprudencia menor, la Sala Primera, del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2010 deja zanjada la cuestión y procede a justificar la necesidad de unificar la doctrina en torno a la interpretación del artículo 11 de la Ley 21/1995 (actual artículo 162, Decreto Legislativo 1/2007), en los siguientes términos: “... la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos ” (fallo nº 4º).

En este sentido, la Directiva 90/314/CEE, de 13 junio relativa a viajes combinados estableció, en su artículo 5, lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista que sean parte de dicho contrato, con independencia de que dichas obligaciones las deban ejecutar él mismo u otros prestadores de servicios, y ello sin perjuicio del derecho del organizador y/o del detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios.

2. Por lo que respecta a los daños sufridos por el consumidor a causa de la no ejecución o mala ejecución del contrato, los Estados miembros adoptarán las medidas

92547-, Vizcaya, Sec. 4ª, 22 de enero de 2001 -RA 125 y 600-, Zaragoza, Sec. 2ª, 2 de abril de 2001 -RA 1066-, Asturias, Sec. 4ª, 24 de diciembre de 2001 -RA 2560-, Barcelona, Sec. 13ª, de 30 marzo 2002 -RA 995-, Castellón, Sec. 2ª, 1 de junio de 2002 (AC 2002, 1965), Valencia, Sec. 6ª 24 de julio de 2002, Murcia, Sec. 4ª, 9 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1682), Alicante, Sec. 4ª, 2 de diciembre de 2003 -RA 73336-, Sevilla, Sec. 6ª, 29 de julio de 2004 -RA 1882-, Girona, Sec. 2ª, 4 de febrero de 2004 -RA 97940- y Madrid Sec. 18ª, 28 de mayo de 1999 (AC 1999, 1301), Sec. 11ª, 9 de mayo de 2003 (AC 2003, 2063) y Sec. 10ª, 9 diciembre 2005).

En suma el organizador del viaje es quien asume la obligación de resultado (sin perjuicio de que haya concertado su ejecución mediante auxiliares), mientras que el detallista, tiene acotado su ámbito de gestión a la intermediación entre el organizador y el consumidor, limitándose a la venta y selección del viaje solicitado, salvo que especialmente se arrogue otra obligación o que se justifique una identidad de personalidades con la mayorista (SSAP Bizkaia, Sec. 3ª, 23 de julio de 2007- RA 2374-, Soria 1 de septiembre de 2003 (AC 2004, 230), Burgos, Sec. 2ª, 17 de mayo de 2002 - RA 189498-, Barcelona, Sec. 13ª, 30 de marzo de 2002 - RA 995-, Castellón 19 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1658), Bizkaia 20 de enero de 1999 - RA 173). Es decir, el detallista responderá de su labor de intermediación entre la organización y el consumidor, si consta que ha participado en otras funciones de organización o ejecución del viaje, así cuando la detallista interviene en la redacción del folleto, en la organización o en la ejecución del viaje (SAP Barcelona, Sec. 17ª, 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1483) - a contrario). Vid. SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2008, AC 2009,89.

En la doctrina, entre otros, han estudiado en estos casos el criterio de la solidaridad: GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Madrid, 1999, pp. 221 y ss; ALGABA ROS, «Las condiciones generales que limitan convencionalmente la cuantía de la responsabilidad en el contrato de viaje combinado», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, coord. ABRIL CAMPOY y AMAT LLARI, Valencia, 2006, pp. 57-58; ESPINOSA TOYOS, «Solidaridad-mancomunidad en el art. 11 de la Ley de Viajes Combinados: un apunte», en *Aspectos jurídicos-mercantiles del turismo*, coord. AURIOLES MARTÍN, Barcelona, 2003, pp. 133 y ss; NAVARRO BELDA, «La responsabilidad de las agencias de viajes en el contrato de viajes combinados», EC nº 66, 2003, pp. 68 y ss y VIVAS TESÓN, «La protección del consumidor de viajes combinados. Un estudio de la jurisprudencia más reciente», RDP 2002, nº 9, pp. 621 y ss.

necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o el detallista a menos que dicha no ejecución o mala ejecución no sean imputables ni a estos ni a otro prestador de servicios, porque:

- las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor,

- dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable,

- dichas faltas se deben a un caso de fuerza mayor, tal como se define en el inciso ii) del apartado 6 del 4, a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestatario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar [...]».

