



Universitat de Girona

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS ORGANIZADORES Y LOS DETALLISTAS DE VIAJES COMBINADOS

Josep Maria BECH SERRAT

ISBN: 978-84-690-9226-2
Dipòsit legal: GI-I398-2007

INTRODUCCIÓN	1
1. El mercado de viajes combinados	1
1.1. Viajes combinados de los europeos	2
1.2. Viajes combinados de los españoles	5
2. Reclamaciones de los consumidores de viajes combinados	6
2.1. Volumen de reclamaciones	6
2.2. La importancia de la responsabilidad contractual del organizador o el detallista	7
3. El origen de la regulación actual: la implementación de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados	13
3.1. La noción legal de viaje combinado	13
3.2. Objetivos de la Directiva 90/314/CEE	16
a) Una protección mínima del consumidor de viajes combinados	17
b) Una libre prestación de servicios en el mercado comunitario de viajes combinados	20
3.3. La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados	30
4. Esquema de trabajo	32
I. PRIMERA PARTE	35
SUJETOS RESPONSABLES	35
Planteamiento	37
1. Precedentes	38
1.1 Derecho comparado	38
A) Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, relativo al contrato de viaje	38
B) Regulación alemana del contrato de viaje (§ 651 a BGB)	45
1.2. Derecho español	49
A) Relación representativa entre agencia de viajes mayorista y agencia de viajes minorista	49
B) Contrato de obra. Responsabilidad de la agencia de viajes mayorista por los prestadores de los servicios	63
2. Regulación del contrato de viaje combinado	68
2.1. Artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE: implementaciones de algunos Estados miembros	68
2.2. Derecho español	74
A) Sujetos responsables: organizador o detallista. Su pretendida condición de agencia de viajes	74
B) Responsabilidad del organizador y el detallista por el ámbito respectivo de gestión del viaje	88
a) Responsabilidad mancomunada	88
(i) Deudas parciarias del organizador y el detallista. Responsabilidad mancomunada	88
(ii) Alcance de la mancomunidad	101
b) El detallista no tiene la condición de auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones del organizador, ni actúa como su representante	122
C) Responsabilidad del organizador y detallista por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento del contrato de viaje	134

II. SEGUNDA PARTE	159
PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ORGANIZADOR Y DETALLISTA DE VIAJES COMBINADOS	159
Planteamiento	161
1. Incumplimiento del contrato de viaje combinado	161
1.1. Consideraciones generales	161
1.2. Supuestos de incumplimiento	165
A) Supuestos específicos (arts. 8, 9 y 10 LVC)	165
B) Cláusula general (art. 11 LVC)	169
2. Daños resarcibles	171
2.1. Daño emergente	172
A) Lesiones al llamado interés de prestación	172
a) Alcance del resarcimiento: el valor del servicio no prestado o prestado con deficiencias como parámetro para su cálculo	173
b) Efectos de la distinción entre los daños por lesión del interés de prestación y los demás daños que sean consecuencia del incumplimiento	179
B) Daños corporales	180
a) Composición y valoración	180
(i) Doctrina jurisprudencial: globalización de los daños corporales y discrecionalidad en su valoración	180
(ii) El caso de los accidentes producidos por la circulación de vehículos de motor: sistema legal de baremación de los daños	186
b) Medidas de garantía de la responsabilidad contractual del organizador	193
(i) Aseguramiento de los daños corporales	193
(ii) Concurrencia de la obligación de indemnizar del organizador con el aseguramiento de los daños corporales sufridos por el consumidor	206
c) El daño por rebote, por causa de daños corporales al consumidor del viaje	209
C) Daños a objetos del consumidor	213
D) Daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo	218
E) Daños no patrimoniales	225
a) Consideraciones generales	225
b) En particular, indemnización de daños por pérdida de vacaciones	241
2.2. Lucro cesante	257
3. Extensión de los daños resarcibles	260
3.1. Imputación de los daños al incumplimiento del contrato de viaje	261
A) Criterio general: el artículo 1107 del Código civil	261
a) Organizador o detallista de buena fe (art. 1107.1 CC)	262
(i) Previsibilidad de los daños	263
(ii) Daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento	269
b) Organizador o detallista doloso (art. 1107.2 CC)	271
B) El deber del consumidor del viaje de mitigar los daños sufridos	274
3.2. Resarcimiento de daños ulteriores en supuestos de penalización mínima	279
A) Penalización mínima prevista en el apartado segundo del art. 9 LVC	279
B) Penalización mínima prevista en el Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular	288

3.3. Limitación de responsabilidad con arreglo a convenios internacionales	296
A) Consideraciones generales	296
B) Algunos convenios internacionales	305
a) Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional	305
b) Convenio de Berna de 1961 sobre el transporte por ferrocarril	320
c) Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre el transporte por mar	328
d) Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, de transporte de viajeros por carretera	330
3.4. Cláusulas contractuales de limitación de la cuantía indemnizatoria	333
A) Incumplimiento del contrato de viaje con dolo o culpa grave del organizador o el detallista (art. 1102 CC): exclusión de la limitación de la cuantía indemnizatoria	334
B) Incumplimiento del contrato de viaje sin dolo ni culpa grave del organizador o el detallista: resarcimiento de daños no corporales y carácter razonable de la limitación	341
3.5. La facultad de moderación judicial (art. 1103 CC)	363
4. Exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista	376
4.1. Introducción	376
4.2. Causas de exoneración: enumeración legal	381
A) Defecto imputable al consumidor (art. 11.2 LVC, letra a)	381
B) Defecto imputable a tercero (art. 11.2 LVC, letra b)	392
C) Otras causas de exoneración	409
a) Fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c)	409
(i) Elementos definitorios	409
(ii) Supuestos	423
b) Acontecimiento imprevisible e insuperable (art. 11.2 LVC, letra d)	430
(i) Implementación de la causa exoneratoria	430
(ii) Relación con la fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c)	433
(iii) Alcance del efecto exoneratorio	437
4.3. Exclusión de la responsabilidad del organizador y el detallista mediante cláusula contractual	445
A) Procedimiento de elaboración del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE	445
B) Algunas implementaciones de la Directiva 90/314/CEE	448
C) Regulación española: carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC)	456
D) Algunas cláusulas contractuales insertas en condiciones generales y el régimen imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC	464
a) Cláusulas contractuales y carácter imperativo del apartado primero del artículo 11 LVC	465
b) Cláusulas contractuales exoneratorias y carácter imperativo del apartado segundo del artículo 11 LVC	472
(i) No presentación del consumidor: letra a) del artículo 11.2 LVC	473
(ii) Falta de documentación: letras a) y c) del artículo 11.2 LVC	476
(iii) Causa de fuerza mayor: letra c) del artículo 11.2 LVC	481
(iv) Causas técnicas y huelgas: letra d) del artículo 11.2 LVC	482
(v) "Causa suficiente": carácter exhaustivo e imperativo del artículo 11.2 LVC	491
c) Cláusulas contractuales no sujetas al carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC: cláusulas delimitadoras del contenido del contrato	495
(i) No obligación de custodia del equipaje	498
(ii) No obligación de facilitar servicios facultativos	502

5. Otro pretendido presupuesto de la responsabilidad contractual del organizador o detallista: la carga del consumidor de comunicar los supuestos de incumplimiento	505
5.1. Consideraciones generales	505
5.2. Cláusula de exoneración por no comunicación del incumplimiento	520
III. TERCERA PARTE	527
APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE AL ORGANIZADOR O EL DETALLISTA	527
Planteamiento	529
1. Concurrencia de la acción de responsabilidad contractual con otras acciones del consumidor	530
1.1. Acciones contractuales	530
A) Acción de reclamación del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC)	530
a) Características	530
b) Opción del consumidor entre ambas acciones	538
B) Acción de resolución del contrato (art. 10.2 LVC)	545
a) Características	545
b) Acumulación con la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios	550
1.2. Acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC)	552
A) Diferencias con respecto a la acción de responsabilidad contractual (art. 11 LVC)	552
B) Criterio para resolver la concurrencia: deberes accesorios de protección e información resultantes del contrato de viaje	561
2. Distribución de la carga de la prueba de los presupuestos de responsabilidad contractual del organizador y el detallista	579
2.1. Prueba a cargo del consumidor	580
2.2. Prueba a cargo del organizador y el detallista	588
Conclusiones	597
Índice de sentencias citadas en el texto	613
Bibliografía	627

Abreviaturas

ABTA	Association of British Travel Agents
AC	Actualidad Civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ABRV	Allgemeine Bedingungen für die ReiseRücktrittskosten- Versicherung
Abs.	Absatz
ADC	Anuario de Derecho Civil
AG	Amtsgericht
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
ARB	Allgemeine Reisebedingungen
Auf.	Auflage
AVBR	Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Reisegepäck
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BW	Código civil holandés, redactado a partir de la Wet van 24/12/1992 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgelijke Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten
CA	Convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974, sobre el transporte por mar
CBerna	Convenio de Berna, de 7 de febrero de 1970, regulador del transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril
CC	Código Civil español
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CIB	Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, relativo al contrato de viaje
CR	Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales
CVA	Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, sobre transporte aéreo internacional
D.	Recueil Dalloz Sirey
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DEG	Derecho Especial de Giro

Directiva 90/314/CEE	Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados
DT	Diritto dei Trasporti
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EC	Estudios sobre Consumo
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschafts recht
Fordham Int. Law Journal	Fordham International Law Journal
GI	Giurisprudenza Italiana
Hrsg.	Herausgeber
IATA	International Air Transport Association
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.Air L. & Com.	Journal of Air Law and Commerce
JBl	Juristische Blätter
JCP	Juris Classeur Périodique
J.Ind. L.Inst.	The Journal of Indian Law Institute
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KschG	Bundesgesetz, de 8 de marzo de 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz)
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LG	Landgericht
LNA	Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea
LVC	Ley 21/1995 de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civile Commentate
NVZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OMAAV	Orden Ministerial, de 14 de abril de 1988, que desarrolla el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, regulador de las Actividades de las Agencias de Viajes

PaRG	Busdesgesetz über Pauschalreise suiza, de 18 de junio de 1993
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
PJ	Poder Judicial
RaDC	Rassegna di Diritto Civile
RAJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RDAAV	Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, regulador de las Actividades de las Agencias de Viajes
RDCo	Rivista di Diritto Commerciale
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
REDC	Revue Européenne de Droit de la Consommation
RGD	Revista General del Derecho
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Impresa	Rivista di Diritto dell'Impresa
Riv. Trim.Dir.Proc.Civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Rnd.	Randnummer
RRa	ReiseRecht aktuell
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
TranspR	TransportRecht
Urt.	Urteil
Zeup	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZLW	Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZFV	Zeitschrift für Fremdenverkehr
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

1. El mercado de viajes combinados

La forma de viajar ha experimentado una transformación radical en las últimas décadas. A comienzos del siglo XX es el viajero quien no sólo generalmente lleva a cabo la ideación del viaje sino que, en ocasiones, también realiza directamente la reserva de los distintos servicios del viaje; y cuando el mismo acude a una agencia de viajes, ésta se limita a mediar en la contratación que tiene lugar entre aquél y los prestadores de los servicios (vgr. transportistas, hoteleros, entre otros). Habrán que transcurrir algunas décadas para que aparezcan los organizadores, los cuales ofrecen unos viajes de grupo más baratos que los llamados viajes individuales, mediante técnicas agresivas de publicidad y el uso de condiciones generales de la contratación, consiguiendo los efectos propios de una economía de escala.¹ Ello tiene lugar porque las transformaciones sociales y económicas hacen que el interés por viajes previamente programados por parte de organizadores profesionales sea cada vez mayor. La demanda de este tipo de viajes va aumentando por la inexperiencia de los consumidores más jóvenes, la falta de tiempo suficiente de la denominada población activa tanto para organizar el viaje por sí mismos como para visitar numerosos lugares conforme a un tiempo prudencial, y el mayor disfrute de tiempo libre por parte de personas de edad avanzada.² Todas esas circunstancias explican el éxito comercial que en la actualidad tienen los viajes combinados.³

¹ Véase Valeria PIERFELICI, *La qualificazione giuridica del contratto turistico e la responsabilità del "tour operator"*, RaDC, 1986, 639-659, págs. 640-641; Marco ARATO, *Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati*, RDCo, 1982, 357-394, págs. 360-362; y Salvatore MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, págs. 159-160.

² En los últimos años el número de viajes combinados ha experimentado un notable aumento con respecto a los viajes individuales. En Bélgica, Rik DE KEYSER, *The organised Travel Market in Belgium*, *The Tourist Review*, 1999-2, 21-29, págs. 21 y 24, pone de manifiesto la disminución de los viajes individuales en ese país: del 70 por 100 del año 1982 han pasado a constituir el 50 por 100 del total de viajes en el año 1996; por su lado, Klaus TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651a - k BGB*, 4. neubearb. und erw. Auf., Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 2000, Einl., 1-61, Rnd. 7, pág. 4, destaca que actualmente en Alemania casi la mitad de los viajes que se realizan son combinados (*Pauschalreisen*) (1975: 20,8%; 1983: 27, 4%; 1991: 36%; 1998: 44,6%).

³ Vide Yael ENOCH, *Contents of Tour Packages: A Cross-Cultural Comparison*, *Annals of Tourism Research*, 1996, págs. 599-617.

1.1. Viajes combinados de los europeos

En la actualidad los consumidores de la Unión Europea participan cada año en más de 50 millones de viajes combinados. Según la oficina de estadísticas de las Comunidades Europeas (EUROSTAT), el volumen de ese tipo de viajes realizados en los distintos países europeos de una duración igual o superior a cuatro noches de estancia es el siguiente:

Volumen de viajes combinados de los consumidores europeos

	1996	1997	1998
Alemania ⁴	18.700.000		26.400.000
Austria			1.224.523
Bélgica ⁵	1.410.839		1.358.687
Dinamarca		1.459.000	1.500.400
Grecia		126.646	
España		2.332.846	
Finlandia	977.000	953.000	904.000
Italia			3.900.135
Luxemburgo		90.000	
Reino Unido ⁶	14.500.000	16.100.000	17.500.000
Suecia		2.108.000	

Tabla 1

⁴ Sobre el aumento del volumen de viajes combinados en Alemania, véase Peter SCHWERDTNER, en *Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch (*Recht der Schuldverhältnisse*) (§§ 620-651 k), 12. neubearb. Auf., Berlin, Arthur L.Sellier & Co. –Walter de Gruyter & Co., 1991, § 651 a, 24-49, Rnd. 13, pág. 8; para un análisis de futuro del mercado de viajes alemán, Geograph Mathias FEIGE, *Hypothesen zur quantitativen Entwicklung des Fremdenverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland in den nächsten 25 Jahren*, ZFV, 1988-1, págs. 16-21.

⁵ Según otras fuentes, en Bélgica el volumen de viajes combinados ha experimentado un aumento más que notable en la última década: de los 900.000 viajes en el año 1985 a los 2.300.000 viajes en el año 1996 y, en la actualidad, alrededor de 2.700.000 viajes. Puede consultarse DE KEYSER, *The organised Travel Market in Belgium*, cit., págs. 21 y 24.

⁶ Michael BOTTOMLEY RENSHAW, *The Travel Agent*, 2nd. ed., Sunderland, Business Education Publishers Limited, 1997, págs. 39, 56-57, hace notar que en el año 1995 unos 28,1 millones de británicos pasaron sus vacaciones fuera de Gran Bretaña. Véase también, Alan SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998, pág. XVII.

A esas cifras conviene añadir los viajes llevados a cabo por consumidores de otros Estados miembros (Francia, Irlanda, Portugal, Países Bajos),⁷ cuyo volumen no resulta menos significativo.⁸

Ni que decir tiene que la organización y venta de viajes combinados constituye, pues, una de las actividades económicas más importantes del Mercado Único europeo. La misma estadística de EUROSTAT se refiere al gasto realizado por los visitantes en la adquisición y durante la realización del viaje y estancia en el lugar de destino, distinguiendo según su país de procedencia:

*Gastos realizados en viajes combinados por consumidores europeos (en euros)*⁹

	1996	1997	1998
Alemania	13.402.322.100		19.162.353.000
Austria			1.174.192.049,55
Bélgica			2.925.459.149,13
Finlandia	719.433.450	737.775.660	769.178.600
Grecia		44.888.282,36	
Luxemburgo		107.906.655,7	

Tabla 2

Poniendo esos datos en relación con el número de viajes combinados que tiene lugar en cada país podemos calcular, además, el promedio de gastos realizados por viaje, también según el país de procedencia del consumidor:

⁷ Las cifras expresadas por EUROSTAT no desmerecen en absoluto el volumen de viajes existente en los demás países europeos. Klaus TONNER, *Reiserecht in Europa*, Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 1992, págs. 12-15, señala que a principios de los años 90 los consumidores franceses constituyen el 14 por 100 del mercado europeo de viajes combinados. Por su lado, Jonathan BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, Dublin, Blackhall Publishing, 1999, pág. 3, indica que en el año 1995 unos 350.000 irlandeses realizaron viajes de vacaciones fuera de su país.

⁸ Otra fuente señala que a principios de los años 90 cerca de 29 millones de consumidores europeos participan cada año en un viaje combinado. Vide Justus MEYER/ Sebastian KUBIS, *Pauschalreiserecht in Europa*, ZVglRWiss 92 (1993), 179-214, pág. 179.

⁹ Los datos relativos a los gastos de los consumidores de viajes combinados se expresan en la moneda nacional de cada país. La conversión de esas cantidades en euros ha sido realizada con fecha de 26 de abril de 2000.

*Promedio de gastos realizados por viaje combinado por
consumidores europeos (en euros)*

	1996	1997	1998
Alemania	716,70		725,84
Austria			958,89
Bélgica			2.153,15
Grecia		354,43	
Finlandia	736,36	774,16	850,86
Luxemburgo		1.198,96	

Tabla 3

Como es sabido, uno de los principales destinos de los consumidores de viajes combinados es España. Según la estadística "Movimientos Turísticos en Fronteras", elaborada por el *Instituto de Estudios Turísticos (Secretaría de Estado de Comercio, Turismo, y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía y Hacienda)*, en el año 1999 se produjeron en España un total de 51,6 millones de entradas de visitantes extranjeros con pernoctación en ese país al menos una noche.¹⁰ Esta estadística añade que el 91,7 por 100 de los turistas que entraron en España ese mismo año eran residentes en algún país europeo (47,3 millones). Es más, los residentes en el Reino Unido representan el 25 por 100 del turismo de otros países que visitan España,¹¹ seguido de cerca por los alemanes, con una entrada de un 23,5 por 100;¹² el tercer mercado emisor es Francia y concentra un 11 por 100 del mercado turístico; con menos protagonismo, el volumen de entradas de turistas en España el año 1999 por país de residencia se distribuye entre los Países Bajos (4,9%), Italia (4,7%) y el resto de Europa (21,9%). Aunque estos datos no se refieran específicamente al volumen de viajes combinados, sí que constituyen un indicio del alcance que pueden tener estos viajes para la economía española.

¹⁰ Esa estadística puede consultarse en <http://www.iet.tourspain.es/new/av-resultados/av-2-1999.htm> (fecha de consulta: 20.3.2000). Su elaboración tiene lugar en cumplimiento de los compromisos asumidos por España en virtud de la sección C de la Directiva 95/57/CE del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, *sobre la recogida de información estadística en el ámbito del turismo* (DOCE núm. L 291, de 6 de diciembre de 1995, págs. 32-39).

¹¹ SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., pág. XVII, destaca que en el año 1992 los británicos que visitaron otros países se gastaron 11,2 billones de libras esterlinas, y una tercera parte de esa cantidad se gastó en Estados Unidos, Francia y España.

¹² TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a - k BGB*, cit., Einl., 1-61, Rnd. 5, pág. 4, indica que España, Italia y Austria figuran entre los destinos preferidos de los viajes realizados por alemanes.

1.2. Viajes combinados de los españoles

Por lo que respecta al turismo nacional, la estadística "Movimientos Turísticos en Fronteras" indica que la principal característica de los viajes de los españoles es que tienen como destino turístico el propio territorio nacional (turismo interno): de los 35,3 millones de viajes realizados por españoles en los nueve primeros meses de 1999, el 92 por 100 tuvieron como destino España.¹³ Ese es uno de los factores que hacen disminuir notablemente el número de consumidores españoles de viajes combinados. Ciertamente, según datos oficiales facilitados por esa estadística, en la mayoría de ocasiones los españoles optan por no realizar reservas de ningún tipo cuando viajan dentro del territorio nacional (65%), o realizan la reserva de los servicios del viaje directamente (18,1%). Tan sólo un 16,9 por 100 reserva esos servicios por agencia, porcentaje que además se distribuye entre aquellos casos en que dicha reserva recae sobre servicios sueltos del viaje (vgr. alojamiento, transporte u otros) (11,8%) —en la estadística, "Reserva por agencia"— y aquellos en que tiene lugar una reserva completa de tales servicios (5,1%) —en la estadística, "Reserva completa (paquete turístico)".¹⁴ Aunque los viajes combinados puedan ser contratados a personas que no tengan la condición de agencia de viajes (infra § I.2.2 A), este último porcentaje pone de manifiesto el carácter más bien limitado del número de consumidores españoles de este tipo de viajes con destino en el territorio español (1.800.300), habida cuenta de que el destino tiene una incidencia fundamental en la forma de organizar el viaje.¹⁵

Con todo, del total de viajes realizados por españoles de enero a septiembre de 1999, el 8 por 100 han tenido como destino principal otro país (turismo

¹³ La estadística añade que el 71,6 por 100 de esos viajes se llevaron a cabo por motivos de ocio o vacaciones, el 16,3 por 100 para la visita de familiares o amigos, el 3,7 por 100 para negocios, y el 8,4 por 100 para otros motivos. Además, ésta también destaca la importancia de los viajes de corta duración a la segunda residencia —59,4 millones de viajes durante los primeros nueve meses de 1999— en el comportamiento de los españoles.

¹⁴ El tipo de alojamiento más utilizado por los españoles en los viajes con destino en España es la vivienda de familiares o amigos (41,7%); y el medio de transporte más utilizado es el coche (75,9%).

¹⁵ Así, en el año 1998 sólo un 29,6 por 100 de los alemanes viajaron por el interior de Alemania, mientras que un 70,4 por 100 lo hizo con destino a otro país. Vide TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651a - k BGB*, cit., Einl., 1-61, Rnd. 5, pág. 4. Esa circunstancia incide decisivamente en el hecho que el porcentaje de viajes combinados realizados en Alemania sea muy superior al español.

emisor), esto es, 2.824.000 viajes. De acuerdo con la estadística "Movimientos Turísticos en Fronteras", los países que recibieron un mayor número de turistas españoles son los limítrofes con España: Francia (21%), Portugal (15,1%) y Andorra (10,6%).¹⁶ Y en ese caso los españoles modifican su comportamiento a la hora de viajar: un 30,2 por 100 hace la reserva de los servicios sueltos por agencia de viajes y un 26,4 por 100 hace la reserva completa del paquete turístico —en 745.536 viajes—, mientras que un 20 por 100 de los españoles hace la reserva directamente y un 23,4 por 100 no hace la reserva.¹⁷

2. Reclamaciones de los consumidores de viajes combinados

2.1. Volumen de reclamaciones

Sin poder precisar con exactitud el volumen de reclamaciones de los consumidores por incumplimiento del contrato de viaje combinado, el *Instituto Nacional del Consumo* ha puesto de relieve la evolución de las reclamaciones atendidas por las asociaciones de consumidores en el sector de las agencias de viajes (1990: 1.053; 1991: 1.854; 1992: 3.692; 1993: 4.476; 1994: 4.026; 1995: 4.038; 1997: 4.494; 1998: 4.849). El organismo advierte que éste es uno de los sectores económicos que ha experimentado un mayor incremento de reclamaciones en el año 1998 en comparación con el 1997 (7,8%).¹⁸ Además, la "Memoria del sistema arbitral de consumo del año 1998", elaborada por el *Instituto Nacional del Consumo*,¹⁹ destaca que han sido recibidas 371 solicitudes de arbitraje en el sector económico de las agencias de viajes, cantidad que representa un 2,09 por 100 del total de solicitudes.²⁰

¹⁶ El 70,3 por 100 de los viajes a otros países, europeos o no, fueron realizados por motivos de ocio o vacaciones, el 10,1 por 100 para la visita de familiares o amigos, el 9,4 por 100 para negocios, y el 10,3 por 100 para otros motivos.

¹⁷ Esos datos coinciden sustancialmente con los contenidos en la estadística de EUROSTAT, puesto que la misma señala que en el año 1997 los españoles realizaron 760.909 viajes combinados con destino a otro país con una duración igual o superior a cuatro noches de estancia.

¹⁸ Accesible en <http://www.consumo-inc.es/estudios/Reclam-98.htm> (fecha de consulta: 15.2.2000).

¹⁹ Accesible en <http://www.consumo-inc.es/estudios/memoria.htm> (fecha de consulta: 15.2.2000).

²⁰ Los estudios estadísticos realizados con respecto al volumen de reclamaciones de los consumidores de viajes combinados alemanes resultan dispares. De acuerdo con el estudio realizado por el sector profesional, sólo entre el 1-2 por 100 de esos consumidores reclaman frente al organizador; mientras que la fundación *Warentest* señala que un 12 por 100 de los consumidores de esos viajes reclama por escrito al organizador después de regresar. Véase Regina SCHLOTMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I)*, RRa 1/1995, 2-8, pág.8.

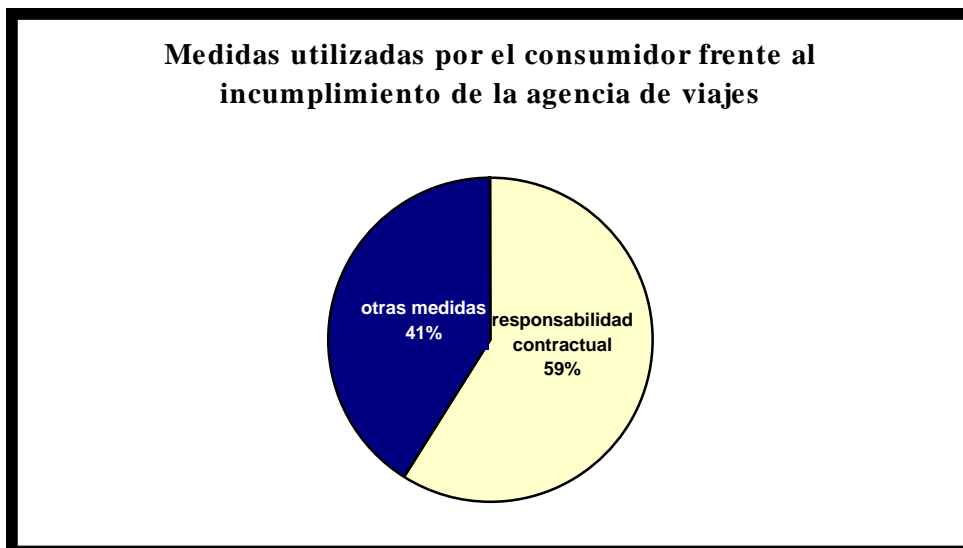
No disponemos de datos suficientes por lo que se refiere al volumen de resoluciones judiciales de conflictos para llevar a cabo un análisis estadístico más exhaustivo, pero sí de un total de 68 sentencias españolas de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia recaídas durante la década de los 90, relativas todas ellas a conflictos jurídico-privados surgidos en el marco de la relación contractual creada entre agencias organizadoras o detallistas de viajes y consumidores.²¹

2.2. La importancia de la responsabilidad contractual del organizador o el detallista

Aunque no resulta más fácil concretar qué tipo de reclamaciones realizan los consumidores de viajes combinados,²² cabe destacar que en el Derecho español la medida que utiliza casi de un modo exclusivo el consumidor frente a los distintos supuestos de incumplimiento del contrato de viaje es la acción de responsabilidad contractual. Incumplida alguna de las obligaciones del organizador o, en su caso, el detallista, el consumidor casi en la totalidad de los casos pretende la indemnización los daños y perjuicios resultantes, esto es, su compensación mediante la imposición a aquellos sujetos de una obligación pecuniaria. Del total de 68 sentencias consultadas resulta que en 40 de ellas (58,9%) el consumidor reclama indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje.

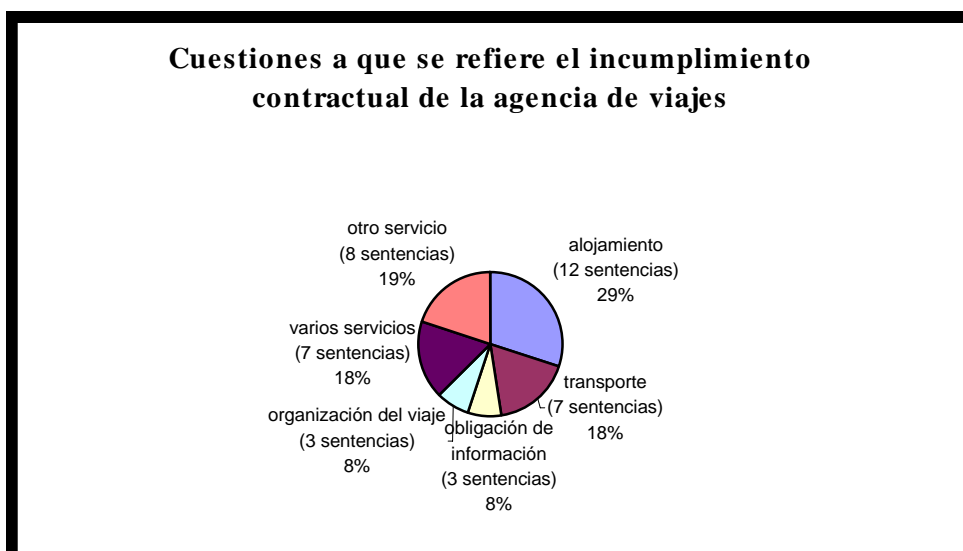
²¹ La mayoría de esas sentencias aparecen publicadas en las revistas Actualidad Civil, Aranzadi Civil, Estudios sobre Consumo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Revista General del Derecho. Véase el índice de sentencias citadas en el texto de la parte final de este trabajo.