En la Exposición de Motivos de la Directiva se señala que «[...]el organizador y/o detallista que son partes en el contrato deben ser responsables frente al consumidor de la buena ejecución de las obligaciones que emanan del contrato; que, asimismo, el organizador y/o detallista deben ser responsables de los perjuicios causados al consumidor por la no ejecución o por la mala ejecución del contrato salvo cuando los incumplimientos observados en la ejecución del contrato no puedan imputarse ni a ellos ni a otro prestador de servicios».

La reciente STS de 20 de enero de 2010 (ponente Roca Trías) destaca que de la lectura de las disposiciones reproducidas se deduce que la Directiva no estableció si la responsabilidad debía ser mancomunada o solidaria entre los mayoristas y los minoristas, sino que dejó libertad a los estados miembros para establecerla a la hora de efectuar la transposición. Los diversos estados miembros de la UE no han coincidido a la hora de determinar el tipo de responsabilidad del organizador y del detallista frente al consumidor que haya sufrido un daño en un viaje combinado. Por ello, en esta sentencia se efectúa un repaso a las distintas soluciones, que a continuación se reflejan:

«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 artículo 507.2 BW holandés. 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».

De este panorama se deduce en la mencionada STS de 29 de enero de 2010 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.

Son muchos los argumentos que se han esgrimido a favor de la solidaridad de la responsabilidad frente al consumidor. Resumiendo los que señala la STS de 20 de enero de 2010 destacan los siguientes:

- Existe un mandato entre mayorista y minorista o agencia.
- Hay responsabilidad por el uso de terceros auxiliares en el cumplimiento del contrato.
- La solidaridad tiene como finalidad la protección del consumidor.
- Tienen obligación de responder los que se benefician con el precio pagado.
- 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.
- La confianza del consumidor se centra en la persona o sociedad con quien contrata, que es el minorista y prácticamente nunca con el mayorista.
- La finalidad de la Directiva es la protección del consumidor y éste en las Directivas que establecen regulaciones especiales para determinados contratos, excepto en la de Viajes combinados, goza de la garantía expresa de la solidaridad, lo que no impide que las responsables condenadas puedan ejercitar las correspondientes acciones de regreso contra quien haya causado verdaderamente el daño o parte del mismo.

3. DEBERES DE INFORMACIÓN RESPECTO AL CONSUMIDOR

En cuanto al deber de información que debe suministrar la agencia de viajes, no hay que olvidar que con quien se conversa acerca del viaje combinado es con los empleados de concreta agencia con establecimiento abierto al público, constituyendo

por contra las mayoristas el perfecto desconocido o ausente en una gran mayoría de ocasiones. Quien informa en base a sus datos, datos obtenidos o suministrados por terceros es la agencia, y a quien se le abona el viaje es a la agencia.

Con lo que, por más que en folleto o publicidad al alcance de cualquiera, figure determinado mayorista, concretándose los viajes con las diversas agencias, éstas en principio habrán de responder de todo tipo de reclamaciones sin perjuicio de que caso existir una condena puedan repercutir lo que a bien entendieren con la respectiva mayorista, siempre conforme a los lazos contractuales o de cualquier otra índole existentes entre ambas.

El que incluso en ocasiones llegue a lamentarse una agencia de viajes de la escasa o nula fiabilidad de los datos ofrecidos por la mayorista es algo que sólo a ella atañe. Ella era la que atendía, quien atendió al consumidor y ella era la que se responsabilizaba frente a sus clientes de que lo ofertado se ajustara a la realidad, no que se estuviera ante una mera aproximación. Si la mayorista era de fiar o no, recaía la responsabilidad exclusivamente en la agencia de viajes. Y si esta promocionaba, anunciaba y vendía un concreto producto era porque entendía que lo anunciado se correspondía con la realidad. De no ser así constituiría un auténtico fraude⁶.

4. VACACIONES FRUSTRADAS

Los ejemplos de vacaciones frustradas⁷ como consecuencia de incumplimientos de mayoristas o minoristas se prodigan en la jurisprudencia. Por la frecuencia con la que se dan en la realidad vamos a examinar dos supuestos en los que el consumidor ve frustrado el contrato de viaje combinado que ya ha comenzado: los cambios de itinerarios y la inferior calidad del hotel.