²² El Instituto Nacional del Consumo se limita a señalar que un 32,9 por 100 de las reclamaciones formuladas ante las asociaciones de consumidores durante el año 1998 son motivadas por "irregularidades o incumplimiento en la prestación de servicios o de fabricación", un 15,6 por 100 al "incumplimiento de las condiciones de venta", un 14,7 por 100 a los precios, un 8,1 por 100 al uso de cláusulas abusivas, un 10,2 por 100 a publicidad engañosa y un 18,4 por 100 a otros motivos, sin distinguir según el sector económico en que se produce la reclamación. Véase <http://www.consumo-inc.es/estudios/Reclam-98.htm> (fecha de consulta: 15.2.2000).



Gráfica 1

Las cuestiones a que se refiere el incumplimiento de un modo más frecuente en los supuestos en que el consumidor interpone una acción de responsabilidad contractual están relacionadas, según esas sentencias, con la ejecución de alguno de los servicios del viaje: no prestación o prestación deficiente del alojamiento (12: 30%), transporte (7: 17,5%) u otro servicio (8: 20%). A veces la no prestación o prestación deficiente recae sobre varios servicios del viaje (7: 17,5%). Además, en algunos casos ese tipo de reclamación tiene su origen en la mala organización del viaje (3: 7,5%) o el incumplimiento de obligaciones de información (3: 7,5%).



Gráfica 2

La no prestación o prestación deficiente del servicio de alojamiento da lugar a una gran cantidad de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios.

Durante el año 1993 una organización de consumidores italiana estableció un *Servicio de asistencia a los consumidores que realizan sus vacaciones en Italia*, a iniciativa y con ayudas financieras de la Comisión europea. Los primeros resultados de ese servicio ponen de manifiesto que en ese año los consumidores presentaron "más de 5.000 quejas, especialmente relativas a la sobrerreserva (*overbooking*) y otros problemas con hoteles".²³ Aunque la Comisión europea haya afirmado "que, por el momento, los datos disponibles en todos los Estados miembros son insuficientes para poder realizar una evaluación completa del alcance de la sobrerreserva hotelera y del número de clientes afectados" a los efectos de proponer las medidas legislativas oportunas,²⁴ sin duda ese fenómeno va a tener un gran alcance en la contratación de viajes. Además, un estudio realizado sobre 659 reclamaciones llevadas a cabo por consumidores alemanes frente al organizador de viajes más importante de su país, *Touristik Union International* (TUI) —263 solucionadas en el lugar de destino, 254 formalizadas por escrito después de finalizar el viaje y 142 interpuestas ante los órganos judiciales—, señala que en las mismas tiene lugar un traslado de habitación por prestación deficiente en un 41,6 por 100 de los casos, una sobrecontratación en el hotel en un 16,9 por 100 y deficiencias en la manutención en un 16,4 por 100. El mismo estudio también pone de relieve que el número de reclamaciones por la situación del hotel constituye un 11,7 por 100 del total, por ruidos en el hotel un 10 por 100, por instalaciones del hotel un 10,9 por 100 y por ruidos alrededor del hotel un 4,4 por 100.²⁵ La ejecución del servicio de alojamiento adquiere, pues, un relieve particular en el cumplimiento del contrato de viaje.

Aunque en un porcentaje ligeramente inferior, distintas sentencias españolas que resuelven reclamaciones de indemnización por incumplimiento del contrato de viaje también hacen referencia a la no prestación —por sobrecontratación— (3: 7,5%) o prestación deficiente (9: 22,5%) del alojamiento; ade-

²³ Véase la respuesta de la Sra. Scriveners en nombre de la Comisión europea, de 11 de enero de 1994, a la Pregunta escrita E-3020/93 del Sr. Luigi Vertemati (PSE). DOCE núm. C 336, de 30 de noviembre de 1994, pág. 19.

²⁴ Esa afirmación de la Comisión europea ha tenido lugar en ocasión de la Pregunta núm. 76 formulada por el Sr. Petrus Cornelissen (H-0473/94). DOCE, Debates del Parlamento Europeo, núm. 4-451, de 28 de septiembre de 1994, págs. 196-197.

²⁵ El estudio realizado por SCHLOTMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I)*, cit., págs. 4-5, indica que las deficiencias del viaje sobre las que recaen las reclamaciones de los consumidores alemanes son: alojamiento (78,3%), transporte (4,8%), organización (10,8%) y programa de viaje (6%).

más, en todos los casos en que esas reclamaciones se refieren a distintos servicios del viaje (7: 17,5%) se discute acerca de la no prestación o prestación deficiente del alojamiento. Ello significa que casi la mitad de las sentencias (19: 47,5%) tienen su origen en la ejecución de este servicio.

Otros muchos supuestos de incumplimiento del contrato de viaje estarán relacionados con la ejecución del servicio de transporte. En particular, distintos estudios realizados en el marco de la contratación del transporte aéreo dan a conocer las dificultades inherentes a su ejecución. Según el *Department of Transportation* norteamericano, en un periodo de tres meses las líneas aéreas de ese país tuvieron que compensar a 127.500 pasajeros por denegarles el embarque al avión contratado. Las 10 líneas aéreas con un mayor volumen de contratación en Estados Unidos —en total, 90.918.016 pasajeros— tuvieron un índice de sobrecontratación de 10.917 pasajeros, lo que representó un porcentaje de 1,2 denegaciones de embarque por cada 10.000 pasajeros. Por su lado, la *Air Transport Association* de ese país destaca que las líneas aéreas norteamericanas facturan más de 659 millones de bultos de equipaje cada año, de las cuales entre 350.000 y 400.000 son extraviadas. Un 75 por 100 de las bolsas extraviadas son entregadas al consumidor en el plazo de 12 horas, mientras que un 20 por 100 de las mismas también lo son aunque en un plazo de 5 años. En cambio, el consumidor no recupera las bolsas de equipaje que constituyen el 5 por 100 restante.²⁶ Siendo el transporte aéreo uno de los servicios integrantes del contrato de viaje combinado más habituales,²⁷ ni que decir tiene que estos supuestos también van a constituir algunos de los incumplimientos contractuales de mayor relieve.

Hasta el momento las sentencias españolas estudiadas relativas a reclamaciones de indemnización por incumplimiento del contrato de viaje hacen una alusión más bien limitada a tales incumplimientos: únicamente en dos ocasiones se plantea el derecho del consumidor a recibir indemnización por retraso

²⁶ Vide Norman G. COURNOYER/ Anthony G. MARSHALL/ Karen L. MORRIS, *Hotel, Restaurant and Travel Law (a preventive Approach)*, 5 th. ed., Boston, Delmar Publishers, 1999, págs. 396 y 412.

²⁷ En este sentido, SCHLOTMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I)*, cit., pág. 3, señala que la mayoría de viajes que dan lugar a reclamación incluyen el servicio de transporte aéreo (*Flugpauschalreisen*) (75,3%), frente al transporte por ferrocarril (7,8%), autobús (1,8%), barco (1,5%); sólo en un 14,2 por 100 de los casos el viaje no incluye ningún tipo de transporte.

en la salida del avión (5%), y en una ocasión por sobrecontratación en el transporte aéreo (2,5%). Con todo, la ejecución del servicio de transporte también va a tener un particular significado en las reclamaciones de los consumidores de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje combinado. Existen cuatro sentencias que tratan una reclamación de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de un accidente del autobús en que viajaba el consumidor (10%). Además, entre las sentencias que versan sobre el incumplimiento contractual con relación a distintos servicios del viaje, dos de ellas se refieren a la prestación deficiente del servicio de transporte (5%), una al retraso en el transporte por carretera (2,5%) y otra a la pérdida del equipaje en esa misma modalidad de transporte (2,5%). De ese modo, resulta que más de una cuarta parte de las sentencias de las que disponemos relativas a reclamaciones de indemnización por incumplimiento del contrato de viaje (11: 27,5%) resuelven una controversia planteada en torno a la prestación de ese servicio.

Aunque la mayoría de supuestos de incumplimiento del contrato de viaje están relacionados con la ejecución de los servicios de alojamiento y transporte, no es menos cierto que ocho de las sentencias españolas estudiadas relativas a reclamaciones de indemnización por incumplimiento contractual (20%) hacen referencia únicamente a la no prestación o prestación deficiente de algún otro servicio del viaje combinado (vgr. transfer del aeropuerto al hotel, guía de habla hispana, seguro de responsabilidad civil, vehículo de montaña, entrada para concierto, servicio de pistas de esquí, día libre en la ciudad de Hong-Kong, servicio de equitación en el hotel). Cifra a la que cabe añadir la circunstancia de que la ejecución de esos servicios también constituye el objeto de algunas reclamaciones en las que la pretensión de indemnización tiene lugar por la no prestación o prestación deficiente de distintos elementos del viaje: en un caso el consumidor reclama indemnización por la no prestación de una excursión (2,5%); en otro caso la reclamación tiene lugar por la falta de guía de habla hispana y no prestación de distintas visitas (2,5%); y en otra sentencia la pretensión indemnizatoria se da por la no prestación de visitas opcionales (2,5%). El total de esas sentencias pone de manifiesto que la ejecución de aquellos servicios constitutivos de una parte significativa del viaje combinado, distintos al alojamiento y transporte, tienen el mismo relieve que este último elemento del viaje en las reclamaciones de indemnización por incumplimiento del contrato (11: 27,5%).

En cambio, hasta el momento el incumplimiento de otras obligaciones del organizador y, en su caso, el detallista no han tenido el mismo alcance en punto a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios del consumidor del viaje. En particular, tan sólo tres sentencias españolas de las estudiadas (7,5%) hacen alusión al incumplimiento del organizador de la obligación de organizar el viaje —en dos casos por descoordinación entre los distintos servicios y, en otro, por cancelación del vuelo programado; y sólo tres sentencias (7,5%) se refieren al incumplimiento de las obligaciones de información de las agencias de viajes.

Por su lado, si atendemos a las sentencias españolas estudiadas resulta que la frecuencia de los daños resarcibles en las reclamaciones de indemnización por incumplimiento del contrato realizadas por el consumidor es la siguiente: daños por lesión al interés de prestación (11), daños corporales (7), daños a objetos del consumidor (3), daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo (4), y daños no patrimoniales (22); en algunas ocasiones las sentencias no especifican cuál es el tipo de daño a indemnizar (6).



Gráfica 3

Además de que en la mayoría de ocasiones los órganos judiciales declaran el derecho del consumidor a recibir indemnización de distintos tipos de daños, nótese cómo predomina la reclamación de indemnización de daños no patrimoniales, en particular por pérdida de vacaciones. Aunque la noción de viaje combinado admita que el consumidor pueda contratarlo por motivos muy

heterogéneos (p.ej. visitas a familiares, negocios, cursos de idiomas), la mayoría de las veces ese tipo de viaje es de vacaciones y su duración no sobrepasa el periodo de tiempo de dos semanas.²⁸ Ello no hace sino poner de relieve el perfil sociológico de las personas que suelen llevar a cabo esas reclamaciones y, al fin y al cabo, el relieve que ha ido adquiriendo progresivamente el denominado "turismo de masas" y los viajes organizados de grupo frente a los viajes individuales.

3. El origen de la regulación actual: la implementación de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados

3.1. La noción legal de viaje combinado

Sabido es que el Estado español ha implementado la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (en adelante, Directiva 90/314/CEE),²⁹ mediante la Ley 21/1995, de 6 de julio, *reguladora de los Viajes Combinados* (en adelante, LVC).³⁰

Esa regulación define el viaje combinado como la combinación previa por parte del organizador³¹ de, por lo menos, dos de los siguientes elementos: a) transporte; b) alojamiento; c) otros servicios turísticos no accesorios del

²⁸ En el estudio llevado a cabo por SCHLOTSMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I)*, cit., pág. 4, ésta pone de relieve que en un 66,3 por 100 de los casos la reclamación del consumidor tiene lugar en ocasión de una viaje de dos semanas.

²⁹ DOCE núm. L 158, de 23 de junio, págs. 59-63.

³⁰ BOE núm. 161, de 7 de julio, págs. 20652-20656.

³¹ Aunque esa combinación puede tener lugar atendiendo a las indicaciones del consumidor realizadas con anterioridad a la conclusión del contrato. Así lo expresa la implementación inglesa de la Directiva 90/314/CEE: "[t]he fact that a combination is arranged at the request of the consumer and in accordance with his specific instructions shall not of itself cause it to be treated as other than pre-arranged" (*Section 2 (1)(c)(ii) The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations 1992*). Sin embargo, algunos autores consideran excluidos de la aplicación de la LVC aquellos contratos en que la prestación comprometida ha sido ideada y proyectada por el propio consumidor. Véase, por ejemplo, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, "Contratos turísticos, protección del turista y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", en Adolfo AURIOLÉS MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 19-36, pág. 23.

transporte o del alojamiento³² y que constituyan una parte significativa del viaje.³³ Además, para que exista ese tipo de viaje también es esencial que la combinación previa sea vendida u ofrecida a la venta por un precio global,³⁴ así como que la prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia (punto 1 del art. 2 LVC).

En cambio, no se desprenden elementos suficientes ni de las finalidades de la norma comunitaria, ni de su texto, ni de los trabajos preparatorios para inferir que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a viajes turísticos. A pesar de la expresión utilizada por la norma comunitaria ("otros servicios turísticos no accesorios"), la amplia noción de consumidor de viajes combinados (punto 7 del art. 2 LVC) más bien denota que esa regulación también será aplicable a viajes con otros fines (vgr. negocios, conferencias, visitas familiares, estudios).³⁵

³² Por ejemplo, el transporte del equipaje constituirá un servicio accesorio del transporte del consumidor; y el servicio de manutención será accesorio del alojamiento. El artículo 17.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* en el Derecho portugués (Diário da República núm. 186, I Série-A, de 13 de agosto de 1997) es más explícito en este punto, al señalar como uno de los eventuales servicios integrantes del viaje combinado a los "[s]erviços turísticos não subsidiários do transporte, nomeadamente os relacionados com eventos desportivos, religiosos e culturais, desde que representem uma parte significativa da viagem".

³³ El carácter "significativo" viene determinado por el interés que el consumidor tiene en el mismo en el caso concreto, más que por su valor económico con respecto al precio total del viaje. Vide María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, Madrid, Montecorvo, 1999, págs. 116-117. El *Real Decreto 1830/1999, de 3 de diciembre, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres* (BOE núm. 302, de 18 de diciembre), se refiere a algunos servicios no accesorios del transporte o del alojamiento constitutivos de una parte significativa del viaje, cuando modifica el artículo 128 del Reglamento con el fin de redefinir el concepto de transporte turístico: asistencia a cursos, conferencias o eventos deportivos, realización de excursiones o visitas a centros de interés cultural o turístico, entradas para la asistencia a un espectáculo en el lugar de destino, alquiler de vehículos o servicio de guía turística [...].

³⁴ Por ello, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LVC los viajes gratuitos, como los promocionales o publicitarios. Así, Francisco VICENT CHULIÁ, "La cobertura de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en los contratos de viajes combinados", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 283-316, pág. 284.

³⁵ Cfr. primer punto del artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales* (DOCE núm. L 372, de 31 de diciembre de 1985. Edición especial, 1985, cap.15/vol.06, págs. 131-133), que limita el concepto de consumidor a "toda persona física que [...] actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional".

Además, para la aplicación de esa regulación tampoco resulta indispensable que cada uno de los servicios que componen el viaje tenga carácter oneroso. Nótese, en ese punto, que es elemento esencial del viaje combinado el precio global atribuido al conjunto de servicios del viaje, lo cual no excluye la posibilidad de que alguno o algunos de ellos sean gratuitos. Aunque no es menos cierto que otras características de los servicios sí serán relevantes para que, en su caso, sean considerados como elementos integrantes del viaje (vgr. transporte, alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento) y, por tanto, para decidir si nos hallamos o no ante un viaje combinado. En ese sentido, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de febrero de 1999, que resuelve el *Procedimiento administrativo iniciado por AFS Intercultural Programs Finland ry*³⁶ señala que la regulación del contrato de viaje combinado "no se aplica a viajes que consisten en intercambios escolares de una duración aproximada de seis meses o un año; cuyo objeto es que el escolar asista a un centro de enseñanza en un país de acogida de modo que se familiarice con su población y cultura, y durante los cuales el escolar se aloja gratuitamente en una familia de acogida [financiación con fondos asignados por el Estado a las actividades culturales], como si formara parte de ella"; la inexistencia de viaje combinado en ese supuesto se debe, según el propio Tribunal, a que una estancia que presenta esas características no puede calificarse de alojamiento en el sentido de la norma comunitaria; así como a la circunstancia de que, en el caso, no puede considerarse que el transporte concorra con "otros servicios turísticos no accesorios [...]"

³⁶ El litigio ante el órgano jurisdiccional nacional se origina porque la Oficina finlandesa para la protección del consumidor (*Kuluttajavirasto*) exigió a la asociación sin ánimo de lucro AFS Intercultural Programs Finland su inscripción en el registro de organizadores de viajes creado por la Ley 1080/1994, *sobre operadores turísticos (valmismatkaliikelaki)*, que transpone la Directiva 90/314/CEE en ese país. La asociación no se atuvo al requerimiento de inscripción. Por este motivo, la oficina le obligó a suspender su actividad de organización de viajes combinados y le apercibió de imponerle una sanción administrativa en caso de inobservancia de la decisión. AFS Intercultural Programs Finland interpone un recurso ante el Tribunal Supremo Administrativo finlandés (*Korkein Hallinto-oikeus*), sosteniendo que no ejercía actividades de organización de viajes combinados. Ese tribunal remite distintas cuestiones judiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para resolver el caso. Vide *Procedimiento administrativo iniciado por AFS Intercultural Programs Finland ry*, Asunto C-237/97, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1999-2, 840-853, págs. 850-853.

que constituyan una parte significativa del viaje".³⁷ Dejando de lado la eventual conveniencia de incluir ese tipo de viajes en el ámbito de aplicación de la regulación de los viajes combinados a partir de una interpretación de la misma más favorable para el consumidor,³⁸ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pierde una magnífica ocasión para delimitar cuáles deben ser las características de cada uno de los servicios para ser considerados como integrantes del viaje combinado en los términos del punto 1 del artículo 2 LVC.

3.2. *Objetivos de la Directiva 90/314/CEE*

El artículo 1 Directiva 90/314/CEE establece que "[e]l objeto de la presente Directiva es la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad". Con la armonización reguladora la norma comunitaria pretende conseguir dos propósitos fundamentales: a) una protección mínima del consumidor de viajes combinados (considerando sexto); y b) una libre prestación de servicios en el mercado comunitario de viajes combinados (considerandos segundo y tercero).

³⁷ La sentencia considera que la elección de escuela y familia de acogida por parte del organizador no constituyen servicios turísticos no accesorios; y que la preparación de los documentos necesarios para la estancia en el extranjero y la realización de cursos que siguen los escolares y sus padres antes de comenzar el viaje, con la finalidad de prepararse para la vida en un país extranjero, aun suponiendo que pudieran ser calificados como "otros servicios turísticos", no representan "una parte significativa del viaje". Vide *Procedimiento administrativo iniciado por AFS Intercultural Programs Finland ry, Asunto C-237/97, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1999-2, 840-853, págs. 850-853.

³⁸ Ese es el criterio sostenido por el abogado general Sr. Antonio Saggio, en sus conclusiones generales presentadas el 16 de julio de 1998. Véase *Procedimiento administrativo iniciado por AFS Intercultural Programs Finland ry, Asunto C-237/97, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1999-2, 827-839, pág. 832; criterio también defendido, en la doctrina, por Maria MASSA, *Commentario della sentenza della Corte di Giustizia CE 11 febbraio 1999*, DT, 1999-III, págs. 991-901; y, en la doctrina española, por Mercedes CORDONES RAMÍREZ, "Sobre la aplicación de la normativa de viajes combinados a los viajes de estudios al extranjero con alojamiento familiar (Comentarios al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de febrero de 1999)", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 367-373, págs. 372-373.

a) Una protección mínima del consumidor de viajes combinados

En el momento de implementar la Directiva 90/314/CEE existen disparidades notorias existentes entre los ordenamientos de los Estados miembros en cuanto a las fuentes reguladoras del contrato de viaje.

La relación contractual entre el agente de viajes y el consumidor se rige en algunos países por códigos de conducta (Gran Bretaña, Dinamarca, Holanda). Por ejemplo, la *Association of British Travel Agents* (en adelante, ABTA), creada durante los años 50, tiene dos códigos de conducta, uno para las agencias de viajes (detallista de viajes) y otro para los operadores turísticos (organizadores de viajes), los cuales son objeto de revisiones periódicas; el último código establece distintas cláusulas características de estos contratos no reguladas por la Ley —modificaciones esenciales del contrato, cancelación del viaje, fuerza mayor, responsabilidad contractual, entre otras; cláusulas que estos últimos deben incluir imperativamente en los contratos celebrados con los consumidores para conferirles un cierto nivel de protección.³⁹

Por su lado, Alemania cuenta con una regulación del contrato de viaje en el Código civil (§§ 651 a - l BGB), en vigor desde el 1 de octubre de 1979, que obedece a la necesidad de ofrecer una mayor protección al consumidor de viajes combinados.⁴⁰ El Informe de la Comisión jurídica (*Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses*),⁴¹ con fecha 4 de diciembre de 1978, relativo al Proyecto de Ley sobre el contrato de organización de viaje (*Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag*),⁴² hace notar la insuficiencia de la regulación del contrato de obra (*Werkvertrag*) (§§ 631 ff. BGB) a los efectos de dispensar una protección adecuada a ese consumidor. Por ello, el Proyecto no

³⁹ En este sentido, David GRANT/Stephen MASON, *Holiday Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, págs. 8-10, 478-490: “[i]t is no possible to have a complete grasp of package holiday law in this country [Gran Bretaña] without understanding the role of the Association of British Travel Agents (ABTA)”. Los autores reproducen el Código de conducta de los organizadores pertenecientes a esta asociación (*The ABTA Tour Operator’s Code of Conduct*; noviembre 1997) en un apéndice.

⁴⁰ *Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 4.5.1979* (BGBI.I S.509).

⁴¹ BT-Drucks 8/786., de 27 de julio de 1977, págs. 1-36.

⁴² BT-Drucks 8/2343, de 4 de diciembre de 1978, 1-13, págs.1-2.

se limita a aproximar el régimen aplicable al contrato de viaje al contrato de obra (*Werkvertrag und ähnliche Verträge*) (§§ 631-651 I BGB) sino que, además, contempla distintas medidas específicas de aquel contrato. Algunas de esas medidas ya habían sido elaboradas con anterioridad por la jurisprudencia y favorecen la reclamación de indemnización de daños y perjuicios del consumidor por incumplimiento del contrato, tales como la prohibición de la llamada cláusula de intermediación (*Vermittlerklausel*) (§ 651 a Abs. 2 BGB), el reconocimiento de la acumulación del derecho a la indemnización de daños y perjuicios con otras medidas de defensa del consumidor frente al incumplimiento contractual (§ 651 f Abs.1 BGB) y el derecho del consumidor a obtener indemnización por la pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs.2 BGB).

Por último, otros países aplican la regulación general del Derecho de obligaciones y contratos a la relación jurídico-privada entre el organizador —y, en su caso, el detallista— y el consumidor resultante de la celebración del contrato de viaje; e incluso, de un modo más que discutible, acuden a una regulación administrativa relativa a la actividad de las agencias de viajes para configurar el régimen de esa relación contractual (p.ej. Francia, Portugal, España).⁴³ Como se señala más adelante con respecto al Derecho español, con frecuencia ambas regulaciones serán aplicables del modo más favorable para los intereses del consumidor. Además, en esos países —como en los demás— en no pocas ocasiones se aplica la regulación especial protectora de los consumidores y usuarios a los clientes de las agencias de viajes.

De ese modo, resulta que a pesar del distinto método de regulación del contrato de viaje, no existen diferencias sustanciales por lo que respecta a la protección que el régimen de responsabilidad contractual previsto por cada ordenamiento confiere al consumidor de viajes combinados, puesto que los mismos se han ocupado de aumentar de algún modo esa protección.⁴⁴

⁴³ Para el Derecho francés, Pierre PY, *Droit du Tourisme*, Paris, Dalloz, 4 éd., 1996, págs. 2-4, se refiere a la intervención administrativa en el sector profesional de los viajes; para el Derecho portugués, Miguel MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 78-82, hace un repaso de la regulación de la actividad de las agencias de viajes en ese país.

⁴⁴ Ello a pesar de las diferencias que puedan existir entre las regulaciones de los Estados miembros en cuanto a la distribución de la responsabilidad entre organizador y detallista. Vide infra § I.1.2 A) y I.2.2 B).

Con todo, los trabajos desarrollados hasta la promulgación de la Directiva 90/314/CEE ponen de manifiesto que uno de sus principales objetivos consiste en implementar una política de protección a los consumidores. El sexto considerando de la norma comunitaria se refiere a la comunicación de la Comisión al Consejo sobre «Nuevo impulso a la política de protección de consumidores», que se aprobó por Resolución del Consejo de 6 de mayo de 1986. Esa norma propone, entre otras medidas, la armonización de las legislaciones en materia de viajes combinados. El objetivo de proteger los consumidores no solamente se tendrá en cuenta a la hora de establecer el contenido de la norma comunitaria sino que su artículo 8 dispone lo siguiente:

"[L]os Estados miembros podrán adoptar, o mantener, disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la presente Directiva, a fin de proteger al consumidor."

Ello significa que el contenido de la normativa comunitaria constituye el establecimiento de un estándar básico de protección del consumidor de viajes combinados, por lo que las regulaciones de los Estados miembros que ofrezcan un nivel de protección inferior como mínimo deberán igualar el nivel resultante del texto de la Directiva 90/314/CEE.

Así se explica que algunos Estados miembros implementen la norma comunitaria en términos casi literales (*The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations 1992* inglesa; *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, núm. 17), irlandesa), si bien esas regulaciones también difieren de la Directiva 90/314/CEE en algunos aspectos, incluso por lo que se refiere al régimen de responsabilidad contractual del organizador y el detallista.

En cambio, la regulación alemana ha optado únicamente por modificar aquellas cuestiones reguladas por el Código civil (§§ 651 a - l BGB) disconformes con el contenido de la norma comunitaria que resultan perjudiciales para el consumidor, tales como la inversión de la carga de la prueba de la culpa (§ 651 f Abs.1 BGB) y la exclusión de los daños corporales de las cláusulas de limitación de responsabilidad del organizador (§ 651 h Abs.1 BGB);⁴⁵ pero esa regulación ha mantenido incólumes otras cuestiones de dicho régimen de respon-

⁴⁵ Vide *Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates vom 13 Juni 1990 über Pauschalreisen*, de 24 de junio de 1994 (BGBl, Jahrgang 1994, págs. 1322-1324).

sabilidad en el momento de transponer la Directiva 90/314/CEE. Se trata, en cualquier caso, de ofrecer al consumidor de viajes combinados el mismo nivel de protección que la norma comunitaria.

Finalmente, otros Estados se han visto obligados a introducir por primera vez normas de Derecho privado reguladoras del contrato de viaje combinado, como sucede en las transposiciones francesa y española de la Directiva 90/314/CEE.⁴⁶ De todos modos, esas regulaciones se caracterizan por omitir cualquier referencia a algunas cuestiones de la responsabilidad contractual del organizador y el detallista que sí regula la norma comunitaria, acaso por la protección que para el consumidor resulta de su régimen general de responsabilidad contractual y la regulación especial de protección de los consumidores y usuarios. En particular, como se verá, la LVC española no se refiere a la indemnización de los daños no patrimoniales —y, en particular, daños por pérdida de vacaciones—y, lo que resulta más controvertido, a las cláusulas limitativas y exoneratorias de la responsabilidad del organizador y detallista.

b) Una libre prestación de servicios en el mercado comunitario de viajes combinados

La Directiva 90/314/CEE considera que "las legislaciones de los Estados miembros relativas a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados [...] presentan muchas disparidades y que las prácticas nacionales en este sector son considerablemente distintas, lo que crea obstáculos a la libre prestación de servicios en relación con los viajes combinados y distorsiones en la competencia entre los operadores establecidos en Estados miembros diferentes" (considerando segundo); y a continuación, la misma norma comunitaria considera que "el establecimiento de normas comunes sobre los viajes combinados contribuirá a la eliminación de dichos obstáculos y, por consiguiente, a la realización de un mercado común de servicios, haciendo posible de este modo que los operadores establecidos en un Estado miembro ofrezcan sus servicios en otros Estados miembros y que los consumidores de la Comunidad gocen de condiciones comparables sea cual fuere el Estado miembro en que adquieran un viaje combinado" (considerando tercero). Como ponen de manifies-

⁴⁶ Véase el Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours français* (JO 17 juin 1994, pág. 8746).

to los antecedentes de la Directiva 90/314/CEE,⁴⁷ la misma se propone, pues, establecer una libre prestación de servicios en el mercado comunitario de viajes combinados.