4.1 Cambios de itinerarios.

⁶ Vid. SAP de Guipúzcoa, 11 de noviembre de 2008 (AC 2009, 91487).

⁷ Acerca de vacaciones malgastadas, vid. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, pp. 244 y ss y MARTÍN CASALS, «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», RGD, julio-agosto 1999, p. 9432.

Entre otros casos, destacamos el supuesto enjuiciado en la SAP de Segovia de 17 de febrero de 2009 (AC 2009, 433) se declara la existencia de responsabilidad de la agencia de viaje por los cambios en el itinerario del viaje combinado ofertado. La falta de coordinación entre la agencia y su corresponsal conllevó pérdidas de tiempo y molestias. La indemnización se cifra en 2.000 euros. En este caso los fallos se produjeron en destino, por falta de previsión o problemas de organización, con fundamento en la culpa in eligendo, pues como tal agencia organizadora del viaje ella era la que escogía sus agentes en Borneo y por tanto debe responder de los defectos que por culpa de éstos se hayan irrogado a los adquirentes del viaje combinado, sin perjuicio de las acciones que pueda entablar contra esos terceros con los que los demandantes y perjudicados no mantenían relación jurídica alguna.

4.2 Inferior calidad del hotel.

Uno de los problemas más habituales es la contratación de un hotel de una determinada categoría que posteriormente resulta ser inferior, en el que las condiciones de alojamiento distan mucho de las verdaderamente ofertadas, contratadas y satisfechas o en el que la distancia entre el hotel y las zonas turísticas es superior a la ofertada.

En estos casos en los que existe diferencia de calidad entre lo convenido y lo suministrado nos encontramos ante un supuesto del artículo 161 TRLGDCU (anterior 11.2 de la Ley 21/1995) de ejecución deficiente del contrato.

El hecho de que el consumidor haya prestado antes del inicio del viaje su consentimiento al cambio de hotel en el que finalmente es alojado, porque se les informó por parte de la agencia de viajes que el nuevo hotel tenía unas condiciones similares al inicialmente concertado al tener igual categoría, no es causa de exoneración de responsabilidad cuando queda acreditado el nuevo hotel no dispone de los mismos servicios y ni tampoco es similar en cuanto a su ubicación. Estos hechos constituyen un claro incumplimiento, mas si se tiene en cuenta las incomodidades que ello comporta para disfrutar del tiempo libre visitando las localidades próximas, sin olvidar que la obligación de dar al cliente información clara y exacta sobre los servicios que se le ofrecen, para conocer lo que contrata y que por lo que se refiere al alojamiento, pasa por indicar el tipo, situación, categoría o nivel de comodidades y sus principales

características, lo que implica algo más que ofertar una categoría por número de estrellas del hotel, y por otro lado que los servicios finalmente prestados deben coincidir exactamente con los realmente ofrecidos⁸.

Ha de reconocerse, que si escasamente una semana antes de un viaje se comunica a cualquiera que se cambia un hotel por otro, eso sí manteniendo la misma categoría y confort, raramente alguien concluye con la cancelación del viaje; primero, porque el viajero que concierta este tipo de viajes huye de las complicaciones, quiere que todo se le dé hecho y segundo, porque desconoce por lo general tanto uno como otro hotel, por no hablar del temor siempre latente de que caso no aceptar se queda sin viaje. Es más estos cambios, al margen de los motivos y la denominación que se les de, resultan algo si no habitual nada extraño ante el volumen de personas que ahora viajan y los innumerables compromisos entre las empresas, mayoristas, agencias, etc. Con lo que independientemente de que formalmente se propusiera el cambio y este se aceptara, siempre quedará por comprobar si nos movíamos dentro de la misma categoría y el temor en las actoras de que caso no aceptar, no habrían viajado o habrían tenido que pagar más⁹.

Uno de los principales reclamos de los viajes a países caribeños es la idea de descanso en un lugar paradisíaco, rodeados de playa y jardines. Por ello, el hecho de que no se haya llegado a obtener esa tranquilidad y descanso porque por parte de la dirección del hotel se estaban llevando a cabo obras de remodelación, que afectaban a los jardines de forma básica, supone un incumplimiento de la finalidad pretendida, aunque el viaje se haya llevado a cabo, pues era exigible a quien facilitó la información del viaje que hubiera informado a sus clientes de tales circunstancias¹⁰.

En cuanto a los medios de prueba admitidos por el juzgador de instancia, en ocasiones es indicativo el vídeo aportado (SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2008 2008, 295234) o la existencia de fotografías que reflejen los fallos aludidos (SAP de Guipúzcoa, 11 de noviembre de 2008, 2009, 91487).

⁸ Vid. SAP de Islas Baleares de 9 de noviembre de 2009 (AC 2010, 8687).

⁹ SAP de Guipúzcoa, 11 de noviembre de 2008 (AC 2009, 91487) se declara la responsabilidad solidaria del mayorista y de la propia agencia detallista por incumplimiento contractual debido a la inferior calidad del hotel ofrecido a las actoras en relación al contratado con la agencia .

¹⁰ Vid. La SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2008, (AC 2008, 295234) en la que se enjuicia un caso en que se llevó a cabo un viaje combinado a país caribeño alojamiento en hotel en obras cuando había sido ofertado como idílico. La Audiencia declara la responsabilidad de la agencia y mayorista y reducción de la indemnización en un tercio de lo pagado.

5. DAÑOS MORALES.

La cuestión de los daños morales que se causan a los usuarios de viajes combinados ha ido adquiriendo mayor relevancia a lo largo de los años.

Desde la conocida sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la que se reconoció el derecho a la reparación del honor dañado de una joven por la publicación en la prensa de una noticia falsa relativa a su vida privada, y cada vez con más amplitud, la jurisprudencia viene admitiendo la indemnización del daño moral, que concibe como *«el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada»*, considerando que el daño moral es tan daño como el patrimonial, sin que suponga su reparación la imposición de un plus de condena o una duplicidad de indemnizaciones, al ser ambos tipos de daños, aunque nacidos de unos mismos hechos, perfectamente compatibles.

A esta doctrina del daño moral ha acudido la jurisprudencia para indemnizar *«la tensión, incomodidades y molestias»* producidas por el retraso de ocho horas en un vuelo (STS de 31 de mayo de 2000, RJ 2000, 5089) , o los sinsabores de una familia que adquiere un piso con un defecto de cabida de 12 metros cuadrados y, además de la resolución del contrato, solicita una indemnización en concepto del tiempo pasado sin vivienda, aumento del precio de éstas e incomodidades respecto al trabajo y vida cotidiana (STS de 12 de julio de 1999, RJ 1999, 4770).

Los tribunales para conceder indemnización en concepto de daño moral tienen en cuenta las molestias y el quebranto psíquico que se causó a los actores, al no poder disfrutar de su viaje en las condiciones que habían pactado. Así, en la SAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2009 (AC 2009, 450) se concede la indemnización de 492,64 y 427,04 euros (el 20% del precio abonado) en concepto de daños morales y demás perjuicios derivados del incumplimiento: reducción y pérdida de visitas a Atenas y Venecia, deficiencias en instalaciones y servicios en el crucero reprochables a organizadora y detallista (piscina, jacuzzis y comedor), y periodo amplio de espera en aeropuerto de regreso para efectuar conexión (casi 10 horas), con el agravante de verse afectados tres menores.

Asimismo se declara la procedencia de daños morales en la SAP de Sevilla de 18 de noviembre de 2008 (AC 2009, 66). Se trataba de un crucero por el Nilo en motonave de condiciones muy inferiores a la contratada en la que los actores sufrieron gastroenteritis por alimentos en mal estado ingeridos durante el crucero y tuvieron que estar reclusos en los camarotes durante varios días, con la consiguiente frustración por no poder disfrutar del viaje, lo que, muy probablemente, no les hubiera ocurrido, por su calidad superior, de haber viajado en la motonave Amarco, que habían contratado. La indemnización se fija en 500 euros a cada uno de los actores.

Del análisis de la jurisprudencia se desprende que para cuantificar el daño moral sufrido y su concreta indemnización, los tribunales tienen en cuenta dos datos: el importe total del precio del viaje y la posibilidad de disfrute de los actores en alguna fase del viaje.

Partiendo de la base de que no sólo los viajes de novios son especiales, sino que cualquier viaje en el que las personas disfrutan de sus vacaciones siempre es especial, la jurisprudencia se muestra más proclive a la condena a indemnizaciones por daño moral en los viajes de novios motivada por el hecho de que se trata de un viaje único e irrepetible.