La vulneración del principio de libre prestación de servicios podrá tener lugar a partir de discriminaciones realizadas por regulaciones nacionales a organizadores y detallistas por razón de su nacionalidad o su establecimiento en un Estado miembro distinto a aquel en que prestan sus servicios. En esto cabe traer a colación la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, de 1 de diciembre de 1998,⁴⁸ que resuelve una cuestión suscitada en el marco de un proceso penal seguido contra el Sr. Ambry, gerente de una sociedad, inculpado de haber ejercido una actividad de organización y venta de viajes en el año 1996 sin haber obtenido la licencia exigida por el artículo 4 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francesa, desarrollada por el Decreto 490/1994, de 15 de junio. Con el propósito de implementar el artículo 7 Directiva 90/314/CEE, conforme al que "el organizador y/o detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor", el artículo 14 del Decreto establece, entre otras cuestiones, que "únicamente se admitirá la garantía financiera prestada por una entidad de crédito o por una empresa de seguros si dicha entidad o empresa tuviere su domicilio social en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad europea o una sucursal en Francia". Y más adelante el mismo precepto añade que "si la entidad de crédito o la empresa de seguros estuviese situada en un Estado miembro de la Comunidad Europea distinto de Francia, deberá celebrarse un acuerdo a tal efecto entre dicha entidad o empresa y una entidad de crédito o una empresa de seguros situada en Francia". En el caso, el Sr. Ambry solicitó a la *préfecture* de la *Moselle*

⁴⁷ La comunicación *Acción comunitaria en el sector del turismo*, de 31 de enero de 1986, ya se refiere al "Mercado Único del Turismo" (DOCE núm. C 114, pág.11); véase también el dictamen del Comité Económico y Social (DOCE núm. C 328 (1986), pág. 1; la Resolución del Parlamento europeo, de 12 de diciembre de 1986, *relativa a la acción comunitaria en el ámbito del turismo* (DOCE núm. C 7, pág. 328); y el Dictamen elaborado por esa institución, de 10 de noviembre de 1987, *sobre la facilitación, promoción y consolidación del turismo en la Comunidad Económica Europea* (DOCE núm. A 209, págs. 2-29).

⁴⁸ Caso *Proceso penal contra André Ambry*, Asunto C-410/96, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1998-12, págs. 7889-7905.

la expedición de una licencia para la organización y venta de viajes en Francia, que le fue denegada porque la garantía financiera exigida para el ejercicio de la actividad de agente de viajes de la que disponía no cumplía los requisitos del mencionado artículo 14, ya que había sido concedida por una sociedad financiera italiana, con domicilio social en Roma, que, a su vez, no había celebrado ningún acuerdo con una entidad de crédito o empresa de seguros establecida en Francia. Inculpado el Sr. Ambry por realizar tales actividades sin aquella licencia, el *Tribunal de grande instance de Metz* plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, preguntando si las disposiciones del artículo 14 del Decreto francés son conformes con, entre otras normas, el artículo 59 (actual art. 49) del Tratado de las Comunidades Europeas, relativo a la libre prestación de servicios. Este Tribunal señala que el acuerdo suplementario exigido cuando las garantías se concertan con una entidad financiera situada en un Estado miembro de la Comunidad Europea distinto de Francia puede disuadir al organizador de viajes de dirigirse a esa entidad financiera. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas añade que, aun siendo necesaria la protección de los consumidores de viajes que deben afrontar la insolvencia del organizador o detallista, la obligación de celebrar un acuerdo suplementario con una entidad financiera situada en el territorio francés "excede de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido" por varias razones:⁴⁹ la primera, porque la obligación de ejecución inmediata sólo alcanza a los casos de repatriación de los viajeros, mientras que la regulación francesa impone esa obligación con respecto a todas las garantías prestadas —en cumplimiento del art. 7 Directiva 90/314/CEE— por las entidades de crédito o las empresas de seguros situadas en otros Estados miembros; la segunda, porque las transferencias de fondos entre bancos europeos pueden efectuarse muy rápidamente; y en tercer lugar, porque la eficacia de las resoluciones recaídas en procedimientos administrativos o judiciales contra empresas situadas en otros Estados miembros dependerá del contenido del contrato de garantía celebrado entre la entidad financiera situada en otro Estado miembro

⁴⁹ Nótese que en alguna ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas ha considerado que la protección de los consumidores justifica la previsión por parte de las regulaciones nacionales de un régimen especial para los extranjeros (cfr. art. 46 Tratado CEE). Véase, por ejemplo, el párrafo 20 del caso *Comisión contra Francia*, resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, de 1 de diciembre de 1998, Asunto C-220/83, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1986-11, 3702-3712, pág. 3709.

y el organizador de viajes.⁵⁰ Por todo ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas declara que las exigencias previstas en el artículo 14 del Decreto francés no son conformes al principio comunitario de libre prestación de servicios.⁵¹

La LVC española no contiene discriminaciones a organizadores y detallistas por razón de su nacionalidad o su establecimiento en un Estado miembro distinto de España cuando éstos prestan sus servicios en este país. No obstante, su disposición adicional segunda señala que, a los efectos de lo previsto en esta Ley, "el organizador y el detallista deberán tener la consideración de Agencia de Viajes de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto". Sin perjuicio de realizar un análisis más exhaustivo de esa cuestión (infra § I.2.2 A)), el caso es que si tal remisión se considera hecha a la antes mencionada Orden ministerial de 14 de abril de 1988, que desarrolla el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, *regulador de las actividades de las Agencias de Viajes*, pronto se advierten algunas restricciones a la libre prestación de servicios dentro del mercado español para los organizadores y detallistas nacionales o establecidos en otros Estados miembros. En efecto, el apartado primero del artículo 7 de la Orden ministerial de 14 de abril de 1988 (en adelante, OMAAV),⁵² que desarrolla el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, *regulador de las actividades de las Agencias de Viajes* (en adelante, RDAAV),⁵³ establece que "[l]as Agencias de Viajes extranjeras podrán: a) [e]ncomendar su representación con carácter permanente o simplemente para actos concretos a una o más Agencias de Viajes españolas. Cuando la representación sea otorgada con carácter permanente a una Agencia de Viajes Española, ésta viene obligada a

⁵⁰ En cambio, el Gobierno francés considera que las previsiones del artículo 14 del Decreto pretenden evitar las dificultades prácticas de ejecución inmediata en los supuestos de entidades establecidas en otros Estados miembros y, en caso de litigio o de oposición del garante a pagar las cantidades cubiertas por la garantía, evitar el recurso a determinadas medidas administrativas o de iniciar procedimientos sobre medidas provisionales en otros Estados miembros.

⁵¹ En términos parecidos, el abogado general Sr. Jean Mischo señala en las conclusiones presentadas el 14 de mayo de 1998 que los requisitos establecidos por el artículo 14 del Decreto francés persiguen un interés general, la protección de los consumidores de viajes en supuestos de insolvencia del organizador o detallista; y a continuación añade que tales exigencias no resultan objetivamente necesarias y proporcionadas. Vide *Proceso penal contra André Ambry*, Asunto C-410/96, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1998-12, págs. 7877-7888.

⁵² BOE núm. 97, de 22 de abril de 1988.

⁵³ BOE núm.76, de 29 de marzo de 1988.

acreditarlo ante la Administración turística competente; b) [c]ontratar directamente plazas de alojamiento y otros servicios turísticos; c) [e]stablecer una o varias Delegaciones, previa autorización de la Administración turística competente, con el exclusivo objeto de atender a sus clientes del exterior". Esta previsión resulta contraria al principio comunitario de libre prestación de servicios. Aunque el apartado segundo del mismo precepto añade que "[e]stas facultades se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa derivada de las obligaciones internacionales asumidas por España", en este punto la regulación española debería distinguir entre las agencias de viajes comunitarias y extracomunitarias. De otro modo, parece como si las agencias con establecimiento en un Estado miembro distinto de España —organizadoras o no— no pudieran vender directamente el viaje a nacionales españoles, circunstancia que resultaría absolutamente contraria al derecho de establecimiento (arts. 43 a 48 Tratado CEE) (antiguos arts. 52 y 54 a 58) y al principio de libre prestación de servicios (arts. 49 a 55 Tratado CEE) (antiguos arts. 59 a 61 y 63 a 66). Es más, la Orden ministerial de 14 de abril de 1988, que desarrolla el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, *regulador de las actividades de las Agencias de Viajes*, contiene un capítulo (III) regulador "de las agencias de viajes extranjeras" (arts. 13 y 14). Después de reproducir las previsiones del artículo 7 RDAAV (art. 13 OMAAV), el apartado segundo del artículo 14 OMAAV establece que "[l]as Agencias de Viajes extranjeras que deseen abrir una de las citadas Delegaciones [delegaciones, previa autorización de la Administración turística competente, con el exclusivo objeto de atender a sus clientes del exterior], además de someterse a la legislación que les afecte como Empresa, deberán presentar la siguiente documentación: a) [c]ertificación acreditativa de la existencia legal de la Agencia de Viajes extranjera, e informes de su solvencia económica y profesional, visados todos ellos por la representación diplomática o consular española en el país de la Agencia peticionaria; b) [c]ontrato suscrito entre la Agencia y la persona designada como Director de cada Delegación. El nombramiento de Director deberá cumplir los requisitos exigidos por la legislación vigente; c) [r]esguardo acreditativo de la constitución de una fianza de 20.000.000 de pesetas en las condiciones previstas en el artículo siguiente; d) [d]ocumento que acredite la disponibilidad del local, de acuerdo con lo previsto en el apartado c) del artículo 5; e) Póliza de seguro en los términos señalados en el artículo 5 b)".⁵⁴ Habida cuenta que la fianza individual exigida a las agen-

⁵⁴ Además, el apartado tercero del artículo 14 OMAAV añade que "[l]as Delegaciones en España de Agencias de Viaje extranjeras, deberán cumplir las normas, requisitos y prescripciones de las presentes normas que les sean de aplicación".

cias que venden viajes organizados por ellas mismas o por otras agencias únicamente debe cubrir la cuantía de 10.000.000 de pesetas —en el caso de las agencias de viajes minoristas (arts. 3 y 15 OMAAV)—, este precepto también parece constituir una restricción a que los organizadores y detallistas con nacionalidad de un Estado miembro distinto de España o establecimiento en el mismo puedan prestar sus servicios en las mismas condiciones que los organizadores y detallistas nacionales.

En cualquier caso, cabe hacer otro planteamiento con respecto al propósito de la Directiva 90/314/CEE relativo a la consecución de la libre prestación de servicios en materia de viajes combinados. Ciertamente, en ordenamientos como el francés, italiano o español tradicionalmente se ha considerado que el ejercicio de actividades tales como la mediación en la venta de servicios sueltos, u organización y venta de los denominados «paquetes turísticos» está reservado en exclusiva a las agencias de viajes que obtengan el título-licencia correspondiente por parte de la Administración (art. 2.2 OMAAV). De ese modo, hasta el momento se ha planteado hasta qué punto los requisitos previstos por la regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes restringe la libre prestación de servicios (vgr. caso *Proceso penal contra André Ambry*); habida cuenta de que tanto las agencias nacionales como las de otros países deben tener autorización administrativa para realizar las actividades de organización y venta de viajes combinados,⁵⁵ se trata, en definitiva, de comprobar si la misma puede obtenerse en igualdad de condiciones por parte de las agencias de viajes, con independencia de su país de procedencia. Frente a ello, cabe considerar, en cambio, que la regulación del contrato de viaje será aplicable a cualquier persona que organice, venda u ofrezca en venta el viaje combinado, con independencia de si tiene o no la condición de agencia de viajes; ello sin perjuicio de la eventual regulación administrativa de la actividad de los organizadores y detallistas de viajes combinados (infra § I.2.2 A)). En ese caso, únicamente esa regulación civil y, eventualmente, administrativa —y no la re-

⁵⁵ La doctrina considera que la reserva efectuada por el artículo 1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* italiano a favor de las agencias de viajes autorizadas en ese país, excluye del ámbito de aplicación de la norma a los viajes vendidos en Italia por parte de agencias organizadoras o detallistas de otros países sin estar autorizadas por la Administración italiana. Vide Enzo ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, NLCC, 1997, I-II, 1-71, págs. 6-9.

gulación administrativa de las agencias de viajes— resultará relevante a los efectos de determinar la restricción o no de la libre prestación de servicios en este ámbito;⁵⁶ lo cual no va a garantizar, sin embargo, que las regulaciones nacionales no impongan a los organizadores o detallistas de viajes combinados restricciones a la libertad en la prestación de servicios en cualquier punto de la Unión europea.⁵⁷

La reciente regulación comunitaria tendente a facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para determinadas actividades profesionales es acorde con este último planteamiento. La Directiva 99/42/CEE del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, *por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias*,⁵⁸ resulta aplicable a las actividades consistentes en "organizar, presentar y vender, a tanto alzado o a comisión, los elementos aislados o coordinados (transporte, alojamiento, comida, excursión, etc.) de un viaje o una estancia, sea cual sea el motivo del desplazamiento", entre otras, que los nacionales de un Estado miembro se propongan ejercer,

⁵⁶ Así, por ejemplo, la Directiva 90/314/CEE se ha implementado en el ordenamiento finlandés mediante la Ley 1079/1994, *sobre viajes organizados (valmismatkalaki)* y la antes mencionada Ley 1080/1994, *sobre operadores turísticos (valmismatkaliikelaki)*. Esta última Ley establece que la actividad de organizador de viajes combinados únicamente puede ser ejercida por personas físicas o jurídicas, o por filiales de una sociedad o fundación extranjera, autorizadas en Finlandia. A tal fin, se exige a los operadores la inscripción en un registro al efecto, previo cumplimiento de distintas obligaciones, entre las que destaca la de prestar garantías adecuadas para asegurar a los consumidores el reembolso de los importes depositados y la repatriación en caso de insolvencia o quiebra del organizador. Vide *Procedimiento administrativo iniciado por AFS Intercultural Programs Finland ry, Asunto C-237/97, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1999-2, 825-853, págs. 828-829.

⁵⁷ También puede resultar contrario al principio de libre prestación de servicios el artículo 500.2 del Código civil holandés, redactado a partir de la *Wet van 24/12/1992 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgelijke Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiekpakketten en rondreis pakketten* (en adelante, BW), cuando establece que quien ejerza la actividad de detallista vendiendo viajes de organizadores establecidos en países distintos a Holanda tendrá la consideración de organizador de viajes. Aun persiguiendo un interés general, la protección de los consumidores de viajes, no está claro que esta medida sea necesaria; y, en cambio, parece indiscutible que va a restringir de un modo desproporcionado la libre prestación de servicios a organizadores establecidos en países distintos de Holanda; los detallistas de ese país preferirán vender viajes de organizadores holandeses con el fin de evitar el mayor rigor de la responsabilidad propia del organizador.

⁵⁸ DOCE núm. L 201, de 31 de julio de 1999, págs. 77-93.

por cuenta propia o ajena, en el Estado miembro de acogida (art.1.2).⁵⁹ Esta norma establece un sistema de reconocimiento de títulos concedidos por otro Estado miembro basado en la realización de un examen comparativo entre los conocimientos y competencias acreditados por el nacional de otro Estado miembro que pretenda acceder a esas actividades o ejercerlas en las mismas condiciones que sus nacionales, y los que exigen las normas nacionales; la misma regulación prevé que si ese examen pone de manifiesto una diferencia sustancial, el Estado miembro de acogida deberá ofrecer a aquél la opción de realizar un curso de adaptación o bien una prueba de aptitud para el ejercicio de la profesión (art. 3). El artículo 4 de la Directiva 99/42/CEE señala que cuando el acceso a una de aquellas actividades o su ejercicio estén supeditados en un Estado miembro a la posesión de conocimiento o de aptitudes generales, comerciales, o profesionales, dicho Estado miembro admitirá como prueba de dichos conocimientos y aptitudes el ejercicio efectivo de la actividad considerada en otro Estado miembro.⁶⁰ Y además de contener algunas previsiones

⁵⁹ Esta norma deroga la Directiva 82/470/CEE del Consejo, de 29 de junio, *relativa a las medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades por cuenta propia de determinados auxiliares del transporte y de los agentes de viajes así como de los almacenistas*, entre otras muchas (DOCE núm. L 213, de 21 de julio de 1983, págs. 1-7).

⁶⁰ Cuando se trate de actividades consistentes en "organizar, presentar y vender, a tanto alzado o a comisión, los elementos aislados o coordinados (transporte, alojamiento, comida, excursión, etc.) de un viaje o una estancia, sea cual sea el motivo del desplazamiento", el apartado 2 del artículo 4 añade que dicho ejercicio deberá haberse efectuado: "a) bien durante seis años consecutivos por cuenta propia o en calidad de directivo de empresa; o b) bien durante tres años consecutivos por cuenta propia o en calidad de directivo de empresa, cuando el beneficiario pruebe que ha recibido, para la actividad en cuestión, una formación previa de al menos tres años sancionada por un certificado reconocido por el Estado o declarado plenamente válido por un organismo profesional o comercial competente; o bien durante cuatro años consecutivos por cuenta propia o en calidad de directivo de empresa, cuando el beneficiario pruebe que ha recibido, para la actividad en cuestión, una formación previa de al menos dos años sancionada por un certificado reconocido por el Estado o declarado plenamente válido por un organismo profesional o comercial competente; c) bien durante tres años consecutivos por cuenta propia o en calidad de directivo de empresa, cuando el beneficiario pruebe que ha ejercido esa actividad por cuenta ajena durante al menos cinco años; d) bien durante cinco años consecutivos por cuenta ajena, cuando el beneficiario pruebe que ha recibido, para la actividad en cuestión, una formación previa de al menos tres años sancionada por un certificado reconocido por el Estado o declarado plenamente válido por un organismo profesional o comercial competente; o bien durante seis años consecutivos por cuenta ajena, cuando el beneficiario pruebe que ha recibido, para la actividad en cuestión, una formación previa de al menos dos años sancionada por un certificado reconocido por el Estado o declarado plenamente válido por un organismo profesional o comercial competente". Además, "[e]n los supuestos a que se refieren las letras a) y c), no deberán haber transcurrido más de diez años entre la fecha de cese de la actividad y la fecha de presentación de la solicitud prevista en el artículo 8 [solicitud de autorización para el ejercicio de la actividad de que se trate en el Estado miembro de acogida]."

relativas al reconocimiento de otras calificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro relacionadas con su actividad anterior (buena conducta, no haber sido declarado en quiebra, no haber sido objeto de sanciones disciplinarias de carácter profesional o administrativo) (art. 9), la Directiva 99/42/CEE establece que "[c]uando un Estado miembro de acogida exija de sus nacionales, para el acceso a una de las actividades a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 o su ejercicio [incluyen la organización y venta de viajes] o su ejercicio, la prueba de que están protegidos mediante un seguro frente a las consecuencias pecuniarias de su responsabilidad profesional, este Estado aceptará las certificaciones expedidas por las entidades aseguradoras de los demás Estados miembros como equivalentes a las expedidas en su propio territorio (art. 5).⁶¹ Aun estando pendiente de transposición en los distintos Estados miembros,⁶² esta norma comunitaria debería favorecer un ejercicio de las actividades de organizadores y detallistas de viajes combinados de otros Estados miembros en igualdad de condiciones que los demás nacionales del Estado en que aquéllas sean realizadas.

Transcurridos nueve años desde la adopción de la Directiva 90/314/CEE, y siete años desde su entrada en vigor, los servicios de la Comisión de la Unión Europea han aprobado un documento de trabajo titulado *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, con fecha de 5 de noviembre de 1999.⁶³ Ese documento presenta de forma global y comparativa las distintas regulaciones de los Estados miembros, señalando que "los planteamientos tomados por los distintos Estados miembros para transponer la Directiva (y el nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores) difieren considerablemente".

⁶¹ Nótese que esta regulación supera los inconvenientes planteados en el caso *Proceso penal contra André Ambry*, a pesar de que el mismo artículo 5 de la Directiva 99/42/CEE también disponga que "[d]ichas certificaciones deberán precisar que el asegurador ha observado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en el Estado miembro de acogida en lo relativo a las condiciones y alcance de la cobertura".

⁶² El artículo 14 de la Directiva 99/42/CEE prescribe que "[l]os Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva antes de 31 de julio de 2001 [...]".

⁶³ Documento SEC (1999) 1800. Accesible en http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999).

Así pues, la técnica de armonización empleada por la Directiva 90/314/CEE no ha dado lugar a que los distintos ordenamientos regulen de un modo uniforme el contrato de viaje combinado. Como es conocido, las directivas europeas constituyen actos legislativos emanados del Consejo Europeo o la Comisión de las Comunidades Europeas que sirven como instrumento para la aproximación de las legislaciones nacionales (art. 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957) (en adelante, Tratado CEE).⁶⁴ Esos actos son dirigidos a uno o varios Estados miembros, a quienes vinculan en cuanto al resultado a alcanzar, "dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios" (art. 249 Tratado CEE) (antiguo art. 189). De ese modo, esas normas de Derecho derivado se caracterizan por reconocer un cierto margen de decisión a los Estados miembros y, aunque las mismas presenten una intensidad normativa variable, propiciar ciertas disparidades entre sus transposiciones en los distintos ordenamientos.⁶⁵ A ello cabe añadir, en el caso de la Directiva 90/314/CEE, que los Estados que ofrezcan un nivel de protección al consumidor superior a la norma comunitaria no podrán disminuirlo, a pesar del tenor de su artículo 8.⁶⁶ Como cualquier Directiva de mínimos, esa norma comunitaria constituye un instrumento de implementación de una política de protección de los consumidores que sacrifica la uniformidad reguladora en orden a asegurar la protección de aquellos consumidores que, de otro modo, resultarían menos protegidos con la adopción de la norma comunitaria.⁶⁷

Todo ello motiva que con posterioridad a la transposición de la Directiva 90/314/CEE aún puedan apreciarse algunas disparidades entre las regulacio-

⁶⁴ Enumeración a partir de la modificación efectuada por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, ratificado por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999; rectificado en BOE núm. 188, de 7 de agosto) (antiguo artículo 100).

⁶⁵ Véase, Denys SIMON, *La directive européenne*, Paris, Éditions Dalloz, 1997, págs. 18-19, 47-54.

⁶⁶ En el Derecho alemán, Hans-Werner ECKERT, *Das neue Reiserecht*, DB 21 (1994), 1069-1075, pág. 1072-1073, señala que deberían mantenerse aquellas disposiciones del Derecho alemán que ofrezcan una mayor protección al viajero que la norma comunitaria; también Ernst FÜHRICH, *Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht*, EuZW 11 (1993), 347-352, pág. 347.

⁶⁷ Vide Thierry BOURGOIGNIE/David TRUBEK, *Consumer Law, Common Markets and Federalism*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pág. 176; también, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, Actualidad Editorial, 1990, págs. 108-138.

nes de los Estados miembros, incluso en lo referente al régimen de responsabilidad contractual del organizador y el detallista frente al consumidor; diferencias que podrán derivar no solamente de la regulación específica que implementa la norma comunitaria (p.ej. penalización mínima prevista en los supuestos de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje, carga del consumidor de comunicar los supuestos de incumplimiento) sino también de la práctica de los tribunales de los distintos Estados miembros (p.ej. valoración de las partidas de los daños resarcibles) y la regulación general que resulte aplicable a la responsabilidad contractual del organizador y el detallista (p.ej. criterios de imputación de los daños al incumplimiento).

Con todo, el mismo *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, de 5 de noviembre de 1999,⁶⁸ añade que "son pocos los casos en que la Comisión ha observado que la Directiva no se ha transpuesto correctamente a la legislación nacional de un Estado miembro", entre los que destacan los relativos a las medidas de garantía en caso de insolvencia del organizador o detallista (art. 7 Directiva 90/314/CEE).⁶⁹ Las mayores dificultades resultan de algunas disposiciones de la Directiva que, según el informe, pueden considerarse imprecisas, como la contenida en el apartado segundo del artículo 5, que establece que la limitación contractual de la indemnización de daños no corporales "deberá ser razonable".

3.3. *La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*

Como se ha señalado, España ha sido uno de los países que tradicionalmente ha aplicado la regulación general del Derecho de obligaciones y contratos a la relación jurídico-privada entre el organizador —y, en su caso, el detallista— y el consumidor resultante de la celebración del contrato de viaje; y a menudo el régimen de esa relación contractual ha sido configurada a partir de la regulación administrativa relativa a la actividad de las agencias de viajes, entre la que cabe incluir la OMAAV, que desarrolla el RDAAV, actualmente vigente.

⁶⁸ Documento SEC (1999) 1800. Accesible en http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999).

⁶⁹ Por ejemplo, es el caso antes mencionado denominado *Proceso penal contra André Ambry*, Asunto C-410/96, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Parte I (Tribunal de Justicia), 1998-12, págs. 7889-7905.

Sin embargo, la inexistencia de una regulación específica del contrato de viaje no ha supuesto una desprotección para los intereses del consumidor en lo que se refiere al régimen de responsabilidad del organizador y detallista de viajes. Como se verá, a menudo los órganos judiciales españoles acuden a la institución de la representación para configurar la relación contractual entre agencia de viajes mayorista y minorista, y reconducen los denominados "paquetes turísticos" al contrato de obra para delimitar los sujetos responsables contractuales frente al consumidor (infra § I.1.2); además, en ese ordenamiento se reconoce el derecho de indemnización por la pérdida de vacaciones conforme a la regulación general (arts. 1101 y ss. CC); y finalmente, aunque a partir de fechas más recientes, no cabe olvidar que la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la defensa de los consumidores y usuarios* (en adelante, LGDCU),⁷⁰ ha sido aplicada con mucha frecuencia por los órganos judiciales a consumidores de viajes.⁷¹

Con todo, esa situación normativa se ha visto alterada por la incorporación de la Directiva 90/314/CEE al Derecho español, circunstancia que ha tenido lugar mediante la aprobación de la LVC. Con esa Ley el Estado español se han visto obligado a introducir por vez primera normas de Derecho privado para regular específicamente la relación contractual creada entre organizadores, detallistas y consumidores de viajes; y la regulación se orienta definitivamente a la consecución de los objetivos propuestos por la norma comunitaria, esto es, una protección mínima del consumidor de viajes combinados y una libre prestación de servicios en el mercado comunitario de ese tipo de viajes, en los términos expuestos.

La LVC se caracteriza por omitir cualquier referencia a algunas cuestiones de la responsabilidad contractual del organizador y el detallista que sí regula la norma comunitaria, acaso por la protección que para el consumidor resulta de su régimen general de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC) y la regulación especial de protección de los consumidores y usuarios (LGDCU). En particular, como se verá, la regulación española del contrato de viaje combinado no se refiere a la indemnización de los daños no patrimoniales —y, en

⁷⁰ BOE núms. 175 y 176, de 24 de julio de 1984. Esta Ley ha sido modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

⁷¹ Puede consultarse, por ejemplo, la SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz, *Actualidad Civil*, 1993-4, @ 1583.

particular, daños por pérdida de vacaciones—y, lo que resulta más controvertido, a las cláusulas limitativas y exoneratorias de la responsabilidad del organizador y detallista. Ello explica que con posterioridad a la transposición de la Directiva 90/314/CEE aún puedan apreciarse algunas disparidades entre las regulaciones de los Estados miembros en cuanto a esa cuestión; y aunque difícilmente pueda considerarse la actuación del legislador español constituya un caso de transposición incorrecta de la Directiva 90/314/CEE, a juzgar por el *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, de 5 de noviembre de 1999,⁷² en este punto la aplicación de la norma comunitaria puede plantear algunas dudas.

4. Esquema de trabajo

Este trabajo tiene por objeto el análisis del régimen de responsabilidad del organizador y el detallista de viajes combinados, habida cuenta de la importancia económica del mercado de ese tipo de viajes, la frecuencia con la que los consumidores reclaman indemnización de daños y perjuicios frente al organizador o detallista en supuestos en los que éstos incumplen sus obligaciones, y las dificultades que puede surgir en torno a esa institución con la aprobación de la LVC.

La primera parte del trabajo se centra en el estudio de los sujetos responsables contractuales frente al consumidor. Su temática se justifica por la novedad que suponen para el ordenamiento español las previsiones del artículo 11.1 de la LVC, conforme a las que "[l]os organizadores y los detallista 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". El carácter novedoso tiene lugar si se compara el contenido de esa disposición legal con la situación precedente, en la que los órganos judiciales delimitan tales sujetos con base en una relación

⁷² Documento SEC (1999) 1800. Accesible en http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999).

representativa entre agencia de viajes mayorista y agencia de viajes minorista (especialmente, art. 1717 CC), así como en el contrato de obra (art. 1596 CC), en lo que se refiere a la responsabilidad contractual de la agencia de viajes mayoristas por los actos de los prestadores de los servicios (transportista, hotelero, entre otros). Las reflexiones que se incluyen en esa parte ponen de relieve la necesidad de superar esa construcción doctrinal, la cual ha sido acogida fundamentalmente por sentencias de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia con anterioridad a la actual regulación del contrato de viaje combinado con el propósito de conferir un cierto nivel de protección al consumidor, de acuerdo con regulación general del Derecho de obligaciones y contratos.

A continuación, la segunda parte del trabajo contiene un examen pormenorizado de los distintos presupuestos de la responsabilidad contractual de los organizadores y los detallistas de viajes combinados. Aspectos tales como los supuestos de incumplimiento, los tipos de daños resarcibles y su extensión, y la exoneración de responsabilidad de esos sujetos son tratados de acuerdo con la nueva regulación. Con todo, la LVC no se refiere a cada uno de dichos presupuestos, por lo que algunas normas generales de responsabilidad contractual serán de aplicación a aspectos tales como la imputación de los daños al incumplimiento del contrato de viaje combinado (art. 1107 CC); en otros casos resulta fundamental el recurso a comentarios, monografías, artículos y trabajos de otros países, elaborados en su caso con ocasión de la transposición de la Directiva 90/314/CEE, para hallar una respuesta ante el silencio de la regulación española, como ocurre con las denominadas cláusulas de limitación de responsabilidad contractual.

Por último, la tercera parte del trabajo presta especial atención a la concurrencia de la medida de la responsabilidad contractual del organizador y el detallista de viajes combinados con otras de las que también dispone el consumidor cuando aquellos incumplen sus respectivas obligaciones contractuales. Ya se ha expresado que en la mayoría de sentencias consultadas el consumidor reclama indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje. En cambio, en muy pocas ocasiones el consumidor pretende hacer

efectivo, por ejemplo, su derecho a la disminución del precio del viaje,⁷³ a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos.⁷⁴ No obstante, medidas tales como la disminución del precio del viaje, la resolución del contrato, o la responsabilidad extracontractual eventualmente pueden resultar de mayor interés para el consumidor que el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, por lo que se analizará la concurrencia entre las mismas.