En este sentido, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de octubre de 2008 (AC 2009,36) se declaró la responsabilidad de la mayorista en un viaje de novios combinado y la ausencia de responsabilidad de la agencia de viajes detallista codemandada. El viaje de novios por el Caribe resultó afectado en lo relativo a la estancia por la presencia de un huracán. En el caso el incumplimiento contractual se centró en los daños originados por la falta de adecuación a la legalidad de su comportamiento con posterioridad al conocimiento del fenómeno atmosférico, previsible en el lugar y estación del año. En cuanto a los daños materiales, se estima parcialmente la demanda respecto de los costes que pueden tenerse por acreditados y según se reclaman, es decir, 1.336,10 euros, de pasaje o pasajes, más 250 euros por dos, de suplemento de pasajes, más 1.080 euros, en concepto de estancia hotelera no disfrutada, ya que el grado de incumplimiento ha de reputarse sustancial, considerado el viaje combinado como un todo unitario. Respecto a la indemnización por daños morales, debido al padecimiento de una situación penosa suficiente para indemnizar, en

particular al tratarse de un viaje de novios, se estima ponderada la cantidad equivalente a la que corresponde por la totalidad de los daños materiales, es decir, 2.916,10 euros.

Otro supuesto de viaje de novios es el contemplado en la SAP de Vizcaya de 19 de febrero de 2009, (AC 2009, 323029). Se trataba de un caso en el que la duración del viaje de novios quedó reducido a la mitad de lo previsto. La Audiencia eleva la indemnización en concepto de daño moral a la mitad del valor del viaje contratado, en correlación con la mitad del viaje que los demandantes no pudieron disfrutar.

6. UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR: LOS HURACANES

El art. 162.2.c) recoge como causa de exención de responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes combinados la fuerza mayor¹¹: *«Que los defectos aludidos se deban a motivos de fuerza mayor, entendiendo 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»*. A pesar de esta exención de responsabilidad el mismo art. 162.2 en su último párrafo recoge la obligación del organizador y detallista de prestar asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades.

La presencia de huracanes en determinados lugares de destino y estación del año es previsible para las organizadoras de viajes en dicha zona. Por consiguiente, no puede decirse que en estas circunstancias constituya un suceso que pueda considerarse imprevisible, sino un fenómeno o acaecimiento natural que, como es ya notorio, suele producirse en esa época y en ese lugar. Aspecto sin duda esencial del que se debe informar a los contratantes, omisión de advertencia que vulnera la obligación que impone el art. 152 TRLGDCU de informar de todas las características del viaje contratado.

En la mencionada SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de octubre de 2008 la cuestión no se centra en la determinación de la existencia de fuerza mayor, sino del incumplimiento contractual que hacen residir precisamente en la no adecuación a la legalidad del comportamiento de la mayorista codemandada como organizadora del

¹¹ Es de interés el estudio realizado de la huelga como un supuesto de caso fortuito realizado por LÓPEZ SANTANA, *El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección del turista*, Granada, 2003.

viaje (aunque la demanda se dirige también contra la agencia de viajes), con posterioridad al conocimiento del fenómeno atmosférico¹².

Por el contrario, en la SAP de Madrid de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 1796) no se aprecia la existencia de daños morales sufridos por los demandantes a causa de actuación desajustada al contrato por parte de la organizadora, pues recibieron las prestaciones pactadas o sustitutorias. El huracán fue un fenómeno ajeno a la previsión de la organizadora y el incumplimiento de la demandada consistente en no advertir, en Cozumel, el 17 de octubre, la eventualidad de tener que modificar el itinerario, se compensa con la reducción de los precios de los viajes concedido en la primera instancia.

7.-QUANTUM INDEMNIZATORIO

En las reclamaciones de indemnizaciones como consecuencia de vacaciones frustradas se observa que en muchos casos no se acreditan la existencia de unos daños materiales efectivos, sino que lo que se reclama de forma principal es la pérdida de expectativas de un viaje que se prometía de una forma y se desarrolló de otra distinta, por lo tanto se reclaman las expectativas de confort y disfrute que se contrataron. No se alude a la existencia de esos daños materiales, sino que basa la indemnización en esa frustración de las expectativas del viaje, concepto subjetivo pero perfectamente indemnizable en una actividad comercial como la contratada, en la que el objeto principal es el ocio del cliente y no meramente su transporte de un lugar a otro.

En caso de vacaciones frustradas los tribunales no suelen conceder el importe íntegro satisfecho, puesto que no nos encontramos ante incumplimiento total del

¹² Sostienen los demandantes que dicha demandada no actuó con la diligencia debida tras tener constancia de la aparición del huracán, y se centran en que, una vez conocida la presencia del fenómeno y sus efectos, la codemandada mayorista decidió unilateralmente trasladarlos al Hotel Barceló Capella que no se encontraba en condiciones adecuadas. Las demandadas explican que, dentro de las posibilidades de la situación, el hotel era de la misma categoría y nivel que el contratado, aunque en zona distinta, pero lo cierto es que incluso la carta aportada por la propia codemandada con su contestación, que refleja la queja de otros clientes, demuestra que las condiciones no eran perfectas, mientras que el precio abonado seguía siéndolo.

La organizadora del viaje no se ajustó a la verdad en la comunicación efectuada a los pasajeros del crucero acompañada con la demanda, como dicen los demandantes, pues si bien en la misma se dice que la zona de destino La Romana-Punta Cana, se vio seriamente dañada en infraestructuras generales y estructuras hoteleras en particular, por lo que no puede garantizar su estancia en la zona contratada, les comunica que serán alojados en la zona de boca Chica-Juan Dolio, de la que se expresa que no ha sufrido ningún tipo de daño, concretándoles el Hotel Barceló Capella. Para la Audiencia, ciertamente, esta es la única opción de la que hay constancia, no así de otras, incluida la del regreso a España, opción esta que los actores decidieron tomar por su cuenta, lo que evidencia, permitiendo hacer el juicio de inferencia adecuado, sin acreditación que lo desvirtúe, que no les fue ofrecida tempestivamente.

contrato, sino ante incumplimientos parciales y no totales (a salvo el supuesto de no realización del viaje que queda fuera del estudio de la presente comunicación). Por ello, la cuantía indemnizatoria no suele exceder del importe de la diferencia de precio entre el servicio inicialmente reservado y el finalmente prestado. Así, en la SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2008 (AC 2008,1131) se concreta la indemnización en el cálculo diferencial del precio de habitación.

Respecto al quantum indemnizatorio, en la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2008 (2008, 295234) habiéndose inclinado el juzgador de instancia por indemnizar a los demandantes en el completo precio pagado por el viaje. La Audiencia no acepta esta valoración, pues al no estar ante un supuesto en que se pide el daño moral, sino el daño derivado de un cumplimiento parcialmente defectuoso en tanto que realizaron el viaje y permanecieron en el hotel durante todo el tiempo pactado, aceptando incluso otras de las posibilidades lúdicas ofrecidas, el importe indemnizatorio no puede afectar al total abonado, como si no se hubiera cumplido parcialmente; considerando más adecuado reducir la indemnización aproximadamente en un tercio de lo pagado en su momento, lo que supone la cantidad de 1.100 euros.

BIBLIOGRAFÍA:

ALGABA ROS, «Las condiciones generales que limitan convencionalmente la cuantía de la responsabilidad en el contrato de viaje combinado», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, coor. ABRIL CAMPOY y AMAT LLARI, Valencia, 2006, pp. 57-74.

ESPINOSA TOYOS, «Solidaridad-mancomunidad en el art. 11 de la Ley de Viajes Combinados: un apunte», en *Aspectos jurídicos-mercantiles del turismo*, coord. AURIOLES MARTÍN, Barcelona, 2003, pp. 133 y ss.

GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Madrid, 1999.

GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998.

LÓPEZ SANTANA, *El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección del turista*, Granada, 2003.

MARTÍN CASALS, «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», RGD, julio-agosto 1999, pp. 9404-9443.



NAVARRO BELDA, «La responsabilidad de las agencias de viajes en el contrato de viajes combinados», EC nº 66, 2003, pp. 68 y ss.

VIVAS TESÓN, «La protección del consumidor de viajes combinados. Un estudio de la jurisprudencia más reciente», RDP 2002, nº 9, pp. 621 y ss.