⁷³ De todas las sentencias consultadas, únicamente la dictada por la Audiencia Provincial de la Coruña, de 21 de enero de 1998, Sección 3a., Ponente: Sr. Juan Luis Pía Iglesias, AC 2818, hace referencia al derecho del consumidor a la disminución del precio del viaje. .

⁷⁴ Regina SCHLOTMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil III)*, RRa 3/1995, 42-46, págs. 42-43, destaca en su estudio la frecuencia con que los consumidores alemanes pretenden la disminución del precio del viaje (*Minderung*) (§ 651 d BGB) (53,8%) frente a la medida de indemnización de daños y perjuicios en general (*Schadenersatz*) (§ 651 f BGB) (8,4%).

I. PRIMERA PARTE

SUJETOS RESPONSABLES

I. Primera parte. Sujetos responsables

Planteamiento

Aun siendo la reclamación de indemnización de daños y perjuicios la medida más ejercitada por el consumidor en supuestos de incumplimiento del contrato de viaje, tradicionalmente ha existido una gran indefinición en la delimitación de cuáles son los sujetos responsables.

Esa parte del trabajo contiene una breve exposición del régimen establecido por varias regulaciones del contrato de viaje de otros países con respecto a los sujetos responsables contractuales frente al consumidor; y hace notar cómo la ausencia de un criterio legal específico de delimitación de los sujetos responsables ha dificultado la imputación subjetiva de la responsabilidad contractual en el Derecho español anterior a la regulación del contrato de viaje combinado; ello sobre todo en aquellos contratos de viajes en los que interviene una pluralidad de sujetos en su cumplimiento, tales como el organizador, el detallista y los prestadores de los servicios.

Mas en la actualidad el artículo 11.1 LVC establece que "[l]os 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 de contrato"; y a continuación el mismo apartado dispone que la responsabilidad de los organizadores y detallistas tendrá lugar "con independencia de que éstas [las obligaciones derivadas del contrato de viaje combinado] 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".

Por ello a partir de las previsiones del artículo 11.1 LVC cabe hacer un replanteamiento de la imputación de responsabilidad al organizador y detallista de viajes combinados en el ordenamiento español en los términos que se expondrán más adelante.

1. Precedentes

1.1 Derecho comparado

A) Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, relativo al contrato de viaje

Hace ya algunas décadas el Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT) promovió la elaboración del Convenio internacional *relativo al contrato de viaje* (en adelante, CIB). El texto fue discutido en una Conferencia diplomática convocada en Bruselas, en la que participaron representantes de cuarenta y ocho países, los cuales acordaron su redacción definitiva el día 23 de abril de 1970.¹ Transcurridas tres décadas desde ese acontecimiento, en la actualidad puede considerarse que el propósito de la norma internacional de crear Derecho uniforme con respecto a esa modalidad contractual sólo ha sido alcanzado hasta cierto punto. Antes de cumplirse el término final para la firma del Convenio previsto en su artículo 33 —el día 31 de diciembre de 1971— únicamente trece países lo firmaron; y, posteriormente, tan sólo siete países lo ratificaron o se adhirieron al mismo (Italia, Bélgica, Taiwan, Togo, Benin, Camerún y Argentina);² países en los que la norma internacional entró en vigor en el transcurso de la segunda mitad de los años setenta, conforme a las fechas en que éstos efectuaron el depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación o adhesión (cfr. art. 36 CIB).³ Con todo, esa regulación nos ofrece un primer modelo para el estudio de los sujetos responsables en el contrato de viaje.

La regulación uniforme dispone que mediante el contrato de organización del viaje el organizador se compromete en su nombre a procurar al consumidor

¹ La redacción definitiva del convenio internacional puede consultarse, en <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-trav.htm> (fecha de consulta: 3.10.2000); también, en versión italiana, en G.U. 17.9.1979, núm. 225.

² Las fechas de los instrumentos de ratificación o adhesión al CIB son las siguientes: en el caso de Bélgica, Taiwan, Togo, Benin, Camerún, el día 24 de noviembre de 1976; en el caso de Argentina, el día 25 de noviembre de 1976; y en el caso de Italia, el 27 de diciembre de 1977.

³ El apartado primero del artículo 36 CIB dispone que el Convenio entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación o de adhesión; y según el apartado segundo del mismo precepto, para cada Estado que ratifique el Convenio o que se adhiera con posterioridad al depósito del quinto instrumento de ratificación o de adhesión, la norma internacional entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

un conjunto de prestaciones a un precio global (art. 1 CIB). Con ello está claro que el organizador contrata un conjunto de servicios (p.ej. transporte, alojamiento) con los que él mismo compone el viaje que luego ofrece al consumidor. Por ello, el artículo 13 CIB obliga al organizador a indemnizar los daños causados al consumidor con motivo del incumplimiento de las obligaciones de organización que derivan del contrato de viaje, salvo que aquél pruebe que ha actuado diligentemente.⁴

La misma regulación prevé la posibilidad de que un intermediario de viaje procure al consumidor la conclusión del contrato de organización de viaje con el organizador (punto segundo del art. 1 CIB).⁵ En este supuesto el intermediario no deviene parte del contrato de organización de viaje, toda vez que mediante el contrato de intermediación el intermediario del viaje actúa como mandatario del consumidor.⁶ Entonces, por efecto de la estipulación de dos contratos, respectivamente entre intermediario y consumidor y entre el primero —por cuenta del consumidor— y el organizador, se instaura una relación jurídica directa entre el consumidor y el organizador del viaje, como si el contrato de organización de viaje hubiese sido concluido directamente entre el consumidor y el organizador (art. 17 CIB).⁷

Ello explica que la relación contractual establecida entre estos últimos sujetos se rija exclusivamente por las normas relativas al contrato de organización de viaje, así como que el intermediario del viaje sólo sea responsable frente al consumidor por el incumplimiento de obligaciones resultantes del contrato de intermediación. Aquél no va a responder por el incumplimiento de las obligaciones correspondientes al organizador (vgr. ejecución de los servicios del viaje, directa o por medio de auxiliares) sino de aquellas obligaciones inherentes a

⁴ Vide Enzo ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, NLCC, núm. 6, 1978, 1757-1799, págs. 1779-1781.

⁵ El punto segundo del artículo 1 CIB establece lo siguiente: "[...] Contratto di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra, per mezzo di un prezzo, sia un contratto de organizzazione di viaggio, sia uno o dei servizi separati [...]".

⁶ La doctrina y jurisprudencia italianas se muestran unánimes en atribuir al contrato de intermediación de viaje la naturaleza del contrato de mandato. Vide Massimo DEIANA, *La disciplina del contratto di organizzazione di viaggio turistico nei viaggi interni*, DT, 1988, II, 113-152, pág. 118; también, MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 154-159.

⁷ Según el artículo 17 CIB, "[q]ualunque contratto stipulato dall'intermediario di viaggi con un organizzatore di viaggi [...] è considerato come si fosse stato concluso dal viaggiatore")

la actividad consistente en procurar al consumidor el organizador necesario para la realización del viaje por lo cual ha recibido el mandato. En particular, el intermediario deberá resarcir los daños ocasionados al consumidor por el incumplimiento de la obligación de información sobre el país de destino del viaje, servicios del viaje, documentación y formalidades administrativas, disposiciones sanitarias y otras circunstancias adecuadas para la realización del viaje (cfr. arts. 5, 6 y 23 CIB)⁸ conforme a los usos del sector (cfr. art. 3 CIB).⁹ Además, el intermediario también deviene responsable por los daños resultantes del error de no avisar al consumidor de un cambio de itinerario o de alojamiento decidido por el organizador.¹⁰

Mas en este punto no puede olvidarse que el artículo 18.1 CIB declara que cuando el contrato en que interviene el intermediario de viaje se refiere a un contrato de organización de viaje, éste tiene la obligación de indicar el nombre y dirección tanto del organizador como del intermediario, así como la circunstancia de que actúa en calidad de intermediario; y atribuye al intermediario que omita esta indicación la responsabilidad propia del organizador (cfr. art. 19.2 CIB). En ocasiones esa responsabilidad del intermediario frente al consumidor por incumplimiento de la obligación de documentación se ha fundado en el principio de la apariencia jurídica.¹¹ Algún autor ha observado que el artículo 19.2 CIB únicamente se refiere a una consecuencia de la asunción por parte del intermediario del poder de representación atribuido por el organizador: cuando el intermediario no indica al consumidor que actúa como "intermediario" del organizador se produce una situación equivalente a aquella en que el

⁸ Vide Angela LEZZA, en Nicolò LIPARI (*a cura di*), *Diritto privato europeo*, vol. II, Pádova, Cedam, 1997, 867-893, pág. 880.

⁹ Conforme al artículo 3 CIB, "[n]ell'adempimento dagli obblighi derivanti dai contratti definiti all'articolo 1, l'organizzatore di viaggi e l'intermediario di viaggi proteggono i diritti e gli interessi dei viaggiatori secondo i principi del diritto e i buoni uso in questo campo".

¹⁰ Con base en el artículo 3 CIB, la sentencia de la *Pretura di Monza*, de 7 de diciembre de 1990, FI, 1991, pág. 2062, declara la responsabilidad del intermediario por no informar a los consumidores de la existencia de las restricciones impuestas por las autoridades del país de destino para el acceso a su territorio. El texto de la sentencia puede consultarse en MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 240-245.

¹¹ Véase el comentario de Giorgia TASSONI a la sentencia del *Tribunale di Roma*, de 23 de marzo de 1988, GI, 1991, I, 2, 66-80, columna 71. Esta sentencia considera al intermediario como organizador porque en el programa de viaje facilitado al consumidor sólo puede leerse que las vacaciones a las islas Eolias (Italia) tiene lugar con la colaboración de otra empresa ("Vacanze in barca alle isole Eolie in collaborazione con Sicily Yacht Holiday [pretendido organizador]").

representante omite declarar al tercero que él no contrata por cuenta propia sino por cuenta ajena, por lo que solamente el intermediario debe asumir la condición de parte frente al consumidor en el contrato de organización celebrado.¹² En cualquier caso, la cláusula en que la agencia haga notar su condición de intermediaria frente al consumidor será necesaria (cfr. art. 18.1 CIB), pero no suficiente, para que aquélla sea considerada efectivamente como intermediaria.¹³

El Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje* también atribuye al organizador la obligación de ejecutar los servicios del viaje. Por esa razón, el artículo 14 CIB prescribe que el organizador del viaje que efectúa personalmente los servicios del viaje (vgr. transporte, alojamiento u otros) responderá de cualquier daño causado al consumidor con arreglo a las disposiciones que regulan estos servicios.

Mas acaso los mayores problemas que suscita esa regulación resultan del régimen de responsabilidad del organizador por los prestadores de los servicios que utiliza en el cumplimiento del contrato de viaje. Según la *Corte di Cassazione*, el primer apartado del artículo 15.1 CIB regula la responsabilidad del organizador por los daños provocados al viajero por la no prestación del servicio contratado, disponiendo que “el organizador de viajes que hace efectuar a terceros los servicios de transporte, alojamiento o de cualquier otro tipo relativos a la ejecución del viaje o de la pernoctación, responde de cualquier perjuicio causado al viajero con motivo del incumplimiento total o parcial de estos servicios, de acuerdo con las disposiciones que los regulan”; mientras que el apartado segundo del mismo artículo 15.1 CIB se refiere a la responsabilidad del organizador por los daños resultantes de la ejecución defectuosa de los servicios por parte de los prestadores en los términos siguientes: “[l]o establecido tiene lugar por cualquier perjuicio causado al viajero en el transcurso de la ejecución de estas prestaciones, salvo que el organizador de viajes no pruebe que se ha comportado como un organizador de viajes diligente en la elección de la persona que ejecuta el servicio”. De ese modo, en ambos supuestos el régimen de

¹² Se expresa en esos términos, ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, cit., pág. 1789.

¹³ Vide el comentario de Giorgia TASSONI a la sentencia del *Tribunale di Roma*, de 23 de marzo de 1988, GI, 1991, I, 2, 66-80, columna 71. "

responsabilidad del organizador viene establecido por las normas que regulan el tipo contractual del que es objeto la prestación no realizada o deficiente; y la diligencia del organizador en la elección del prestador del servicio solamente actúa como límite a la imputación de responsabilidad al organizador en el segundo caso, cuando el servicio del viaje es deficiente.¹⁴

Es la posibilidad del organizador de probar que ha seleccionado de un modo diligente al prestador de dichos servicios (vgr. transportista, hotelero u otros) aquello que ha causado una mayor controversia. Una parte de la doctrina italiana¹⁵ afirma que el artículo 15 CIB manifiesta la tendencia tradicional a considerar a las agencias de viajes como mandatarias de los consumidores en la contratación de los servicios del viaje.¹⁶ Según esta opinión, el esquema del contrato de mandato también resulta aplicable al contrato de organización de viaje. De este modo, el agente de viajes no estaría obligado a obtener un resultado sino a realizar una actividad consistente en procurar al consumidor la conclusión de varios contratos (vgr. de transporte, alojamiento); y el organizador responderá únicamente por los daños ocasionados al consumidor en caso de *culpa in eligendo* —por lo menos, en los supuestos de cumplimiento defectuoso (*diffettosa esecuzione*)—, pero no objetivamente por la actuación de los distintos prestadores de los servicios.¹⁷

¹⁴ Véase la sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 6 de noviembre de 1996, NGCC, 1998, I, 190-196, pág. 192, que resuelve un caso en el que los consumidores reclaman indemnización por los daños corporales sufridos como consecuencia de un accidente del autobús en el que viajan. " También una parte de la doctrina italiana entiende que la exoneración de responsabilidad contractual del organizador únicamente tendrá cabida en los supuestos de incumplimiento defectuoso. Vide MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 207-212, 223-224.

¹⁵ Vide PIERFELICI, *La qualificazione giuridica del contratto turistico e la responsabilità del "tour operator"*, cit., págs. 657-658.

¹⁶ Inicialmente la jurisprudencia francesa, belga e italiana consideran a la agencia de viajes como mandataria del consumidor, por lo menos cuando aquélla no ejecuta directamente los servicios. Puede consultarse René RODIÈRE, *La responsabilità delle agenzie di viaggio*, RDCo, 1959, I, 81-90, págs. 85-87; y más recientemente, François BOULANGER, *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, Paris, Economica, 1996, págs.16-19.

¹⁷ En este sentido, ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, cit., págs. 1782-1783, señala que el artículo 15.1.2 CIB delinea un régimen de responsabilidad menos severo para el organizador (cfr. art. 1228 *Codice civile*); aunque el autor también destaca otro aspecto en el que la primera norma es más rigurosa que la segunda para el organizador: únicamente el artículo 1228 del *Codice civile* excluye la responsabilidad del deudor cuando el daño sea causado al acreedor por hechos dolosos o culposos de los auxiliares utilizados en el cumplimiento.

Aun así, se han hecho varias objeciones a la calificación del organizador del viaje como mandatario. Se ha señalado que a veces resulta imposible que el consumidor dé instrucciones al organizador o varíe el supuesto encargo, toda vez que cuando el primero se pone en contacto con el segundo ya existe una combinación previa de los servicios;¹⁸ también se ha hecho notar que la prestación del mandatario consiste en el desarrollo de una actividad jurídicamente relevante (contraer obligaciones, administrar, disponer, transigir, contratar, etc.), mientras que en la actualidad los organizadores también llevan a cabo otras actividades de gran interés para el consumidor, tales como la organización del viaje en sentido estricto, la facilitación de información y, en su caso, la asistencia administrativa (visados, pasaportes), las cuales son impropias de las funciones del mandatario y podrán tener un valor semejante a los actos jurídicos realizados por el organizador (vgr. contratos con los prestadores de los servicios);¹⁹ por último, también se ha observado que el organizador se presenta como única parte contratante frente al consumidor y no como un gestor de los asuntos de este último frente a los prestadores de los servicios del viaje; más aún, la doctrina italiana se ha mostrado contraria a admitir que el organizador de viajes limite su responsabilidad contractual mediante la inclusión de una cláusula por la que declare que actúa como intermediario de las prestaciones facilitadas por terceros (vgr. transportistas, hoteleros u otros) (cláusula de intermediación).²⁰ Se afirma que la inclusión de esta cláusula en el contrato en ningún caso será suficiente para calificar al organizador de viajes como mandatario del

¹⁸ Así, ARATO, *Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati*, cit., pág. 367.

¹⁹ Véase DEIANA, *La disciplina del contratto di organizzazione di viaggio turistico nei viaggi interni*, cit., págs.133-148, quien hace un repaso exhaustivo a la cualificación jurídica del contrato de organización de viaje.

²⁰ En este sentido, LEZZA, en Nicolò LIPARI (*a cura di*), *Diritto privato europeo*, cit., pág. 879, afirma que con la regulación del contrato de organización de viaje deviene inoperante la cláusula por la cual el organizador aparece frente al consumidor como simple intermediario de los prestadores de los servicios del viaje; también, MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., pág. 223, destaca que el artículo 15 CIB regula un supuesto de responsabilidad del organizador por los actos de los prestadores que utiliza en el cumplimiento del contrato, de modo que pone fin a la práctica de incluir en las condiciones generales una cláusula de exoneración de responsabilidad del agente de viajes en cuanto simple intermediario con respecto a los prestadores de los servicios.

consumidor.²¹ Por todo ello, en la actualidad muchos autores italianos se muestran críticos frente a la doctrina tradicional que reconduce el contrato de organización de viaje al contrato de mandato.²²

En cualquier caso, la delimitación de los sujetos responsables contractuales va a constituir una cuestión nada fácil de resolver cuando los daños sufridos por el consumidor sean consecuencia de la actuación de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento del contrato de viaje.²³ Ello va a depender, la mayoría de la veces, de la concurrencia de un criterio de imputación: el consumidor sólo podrá reclamar el resarcimiento de los daños resultantes del incumplimiento del contrato al organizador cuando concurra culpa del mismo en la elección de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento (art. 15.1.2 CIB).²⁴ En caso contrario, el consumidor únicamente podrá dirigir su acción de responsabilidad civil contra el prestador del servicio.²⁵ A estos efectos, los tribunales²⁶ incluyen los prestadores de los servicios entre los terceros responsables frente a los cuales el apartado cuarto del artículo 15 CIB

²¹ Véase ARATO, *Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati*, cit., pág. 365; también, DEIANA, *La disciplina del contratto di organizzazione di viaggio turistico nei viaggi interni*, cit., pág.141; por su lado, Giorgio FOSSATI, *Clausola di intermediazione e responsabilità dell'agente di viaggi*, GI, 1988, I, págs. 183-192, propugna hacer frente a la cláusula de intermediación mediante la aplicación de la regulación del contrato que se ajuste a la prestación singular realizada directamente por la agencia de viajes.

²²El esquema del contrato de mandato es más propio del contrato de intermediación de viaje (art. 1 CIB). Vide ARATO, *Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati*, cit., págs. 357-394; DEIANA, *La disciplina del contratto di organizzazione di viaggio turistico nei viaggi interni*, cit., págs.117-119. Por su lado, MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 159-165.

²³ La regulación de la responsabilidad del organizador por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento del contrato de viaje (art. 15.1 CIB) ha sido objeto de distintas interpretaciones doctrinales. Véase, por todos, Rainer EBERLE, *Die Haftung des Reiseveranstalters*, DB 7 (1973), 1-7, págs. 5-7.

²⁴ Para la aplicación del Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje* por parte de los tribunales belgas e italianos, BOULANGER, *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, cit., págs. 56-57.

²⁵ Además, la eventual insolvencia del organizador también podrá motivar que el consumidor interponga una acción de responsabilidad civil frente al prestador del servicio.

²⁶ La sentencia del *Tribunale di Roma*, de 17 de enero de 1989, GI, 1991, I, 2, pág. 66, se refiere a la obligación del organizador de informar al consumidor acerca de cuáles son los prestadores de los servicios del viaje a los efectos de permitirles el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 15.4 CIB.]".

atribuye al consumidor una acción por una indemnización total o complementaria de los perjuicios sufridos; indemnización total que, según la doctrina, podrá exigirse a los prestadores de los servicios, entre otros supuestos, cuando el organizador pruebe la ausencia de culpa en la elección de los mismos.²⁷ Además, el objetivo de resarcir íntegramente al consumidor del viaje únicamente se consigue si el consumidor ejerce dos acciones: una acción de responsabilidad contractual frente al organizador, y otra acción de responsabilidad extracontractual frente al prestador del servicio para el resarcimiento de aquellos daños que eventualmente excedan de los límites indemnizatorios previstos legalmente a favor del organizador.²⁸

B) Regulación alemana del contrato de viaje (§ 651 a BGB)

Prácticamente coincidiendo con la entrada en vigor del Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*, en los distintos países, fue promulgada la regulación alemana del contrato de viaje (§§ 651 a - I BGB), con fecha de 4 de mayo de 1979 (*Reisevertragsgesetz*).²⁹ La entonces República Federal de Alemania había participado en la Conferencia diplomática convocada en Bruselas con el objeto de aprobar la norma internacional. Sin embargo, el gobierno de ese país optó por no ratificar ni adherirse a la regulación uniforme y regular esa modalidad contractual autónomamente en su Código civil.

²⁷ Así, MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 225-226, quien admite el ejercicio de esta acción frente a los prestadores de los servicios, aunque discute su naturaleza de acción directa con base en la regulación general italiana (cfr. arts. 1595, 1676 y 2867 *Codice civile*).

²⁸ Con relación al artículo 15.4 CIB, ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, cit., págs. 1783-1784, considera que la acción atribuida al consumidor para obtener una indemnización total de los perjuicios sufridos presenta muchas dificultades de aplicación práctica (ej. problemas de localización del prestador del servicio); mientras que la acción de indemnización complementaria de los perjuicios sufridos dirigida contra los prestadores de los servicios puede tener poco interés para el consumidor si sólo sirve para obtener la diferencia entre el daño íntegro y el resarcimiento parcial efectuado por el organizador. Por todo ello, ROPPO critica la limitación de la indemnización favorable al organizador, puesto que la misma impide al consumidor obtener el resarcimiento íntegro de los daños a partir de la acción de responsabilidad contractual prevista frente al organizador.

²⁹ Como se ha indicado, la *Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 4.5.1979*, entró en vigor el día 1 de octubre de 1979. Prácticamente en la misma fecha, el día 4 de octubre de 1979, entró en vigor en Italia el Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*, transcurridos tres meses desde el depósito del instrumento de ratificación —la Legge de 27 de diciembre de 1977— de ese país (cfr. art. 36.2 CIB).

Uno de los motivos más esgrimidos para explicar la opción adoptada por el gobierno federal alemán se refiere a la intención de ese país de regular distintamente el régimen de los sujetos responsables frente al consumidor en supuestos de incumplimiento del contrato de viaje.³⁰

El § 651 a Abs. 1 BGB establece que por medio del contrato de viaje el organizador queda obligado a facilitar un conjunto de prestaciones al viajero, mientras que éste tiene la obligación de pagar a aquél el precio del viaje acordado.

Con base en esta regulación, la doctrina señala que el contrato de viaje (*Reisevertrag*) se concluye por parte del consumidor y el organizador. De ese modo, únicamente es el organizador quien asume como propia la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de organización del viaje y de ejecución del conjunto de prestaciones contratadas; prestaciones que, a su vez, el organizador puede ejecutar directamente o mediante la utilización de prestadores autónomos (vgr. hoteleros, transportistas, entre otros) (*Leistungsträger*).

La agencia de viajes (*Reisebüro*) puede intervenir como organizadora del viaje (*Reiseveranstalter*) (§ 651 a BGB). Tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana mayoritarias consideran que la mera intermediación de los servicios singulares del viaje por parte de la agencia detallista no es suficiente para fundamentar una imputación de responsabilidad a la misma en los términos que la regulación del contrato de viaje establece para el organizador (§ 651 f BGB). Para ello hace falta considerar a la agencia de viajes como organizadora (cfr. § 651 a Abs.1 BGB), cosa que únicamente ocurrirá, según la jurisprudencia, cuando aquélla elabore un viaje y lo ofrezca al consumidor de tal modo que éste no pueda reconocer ni los prestadores (vgr. transportistas, hoteleros, entre

³⁰ Eberhard REBMANN, *International einheitliche Regelung des Rechtes des Reisevertrages*, DB, 24 (1971), 1949-1955; 2002-2006, págs. 1955 y 2003, se refiere a las discrepancias entre los distintos países puestas de manifiesto durante el proceso de elaboración del Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*, y hace especial hincapié a la posición mantenida por el gobierno federal alemán; también puede consultarse Roberto PARDOLESI, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, Riv.Dir.Civ., 1981, I, 55-83, págs. 58-59.

otros) ni el precio particular de cada uno de los servicios que lo componen.³¹ En los demás casos, los más usuales, la agencia de viajes actuará como detallista, caso en que la agencia deviene auxiliar en el cumplimiento y, a su vez, adquiere la condición de representante del organizador en la conclusión del contrato de viaje.

Desde finales de los años ochenta, el *Bundesgerichtshof* declara la responsabilidad extracontractual directa del organizador (§ 823 Abs.1 BGB), cuando el consumidor sufre unos daños como consecuencia de la actuación de prestadores autónomos utilizados por el organizador para la ejecución de los distintos servicios del viaje.³² La base del razonamiento del *Bundesgerichtshof* se halla en la existencia de un deber de diligencia del organizador en la selección y vigilancia de los prestadores, surgido del riesgo creado por parte del mismo con respecto a la seguridad de terceros a partir de la preparación y realización del viaje (*Verkehrssicherungspflicht*); deber cuyo incumplimiento genera la responsabilidad extracontractual del organizador (§ 823 Abs.1 BGB).³³ Esa construcción jurisprudencial facilita al consumidor la reclamación de indemnización de los daños, toda vez que los derechos resultantes del incumplimiento contractual — entre ellos, el derecho a indemnización de daños y perjuicios— adquirirán una mayor efectividad cuando éste los pueda ejercer frente al organizador. En este sentido, téngase en cuenta que en no pocas ocasiones los prestadores de los servicios del viaje tienen su establecimiento en un país distinto de aquél en que el consumidor tiene su residencia habitual.³⁴ Mas no es menos cierto que la

³¹ Vide Jörg DEWENTER, *Haftung des Reisebüros bei der Vermittlung von Individualreisen*, MDR, 1998, 1136-1140, págs. 1136-1137. Sobre los distintos criterios utilizados por la doctrina y tribunales alemanes para distinguir entre organizador (*Reiseveranstalter*) e intermediario (*Vermittler*) de viajes, Alessandro MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, págs. 67-68.

³² La primera sentencia declara la responsabilidad extracontractual del organizador éste (§ 823 Abs.1 BGB) por el incumplimiento de su obligación de supervisar la barandilla del balcón de un hotel en un supuesto en que el consumidor sufre unos daños como consecuencia de su caída desde el mismo ("*Balkonsturz-Urteil*") (BGH, Urt. 25.2.1988, NJW, 1988, págs. 1380-1383).

³³ Vide Vera BOY, *Die dogmatische Begründung der Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters und ihre Grenzen*, Köln, Dissertation, 1993, págs. 84-121.

³⁴ Vide Thorsten POSNER, *Konkurrenzen im Reisevertragsrecht*, Frankfurt am Main, Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, Peter Lang, 1994, págs. 121-127. Además, nótese que desde un punto de vista dogmático, la doctrina acepta la exclusión del régimen de responsabilidad extracontractual del organizador por los hechos de los prestadores de los servicios en la medida en que éstos no reúnen la condición de auxiliares en el cumplimiento (*Verrichtungsgehilfen*) (§ 831 BGB). Vide Ernst FÜHRICH, *Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalter*, DB 30 (1990), 1501-1504, pág. 1502. Ello no excluye, no obstante, la eventual responsabilidad extracontractual del organizador por los hechos de sus dependientes (*Erfüllungsgehilfe*), de la que aquél podrá exonerarse si prueba su diligencia en la elección y vigilancia de los mismos (§ 831

responsabilidad extracontractual directa del organizador (§ 823 Abs.1 BGB) ha recibido muchas críticas doctrinales, sobre todo en la medida que ese régimen no permite la limitación convencional de la responsabilidad del organizador, a diferencia de las previsiones de la regulación del contrato de viaje (§ 651 h Abs.1 BGB).³⁵

Además, el organizador podrá ser responsable contractual por los actos de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento del contrato de viaje (§ 278 BGB).³⁶ El organizador será responsable, en su caso, por los perjuicios sufridos por el consumidor en la ejecución de los servicios, incluso en el supuesto en que dicho organizador seleccione y vigile de un modo diligente al prestador de dichos servicios, puesto que la regulación general prevé un criterio objetivo de imputación de responsabilidad del deudor por los daños causados por los auxiliares (cfr. § 278 BGB).³⁷

BGB). Véase MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 93.

³⁵ Véase FÜHRICH, *Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalter*, cit., pág. 1501, quien hace notar que la Asociación Alemana de Agencias de Viajes (*Deutsche Reisebüro-Verband e. V*) reacciona frente a esa jurisprudencia incluyendo una cláusula de limitación de responsabilidad extracontractual del organizador en las condiciones generales de viajes (*Allgemeine Reisebedingungen*). Puede consultarse, también, Alfred GERAUER, *Die Haftung des Reiseveranstalters für Mängel des Leistungsträgers aus dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht*, BB 1989, págs.1003-1005, quien además hace una crítica a esa jurisprudencia desde un punto de vista dogmático; así como la réplica a ese autor llevada a cabo por el juez del *Bundesgerichtshof* Heinz RECKEN, *Die Haftung des Reiseveranstalters für Versagen des Leistungsträgers aus "unerlaubter Handlung"*, BB 1989, págs. 1709-1710.

³⁶ Así, Peter SCHWERDTNER, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch (*Recht der Schuldverhältnisse*) (§§ 620-651 k), 12. Neubearb. Auf., Berlin, Arthur L. Sellier & Co. –Walter de Gruyter & Co., 1991, § 651 a, 24-49, Rnd. 23, pág. 17; Klaus TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, Bd.4, 3. Auf., München, Beck, 1997, Vor § 651 a, 1417-1432, Rnd. 14, pág. 1421; véase, también, Bernhard SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1997, § 651 a, 7-80, Rnd. 77-87, págs. 36-41; y MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 90.

³⁷ La regulación general hace responder al deudor por la culpa de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento con la misma extensión que si se tratara de su propia culpa (*Haftung für Erfüllungsgehilfen*) (§ 278 BGB). Precisamente la posibilidad del organizador de exonerarse de responsabilidad contractual frente al consumidor por probar su diligencia en la elección de los prestadores de los servicios del viaje —como resulta de la redacción final del art. 15.1 CIB— fue una de las cuestiones más debatidas durante el proceso de elaboración del Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje* y tuvo la oposición de la República Federal de Alemania. Vide Eberhard REBMANN, *International einheitliche Regelung des Rechtes des Reisevertrages*, cit., pág. 2003.

1.2. Derecho español

A) Relación representativa entre agencia de viajes mayorista y agencia de viajes minorista

Como se ha señalado, con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado, el ordenamiento español carece de normas de Derecho privado que señalen de un modo específico quién o quienes deben responder frente al consumidor por el incumplimiento de ese contrato.

Aparte de la regulación general del Derecho de obligaciones contenida en el Código civil, únicamente existe una regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes (RDAAV y OMAAV). Esta regulación tendrá una influencia notable en la configuración del régimen de responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes frente al consumidor.

Ya la regulación antecedente de la actividad de las agencias de viajes contiene disposiciones relativas no solamente al régimen administrativo que afecta a las agencias de viajes sino también otras disposiciones reguladoras de las relaciones contractuales de éstas con los consumidores.³⁸

Esa circunstancia obliga a la Sala 3^a (de lo Contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo, a lo largo de la década de los ochenta, a limitar la actuación de la Administración frente a los comportamientos contractuales de las agencias de viajes. En este sentido, la sentencia de este órgano judicial, de 1 de junio de 1983,³⁹ confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que estima en parte el recurso presentado por la agencia de viajes demandada, contra una resolución de la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas y de la Secretaría de Estado del Turismo. Esta resolución no sólo sanciona administrativamente a la agencia de viajes sino que, además, obliga a la misma a devolver

³⁸ Véase la Orden ministerial 1994/1974, de 9 de agosto, *por la que se aprueba el Reglamento del régimen jurídico de las agencias de viajes* (BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 1974, pág. 19648), que desarrolla el Real decreto 1524/1973, de 7 de junio (BOE núm. 169, de 16 de julio de 1973), hoy derogados.

³⁹ STS, de 1 de junio de 1983, Sala 3.^a, Ponente: Sr. José Pérez Fernández, RAJ 3261.

la cantidad de 5.460 pesetas a un consumidor que desiste de un contrato de viaje. El Tribunal Supremo ratifica el análisis llevado a cabo por la Audiencia Nacional, al señalar que la negativa de la agencia de viajes de devolución de la cantidad entregada por el consumidor tiene una "incardinación plena en el ámbito de una relación jurídico-privada" y, por tanto, es ajena al procedimiento contencioso-administrativo. La sentencia basa esa afirmación en "el carácter mercantil que viene atribuido a las Agencias de Viajes de manera reiterada e insistente por las legislaciones a ellas aplicables"; de todo ello se infiere, según la expresada sentencia, la necesidad de ubicar "las relaciones derivadas de la negociación mediadora entre la empresa y los clientes de la misma, dentro de la órbita del derecho privado"; tales consideraciones del Tribunal Supremo tienen lugar no obstante la relación de Derecho público que mantiene la agencia de viajes con la Administración.⁴⁰ De ese modo, el Tribunal no hace sino circunscribir la intervención de la Administración al ejercicio de su potestad sancionadora.

El artículo 8 del RDAAV establece que "[l]as infracciones que se cometan por su incumplimiento de lo preceptuado en las normas reguladoras de las Agencias de Viajes, darán lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrirse, a la correspondiente responsabilidad administrativa, de acuerdo con la legislación vigente". Sin embargo, esa regulación continúa la misma tendencia de atender no solamente a aspectos administrativos (vgr. régimen de autorización) sino también a cuestiones referentes a la relación contractual que tienen lugar entre la agencia de viajes y el consumidor (arts. 22 a 34 OMAAV). Cuestiones que incluyen, entre otros extremos, las consecuencias que el incumplimiento del contrato de viaje puede tener para la agencia frente al consumidor (arts. 30 a 33 OMAAV).⁴¹ De nuevo, esa regulación no se limita a sancionar el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes contrarias a

⁴⁰ El mismo razonamiento puede verse en la STS, de 26 de marzo de 1984, Sala 3.ª, Ponente: Sr. José Pérez Fernández, RAJ 1772, con relación a un supuesto relativo a la devolución de una parte del precio del viaje al consumidor por ser los servicios de hotel y transporte del viaje contratado defectuosos. Véase, también, la STS, de 24 de noviembre de 1987, Sala 3.ª, Ponente: Sr. Carmelo Madrigal García, RAJ 7925. Cfr. STS, de 22 de diciembre de 1983, Sala 3.ª, Ponente: Sr. Julio Fernández Santamaría, RAJ 6407. ...

⁴¹ Lo mismo sucede en los distintos reglamentos aprobados por las distintas Comunidades Autónomas. Véase, por ejemplo, el Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges* (DOGC núm. 1924, de 22 de julio), que regula el contrato de viaje combinado de un modo exhaustivo.

la misma; también atribuye distintas obligaciones contractuales a éstas frente al consumidor.

Dejando de lado los inconvenientes que pueden resultar del hecho de que esa normativa regule cuestiones de Derecho privado,⁴² el caso es que esa circunstancia da pie a que distintas sentencias de Audiencias Provinciales sigan invocando la regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes cuando se trata de decidir acerca de aspectos relativos a la relación contractual establecida entre agencia de viajes y consumidor. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 26 de octubre de 1992,⁴³ aprecia la facultad del consumidor de viaje de desistir del contrato con arreglo a la regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes. Por ello, la sentencia declara el derecho del consumidor a la devolución de las cantidades satisfechas, pero con la obligación de éste de abonar a la agencia los gastos de gestión y de anulación; y, además, en ese caso, la Audiencia Provincial también declara la obligación del consumidor de satisfacer a la agencia de viajes una "penalización" indemnizatoria consistente en el 5 por 100 del importe total del viaje, por haber desistido entre el décimo y el decimocuarto día anterior a la fecha del comienzo del viaje (art. 29 OMAAV). En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de diciembre de 1993,⁴⁴ expresa que "conforme al art. 32 del Decreto Regulador del Reglamento de las Agencias de Viajes en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (Decreto 61/1990, de 29 de abril, BOCL de 25-4-1990) y disposiciones supletorias (Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo), así como de las cláusulas generales del contrato, resulta que «en caso de que se sustituyan servicios si el nuevo servicio resulta de inferior categoría o calidad, la Agencia deberá rembolsar la diferencia»". Es a partir de ese precepto que la Audiencia Provincial condena a la agencia de viajes a abonar a las consumidoras demandadas una cantidad por haber sido hospedadas en un hotel distinto al contratado y haber hecho un crucero en una motonave también diferente a la prevista en el contrato. Por su lado, la sentencia de la Au-

⁴² En el mismo sentido, María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, Madrid, Montecorvo, 1999, págs. 71-72, cree que una orden ministerial no es el instrumento adecuado para imponer a la agencia de viajes obligaciones precontractuales de información al consumidor, establecer la obligatoriedad de ciertos requisitos de pago, regular el desistimiento contractual o establecer determinadas reglas de responsabilidad.

⁴³ SAP de Sevilla, de 26 de octubre de 1992, Sección 6.^a, Ponente: Sr. Manuel Damián Álvarez García, RGD, núms. 589-590, págs. 10792-10793.

⁴⁴ SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.^a, Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourn, AC 2405. .

diencia Provincial de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995,⁴⁵ resuelve un recurso de apelación interpuesto por la agencia de viajes demandada contra la sentencia de instancia, la cual declara el derecho de los consumidores al abono del importe de los servicios de almuerzo y del viaje de regreso al punto de salida como consecuencia de la interrupción del viaje contratado [cierre de la comunicación por carretera de resultas de una copiosa nevada], así como el derecho a una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la pérdida del equipaje. Calificado el contrato de "paquete turístico", la Audiencia Provincial expresa que "para el triunfo de la pretensión eran suficientes los razonamientos contenidos en la resolución atacada de la responsabilidad de las agencias de viajes expuestas y definidas reglamentariamente, que [...] impone a la agencia proporcionar a su cliente, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen y a devolver las cantidades que proporcionalmente correspondan (art. 33 del RAV) [art. 33 RDAAV], cuando por causas de fuerza mayor se viera obligada a no poder facilitar a sus clientes la totalidad de los servicios contratados y tales causas sobrevinieran después el iniciado el viaje". En cambio, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996,⁴⁶ los consumidores de un viaje reclaman a la agencia indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un retraso en el transporte de regreso. Sin embargo, la Audiencia Provincial señala que la actividad desarrollada por la agencia de viajes demandada ha consistido en la mediación en la venta de unos servicios sueltos, y no en la organización y venta de los llamados "paquetes turísticos", de acuerdo con la regulación administrativa (art. 2.1 OMAAV); con base en ello, la sentencia declara no haber lugar a declarar la responsabilidad contractual de la agencia de viajes frente a los consumidores.

En este contexto, no se puede ignorar la incidencia que la regulación de la actividad de las agencias de viajes va a tener en la delimitación de los sujetos responsables frente al consumidor cuando la misma distingue entre la organización y comercialización de los llamados "paquetes turísticos". En este sentido, el apartado primero del artículo 3 RDAAV dispone que las agencias de viajes pueden ser mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas, categorías que aparecen definidas en los demás apartados en los siguientes términos:

⁴⁵ SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente: Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núms. 628-629, págs. 1140-1143.

⁴⁶ SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 5.ª, Ponente: Sra. María de las Mercedes Oliver Albuérne, AC 542. .

"[s]on Agencias «mayoristas» aquellas que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios y paquetes turísticos para su ofrecimiento a las Agencias minoristas, no pudiendo ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor" (apartado segundo).

"[s]on Agencias «minoristas» aquellas que, o bien comercializan el producto de las Agencias mayoristas proporcionándolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o suministran toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras Agencias" (apartado tercero).

"[s]on Agencias «mayoristas-minoristas» aquellas que pueden simulta-
near las actividades mencionadas en los dos apartados anteriores" (apartado cuarto).

A partir de esa regulación de índole administrativa los tribunales españoles tienden a considerar que la agencia de viajes minorista actúa frente al consumidor como representante de la agencia de viajes mayorista en la contratación de los denominados «paquetes turísticos» —precedente inmediato del contrato de viaje combinado (infra § I.1.2 B).⁴⁷

En efecto, los órganos judiciales tienen en cuenta el instituto de la representación para resolver la cuestión relativa a la legitimación pasiva de la agencia de viajes minorista frente a la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato realizada por el consumidor. En los procedimientos judiciales, la agencia de viajes minorista demandada alega su ausencia de responsabilidad frente al consumidor contratante del viaje, por considerar que el déficit de organización y prestación de los servicios no le es imputable, en la medida que los efectos del acto de gestión representativa realizado por ella se producen de forma inmediata en la esfera de la agencia de viajes mayorista representada. Frente a ello, los tribunales se limitan a dilucidar cuál ha sido la forma de actuación representativa de aquélla, directa o indirecta, para decidir si la misma resulta responsable contractual frente al consumidor. Éste es el esquema que se reproduce en la mayoría de sentencias en las

⁴⁷ Conviene distinguir este supuesto de la actividad mediadora desarrollada por las agencias de viajes en la contratación de servicios sueltos (letra a del art. 2.1 OMAAV). Véase, por ejemplo, la SAP de Navarra, de 21 de septiembre de 1994, Sección 1.ª, Ponente: Sr. José Francisco Cobo Sáenz, AC 1394..

que los órganos judiciales deciden acerca de la responsabilidad contractual de la agencia de viajes minorista en su condición de representante.

Planteada la cuestión en estos términos, sólo alguna sentencia admite que la agencia de viajes minorista actúa en nombre de la agencia de viajes mayorista (*contemplatio domini*), en cuyo caso los efectos jurídicos de lo actuado por la primera repercuten de una manera directa e inmediata en la esfera jurídica de la segunda, como si ésta hubiese actuado por sí misma. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de febrero de 1993,⁴⁸ establece lo siguiente:

“[...] a partir de estas definiciones administrativas de las actividades permitidas a cada clase de agencias de viajes [arts. 1.1 y 3.2 RDAAV]⁴⁹ se ha de entrar en la calificación de las relaciones jurídicas que vinculan a mayoristas y minoristas y a unas y otras con las personas que con ellas contratan; entre las dos clases de agencias de viajes, en el caso presente entre V.C.T., S.A. mayorista, y V.M., S.A. minorista, se perfeccionan propios contratos de agencia, mediante los que la minorista, empresaria mercantil, se obliga a promover y, en su caso, estipular contratos por cuenta y en nombre de la mayorista —a comercializar sus productos, dice el Real Decreto 271/1988, con terminología más económica que jurídica—, a cambio de una retribución, por lo que, en punto a responsabilidad, dada su condición de mandataria representativa, con “*contemplatio domini*” expresa, queda exenta de responsabilidad frente a la persona con quien contrata, en los términos del artículo 1725 del Código Civil; en el supuesto que se examina resulta tanto de la prueba documental —folio 5 y siguientes—, como de la confesión judicial de los actores —respuesta a la primera posición, en los folios respectivos— que en todo momento actuó V.M., S.A. por cuenta y en nombre de V.C.T., S.A.”.

Nótese cómo la sentencia señala que la actuación representativa llevada a cabo por la agencia de viajes minorista ha sido directa, esto es, en nombre y por cuenta de la agencia de viajes mayorista, para no declarar responsable a aquélla. La invocación, en este punto, del artículo 1725 del Código civil (“[e]l man-

⁴⁸ SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Javier Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479. .

⁴⁹ El artículo 1.1 RDAAV se limita a disponer lo siguiente: “[t]ienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos”.

datario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata [...]), sólo tiene lugar para aclarar que las consecuencias del contrato de viaje, acto de gestión representativa llevado a cabo por la agencia de viajes minorista mandataria, afectan inmediatamente a la agencia de viajes mayorista, quien a partir de ese momento ostenta la condición de parte de dicho contrato.

La misma sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de febrero de 1993,⁵⁰ se limita a señalar lo siguiente: "asimismo consta que la minorista se condujo diligentemente con los demandantes, a quienes comunicó inmediatamente la cancelación del viaje cuya organización era objeto del contrato que vinculaba a éstos con C.T., S.A. [agencia de viajes mayorista], ofreciéndoles la devolución del precio pagado, que fue aceptado por uno de ellos, y gestionando en muy breve plazo programas alternativos de viaje para los restantes [...]". Mas tratándose de un mandato representativo,⁵¹ acaso se hecha de menos en la sentencia una alusión más exhaustiva a las excepciones que el propio artículo 1725 del Código civil enuncia con respecto a la eficacia inmediata de la actuación representativa. De este precepto se infiere que la agencia de viajes minorista, mandataria representativa de la agencia de viajes mayorista, responderá frente al consumidor del viaje cuando se obligue a ello expresamente o traspase los límites del mandato sin dar a éste conocimiento suficiente de sus poderes. Atendiendo a la teoría de la representación, en supuestos como éste cabe, en primer lugar, que la agencia de viajes minorista mandataria actúe traspasando los límites del mandato, pero dando conocimiento suficiente al consumidor del viaje de los poderes que ostenta, en cuyo caso el contrato de viaje no debe surgir efectos para nadie a la espera de la eventual ratificación de la agencia de viajes mayorista (cfr. arts. 1259 y 1727.2 CC). Y, en segundo lugar, también puede suceder que la agencia de viajes minorista actúe como mandataria representativa traspasando los límites del mandato, sin dar a conocer al consumidor que ha actuado sin poder suficiente, caso en que la misma queda obligada "personalmente a la parte con quien contrata", esto es, frente al mismo

⁵⁰ SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Javier Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479.

⁵¹ Para Alonso HERNÁNDEZ MORENO, *Comentario del Código civil (art. 1725)*, T.II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 1562-1564, pág. 1562, si basta que el mandatario actúe en concepto de tal para que no quede él mismo obligado, salvo en las excepciones previstas en el artículo 1725 del Código civil, es que él mismo obliga al mandante por cuenta de quien actúa, de modo que hay representación.

consumidor (art. 1725 CC);⁵² supuesto en que no cabe entender, conforme a la doctrina, que la agencia de viajes minorista tenga la obligación de asumir el contenido contractual en lugar de la agencia de viajes mayorista; en aras a la protección de la apariencia jurídica frente al consumidor de buena fe, la agencia de viajes minorista sólo debe asumir entonces la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por aquél como consecuencia de la ineficacia del contrato de viaje y por no quedar obligada la agencia de viajes mayorista mandante (interés contractual negativo).⁵³ De ese modo, el régimen de responsabilidad de la agencia de viajes minorista representante se sitúa en el marco de una actuación dolosa y precontractual.⁵⁴ Con todo, el resultado de la sentencia mencionada resulta razonable: no parece que la agencia minorista deba responder contractualmente frente al consumidor habida cuenta que ha actuado en nombre y por cuenta de la agencia de viajes mayorista y, además, no se ha obligado a ello expresamente ni traspasado los límites del mandato sin dar al consumidor conocimiento suficiente de sus poderes.

De todos modos, sentencias como ésta resultan más bien excepcionales en el Derecho español. La mayoría de las veces los tribunales consideran que la agencia de viajes minorista actúa por cuenta de la agencia de viajes mayorista, pero en su propio nombre. Se trata de la llamada representación indirecta o mediata; supuesto en que es la agencia de viajes minorista la que adquiere los derechos o asume las obligaciones derivadas del contrato de viaje (arts. 1717 CC y 246 Ccom). Entonces, los órganos judiciales consideran que la agencia de

⁵² Véase Francisco BONET RAMON, *Código civil comentado (art. 1725)*, Madrid, Aguilar, 1964, 1363-1364, pág. 1363; José María MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español (art. 1725)*, T. XI, Madrid, Reus, 1972, 723-728, pág. 725; y José R. LEÓN ALONSO, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1725 CC)*, T. XXI-2, Madrid, EDERSA, 1986, 324-346, pág. 335. Con relación al contrato de viaje, PY, *Droit du Tourime*, cit., pág. 379, señala que el mandatario de la agencia de viajes será responsable frente al consumidor en caso de extralimitación de las funciones atribuidas en el mandato.

⁵³ Vide Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator»*, ADC, 1976, 1057-1136, pág. 1124, quien atribuye este alcance a la responsabilidad del mandatario frente al tercero habida cuenta de las dificultades de hacer efectiva la obligación de aquél de asumir el contenido negocial en la medida que gestiona intereses ajenos. Sin embargo, ya se ha visto cómo esto último ocurre en los supuestos de representación indirecta. Por esa razón, acaso la no vinculación de la agencia de viajes minorista al contenido del contrato de viaje obedece a la ausencia de su consentimiento negocial.

⁵⁴ Véase, en general, HERNÁNDEZ MORENO, *Comentario del Código civil (art. 1725)*, cit., pág. 1564.

viajes minorista no puede exonerarse de responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje. En ese sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 1994,⁵⁵ declara lo siguiente:

“[...] aun siendo cierto que la entidad demandada [agencia de viajes] es minorista y que no pone a disposición de sus clientes directamente los servicios ofertados por las empresas mayoristas, en su caso tampoco prestados directamente en el lugar de destino por éstas sino de ordinario por otras empresas contratadas al efecto (transportes, servicios hoteleros, etc.), también es lo cierto que desde un punto de vista jurídico el usuario por lo general con quien contrata es con la empresa minorista la cual, generalmente sin ostentar el carácter de mero representante o apoderado de la mayorista cobra el importe de los servicios contratados y garantiza el buen fin de los que oferta; y esta relación no es sino la propia de las que se establece en virtud del contrato de comisión mercantil en la versión del artículo 246 del Código de Comercio⁵⁶ que preside ciertamente, la del caso que nos ocupa, pues de la documental obrante en autos y en concreto de la factura que consta librada a los actores (folios 10, 11, 11 bis, 12, 13) y programa de actividades queda claro que Viajes A. contrató por cuenta propia con los actores [consumidores del viaje] el paquete turístico “Safari y Relax” sin mencionar en modo alguno que la gestión o prestación efectiva de tales servicios iban a ser de la exclusiva responsabilidad de otros profesionales y en todo caso sin el concurso de los mismos, en la contratación, para quedar contractualmente vinculados con los hoy actores [...]”.

La Audiencia Provincial considera, pues, que la agencia de viajes minorista ha actuado como comisionista mercantil de la agencia de viajes mayorista, aunque en nombre propio —la sentencia afirma, cabe suponer que erróneamente, que la agencia minorista ha contratado "por cuenta propia"—, de

⁵⁵ SAP de Barcelona, de 14 de julio de 1994, Sección 1.ª, EC, núm. 33, 1995, págs. 130-131. .

⁵⁶ Según el artículo 246 del Código de comercio, “[c]uando el comisionista contratare en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”.

manera que es ella la que queda obligada directamente frente al consumidor. Hechas estas consideraciones, la misma sentencia señala:

“[L]as agencias de viajes con las que se contratan “paquetes” turísticos son responsables frente a los clientes de las deficiencias que puedan existir en la prestación de los servicios incluidos en el mismo, con independencia de que la organización corra a cargo de otra empresa (mayorista o “tour operator”) con la que la agencia contrató, y sin perjuicio de las relaciones entre ambas”.⁵⁷

Sentencias como ésta hacen uso de la llamada representación indirecta, institución controvertida entre la doctrina española,⁵⁸ sin que ello resulte contradictorio con las disposiciones de carácter administrativo reguladoras de la actividad de las agencias de viajes mayoristas y minoristas. Cuando el artículo 3.1 RDAAV faculta a las agencias de viajes minoristas a comercializar "el producto de las Agencias mayoristas proporcionándolo directamente al usuario o consumidor", admite implícitamente que aquéllas actúen como representantes de éstas en la venta de sus viajes. Aún más, téngase en cuenta, como se verá, que el artículo 2.1 OMAAV incluye entre los fines u objetos de las agencias de viajes, la actuación de las mismas como representantes de otras agencias nacionales o extranjeras para la prestación en su nombre y a la clientela de éstas de cualquiera de los servicios. Por ello, cuando los órganos judiciales aprecian que la agencia de viajes actúa por cuenta de la agencia de viajes mayorista pero en nombre propio, no tienen ningún reparo en considerar indirecta la actuación representativa llevada a cabo.

La agencia de viajes minorista tendrá la facultad de elegir entre la actuación en nombre de la agencia de viajes mayorista y la actuación en nombre propio, a menos que a tal efecto exista una limitación impuesta por el representado. La distinción entre ambas formas de actuación representativa no siempre será

⁵⁷ La SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.ª, Ponente: Sr. Juan Márquez Romero, AC 524, también declara la responsabilidad contractual de la agencia de viajes minorista frente al consumidor exclusivamente con base en su condición de representante indirecta de la agencia de viajes mayorista.

⁵⁸ Una parte de la doctrina española ha considerado que la llamada representación indirecta no constituye una verdadera representación. Vide Ramón M.ª ROCA SASTRE/José PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, T.I (Obligaciones y contratos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pág.133; también, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La representación*, ADC, 1958, 767-803, pág. 769; en cambio, Luis DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979, págs. 45-48, 264-265, sitúa la representación indirecta dentro de la teoría de la representación.

clara. Sin duda, la agencia de viajes minorista actuará en nombre de la mayorista si concurren las siguientes circunstancias: 1^a. Declaración expresa; 2^a. La agencia de viajes minorista revela plenamente el carácter representativo de su actuación e identifica plenamente la agencia de viajes mayorista; 3^a. Existe un acuerdo entre la agencia de viajes minorista y el consumidor de que la actuación de la primera tenga efectos directos e inmediatos en la esfera de la agencia de viajes mayorista. Mas otros supuestos pueden resultar de más difícil calificación (p.ej. la actuación representativa no se ha expresado, pero ha quedado sobreentendida para el consumidor, quien además conoce la identidad de la agencia de viajes mayorista; la agencia de viajes minorista da a conocer su condición de representante al consumidor pero silencia el nombre de la agencia de viajes mayorista). En todos esos casos, parece que lo esencial para distinguir entre la actuación en nombre de la agencia de viajes mayorista y la actuación en nombre propio vendrá determinado no por la existencia de una actuación representativa expresa, ni por la falta de identificación de la agencia de viajes mayorista representada, sino por el acuerdo entre la agencia de viajes minorista y el consumidor, expreso o tácito, de destinar o no los efectos jurídicos a la agencia de viajes mayorista.⁵⁹

La relativa facilidad para acudir al expediente de la representación indirecta en el Derecho español anterior a la regulación del contrato de viaje combinado contrasta, por ejemplo, con la situación creada por el Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*. Como se ha expuesto, en esta regulación el intermediario puede actuar, en su caso, como mandatario del consumidor en la contratación del viaje llevada a cabo frente al organizador (art. 1). Por esa razón, en este caso carece de sentido el recurso a la llamada representación indirecta, o sea, obligar al intermediario que actúa por cuenta del consumidor pero en su propio nombre (*agere in nomine proprio*) directamente frente al organizador. Dicha regulación se limita, según se ha dicho, a atribuir al intermediario que no indique nombre y dirección suyo y del organizador, así como su condición de intermediario, la responsabilidad propia del organizador (cfr. arts. 18.1 y 19.2 CIB).

⁵⁹ En general, DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., págs. 241-243, afirma que habrá actuación en nombre propio cuando, a pesar de ser conocida la actuación representativa y la identidad del representado, ambos otorgantes acuerdan limitar a ellos mismos los efectos del acto o negocio que realizan.

Volviendo al Derecho español, cabe señalar que van a existir distintos supuestos de *contemplatio domini* tácita o deducida de hechos concluyentes: 1ª. Cuando el alcance del comportamiento representativo se deduce de actos anteriores (vgr. la agencia de viajes minorista ya ha actuado en otras ocasiones como representante de la mayorista); y 2ª. Cuando el carácter ajeno del viaje contratado o del interés deducido en el negocio es inequívoca. Y si la agencia de viajes minorista actúa como representante frente al consumidor del viaje sin revelar la identidad de la agencia de viajes mayorista, no habrá vinculación directa entre aquella agencia de viajes y el consumidor. Entonces el consumidor podrá exigir a la misma la identificación de la persona de la agencia de viajes mayorista —la que, además, podrá identificarse a sí misma— y, caso de no hacerlo, el contrato de viaje será ineficaz y la agencia de viajes minorista será responsable por culpa *in contrahendo* frente al consumidor que sufra daños como consecuencia de esta actuación.⁶⁰

Además, a la actuación en nombre del representado y la actuación en nombre propio no les corresponde en todos los casos los mismos efectos. Si es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos e intereses es de la agencia de viajes mayorista, debería quedar abierta la posibilidad del consumidor de interponer una acción directa respecto a la misma, según se desprende de la excepción prevista en último inciso del apartado segundo del artículo 1717 del Código civil ("[e]xceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante"). Excepción que, en su caso, excluiría los efectos de la representación indirecta a pesar de haber actuado la agencia de viajes minorista en su propio nombre.⁶¹

Con todo, el recurso por parte de los tribunales españoles a los principios de la representación no parece suficiente a los efectos de imputar el incumplimiento del contrato a la agencia de viajes minorista. Mas bien cabe entender

⁶⁰ Vide DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., págs. 245-250.

⁶¹ En estos términos se expresan, con respecto a la regulación del contrato de mandato (art. 1717 CC), Luis DÍEZ-PICAZO/ Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol I/1 (*Introducción, Parte General y Derecho de la persona*), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, págs. 342-343, quienes afirman que el representado no podrá alegar que el tercero no tiene acción contra él, pero tampoco quedará vinculado automáticamente por lo hecho por el representante; aquél podrá defenderse aduciendo la falta de poderes de éste. Sigue este criterio, V. L. MONTÉS, en F. CAPILLA/A. LÓPEZ/ V.L. MONTÉS/ E. ROCA, M.ª R. VALPUESTA, *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 425.

que la agencia de viajes mayorista utiliza a la agencia de viajes minorista no solamente para la conclusión del contrato de viaje con el consumidor sino también como auxiliar para el cumplimiento de algunas obligaciones de la agencia de viajes mayorista (vgr. obligación de información); agencia de viajes minorista que, por tanto, puede actuar frente al consumidor como auxiliar en el cumplimiento del contrato, además de como representante de la agencia de viajes mayorista principal en tal conclusión. En este punto, se hace necesario distinguir, pues, entre la utilización voluntaria por la agencia de viajes mayorista de la agencia de viajes minorista en el cumplimiento contractual y el apoderamiento voluntario que pueda conferir la primera a la segunda para la conclusión del contrato. Presupuestos que podrán concurrir, aunque no necesariamente, en una misma agencia de viajes minorista, en la medida que la relación representativa es una de las posibles relaciones internas entre principal y auxiliar; caso en que la agencia de viajes minorista resultará tanto auxiliar como representante de la agencia de viajes mayorista.⁶²

Esa concepción todavía rige hoy en el Derecho alemán, donde la doctrina opina que la agencia de viajes detallista (*Reisebüro*) puede actuar como representante del organizador en su actuación frente al consumidor⁶³ y, a su vez, como auxiliar de aquél en el cumplimiento del contrato de viaje, dando curso a los deseos especiales del consumidor relativos al viaje a contratar, y cumpliendo las obligaciones de información correspondientes al organizador (§ 278 BGB).⁶⁴

⁶²En general, Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 386-388, quien señala que el deudor puede apoderar representativamente al tercero que voluntariamente utiliza para cumplir una obligación, esto es, conferirle un poder cuyo objeto o contenido sea, precisamente, la actividad de colaboración al cumplimiento de que se trate; y Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, págs. 104-107.

⁶³Ello sucederá cuando el organizador concluya un contrato de viaje con el consumidor utilizando una agencia de viajes detallista como representante (*Stellvertreter*) (§ 164 BGB). Las agencias de viajes suelen actuar como comisionistas mercantiles (*Handelsvertreter*) cuando el organizador les confía de un modo permanente la intermediación del viaje con el consumidor (§ 84 HGB); caso en que, por lo general, el organizador apodera a la agencia para aceptar las ofertas de contratación de los consumidores. Vide SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 a, 7-80, Rnd. 57, págs. 28-29; Irmtraut NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, RRa 11/1997, 211-216, pág. 211.

⁶⁴Eso señala TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, Bd.4, cit., § 651 a, 1417-1464, Rnd. 127, pág. 1463. Y en particular, Eckhart PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651 a- §§ 651 I BGB)*, München, Verlag CH Beck, 1995, § 651 a, 49-83, Rnd. 14, pág. 53.

La condición de la agencia de viajes minorista como auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones de la agencia de viajes mayorista, a pesar de que los tribunales únicamente hagan referencia a su relación representativa, debería haber tenido una importante repercusión en la delimitación de los sujetos responsables frente al consumidor con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado. Si se reconoce abiertamente la responsabilidad objetiva de la agencia de viajes mayorista por los actos realizados por la agencia de viajes minorista utilizada en el cumplimiento del contrato de viaje,⁶⁵ cabría afirmar, atendiendo a la doctrina española, la responsabilidad indirecta de la agencia de viajes mayorista —principal y representada— en el supuesto de actuación extralimitada o sin poder de la agencia de viajes minorista en la conclusión del contrato frente al consumidor por los daños ocasionados al consumidor resultantes de la no vinculación de aquélla (interés contractual negativo); ello sin perjuicio de las dificultades de determinar hasta qué punto tal responsabilidad indirecta de las agencias de viajes mayorista desplazaría los principios de la representación, cuestión todavía no resuelta por la doctrina española⁶⁶ y que tampoco parece del todo pacífica en otros ordenamientos.⁶⁷

⁶⁵ Sobre el fundamento objetivo de la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento contractual, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 398-444; esa cuestión será tratada con mayor detenimiento en el apartado relativo a la responsabilidad del organizador y detallista por los auxiliares. *Infra* § I.2.2 C).

⁶⁶ En general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 89-91, para quien la responsabilidad contractual indirecta no altera los principios de la representación. Por eso, el autor añade que si no existe una utilización voluntaria del auxiliar por parte del deudor únicamente procederá, en su caso, responsabilidad extracontractual directa de *falsus procurator* (arts. 1259 y 1725 CC) y responsabilidad extracontractual indirecta del deudor (art. 1903 CC). Además, JORDANO FRAGA entiende que, pese a la extralimitación del auxiliar, el deudor representado va a quedar vinculado frente al tercero en los casos en que el penúltimo preste su voluntad (ratificación: art. 1259 CC) o lo establezca la Ley para la protección de los terceros de buena fe (protección aparente: arts. 1734 y 1738 CC). Por su lado, también JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 104 y 164, sostiene que "cuando el representante actúa fuera de los poderes de representación, el incumplimiento no sería *imputable* (sic) al deudor con arreglo a los principios de la teoría de la representación, y, en cambio, dicha extralimitación sería irrelevante con arreglo al principio de responsabilidad del deudor por el auxiliar".

⁶⁷ En el Derecho alemán estos supuestos se resuelven a veces con base en los principios de la representación y, en otros, en el principio de la responsabilidad del deudor por los auxiliares. Por un lado, PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651 a- §§ 651 I BGB)*, cit., § 651 a, 49-83, Rnd. 14, págs. 53-54, señala que el organizador va a responder frente al consumidor por las promesas realizadas por la agencia de viajes (p.ej. el consumidor exige una habitación en la última planta del hotel pero la agencia no lo comunica al organizador), en la medida que ello constituirá un supuesto de los denominados "responsabilidad por representación" (*Repräsentationshaftung*). En cambio, por otro lado, algunas sentencias declaran que dicha responsabilidad del organizador no tendrá lugar cuando la agencia realice promesas orales al consumidor contrarias al programa de viaje, o cuando aquélla facilite al consumidor un folleto del hotelero

Por tanto, con anterioridad a la regulación del contrato de viaje, los órganos judiciales españoles sólo acuden a la institución de la representación para pronunciarse acerca de la eventual responsabilidad contractual de la agencia de viajes minorista frente al consumidor del viaje según cuál sea su actuación representativa, directa o indirecta, sin considerar otras muchas cuestiones también relacionadas con esta figura (p.ej. instrucciones del mandante, representación sin poder, extralimitación de poder). Si a ello añadimos la tendencia a admitir la representación indirecta, se advierte que entonces con frecuencia es declarada la responsabilidad contractual de la agencia de viajes minorista representante, sin distinguir según el ámbito de gestión del viaje en que la misma haya intervenido. Aunque ello ofrece una notable protección al interés del consumidor del viaje, el caso es que el mismo también se hubiera podido proteger, incluso a veces con menores dificultades, por medio del recurso al principio de responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares en el cumplimiento, incrementando así los supuestos de responsabilidad de la agencia de viajes mayorista.

B) Contrato de obra. Responsabilidad de la agencia de viajes mayorista por los prestadores de los servicios

Hasta el momento se ha señalado cuál es el régimen de responsabilidad contractual imputable al sujeto organizador del viaje (vgr. agencia de viajes mayorista) y el imputable al sujeto que se limita a comercializarlo (vgr. agencia de viajes minorista) con anterioridad a la regulación española del contrato de viaje.

que no coincida con la descripción de las características del hotel contenida en el programa de viaje del organizador, puesto que entonces no cabe considerar a la agencia de viajes como auxiliar del organizador en el cumplimiento del contrato. Véase la sentencia OLG Frankfurt am Main, Urt. 6.4.1995, RRa 8/1995, págs. 147-150; y la sentencia AG Kleve, Urt. 29.9.1995, RRa 1/1996, págs. 10-11.

A continuación cabe plantear si el consumidor puede hacer efectivo su derecho a reclamar responsabilidad contractual frente a la agencia de viajes mayorista, tanto por su actuación directa como por la actuación de los prestadores de los servicios (vgr. transportistas, hoteleros, entre otros) que utilice en el cumplimiento contractual, con el fin de completar la delimitación de los sujetos responsables frente al consumidor del viaje.

Ya se ha hecho notar la influencia de la regulación administrativa de las agencias de viajes en cuanto a la determinación de quién debe asumir, o han de serle impuestas, las consecuencias de la lesión o de la insatisfacción que experimenta el derecho de crédito del consumidor del viaje y tiene, por consiguiente, que resarcir los daños y perjuicios. En este punto, cabe traer a colación el artículo 2.1 de la OMAAV, el cual establece los siguientes objetos o fines propios de las agencias de viajes:

- "a) La mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, así como en la reserva de habitaciones y servicios en las Empresas turísticas y particularmente en los establecimientos hoteleros y demás alojamientos turísticos.
- b) La organización y venta de los denominados «paquetes turísticos». Se entenderá a este efecto por «paquete turístico» el conjunto de servicios turísticos (manutención, transporte, alojamiento, etc.) ofertado y proyectado a un precio global preestablecido.
- c) La actuación como representante de otras agencias nacionales o extranjeras para la prestación en su nombre y a la clientela de éstas de cualquiera de los servicios enumerados en el presente artículo".

Está claro que la regulación transcrita no se limita a atribuir a las agencias de viajes su función tradicional de actuar como mediadoras en el contrato de viaje celebrado entre prestadores directos de los servicios y consumidor; aunque la misma también incluye entre los objetos o fines propios de las agencias de viajes la organización y venta de los denominados «paquetes turísticos», esto es, conjuntos de servicios turísticos (manutención, transporte, alojamiento, etc.) proyectados a iniciativa propia o previa solicitud del consumidor (art. 2.1 OMAAV).

Con el reconocimiento normativo de la actividad de las agencias de viajes con respecto a los llamados «paquetes turísticos», los cuales pueden suponer la

contratación de una pluralidad de servicios del viaje por parte de aquéllas, la doctrina pronto llega a la conclusión de que en estos casos agencia de viajes y consumidor concluyen un contrato de obra.⁶⁸ Y la reconducción del contrato que tiene por objeto los llamados «paquetes turísticos» al contrato de obra resultará esencial, sobre todo en punto a señalar cuáles van a ser los sujetos responsables del incumplimiento contractual frente al consumidor del viaje.

Efectivamente, la doctrina anterior a la regulación del contrato de viaje combinado parte de la base de que la agencia de viajes, al asumir la obligación de procurar al cliente la totalidad de servicios integrantes del viaje, en realidad se compromete a la ejecución de una obra.⁶⁹ Al consumidor del viaje no le interesa que la agencia de viajes concluya diligentemente distintos contratos con los prestadores de los servicios sino, antes bien, el viaje como resultado.⁷⁰ Aquél únicamente pretende evitarse las tareas de ideación y elaboración del viaje. Por ello cabe entender que la agencia de viajes queda obligada a satisfacer de forma directa e inmediata el interés del consumidor, cosa que sólo consigue si cumple la obligación de proporcionarle el viaje, considerado como un resultado *in obligatione* convenido entre las partes.⁷¹ Resultado que la agencia de viajes mayorista podrá obtener con cierta inmediatez, si dispone de medios propios para la realización del viaje (p.ej. agencia de viajes propietaria de una cadena hotelera); o resultado que la agencia conseguirá previa estipulación de

⁶⁸ También Francisco VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. II, *Contratos. Títulos valores. Derecho Concursal*, 3.ª ed., Barcelona, J.M.ª Bosch, 1990, pág. 50, atribuye al contrato de viaje la naturaleza propia del contrato de obra, teniendo en cuenta que la normativa española reguladora de la actividad de las agencias de viajes no se limita a su tradicional función mediadora. Véase la SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección primera, Ponente: Sra. María de las Mercedes Oliver Albuérne, RAJ 542.

⁶⁹ En esos términos ya se expresa Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, 1973, págs. 66-76, aunque no califica como contrato de obra al contrato de viaje realizado a solicitud del consumidor.

⁷⁰ Al consumidor incluso le resulta irrelevante si el organizador realiza el viaje con medios propios o utilizando prestadores de los servicios en el cumplimiento del contrato. Vide Ignacio QUINTANA CARLO, *La protección del turista como consumidor*, EC, núm. 2, 1984, 65-86, págs. 67-69.

⁷¹ Obsérvese como la base económica del contrato de viaje se ajusta al esquema de las llamadas obligaciones de resultado. Sobre los criterios de distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, J. Miguel LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC, 1992, 651-734, págs. 697-706.

distintos contratos con los prestadores (vgr. transportista, hotelero, entre otros) y, en todo caso, otorgando carácter unitario al viaje.⁷²

En ocasiones los tribunales también aplicarán la regulación del contrato de obra (arts. 1588-1600 CC) al contrato de viaje. Aun no existiendo una línea jurisprudencial española suficientemente consolidada, sobre todo por la falta de sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia,⁷³ lo cierto es que algunas sentencias de tribunales menores pronto atribuyen un mismo tratamiento a ambas modalidades contractuales. Así, por ejemplo puede traerse a colación la sentencia del Juzgado Municipal de Valencia, de 31 de diciembre de 1953,⁷⁴ que declara lo siguiente:

“[q]ue la característica del reseñado contrato *à forfait* no es otra que la de un contrato de resultado a producir por la actividad, trabajo u organización de la Agencia de viajes, contrato previsto en el artículo 1544 del Código Civil, en que la finalidad perseguida es esencialmente presenciarse, con los efectos pactados, el partido de fútbol a que se refiere el contrato, y de cuya realización responde la Entidad demandada aun en el supuesto del caso fortuito o fuerza mayor, como disponen los artículos 1589 y 1590 del mencionado Código, ya que la finalidad perseguida por el comitente no es otra que el resultado que ha de producirse, de donde se desprende que hasta ese momento los riesgos han de ser soportados por la Agencia de viajes.”⁷⁵

Esta construcción doctrinal permitirá al consumidor hacer efectivo su derecho a reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por incumplimiento contractual directamente frente a la agencia de viajes mayorista, también en el supuesto en que las prestaciones sean realizadas por los prestadores de los servicios (vgr. transportistas, hoteleros) contratados por aquéllas

⁷²En general, sobre el contrato de obra (arts. 1588-1600 CC), Pablo SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil (artículo 1588)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1175-1182.

⁷³Con todo, Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *La jurisprudencia relativa al contrato de viaje organizado por agencia*, AC, núm. 1, 1996, págs. 109-127, considera que en el momento de promulgarse la Ley 21/1995, de 6 de julio, *para la regulación de los viajes combinados*, la jurisprudencia española ha superado la calificación del contrato celebrado con la agencia de viajes como contrato de mandato.

⁷⁴Sentencia del Juzgado Municipal de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, núm. 112, 1954, págs. 176-178.

⁷⁵Más recientemente, SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Marcial Subiras Roca, AC 1458. .

para el cumplimiento del contrato de viaje; lo que tendrá un significado especial en este ordenamiento, en donde falta una regulación específica de Derecho privado que fije con claridad el ámbito de responsabilidad de las agencias de viajes.

Resulta suficientemente explícita la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de diciembre de 1993,⁷⁶ al declarar la responsabilidad contractual de la agencia de viajes por la deficiencias apreciadas en las prestaciones de un viaje a Luxor (Egipto):

"[p]or lo que se refiere al problema específico de si la Agencia de Viajes, como tal, es responsable directo frente al consumidor o sólo un mero intermediario, hay que señalar que la doctrina mayoritaria se muestra absolutamente reacia a aceptar la tesis de que la obligación asumida por la agencia frente al cliente se agote con el despliegue de la diligencia adecuada, remitiéndose en cuanto al resultado a la responsabilidad de quien preste directamente los servicios, sino que es criterio mayoritariamente consolidado el de estimar que la agencia responde también ante el consumidor de que el resultado contratado responda a los términos de la oferta. En efecto, cuando la agencia asume el encargo del cliente de procurarle la totalidad de los servicios turístico comprendidos en el paquete, su compromiso comprende, en realidad, algo más que el desplegar la diligencia adecuada, pues se trata de lograr un resultado tangible, aunque no tenga un contenido material. Cabe, por tanto, asimilar en cuanto a su naturaleza estos contratos a los de arrendamiento de obra (art. 1544 del Código Civil), con lo que el régimen de responsabilidad de la agencia incluye no sólo el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones que integran el viaje provenientes de su propia actuación sino también las precedentes de las actuaciones poco diligentes de quienes suministran las prestaciones sub-contratadas (sic) (art. 1596 del Código civil)".

En línea con las declaraciones de esta sentencia, la aplicación de la regulación del contrato de obra al contrato de viaje que tiene por objeto los denominados «paquetes turísticos» debiera haber facilitado la declaración de responsabilidad contractual de las agencias por los actos realizados por cualquier auxiliar utilizado en el cumplimiento del contrato de viaje, sean cuales fueren las relaciones existentes entre el tercero-auxiliar y el deudor-principal (vgr. empresarios autónomos, empleados) (art. 1596 CC: "[e]l contratista es respon-

⁷⁶ SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr.Cándido Conde-Pumpido Tourn, AC 2405.

sable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra").⁷⁷ Responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes que debiera haberse fundado no en su culpa personal (*in eligendo, in vigilando*) en relación a la utilización de los segundos sino en el hecho objetivo de la utilización voluntaria de terceros auxiliares en el ámbito del propio cumplimiento por parte de las agencias.⁷⁸

Con todo, la práctica de los tribunales españoles anterior a la regulación del contrato de viaje combinado dista mucho de llevar a cabo una delimitación de la responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes en esos términos. En general, los órganos judiciales parecen sucumbir frente al criterio jurisprudencial tendente a aplicar la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del empresario por los hechos de sus dependientes (art. 1904.3 CC) para resolver esta cuestión;⁷⁹ y, en particular, el frecuente recurso a la institución de la representación indirecta utilizado para declarar la responsabilidad contractual de la agencia de viajes minorista en no pocas ocasiones excluye la responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes mayoristas por los actos de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento.

2. Regulación del contrato de viaje combinado

2.1. Artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE: implementaciones de algunos Estados miembros

A continuación cabe delimitar cuáles van a ser los sujetos responsables contractuales frente al consumidor de acuerdo con la regulación comunitaria del

⁷⁷ Así, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 329, interpreta en esos términos el artículo 1596 del Código civil, no solamente por la amplitud de la expresión legislativa ("[terceras] personas que [el contratista] ocupare en la obra"), sino también con base en una interpretación del mismo conforme a la realidad social del tiempo presente (art. 3.1 CC).

⁷⁸ Como se ha señalado, la regulación alemana también aproxima el régimen aplicable al contrato de viaje al contrato de obra (*Werkvertrag und ähnliche Verträge*) (§§ 631-651 I BGB) y prevé un criterio objetivo de imputación de responsabilidad del deudor por los daños causados por los auxiliares (cfr. § 278 BGB). Lo que difiere del artículo 15 CIB que, como se ha indicado, declara la responsabilidad del organizador por los perjuicios sufridos por el consumidor en la ejecución de los servicios, a menos que aquél pruebe que ha seleccionado de un modo diligente al prestador de dichos servicios.

⁷⁹ *Infra* § I.2.2 C).

contrato de viaje. El apartado primero del artículo 5 Directiva 90/314/CEE establece lo siguiente:

"[l]os 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 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 detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios".

El artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE no se pronuncia exactamente sobre si será responsable contractual frente al consumidor del viaje el organizador, el detallista, o ambos a la vez, dejando la decisión de esta cuestión a cada legislador nacional.

La ambigüedad en torno a los sujetos responsables contractuales se hace notar en el trascurso de los trabajos preparatorios de la regulación comunitaria. En un primer momento, el artículo 5 de la Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión europea el día 23 de marzo de 1988,⁸⁰ señalaba que "con respecto al consumidor, la responsabilidad derivada de cualquier deficiencia en el suministro de esos servicios [a facilitar al consumidor en virtud del contrato de viaje] recaerá en el organizador o (en aquellos Estados miembros que así lo prefieran) en el detallista". Interpretado en términos literales, se trataba de una insólita disyuntiva a concretar por parte del legislador nacional. A esa redacción pronto el Parlamento europeo introdujo una enmienda, señalando que la responsabilidad frente al consumidor de viajes "será solidaria y mancomunadamente compartida por el organizador y el detallista".⁸¹ Con ello se excluía la posibilidad de que los Estados miembros declararan la responsabilidad únicamente del organizador o, lo que aún podía resultar más controvertido, del detallista; mas no se advertía la contradicción de los nuevos términos utilizados, que hacían referencia a dos formas de organizar la responsabilidad de una pluralidad de deudores (organizador y detallista) con carácter acumulativo. En cualquier caso, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre esta

⁸⁰ DOCE núm. C 96, de 12 de abril de 1988, págs. 5-9.

⁸¹ Véanse las modificaciones aportadas por el Parlamento europeo al texto de la Propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo *sobre una directiva a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinados y los circuitos combinados*, de 15 de febrero de 1989. DOCE núm. C 69, de 20 de marzo de 1989, págs. 95-110.

Propuesta, de 23 de febrero de 1989, no se detuvo en estas consideraciones y se limitó a celebrar "la propuesta en la que se responsabiliza civil y generalmente a los detallistas de la calidad de sus servicios, como ya es el caso de los fabricantes y/o detallistas de productos";⁸² el mismo dictamen añadía que "los detallistas se encuentran en una posición dominante respecto a la del turista aislado en lo referente a la reparación de los daños provocados por hoteles o transportistas, en materia de seguridad e higiene"; sin embargo, aparte de mostrarse favorable a establecer la responsabilidad del detallista de viajes combinados, el Comité Económico y Social terminaba opinando que en el apartado segundo del artículo 5 de la Propuesta sería preciso especificar al consumidor la persona en quien recae la responsabilidad en cada caso". Aun así, cuando parecía consolidarse la responsabilidad tanto del organizador como del detallista en los trabajos preparatorios de la regulación comunitaria, la Propuesta modificada de Directiva, presentada por la Comisión europea el día 6 de julio de 1989,⁸³ mantiene la redacción de la Propuesta inicial, señalando que "con respecto al consumidor, la responsabilidad derivada de cualquier deficiencia en el suministro de esos servicios [a facilitar al consumidor en virtud del contrato de viaje] recaerá en el organizador o (en aquellos Estados miembros que así lo prefieran) en el detallista". Por último, será la Posición común adoptada por el Consejo, el día 22 de febrero de 1990, con vistas a la adopción de la Directiva, la que establecerá la redacción final de la norma comunitaria, al prescribir que "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"; la Exposición de motivos del propio Consejo a esa Posición común, de 2 de marzo de 1990, se limita a señalar que el "Consejo ha preferido dejar a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre la responsabilidad del organizador, la responsabilidad del detallista o la responsabilidad solidaria de ambos, por considerar que lo que realmente se pretende garantizar con la Directiva es que el consumidor sepa claramente a quién debe dirigirse para obtener una indemnización".

⁸² DOCE núm. C 102, de 24 de abril de 1989, págs. 27-30.

⁸³ COM (89) 348 final. Texto publicado en el DOCE núm. C 190, de 27 de julio de 1989, págs. 10-20.

Dejando de lado el tortuoso proceso de elaboración del artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE, el caso es que este precepto ha renunciado a la uniformidad entre las regulaciones de los Estados miembros en cuanto a la determinación de los sujetos responsables contractuales frente al consumidor.

Las divergencias entre las regulaciones nacionales van a proceder, en primer lugar, del uso que los distintos Estados hagan de la opción de declarar responsable a un único sujeto (organizador o detallista), o bien de hacer responder a ambos (organizador y detallista).

Algunas regulaciones de los Estados miembros hacen responder únicamente al organizador frente al consumidor del viaje (Alemania, Holanda).⁸⁴ Previsión que simplifica el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual del consumidor, sin perjuicio de las eventuales acciones del organizador frente a los demás sujetos que puedan intervenir en el cumplimiento del contrato de viaje (vgr. detallista, prestadores de servicios).

Ello contrasta con otras regulaciones del contrato de viaje, las cuales conforman al organizador y detallista como distintos deudores que, en su caso, pueden devenir responsables contractuales frente al consumidor del viaje.

Por lo que se refiere a las últimas regulaciones, va a surgir, además, un segundo motivo de divergencia, según cual sea el modelo de organización de la responsabilidad de la pluralidad de deudores (organizador y detallista) que adopten. Ello se debe a que artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE prevé que puedan responder frente al consumidor el organizador y el detallista, pero no dispone en qué medida deberá responder cada uno de los mismos.

En este punto, la cuestión todavía deviene más controvertida si se tiene en cuenta que las distintas transposiciones que admiten la responsabilidad contractual tanto del organizador como del detallista no delimitan con suficiente claridad su ámbito respectivo de responsabilidad, como se verá a continuación:

⁸⁴ La regulación alemana del contrato de viaje ha mantenido la redacción anterior a la regulación comunitaria, de modo que el organizador aparece como el único sujeto responsable contractual frente al consumidor (§ 651 f BGB). Por la misma solución ha optado el artículo 507.2 holandés, el cual únicamente se refiere al organizador (*reisovereenkomst*) como parte del contrato frente al consumidor.

Francia. La regulación francesa declara responsable contractual frente al consumidor a toda persona física o jurídica que se dedique a la organización o venta del viaje, sin mayores especificaciones (art. 23 en relación con el art. 1 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*).

Inglaterra. La *Regulation 15 (1)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992 inglesa, se limita a prescribir la responsabilidad de la otra parte del contrato ("[t]he other party to the contract is liable to the consumer") frente al consumidor; y aquella puede corresponder al organizador ("organiser") o al detallista ("retailer"), o a ambos (cfr. *Regulation 2 (1)*).

Irlanda. Acaso la regulación irlandesa sea de las más explícitas en lo concerniente a la delimitación de la responsabilidad del organizador y detallista. La *Section 20 (5)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, establece, en términos generales, la responsabilidad contractual del organizador frente al consumidor, con independencia de que las obligaciones deban ser ejecutadas por el organizador, detallista o prestadores de servicios; y sin perjuicio de las eventuales acciones del organizador frente al detallista o prestadores de servicios. Y la *Section 11 (4)* declara que el detallista deberá compensar al consumidor por cualquier daño causado como consecuencia directa de la confianza del consumidor en la información falsa o engañosa contenida en un folleto o material descriptivo (*brochure or descriptive matter*) facilitado por el detallista, o dada por el detallista con relación al folleto o material descriptivo.

Italia. El artículo 14.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* establece que el organizador (organizzatore) y el detallista (venditore) deberán resarcir el daño que sea consecuencia de la falta o inexacto incumplimiento de las obligaciones asumidas con la venta del paquete turístico, según la responsabilidad respectiva (secondo le rispettive responsabilità).⁸⁵

⁸⁵ Por su lado, la regulación austriaca del contrato de viaje no delimita los sujetos responsables contractuales frente al consumidor (§ 31 de la *Bundesgesetz Nr.247/1993, mit dem das Konsumentenschutzgesetz zur Anpassung an das EWR-Abkommen geändert wird*; en adelante, KschG); y el artículo 14.1 de la *Bundesgesetz über Pauschalreise* suiza, de 18 de junio de 1993 (en adelante, PaRG) establece que el organizador o el detallista que sea parte en el contrato responde frente al consumidor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, independientemente de si las prestaciones del contrato tienen que ser realizadas por él mismo u otros prestadores de servicios.

La mayoría de estas regulaciones no fijan un criterio que permita la exacta delimitación de la responsabilidad contractual correspondiente a organizador y detallista. Con todo, cabe entender que en la mayoría de casos parecen existir suficientes elementos normativos para afirmar que las obligaciones asumidas por el organizador frente al consumidor en la relación contractual serán sustancialmente distintas de aquellas obligaciones asumidas por el detallista del viaje;⁸⁶ lo cual excluirá el régimen de solidaridad entre organizador o detallista, en el sentido de que el consumidor no podrá exigir a cualquiera de ellos la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato de viaje.

Por lo demás, las distintas regulaciones nacionales excluyen el temor surgido durante el proceso de implementación de la Directiva 90/314/CEE, por entender que con el uso de la expresión "el organizador y/o detallista" la norma comunitaria estaría autorizando a los Estados miembros a excluir la responsabilidad del organizador por la falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.⁸⁷ La transposición de la regulación a los distintos ordenamientos pone de manifiesto que esta circunstancia no se da en ninguno de ellos.

En cualquier caso, la indefinición del artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE ha provocado que la determinación del sujeto responsable frente al consumidor por incumplimiento del contrato de viaje dependa de cuál sea la regulación es-

⁸⁶ Por ejemplo, para el Derecho italiano, véase, Anna BOTTI, "Il contratto di intermediazione di viaggio alla luce del recente Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva 90/314/CEE", en Gabriele SILINGARDI/Alfredo ANTONINI/ Francesco MORANDI, *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, 627-639, págs. 635-636; y Laura PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, págs. 67-73. Cfr. MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs.62-66.

⁸⁷ Vide Stefano ZUNARELLI, *Package Travel Contracts: Remarks on the European Community Legislation*, Fordham Int. Law Journal 7 (1994), 489-510, págs. 500 y 507. El autor advertía sobre la posibilidad de que los Estados miembros declararan responsable frente al consumidor únicamente al detallista; así como de que el organizador fuera considerado, en tal caso, como subcontratado o mandatario del detallista, cuya función consistiría en la conclusión de contratos con los prestadores de los servicios para el cumplimiento del contrato de viaje.

tatal aplicable, puesto que los Estados miembros han resuelto esta cuestión de un modo no uniforme.⁸⁸

En cambio, el artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE permite al consumidor hacer efectivo su derecho a reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por incumplimiento contractual directamente frente al organizador y/o detallista que sean parte del contrato de viaje, tanto en el supuesto de que los mismos presten directamente los servicios del viaje (vgr. transporte, alojamiento u otros) como en el caso en que éstos utilicen prestadores en la ejecución de dichos servicios. La omisión de cualquier otra referencia a los prestadores de los servicios en el precepto excluye a éstos de la responsabilidad contractual frente al consumidor, los cuales, por tanto, únicamente podrán ser considerados como auxiliares del organizador y/o detallista en el cumplimiento del contrato de viaje (cfr. art. 15 CIB). Todo lo cual podrá facilitar la efectividad del derecho del consumidor a reclamar indemnización por los daños contractuales sufridos.

2.2. Derecho español

A) Sujetos responsables: organizador o detallista. Su pretendida condición de agencia de viajes

El apartado primero del artículo 11 LVC establece que el organizador y el detallista serán, en su caso, los sujetos responsables contractuales frente al consumidor ("[l]os organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor [...] del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de contrato").

Por lo que se refiere al organizador, el punto segundo del artículo 2 LVC lo define en los siguientes términos:

"[o]rganizador: 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".

Esa definición coincide sustancialmente con la contenida en el punto segundo del artículo 2 Directiva 90/314/CEE ("[o]rganizador: la persona que

⁸⁸ Advierte sobre la falta de uniformidad en la determinación de los sujetos responsables, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 158.

organiza de forma no ocasional viajes combinados y los vende u ofrece a la venta, directamente o por medio de un detallista"), su precedente más inmediato.

Durante el proceso de elaboración de la Directiva 90/314/CEE se planteó si el organizador debía ser profesional. Frente a la Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión europea el día 23 de marzo de 1988,⁸⁹ la cual exige expresamente al organizador una actuación "en el ejercicio de su profesión", el Dictamen del Comité Económico y Social, de 23 de febrero de 1989, a los artículos 2 y 3 de la Propuesta de Directiva expresa lo siguiente:⁹⁰

"[e]l comité no está satisfecho con la definición del término "organizador", ya que no incluye a organizadores no profesionales como los clubs privados. Así resulta de la frase que define al organizador "como persona que, en el ejercicio de su profesión, organiza el viaje combinado...". El hecho de que esta definición sea la utilizada en el Convenio de Bruselas de 1970 queda contrarrestada por el hecho de que dicho Convenio fue ratificado tan sólo por dos Estados miembros (Bélgica e Italia) y las iniciales directrices de la Comisión sobre el turismo la describen como "inadecuada". El Comité desearía que se procediera a una revisión de esta definición."

Aunque la observación del Comité Económico y Social no trascenderá explícitamente en la redacción definitiva del punto segundo del artículo 2 Directiva 90/314/CEE,⁹¹ el caso es que en ésta no se exige al organizador que organice viajes combinados en ejercicio de su profesión sino, simplemente, que lo haga "de forma no ocasional". De ese modo, cabe entender que la noción de "no ocasionalidad" utilizada por la regulación no tiene porqué coincidir con el carácter profesional del organizador.⁹² Así, la fórmula del punto segundo del artículo 2 LVC tendría dos objetivos: el primero, excluir del ámbito de aplicación de la regulación a aquellas personas que únicamente organizan viajes de un modo muy ocasional; y el segundo, evitar que aquellas personas que organizan viajes

⁸⁹ DOCE núm. C 96, de 12 de abril de 1988, págs. 5-9.

⁹⁰ DOCE núm. C 102, de 24 de abril de 1989, págs. 27-30.

⁹¹ Véase la Propuesta modificada de Directiva sobre viajes combinados que la Comisión europea presentó posteriormente, el día 6 de julio de 1989 (DOCE núm. C 190, de 27 de julio de 1989, págs.10-20 (COM(89) 348 final-SYN 122).

⁹² En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 120-122 .

combinados al margen de la profesión (vgr. sin la condición de agencia de viajes) puedan eludir fácilmente el régimen previsto por esa regulación en perjuicio de los intereses del consumidor.⁹³

Por su lado, el punto tercero del artículo 2 LVC define el detallista en los términos siguientes:

"[d]etallista: la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador".⁹⁴

Está claro, pues, que el detallista de viajes combinados únicamente puede vender u ofrecer en venta el viaje propuesto por un organizador; aunque el detallista puede no intervenir en el contrato de viaje, cuando el organizador venda el viaje directamente al consumidor (cfr. punto segundo del art. 2 LVC). Además, al detallista no se le exige habitualidad en el ejercicio de su actividad, a diferencia de lo que sucede en el caso del organizador.

Las definiciones de organizador y detallista contenidas en la regulación española del contrato de viaje en sí mismas consideradas no plantean mayores dificultades; aunque estas últimas surgen cuando tales definiciones son puestas en relación con la noción tradicional de agencia de viajes, tan arraigada en el ordenamiento español.

Por de pronto, es evidente que la regulación del contrato de viaje no exige que concurra en el organizador o detallista la condición de agencia de viajes. Ello se debe a que la Directiva 90/314/CEE recoge la concepción de aquellos

⁹³ Hace la misma interpretación, aunque con relación a la noción de organizador de viajes contenida en el punto quinto del artículo 1 de la Convención de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativa al contrato de viaje* ("qualunque persona che abitualmente assuma l'impiego definito al paragrafo 2, sia a titolo de attività principale o meno, sia a titolo professionale o meno"), Salvatore MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Una difficile «omogeneizzazione»*, RaDC, 1998-4, 799-807, pág. 804.

⁹⁴ También en esa ocasión la definición coincide en gran parte con la contenida en su antecedente, el punto tercero del artículo 2 Directiva 90/314/CEE, que dispone lo siguiente: "[d]etallista: la persona que vende u ofrece a la venta el viaje combinado establecido por un organizador".

Estados miembros en que rige un mayor grado de liberalismo profesional en este sector económico (p.ej. Alemania, Inglaterra, Suiza). Frente a esa circunstancia, el legislador español se limita a transponer miméticamente la norma comunitaria, sin introducir modificaciones en dichas definiciones en orden a exigir al organizador y detallista la condición de agencia de viajes (puntos segundo y tercero del artículo 2 LVC).

Aun así, no puede ignorarse que la norma comunitaria resulta controvertida en aquellos ordenamientos en los que, como el español, el ejercicio de actividades tales como la mediación en la venta de servicios sueltos, u organización y venta de los denominados «paquetes turísticos» está reservado en exclusiva a las Agencias de Viajes que obtengan el título-licencia correspondiente por parte de la Administración (art. 2.2 OMAAV); y en donde se establece, como regla general, que "[l]as personas físicas o jurídicas, Instituciones, Organismos y entidades de cualquier orden, tanto públicas como privadas que oferten al público la realización de viajes, habrán de hacerlo a través de una Agencia de Viajes legalmente constituida" (art. 36.1 OMAAV).⁹⁵

En el Derecho español se ha afirmado que la Directiva 90/314/CEE viene a autorizar a grupos parroquiales, asociaciones recreativas e, incluso, compañías aéreas el ejercicio de una actividad profesional de organización y venta de viajes combinados hasta el momento reservado a las agencias.⁹⁶ Se trata de una sensación de intrusismo profesional que aún puede aumentar si se tienen en cuenta otros aspectos normativos. En la medida que los sujetos que aparecen legitimados para organizar y vender viajes combinados pueden ser personas físicas o jurídicas —la norma comunitaria se refiere a "personas", sin más especificaciones, y la implementación española lo reconoce explícitamente—, la regulación del contrato de viaje admite la posibilidad de que el organizador y detallista no tengan la forma societaria mercantil que el artículo 1.1 OMAAV exige a las agencias de viajes en los términos siguientes:

⁹⁵ Sobre las dos concepciones de los Estados miembros en lo referente a la aptitud de los sujetos para concluir el contrato de viaje, una liberal y la otra de atribución exclusiva de esa actividad a las agencias de viajes autorizadas por la Administración (p.ej. Bélgica, Francia, Italia), se puede consultar BOULANGER, *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, cit., págs. 19-20.

⁹⁶ Así, Adolfo AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, RDM, núm. 206, 1992, 819-862, págs. 839-840.

"[t]ienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas constituidas en forma de Sociedad Mercantil, Anónima o Limitada, que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos".

Si únicamente atendemos a las definiciones legales de organizador y detallista, aquellos que no reúnan la condición de agencia de viajes podrán tener otra forma distinta a las mencionadas en esta disposición (vgr. sociedad civil, asociación, fundación).

Razonamientos como éstos explican que en la transposición española de la Directiva 90/314/CEE se introduzca una Disposición adicional segunda a la Ley, conforme a la cual:

"[a] los efectos de lo previsto en la presente Ley, el organizador y el detallista deberán tener la consideración de Agencia de Viajes de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto".

Entonces surge una contradicción entre las nociones legales de organizador y detallista (puntos segundo y tercero del art. 2 LVC) y esa Disposición adicional. Por un lado, las definiciones del organizador y detallista admiten explícitamente que una persona física pueda actuar como organizadora o detallista del viaje.⁹⁷ Por el otro, la Disposición adicional segunda prescribe que todo organizador y detallista deberán tener la condición de agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto. La regulación administrativa de la actividad de la agencia de viajes actualmente vigente exige que las agencias de viajes sean personas jurídicas (art. 1.1 OMAAV). Con lo cual no queda claro cuál debe ser la condición de los sujetos responsables frente al consumidor.⁹⁸

⁹⁷ Compárese con la regulación inglesa, que se refiere exclusivamente a la expresión "persona", transcribiendo literalmente la norma comunitaria (*Section 2 (1) The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations 1992*); y con la regulación alemana, que sólo emplea el término "organizador" (*Reiseveranstalter*) (§ 651 a Abs.1 BGB).

⁹⁸ La transposición italiana de la Directiva 90/314/CEE resuelve esta cuestión definiendo al organizador (*organizzatore*) como aquél que, en posesión de la autorización prevista en el artículo 9 de la Ley de 17 de mayo de 1983, núm. 217 [contiene la definición de las agencias de viajes y turismo], realiza la combinación de los elementos del viaje y se obligan a procurar el paquete turístico —directamente o mediante el detallista; y la misma regulación define al detallista (*venditore*) como aquél que, en posesión de la misma autorización, vende, o se obliga a procurar paquetes turísticos a cambio de un precio global (arts. 3 y 4 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*).

Frente a esta contradicción normativa, la mayoría de la doctrina sostiene que tanto el organizador como el detallista de viajes combinados deberán tener la condición de agencia de viajes a los efectos de lo previsto en la regulación del contrato de viaje.⁹⁹ De algún modo, se hace primar la previsión de Disposición adicional segunda a la Ley por encima de las nociones de organizador y detallista contenidas en los puntos segundo y tercero del artículo 2 LVC.

Esa interpretación se ha impuesto en algunas regulaciones autonómicas de la actividad de las agencias de viajes, las cuales no sólo reservan la actividad de organización y venta de viajes combinados en exclusiva a las agencias de viajes sino que, además, obligan a éstas a tener forma de sociedad mercantil, anónima o limitada (Cataluña, Canarias).¹⁰⁰

Sin embargo, cabe entender que la regulación del contrato de viaje será aplicable a cualquier persona que organice, venda u ofrezca en venta el viaje combinado, con independencia de si tiene o no la condición de agencia de viajes.

De ese modo, se respetan las definiciones de organizador y detallista contenidas en la norma comunitaria (puntos segundo y tercero del art. 2 Directiva 90/314/CEE), evitando la necesidad de acudir a una regulación ajena a la rela-

⁹⁹ Véase, por ejemplo, Nélida TUR FAÚNDEZ, *El contrato de viaje combinado: notas sobre la ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*, AC, 1996, I, 209-231, págs. 211-213; también parece mantener ese criterio Natalia ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, AC, núm. 7, 1998, 13-31, pág. 19, quien advierte de las dificultades resultantes de la concurrencia de un doble régimen de responsabilidad —la responsabilidad del organizador y la del detallista— en un mismo sujeto: la agencia de viajes. La autora añade, no obstante, que tal inconveniente resulta salvado en la mayor parte de los contratos de viaje con el incumplimiento de la letra i) del artículo 3.1 LVC, que exige la inclusión del nombre y domicilio del organizador en el programa de viaje.

¹⁰⁰ Tal es el caso, por ejemplo, del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, *de reglamentació de les agències de viatges* (arts. 1.1 y 2.2); también, Decreto 176/1997 del Gobierno canario, de 24 de julio, *de regulación de las Agencias de Viajes* (BO Canarias núm. 100, de 6 de agosto) (art. 1).

tiva al contrato de viaje combinado y reguladora de los denominados "paquetes turísticos" (art. 2.1 RDAAV) para delimitar el ámbito de aplicación de aquélla.

Con esa interpretación conforme a la Directiva 90/314/CEE se amplía el ámbito de aplicación de la norma comunitaria y, en consecuencia, el nivel de protección del consumidor: el consumidor podrá hacer efectivo el régimen de responsabilidad previsto en la regulación frente a cualquier persona que actúe como organizadora o detallista (vgr. entidades bancarias, grupos parroquiales, asociaciones recreativas), aunque la misma no tenga la condición de agencia de viajes. Ello se ajusta perfectamente al carácter de Directiva de mínimos de esa regulación (art. 8 Directiva 90/314/CEE).

La posibilidad del consumidor de actuar contra el organizador o detallista que no tenga la condición de agencia de viajes prevalece en los ordenamientos de otros países.¹⁰¹ Dejando de lado aquellos ordenamientos en que tradicionalmente ha habido un menor intervencionismo en el mercado de viajes,¹⁰² tal es la tendencia que se aprecia incluso en aquellos otros ordenamientos en que las agencias de viajes han desempeñado un rol casi exclusivo en la contratación de viajes con anterioridad a la aprobación de la Directiva 90/314/CEE.

En efecto, el artículo 9 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francesa atribuye la aptitud profesional para llevar a cabo esas actividades no solamente a agencias de viajes, sino también a empresas mandatarias de agencias de viajes, asociaciones u organismos sin ánimo de lucro y asociaciones locales autorizadas. Por su lado, la regulación italiana permite actuar como organizadores o detallistas de viajes combinados a las asociaciones sin ánimo de lucro previstas en el artículo 10 de la Ley 217/1983, de 17 de mayo, que no puedan calificarse como agencias de viajes, con los límites correspondientes, esto es, siempre que las mismas actúen a favor de sus asociados y no del público en general (cfr. arts. 3 y 4 del Decreto legislativo 111/1995, de 17

¹⁰¹ Vide TONNER, *Reiserecht in Europa*, cit., págs. 67-68.

¹⁰² Por ejemplo, para el Derecho alemán, Ernst FÜHRICH, *Reiserecht von A-Z*, München, Beck-Rechtsberater, 1995, págs.154-155; e Irmtraud NIES, *Reisebüro*, München, Verlag C.H.Beck, 1996, págs. 1-11. La jurisprudencia permite organizar viajes a sociedades deportivas o comunidades parroquiales, a las cuales aplica la regulación del contrato de viaje (NJW, 1982, 1683).

de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*).¹⁰³ Y, en la misma línea, el artículo 2.1 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués incluye la "organización y venta de viajes turísticos" entre la actividades propias de las agencias de viajes.¹⁰⁴ La doctrina de ese país considera que la reserva en exclusiva de dicha actividad para las agencias de viajes resultante de la disposición no tiene carácter absoluto, toda vez que a continuación la misma regulación permite su ejercicio a otros sujetos: en primer lugar, a entidades de distinta naturaleza que no sean agencias de viajes ("associações, misericórdias, mutualidades, instituições privadas de solidariedade social, institutos públicos, cooperativas [...] e as entidades análogas"), cuyo objeto recaiga sobre las actividades previstas en el artículo 2.1 del Decreto-ley y que ejerzan para sus respectivos asociados, beneficiarios y cooperadores sin fin lucrativo y con carácter regular (art. 3.4);¹⁰⁵ y en segundo lugar, a las personas físicas o jurídicas previstas en el artículo 3.4 del Decreto-ley que, sin regularidad ni fin lucrativo, organizan viajes turísticos para terceros para un número mínimo de nueve participantes (art. 3.5).¹⁰⁶

Ciertamente, esas regulaciones exigen más requisitos administrativos al organizador o detallista de viajes combinados para su actuación en el mercado;

¹⁰³ Véase BOTTI, "Il contratto di intermediazione di viaggio alla luce del recente Decreto legislativo di attuazione della Direttiva 90/314/CEE", cit., pág. 629; también, ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, cit., págs. 6-9.

¹⁰⁴ El legislador portugués se refiere genéricamente a agencias de viajes (*agências de viagens e turismo*), sin precisar la distinción entre organizadores y detallistas contenida en los puntos segundo y tercero de la Directiva 90/314/CEE. Solamente en algunas disposiciones del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, aparece una referencia a agencia organizadora (*agência organizadora*) y detallista (*agência vendedora*) (art. 22.1, letra a y b; art. 39.3). En cambio, se impone una notoria protección de las agencias frente al intrusismo profesional en la actividad de organización de viajes. Conforme al artículo 3.1 de la misma norma, únicamente las empresas que posean el título-licencia de agencia de viajes podran ejercer las actividades previstas en el artículo 2.1, sin perjuicio de lo previsto en los apartados siguientes. La infracción del primer precepto es objeto de una sanción administrativa que se cifra entre los 3.000.000 y 6.000.000 de escudos portugueses (art. 57.1, letra a y art. 57.2).

¹⁰⁵ Vide MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 90-92, quien se plantea qué va a suceder cuando en esos viajes participen personas que no pertenezcan a las entidades organizadoras, como sucederá frecuentemente en los casos en que los asociados, cooperantes o beneficiarios pretendan viajar acompañados de miembros de su familia que no lo sean.

¹⁰⁶ El artículo 53.2 del Decreto-ley portugués prescribe la aplicación de la regulación del contrato de viaje combinado (arts. 17 a 51), con las adaptaciones necesarias, a las entidades previstas en el artículo 3.4.

mas, en ningún caso, la condición de organizador y detallista se atribuye exclusivamente a las agencias de viajes autorizadas.¹⁰⁷

Ello contrasta con la Disposición adicional segunda de la Ley española, que prescribe que el organizador y el detallista deberán tener la consideración de agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa. Normativa que, sin embargo, establece que "[p]odrán, no obstante, realizar la organización de viajes aquellas Entidades, Asociaciones o Instituciones y Organismos que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes: a) que se efectúen sin ánimo de lucro; b) que vayan dirigidos única y exclusivamente a sus miembros y no al público en general; c) que no utilicen medios publicitarios para su promoción ni sean de general conocimiento; d) que se realicen de forma no ocasional y esporádica; e) que se organicen sin apoyatura administrativa o de personal específica para la organización de tales viajes (art. 36.2 OMAAV); y normativa que, además, añade que "[e]xcepcionalmente, la Administración Turística competente podrá autorizar a determinados Organismos Públicos la organización y promoción de viajes sin ánimo de lucro, en función de acuerdos o de su participación en Organismos Internacionales que exijan esta condición" (art. 36.3 OMAAV); lo que no hace sino poner de relieve la enorme restricción que se deriva de la regulación española del contrato de viaje.¹⁰⁸

Cualquier persona que actúe como organizadora o detallista frente al consumidor podrá devenir responsable por incumplimiento del contrato. En ese punto cabe proponer para el Derecho español la adopción del modelo de los Estados que no establecen restricción administrativa alguna en la actividad comercial de organización y venta de viajes combinados; en este punto, tal modelo parece preferible incluso frente a la tendencia consistente en abrir un poco más la actividad a otras personas que no tengan la condición de agencias de

¹⁰⁷ Cabe preguntarse hasta qué punto debe tener lugar la equiparación entre viajes organizados con ánimo de lucro por agencias de viajes y aquéllos sin ánimo de lucro organizados por otras entidades. Para el Derecho portugués, véase Miguel MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 94-95.

¹⁰⁸ Lo pone de manifiesto, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 123. Es más, incluso varias asociaciones empresariales de agencias de viajes han impugnado algunos aspectos de la regulación administrativa estatal (RDAAV, OMAAV) con base en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), aunque el Tribunal Supremo ha desestimado los distintos recursos contencioso-administrativos interpuestos (vide STS, de 1 de julio de 1991, Sala 3.^a, Ponente: Sr. José Luis Ruiz Sánchez, RAJ 6455; y STS, de 10 de mayo de 1992, Sala 3.^a, Ponente: Sr. José María Morenilla Rodríguez, RAJ 3820).

viajes, acogida por las últimas regulaciones mencionadas. Nótese que ni siquiera este modo de proceder, impuesto por una simple remisión a la regulación administrativa, resulta acorde con las nociones de organizador y detallista de la regulación del contrato de viaje. La Ley no exige que concurren todos los requisitos previstos por la regulación administrativa (p.ej. sin ánimo de lucro) (art. 36.2 OMAAV) para que las entidades, asociaciones, instituciones u organismos puedan actuar como organizadores o detallistas de viajes combinados (puntos segundo y tercero del art. 2 LVC).

Esa interpretación parece ajustarse a la opinión que tiene la Comisión de las Comunidades Europeas acerca de qué personas pueden ostentar la condición de organizadoras o detallistas de viajes combinados. En este sentido, la Pregunta escrita número 2887/91, formulada por el Sr. Richard Simmonds a la Comisión europea el día 5 de diciembre de 1991,¹⁰⁹ expresa a esta institución el temor por la obligación de la industria turística de la isla de Wight (Inglaterra), la cual debe ofrecer "paquetes" (sic) que incluyen el precio del alojamiento y el pasaje del trasbordador que lleva a la isla, de tener que invertir sumas considerables de dinero para asegurar estos paquetes para cumplir con lo establecido en la Directiva 90/314/CEE. El Sr. Richard Simmonds apunta que esa obligación puede significar una carga financiera insostenible, en particular, para los propietarios de pequeños hoteles y pensiones. A la pregunta sobre si la Comisión piensa presentar alguna propuesta para corregir esta situación, el Sr. Van Miert se limita a señalar, en nombre de la misma, con fecha 31 de marzo de 1992, que si los propietarios de hoteles organizan y ofrecen a los visitantes, no sólo alojamiento, sino también transporte, éstos deberían facilitar a la Comisión más información para dar una respuesta definitiva a esta cuestión. Aun faltando una decisión más explícita por parte de la Comisión europea, ésta no descarta con su respuesta que esos hoteleros puedan actuar como organizadores de viajes combinados.

El hecho de que cualquier persona que actúe como organizadora o detallista frente al consumidor pueda ser responsable frente al consumidor se adecúa, además, a la situación que debe regir para que exista una libre competencia en el mercado de viajes combinados.¹¹⁰ En este sentido, la resolución del Tribunal

¹⁰⁹ DOCE núm. C 209, de 15 de agosto de 1992, pág. 26.

¹¹⁰ Por su lado, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 123, se plantea si las imposiciones administrativas derivadas de la regulación española de la actividad de las agencias de viajes no pueden resultar contrarias a las libertades comunitarias y muy especialmente al libre establecimiento o a la libre prestación de servicios.

de Defensa de la Competencia, de 11 de octubre de 1994,¹¹¹ se refiere a una demanda de competencia desleal interpuesta por el Sr. Sigfrido O.M contra la Asociación de Viajes y Aventuras (Club AVA), por contratar ésta directamente paquetes turísticos sin ostentar la condición de agencia de viajes. El demandante considera que la conducta de la asociación está prohibida por el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal*, relativo a la ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de normas legales;¹¹² por ello, solicita al Tribunal de Defensa de la Competencia la instrucción del expediente correspondiente, en aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia*.¹¹³ Examinado si la asociación denunciada ha infringido la normativa reguladora de la actividad de las agencias de viajes,¹¹⁴ el Tribunal llega a la conclusión de que ésta tiene la facultad de contratar sus propios servicios sin la necesidad de acudir a la intermediación de una agencia de viajes. El Tribunal considera que la conducta de la asociación no puede ser calificada de competencia desleal, habida cuenta que la actividad de organización y venta de los llamados paquetes turísticos no es exclusiva de las agencias de viajes.

En términos análogos, puede afirmarse que la libre competencia en la organización y venta de viajes combinados precisa de la concurrencia no sólo de agencias de viajes sino también de otras personas; y, si es así, ni que decir tiene que ello es coherente con permitir al consumidor que pueda dirigir su reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje contra todos ellos.

¹¹¹ Puede consultarse la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 11 de octubre de 1994, Ponente: Sr. Torres Simó, AA 1995\435.

¹¹² Vide la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (BOE núm.10, de 11 de enero de 1991).

¹¹³ Conforme al artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia* (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989), "[e]l Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público".

¹¹⁴ En concreto, el Tribunal presta especial atención al artículo 2.2 RDAAV, según el cual "[e]l ejercicio de actividades a que se refiere el apartado anterior [organización y venta de los llamados paquetes turísticos] estará exclusivamente reservado a las Agencias de Viajes, sin perjuicio de la facultad conferida por la legislación vigente a transportistas, hoteleros y otras Empresas turísticas para contratar directamente con los clientes la prestación de sus propios servicios".

Por último, como se ha dicho, la regulación estatal i algunas autonómicas reservan la actividad de organización y venta de viajes combinados en exclusiva a las agencias de viajes y, a su vez, obligan a éstas a tener forma de sociedad mercantil (p.ej. Cataluña, Canarias). Mas también existen otras regulaciones autonómicas que, aun exigiendo al organizador y detallista de viajes combinados la condición de agencia de viajes, amplían el espectro de los sujetos que pueden dedicarse a las actividades propias de las agencias de viajes, pudiendo ser las mismas, indistintamente, empresarios personas físicas o sociedades mercantiles (p.ej. Galicia, Madrid, Valencia, Islas Baleares, La Rioja).¹¹⁵ Esa tendencia tiene lugar, al parecer, por influjo de las nociones de organizador y detallista contenidas en la regulación de viajes combinados.¹¹⁶ Un buen ejemplo de ello se encuentra en la Exposición de motivos del Decreto 20/1997 de la *Generalitat Valenciana*, de 11 de febrero, *pel qual s'aprova el Reglament regulador de les agències de viatges*,¹¹⁷ que expresa lo siguiente:

"[n]ovedad importante que recoge el texto es la introducida en el artículo 1, que prevé la posibilidad de que una persona física pueda tener la consideración de agencia de viajes, suprimiendo la exigencia de constituirse en forma de sociedad mercantil para ejercer la actividad, hasta ahora vigente con la regulación efectuada en 1988 [Decreto 58/1988, de 25 de abril, *pel qual el Govern valencià aprova el Reglament regulador d'Agències de viatges* de la Comunidad valenciana (LCV 1988, 104)]".

¹¹⁵ Puede consultarse el artículo 1 del Decreto 153/1989 de la *Xunta de Galicia*, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes (DO Galicia núm. 149, de 4 de agosto); el artículo 1 del Decreto 99/1996 del Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 27 de junio, *por el que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes* (BO Comunidad de Madrid núm. 165, de 12 de julio); el artículo 1 del Decreto 20/1997 de la *Generalitat valenciana*, de 11 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes* (DO Generalidad Valenciana núm. 2935, de 21 de febrero); el artículo 1 del Decreto 43/1995 del *Govern de les Illes Balears*, de 6 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes* (BOIB núm. 61, de 13 de mayo); y el artículo 1 de la Orden 35/1997 del Gobierno de La Rioja, de 27 de junio, *por el que se regula el ejercicio de las actividades de las Agencias de Viajes* (BO La Rioja núm. 79, de 3 de julio).

¹¹⁶ Vide M^a Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, "Reflexiones sobre la exigencia de forma jurídica específica para las agencias de viajes: la posibilidad de agencias de viajes-personas físicas", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 387-397, págs.391-392.

¹¹⁷ DO Generalitat Valenciana, núm. 2935, de 21 de febrero.

Entonces el artículo 1.1 del Decreto define la agencia de viajes en los siguientes términos:

"[t]ienen la consideración de agencias de viajes las personas físicas o jurídicas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos".

La regulación valenciana también incluye, pues, la organización y venta de viajes combinados entre las actividades propias y exclusivas de las agencias de viajes (art. 2), pero opta por ampliar la noción legal de este sujeto hasta el punto de permitir que la condición de agencia de viajes recaiga en personas físicas (vgr. empresarios individuales).

Pues bien, tanto esas regulaciones autonómicas como las demás que en un futuro puedan ser revisadas en ese sentido¹¹⁸ no hacen sino poner de manifiesto una progresiva disminución de las diferencias existentes según los organizadores y detallistas tengan o no la condición de agencia de viajes por lo que se refiere a las condiciones básicas en que su actividad es ejercida. De acuerdo con las mismas, no puede producirse un agravio comparativo entre los empresarios individuales que organizan y/o venden viajes combinados sin tener la condición de agencia de viajes y aquellos otros que tienen forma societaria y sí reúnen esa condición. Estos últimos también podrán no tener forma de sociedad anónima o limitada, con arreglo a la regulación mencionada. Circunstancia que desautoriza notablemente las acusaciones de intrusismo profesional que ha tenido lugar en el sector de las agencias de viajes en ocasión de la regulación de los viajes combinados.

Así pues, el consumidor podrá dirigir su reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato contra cualquier persona que organice, venda u ofrezca en venta el viaje combinado. Ciertamente, la práctica pone de manifiesto que la mayoría de las veces el organizador y, en su caso, el detallista tendrán la condición de agencia de viajes; mas esa circuns-

¹¹⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, "Reflexiones sobre la exigencia de forma jurídica específica para las agencias de viajes: la posibilidad de agencias de viajes-personas físicas", cit., págs.392-397, señala que ésta será la tendencia que reflejarán las posteriores revisiones realizadas sobre las regulaciones de las agencias de viajes.

tancia no excluye la posibilidad de que otras personas también actúen como tales. Acaso uno de los límites más importantes con que pueda encontrarse el consumidor en esos casos sea que el organizador deberá dedicarse de un modo no ocasional a la organización de viajes combinados (punto segundo del art. 2 LVC). Mas será irrelevante, que el organizador o el detallista tengan la condición de agencia de viajes a los efectos de aplicar la regulación del contrato de viaje.¹¹⁹

Ello sin perjuicio de la eventual sanción administrativa que pueda recaer sobre la persona que organice o venda viajes combinados sin tener la condición de agencia de viajes.¹²⁰ Mas esa sanción podrá imponerse cuando la regulación haya incluido las actividades de organización y venta de viajes combinados entre los objetos o fines propios de las agencias de viajes, tanto si exigen a las mismas forma societaria (p.ej. Canarias, Cataluña)¹²¹ como si no (p.ej. Islas Baleares, Canarias, La Rioja, Madrid, Valencia); pero resulta más discutible que la misma sanción pueda ser impuesta a personas que organicen o vendan viajes combinados sin tener la condición de agencia de viajes cuando les sea aplicable la regulación administrativa estatal, toda vez que ésta todavía no atribuye las actividades de organización y venta de viajes combinados entre los objetos o fines propios de las agencias de viajes (art. 2.1 OMAAV).

¹¹⁹ A la misma conclusión llega Francisco VICENT CHULIÁ, "La cobertura de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en los contratos de viajes combinados", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 283-316, pág. 288, quien admite que puede ser organizador del viaje una persona física o jurídica que no tenga el título-licencia administrativo de agencia de viajes, a partir de una interpretación de la LVC conforme con la Directiva 90/314/CEE. El autor además entiende que la Disposición adicional segunda de la LVC plantea la duda de si con ella se eleva de rango la norma administrativa que limita el ejercicio de la libertad de empresa en el ámbito de la organización de viajes combinados (cfr. art.53 de la Constitución española).

¹²⁰ En ese sentido, VICENT CHULIÁ, "La cobertura de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en los contratos de viajes combinados", cit., pág. 288, opina que la falta de título-licencia administrativa por parte del organizador de viajes sólo debe conllevar la aplicación de sanciones administrativas a éste, pero no la nulidad del contrato ni la elusión de la normativa imperativa sobre viaje combinado que protege al consumidor.

¹²¹ El artículo 24 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges* dispone que "[l]a realización o la publicidad por cualquier medio de difusión de las actividades mercantiles propias de las agencias de viajes sin estar en posesión del correspondiente título-licencia será considerada intrusismo profesional y será sancionada administrativamente, iniciándose el correspondiente expediente de oficio o a instancia de parte".

B) Responsabilidad del organizador y el detallista por el ámbito respectivo de gestión del viaje

a) Responsabilidad mancomunada

(i) Deudas parciarias del organizador y el detallista. Responsabilidad mancomunada

Como es sabido, el artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE obliga a los Estados miembros a adoptar "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 [...]".

Pronto la doctrina advierte que la norma comunitaria ofrece distintas opciones a los legisladores de los Estados miembros, los cuales pueden hacer recaer la responsabilidad contractual: a) únicamente sobre el organizador del viaje; b) sobre el organizador y el detallista; o c) únicamente sobre el detallista del viaje.

Hasta el momento en la implementación del artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE cabe distinguir entre aquellas regulaciones que sólo prevén la responsabilidad del organizador (Alemania, Holanda), y aquellas otras, la mayoría, que conforman al organizador y el detallista como distintos deudores que, en su caso, pueden resultar responsables contractuales frente al consumidor del viaje (Inglaterra, Irlanda, Francia, Italia, entre otras).¹²² Y entre las últimas regulaciones aún se pueden apreciar deferentes modos de organización de la responsabilidad entre el organizador y el detallista. Algunas de ellas distribuyen la responsabilidad entre ambos sujetos imponiéndola a quien sea parte contractual del consumidor, el organizador o el detallista (*Regulation 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa); otras regulaciones incluyen expresiones más o

¹²² En ese punto, ZUNARELLI, *Package Travel Contracts: Remarks on the European Community Legislation*, cit., págs. 489-510, pone de relieve la irracionalidad que supone la posibilidad de contemplar solamente al detallista del viaje como sujeto responsable, si atendemos a su dimensión económica e intervención en el contrato de viaje combinado.

menos ambiguas para llevar a cabo la distribución de la responsabilidad entre el organizador y el detallista (Italia); ¹²³ y, finalmente, también existe alguna regulación que opta por establecer una responsabilidad solidaria entre ambos sujetos (Portugal).¹²⁴ De ese modo resulta criticable la diversidad de soluciones legislativas a que conduce la norma comunitaria, puesto que ello resulta contrario a su propósito armonizador.

Con estos antecedentes, el apartado primero del artículo 11 LVC española establece lo siguiente:

"[l]os 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 de 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 y detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos".

Esta disposición no solamente contempla la responsabilidad tanto del organizador como del detallista frente al consumidor por el correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de viaje. Además cabe entender que el mismo apartado también conforma cómo el organizador y detallista deberán responder frente al consumidor, mediante el empleo de la expresión "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado".

Ciertamente, la fórmula empleada por la Ley evoca a que la relación obligatoria existente entre, por un lado, organizador y detallista y, por el otro, consumidor, se descompone en tantas relaciones particulares cuantas son las per-

¹²³ Vide el artículo 14 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*, que contiene la expresión "secondo le rispettive responsabilità".

¹²⁴ El artículo 39.3 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* (portugués, establece una regla de responsabilidad solidaria entre organizador y detallista ("[n]o caso de viagens organizadas, as agências organizadoras respondem solidariamente com as agências vendedoras"). Para el comentario a ese precepto, véase MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 217-220.

sonas implicadas en la misma, de acuerdo a la proposición *concurso partes fiunt*. Mediante el contrato de viaje el consumidor no solamente mantiene una relación contractual con el organizador sino también, en su caso, con el detallista. Bajo una conformación aparentemente unitaria de dicho contrato, la relación obligatoria está formada en realidad por distintas obligaciones, y cada deudor, organizador y detallista, sólo resulta compelido a una porción del objeto debido, por más que entre tales obligaciones se mantenga una cierta relación en base a que todas ellas tienen una misma fuente (deudas parciarias).¹²⁵

En un primer momento, alguna autora realizó una interpretación correctora del artículo 11.1 LVC, considerando que la intervención del organizador y detallista en el contrato de viaje daba lugar a una responsabilidad solidaria de los mismos frente al consumidor. Conforme a esta opinión, el consumidor podría reclamar la indemnización de todos los daños por incumplimiento contractual indistintamente frente al organizador o el detallista. Esa interpretación tuvo lugar por varias razones. Se afirmó que la misma eximiría al consumidor de la carga de averiguar a qué ámbito de gestión del viaje correspondía el incumplimiento contractual, si al del organizador o el del detallista, con lo que se obtendría un tratamiento más favorable al consumidor (*pro consumatore*), en línea con los motivos de la regulación del contrato de viaje; y, sobre todo, se partió de la idea de que esta regulación no podía resultar menos favorable para el consumidor de viajes combinados que la regulación específica de protección de los consumidores, esto es, la LGDCU, conforme a la que "si a la producción de daños concurrían varias personas (vgr. fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios), responderán solidariamente ante los perjudicados", sin perjuicio de que "el que pague al perjudicado tendrá dere-

¹²⁵ Aquí seguimos la terminología utilizada por Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, págs. 197-203, quien distingue la deuda parciaria de la deuda mancomunada o colectiva, que tiene lugar cuando el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la prestación a los distintos deudores colectivamente considerados, y cuando los deudores sólo pueden liberarse llevando a cabo la prestación conjuntamente (arts. 1139 y 1150 CC). Por contra, Ángel CRISTOBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 231-252, se refiere a las deudas parciarias con la denominación de obligaciones mancomunadas e incluye entre las mismas a aquéllas cuyo objeto debido es indivisible, de modo que el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la prestación a los distintos deudores .

cho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños" (art. 27.2 LGDCU).¹²⁶

El criterio de responsabilidad solidaria entre organizador y detallista ha sido acogido por distintas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales con posterioridad a la entrada en vigor de la regulación del contrato de viaje. En alguna ocasión se ha declarado la responsabilidad contractual no solamente del organizador sino también del detallista, sin llegar a discutir la falta de legitimidad pasiva de alguno de estos sujetos.¹²⁷ En otros casos, tal responsabilidad ha sido impuesta, simplemente, "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios que recoge la responsabilidad del vendedor, como en este caso agencia minorista, de un producto o servicio frente al consumidor".¹²⁸ En la declaración de responsabilidad contractual solidaria de las agencias de viajes mayorista y minorista frente al consumidor destaca la siguiente fundamentación: " [...] el que contrata un viaje en una agencia tiene derecho a que respondan del fracaso organizativo de aquél todos aquellos que se benefician del precio pagado, que son tanto el minorista que recibe el encargo, como el mayorista que oferta el programa como aquél que finalmente proporciona el alojamiento. El cliente puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de repetición".¹²⁹

¹²⁶ Hace esta interpretación del artículo 11.1 LVC, Pilar DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 201-208, quien también tiene en cuenta la jurisprudencia que tiende a considerar responsables solidarios a los que intervienen como contraparte del consumidor cuando él no puede llegar a determinar qué daños concretos ha causado cada uno de ellos. Con todo, critica los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito, Ángel CRISTOBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985, págs. 103-146. Más recientemente, Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, EC, núm. 50, 1999, 67-86, págs. 76-77, todavía sostiene que el artículo 11 LVC establece la responsabilidad solidaria de los organizadores y detallistas.

¹²⁷ Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 10 de julio de 1996, Sección 3.^a (inédita).

¹²⁸ Véase la SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.^a, Ponente: Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, núms. 649-650, págs. 13588-13590; en el mismo sentido, SAP de Vizcaya, de 6 de abril de 1998, Sección 4.^a, Ponente: Sr. Enrique García García, AC 5335. El mismo razonamiento se encuentra en la SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente: Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423.

¹²⁹ Se expresa en esos términos la SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5.^a, Ponente: Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914, señalando, además, que este es el régimen de responsabilidad que se deriva de la regulación general de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.) y específica del contrato de viaje combinado (art. 11 LVC) y de defensa de los consumidores y usuarios (art. 27 LGDCU). Utiliza los mismos términos la SAP de Madrid, de 28 de mayo de 1999, Sección 18.^a, Ponente: Sr. Jesús Rueda López, AC 1301, aunque en ese caso sólo con base en la regulación de defensa de los consumidores y usuarios (art. 26 LGDCU). En la misma línea, la SAP de Asturias, de 21 de junio de 1999, Sección 1.^a, Ponente:

En otras sentencias se afirma, sin más, que la nueva regulación del contrato "establece una responsabilidad solidaria respecto de los organizadores y detallistas de viajes combinados que elimina toda posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que el consumidor o viajero puede ejercitar sus acciones indistintamente frente a cualquiera de los antedichos sujetos (organizadores y detallistas), los cuales deben responder del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, «con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios (art. 11.1 Ley 21/1995)»".¹³⁰

Con todo, la doctrina mayoritaria española ha entendido que el artículo 11.1 LVC establece un régimen de responsabilidad mancomunada entre organizador y detallista,¹³¹ lo cual resulta más acertado por distintas razones.

En primer lugar, de la literalidad del apartado primero del artículo 11 LVC, que establece la responsabilidad del organizador y detallista frente al consumidor "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado", se deduce que el consumidor solamente puede reclamar, en su caso, a cada uno de los deudores contractuales (organizador y detallista) el cumplimiento de las obligaciones contractuales que los mismos soporten. De modo que, el consumidor únicamente podrá reclamar indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contractual a quien la había asumido en el contrato de viaje.

Sr. Rafael Martín del Peso, AC 1426, afirma que el artículo 11 LVC hace responder al organizador y al detallista, conjuntamente frente al consumidor, del correcto cumplimiento de las obligaciones[...]."

¹³⁰ Así se expresa la SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1., Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658; véase también la SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255.).

¹³¹ Véase, TUR FAÚNDEZ, *El contrato de viaje combinado: notas sobre la ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*, cit., págs. 228-230; Miguel RUIZ MUÑOZ, *Guía explicativa de la ley de viajes combinados*, EC, núm. 37, 1997, 103-115, pág. 113; Miquel MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, RGD, núms. 658-659, 1999, 9405-9443, págs. 9419-9424; y Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pág. 198.

En segundo lugar, los trabajos preparatorios del artículo 11.1 LVC ponen de manifiesto cómo en la intención del legislador español se pasa de un régimen de solidaridad a un régimen de mancomunidad en el establecimiento de la responsabilidad del organizador y detallista frente al consumidor.¹³² En ello el Congreso de los diputados y el Senado tendrán una incidencia bien distinta.

El Proyecto de Ley *reguladora de los viajes combinados*, adoptado por la mesa del Congreso el 31 de enero de 1995, establecía una responsabilidad solidaria del organizador y detallista frente al consumidor (art. 11.1: "[l]os organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán solidariamente frente al consumidor del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato [...]").¹³³ Abierto el periodo de enmiendas, el Grupo Federal IU-IC presentó una por la que pretendía atribuir la siguiente redacción al artículo 11.1: "[l]os detallistas serán responsables del correcto cumplimiento del contrato de las gestiones comerciales necesarias para la contratación del viaje combinado, y los organizadores de que el cumplimiento de lo establecido en los artículos 3, 4 y 6 se ajusta a las obligaciones derivadas del contrato", motivándolo en que "el artículo en su redacción original no clarifica la determinación de responsabilidad y prefiere atribuirla por igual con independencia de los actos a que se obligan las partes" (enmienda núm. 31); por su lado, el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) presentó otra enmienda por la cual propuso la siguiente redacción al artículo 11.1: "[l]os organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, en proporción a las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado, de la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato con el consumidor [...]"; en ese caso, el Grupo parlamentario justificó la redacción propuesta con base en el cambio notable que podría suponer el establecimiento de la responsabilidad solidaria con respecto a la figura del comisionista mercantil que contrata en nombre propio, figura a partir de la que se ha tratado hasta el momento la responsabilidad de las agencias de viajes; y consideró, además, que esta pretensión no se separaba "diametralmente del principio de protección al consumidor, pues ya se apunta en el n.º. 2 del artículo 27, «in fine» de la Ley General de

¹³² Lo pone de relieve, Esther GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 221-227; también, MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., págs. 9422-9423.

¹³³ Cfr. BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, págs. 1-6.

Defensa de los Consumidores" (enmienda núm. 55).¹³⁴ Sin embargo, la primera de estas enmiendas fue retirada por el Grupo Federal IU-IC en el momento de su discusión; y la segunda fue rechazada por la Comisión de Industria, Energía y Turismo en la sesión celebrada el 26 de abril de 1995.¹³⁵

Muy distinto será el sentido que imprimirán los trabajos preparatorios del Senado a la redacción definitiva del artículo 11.1 LVC. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* presentó en esta cámara parlamentaria la misma enmienda que había realizado este grupo en el Congreso de los diputados, con idéntica justificación (enmienda núm. 12). Una enmienda similar fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular (art. 11.1: "[l]os organizadores y los detallistas responderán frente al consumidor, en la proporción que a cada uno corresponda por su gestión, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato"), justificándolo con base en que "la defensa del consumidor no tiene por qué estar reñida con el hecho de que el organizador y detallista deban responder exclusivamente por su gestión" (enmienda núm. 27); y el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó también otra enmienda en idéntico sentido que la del Grupo Parlamentario Catalán, con una justificación muy similar (enmienda núm. 41).¹³⁶ Discutida la

¹³⁴ Téngase en cuenta, además, que en esos momentos el artículo 22 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges* (DOGC núm.1924, de 22 de julio; modificado por el Decreto 210/1995, de 11 de julio: DOGC núm.2081, de 28 de julio), establece la responsabilidad contractual de la agencia de viajes organizadora y la vendedora final del viaje "en proporción a las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado". Para consultar las enmiendas al Proyecto de Ley reguladora de los viajes combinados, BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 24 de marzo de 1995, núm. 101-5, págs. 13-34.

¹³⁵ Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, V Legislatura, 26 de abril de 1995, Comisiones, núm. 481, Comisión de Industria, Energía y Turismo, págs. 14671-14686. En la defensa de la enmienda núm. 55, el Sr. Sánchez i Llibre, en nombre del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), expresa: "[q]uisiéramos que el Gobierno, el Partido Socialista, el Grupo Parlamentario Socialista, fueran sensibles a nuestras enmiendas, pues entendemos que la aprobación de la responsabilidad solidaria o subsumida en el turismo podría ocasionar un grave perjuicio a los detallistas, a las agencias de viajes, en cuanto a que de entrada, las responsabilidades que les pudieran imputar en un posible conflicto podrían afectar a la buena marcha de dichas empresas, que son un vivero importante para el turismo, dentro del Estado español".

¹³⁶ Véanse las enmiendas presentadas por el Senado al Proyecto de Ley reguladora de los viajes combinados. BOCG Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 25 de mayo de 1995, núm. 77, págs. 9-23.

enmienda presentada por este grupo parlamentario¹³⁷—las otras dos fueron retiradas—, la misma fue aceptada por la Comisión de Industria, Comercio y Turismo, celebrada el 7 de junio de 1995. En el Dictamen emitido por esa Comisión del Senado, de 8 de junio de 1995, aparece por vez primera la redacción que será definitiva del artículo 11.1 LVC ("[l]os 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 de contrato").¹³⁸ A modo de conclusión, acaso puedan valer las siguientes palabras utilizadas por el senador Sr. Juan Cardona en la sesión del Pleno del Senado celebrada el 14 de junio de 1995.¹³⁹

"[p]or lo demás, anuncio el voto favorable del Grupo Popular a este proyecto de ley que, desde su entrada en esta Cámara hasta hoy, ha sufrido muchas modificaciones y alguna de ellas muy importante. Me refiero, especialmente, a la relativa al artículo 11, que se refiere a la responsabilidad de organizadores y detallistas. En el proyecto originario se establecía la responsabilidad solidaria de los organizadores y detallistas en el correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. A nuestro juicio — y también al de los Grupos de *Convergència i Unió* y Coalición Canaria, pues también presentaron enmiendas sobre esta cuestión—, esta regulación significaba un cambio radical —y, desde luego, negativo— de la normativa que rige la figura del comisionista mercantil cuando contrata en nombre del comitente; cambio que afectaba de forma decisiva a las agencias de viaje detallistas cuando actúan en circunstancias de mediadores puros".

"[p]or ello, y en virtud de una enmienda transaccional, se ha optado por una fórmula mucho más justa y equitativa, consistente en establecer la *responsabilidad mancomunada* del organizador y el detallista como principio general [...]" (la cursiva es nuestra).

¹³⁷ En esta ocasión, en la defensa de la enmienda núm. 27 el Sr. Juan Cardona añadió los siguientes términos: "[e]s cierto que la presente ley prevé que el detallista pueda actuar también como organizador, pero ello no justifica la solidaridad puesto que la responsabilidad del detallista, cuando actúe como organizador, será la que la ley le atribuya como tal". Puede consultarse el Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, 7 de junio de 1995, Comisiones, núm. 204, Comisión de Industria, Comercio y Turismo, págs. 1-13.

¹³⁸ BOCG Senado, Serie II, Proyectos de Ley, 12 de junio de 1995, núm. 77, págs. 33-39.

¹³⁹ Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, 14 de junio de 1995, Comisiones, núm. 82, Comisión de Industria, Comercio y Turismo, págs. 4255-4262.

Dejando de lado la pertinencia de algunas de las expresiones utilizadas,¹⁴⁰ lo cierto es que la evolución del proceso de tramitación parlamentaria del artículo 11.1 LVC pone de manifiesto el paso de una responsabilidad solidaria del organizador y detallista frente al consumidor a una responsabilidad mancomunada.

En tercer lugar, nótese cómo la consideración de la responsabilidad mancomunada del organizador y detallista es acorde con la regulación general (arts. 1137 CC), la cual dispone que si las partes no han querido otra cosa, la responsabilidad en los supuestos de relaciones obligatorias con una pluralidad de deudores será mancomunada.¹⁴¹ Ello no sólo constituye un argumento en pro a interpretar el artículo 11.1 LVC en términos de responsabilidad mancomunada, sino que además faculta a las partes del contrato de viaje a convenir una responsabilidad solidaria del organizador y detallista frente al consumidor, como sucederá cuando conste que tal ha sido el querer de los interesados a partir de una estipulación expresa o por vía interpretativa de los pactos contenidos en el contrato.¹⁴²

Es por ello que deben considerarse acertadas algunas sentencias de Audiencias Provinciales dictadas con posterioridad a la regulación del contrato de viaje. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 20 de enero de 1999,¹⁴³ resuelve un recurso de apelación que los consumidores de un viaje presentan contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, la cual desestima la demanda interpuesta por los ahora recurrentes

¹⁴⁰ El contraste entre el tratamiento del detallista con base en el esquema de la comisión mercantil —en general, el esquema de la representación— o bien al régimen de responsabilidad solidaria admite algún matiz. A la vista de lo que se ha expuesto acerca de la práctica judicial anterior a la regulación del contrato de viaje, en no pocas ocasiones los tribunales declaran la responsabilidad contractual del minorista por tratarse de un supuesto de representación indirecta (art. 1717 CC y arts. 246 y 247 Ccom). Además, la referencia a la actuación de los detallistas "en circunstancias de mediadores puros" tampoco parece demasiado acertada.

¹⁴¹ El artículo 1137 del Código civil dispone: "[l]a concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria". Sobre la presunción de las deudas parciarias frente a las deudas solidarias, CRISTOBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, cit., pág. 222.

¹⁴² En general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 198.

¹⁴³ SAP de Vizcaya, de 20 de enero de 1999, Ponente: Sra. María Carmen Keller Echevarría, AC 173.

por apreciar excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado a la agencia de viajes mayorista "Politours, S.A.". Los consumidores recurrentes aducen que debe desestimarse dicha excepción procesal y "estimarse en su lugar todos los pedimentos de la demanda, al amparo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley de 6 de junio de 1995 [...] y en el artículo 27.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios". Además, los recurrentes también alegan que "dirigieron sus quejas en todo momento a la Agencia de Viajes (minorista) ya que desconocían quién era «Politours» (mayorista) al no haberles facilitado «Viajes Ecuador» (minorista) el contrato correspondiente". Frente a estas alegaciones, la Audiencia Provincial de Vizcaya declara lo siguiente:

"[l]as alegaciones de la parte actora apelante, deben rechazarse considerándose por la Sala, al igual que la juzgadora «a quo», que la apreciación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por parte de la sentencia recurrida, es correcta y ajustada a Derecho".

"[e]llo es así porque, en el caso que examinamos no cabe apreciar la solidaridad pretendida por la parte actora [...] pues tal y como se infiere de la documentación [...] fue «Politours» quien confeccionó el folleto-oferta sobre el cual contrataron su viaje los demandantes, sin intervención alguna en la confección de este folleto por parte de «Viajes Ecuador», que tampoco intervino en la operación y ejecución del viaje contratado, que sólo fue intermediaria entre los viajeros y «Politours» y dicha circunstancia ha quedado asimismo corroborada por el resultado de la prueba de confesión judicial, pues así lo admitió don Iñigo C.B. [...] e indirectamente don José Antonio C.O. (demandantes) al admitir que se les dijo que en el aeropuerto les esperaba una persona de «Politours» y que «Politours» informó a «Viajes Ecuador», y ésta a su vez a los demandantes, de que el Hotel «St. John's» era más caro que el Hotel «Capri», pero que «Politours» no iba a cobrar la diferencia [...]"

"[...] sentado lo anterior, [...] no cabe entender que exista una responsabilidad solidaria entre ambas (organizador y detallista), ya que según el artículo 11 de la Ley Reguladora de los Viajes Combinados, mayorista y minorista, «responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado», [...] habiendo desarrollado la

agencia mayorista sus funciones total y absolutamente diferenciadas de las llevadas a cabo por la agencia de viajes minorista".

En la misma línea, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic, de 9 de noviembre de 1999 (inédita), los dos consumidores contrataron un viaje denominado "Viena Imperial" para los días 27 de diciembre de 1996 a 1 de enero de 1997, con la primordial finalidad de asistir al clásico concierto del día 1 de enero de la orquesta filarmónica de Viena. A su retorno, los consumidores interponen demanda contra las agencias organizadora y detallista en reclamación de indemnización de los daños sufridos por no disponer de servicio de baño en el hotel contratado, y por la sustitución —sin informar en momento alguno a los consumidores— de las entradas contratadas para el concierto de año nuevo, que eran de clase "A" (esto es, toda la platea, salvo las cuatro primeras filas), por dos entradas de clase "C", de una visibilidad y acústica muy inferior. Frente a la pretensión indemnizatoria, en esta ocasión el detallista demandado contesta la demanda solicitando su desestimación, según expresa la sentencia, "por cuanto que siendo simple «agencia detallista» en esta operación, limitándose a vender u ofrecer en venta un viaje combinado propuesto por un organizador, su responsabilidad se enmarca sólo en el ámbito de gestión propio de la agencia detallista, respecto del cual, como se deduce, no existe ningún incumplimiento, habiendo puesto en contacto al cliente con la mayorista organizadora del viaje —que es quien ofrece el producto que luego el detallista se limita a vender a terceros— y habiendo realizado diligentemente todos los actos a ésta encomendados". En particular, el detallista alega que envió fax a la mayorista con las condiciones del viaje (Hotel Astoria de Viena de cuatro estrellas, solicitud de dos entradas de clase "A", entre otras), recibió el contrato ya firmado por la mayorista y envió la documentación pertinente. Asimismo, el detallista también señala que, en el caso, la actividad de elección y entrega de las entradas correspondió al ámbito de gestión del hotel, por solicitud de la agencia de viajes mayorista. Admitida la indemnización de daños por la diferencia de categoría de las entradas contratadas y entregadas, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic declara lo siguiente:

"[e]n el caso que nos ocupa, queda claro que, en el respectivo ámbito de responsabilidad entre organizador y detallista, forzosamente referido al respectivo ámbito de gestión del viaje combinado, el detallista cumplió correcta y diligentemente sus tareas contractuales, como lo reconoce el propio confesante [...]. Cabe concluir que el programa folleto —doc 2 de la demanda— fue entregado con suficiente antelación al actor, que conoció o pudo conocer su contenido y hacer

cuantas observaciones tuviera por conveniente, y que el detallista tramitó la contratación entre consumidor y organizador, sirviendo un producto que ofrece el organizador, en las condiciones que éste estipula.¹⁴⁴ Por ello, no ha incurrido, en su ámbito de gestión, en infracción contractual alguna y, siendo esto ab initio evidente —y así lo reconoce el actor al absolver la posición 9ª.— no existía razón para accionar contra dicho detallista, por que se debe desestimar frente a éste la demanda [...]"

En estos momentos conviene aplaudir el criterio tendente a establecer un régimen de responsabilidad mancomunada entre aquellos sujetos. Ciertamente, se ha señalado que la nueva regulación del contrato de viaje puede resultar enormemente gravosa para el consumidor, toda vez que en no pocas ocasiones a éste le será muy difícil delimitar la responsabilidad del organizador o detallista según el ámbito de gestión del viaje que les corresponda a los efectos de interponer una demanda de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.¹⁴⁵ En este sentido, no sin cierta razón se ha afirmado que dicha regulación será fuente de inseguridad jurídica para un consumidor que nunca va a estar seguro *a priori* de quien es el sujeto responsable.¹⁴⁶ Y recientemente, el mencionado *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, elaborado por los servicios de la Comisión de la Unión Europea, con fecha de 5 de noviembre de 1999,¹⁴⁷ declara que una responsabilidad distinta y separada para el organizador y el detallista "puede resultar insatisfactoria en el caso de un consumidor que adquiriera de un detallista de su país de origen un viaje combinado preparado por un organizador extranjero, que incluso podría estar radicado fuera del EEE"; según el informe, "[e]n este caso,

¹⁴⁴ Nótese, en este punto, que la misma sentencia declara probado que en el caso el organizador entregó a los consumidores un bono en el que se indicaba al hotel que les sirviera las dos entradas clase "A".

¹⁴⁵ Véase TUR FAÚNDEZ, *El contrato de viaje combinado: notas sobre la ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*, cit., págs. 228-230, quien sin embargo considera que el artículo 11.1 LVC establece un sistema de responsabilidad mancomunada entre organizador y detallista.

¹⁴⁶ En estos términos se expresa GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 169, quien considera que hubiera sido mucho más acertado mantener el tenor literal del artículo 11.1 LVC tal y como estaba en el Proyecto inicial del Gobierno e imponer la responsabilidad solidaria de organizador y detallista.

¹⁴⁷ Documento SEC (1999) 1800. Accesible en http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999).

el consumidor podría tener que dirigir sus reclamaciones a un organizador demandado de fuera de su propio país, con todas las desventajas que conlleva un pleito transfronterizo"; y finalmente, los servicios de la Comisión concluyen que "[e]sto sería contrario a los objetivos de la Directiva, es decir, procurar al consumidor un contratante responsable del contrato al que pueda dirigirse fácilmente (en contraste con la situación anterior, que obligaba a dirigir las reclamaciones a un gran número de prestadores de servicios del país de destino)". No obstante, cabe entender que la regulación del contrato de viaje quiere evitar que el detallista deba responder por las actividades de organización o ejecución del viaje, las cuales en absoluto le pueden ser imputables de acuerdo con las obligaciones que asume en el contrato; cosa que, por lo demás, podría acarrear para el detallista un perjuicio excesivo para su situación financiera, generalmente más delicada que en el caso del organizador. Tal propósito de la Ley puede conseguirse incluso sin perjudicar los intereses del consumidor, puesto que este último puede reclamar indemnización de daños y perjuicios frente al organizador y el detallista simplemente indicando los hechos ocurridos. Supuesto en que será el juzgador quien, a partir de un respeto absoluto a esos hechos, podrá resolver la cuestión planteada, en virtud del aforismo *iura novit curia*, de acuerdo con la responsabilidad mancomunada entre organizador y detallista prevista en el artículo 11.1 LVC. Quizá en este punto lo más criticable sea la falta de una delimitación clara de las obligaciones correspondientes a organizador y detallista frente al consumidor en virtud del contrato de viaje. Como se verá a continuación, ello puede restar efectividad a la responsabilidad mancomunada establecida entre organizador y detallista frente al consumidor, sobre todo si los órganos judiciales no hacen el esfuerzo de identificar a cuál de ellos corresponde la obligación incumplida por su ámbito respectivo de gestión del viaje.

La Ley impone una responsabilidad solidaria exclusivamente entre organizadores y entre detallistas. Si en un contrato de viaje concurren o bien varios organizadores o bien varios detallistas, los mismos serán responsables frente al consumidor con independencia de las relaciones que existan entre ellos, y sin perjuicio de los derechos de repetición internos que existan entre los mismos (art. 11.1 LVC: "[...] La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores y detallistas, cualquiera

que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos");¹⁴⁸ lo que deberá distinguirse en todo momento de la responsabilidad mancomunada existente entre organizador y detallista frente al consumidor.

(ii) Alcance de la mancomunidad

Habida cuenta de que, en su caso, el organizador y el detallista van a responder mancomunadamente frente al consumidor del viaje, es menester llevar a cabo una delimitación de las obligaciones correspondientes a cada uno de ellos en virtud del contrato de viaje.

La regulación del Código civil nos servirá de poco en este punto. Ya se ha indicado que esta regulación presume *iuris tantum* la existencia de una deuda parciaria en los supuestos de pluralidad de deudores (arts. 1137 CC). Y a continuación la misma regulación también presume que la deuda parciaria estará dividida en tantas partes iguales como sujetos haya, a menos que los interesados no hayan convenido algo diferente en orden a la distribución del débito entre ellos (art. 1138 CC: "[s]i del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros"). Mas resulta muy poco verosímil mantener esa presunción para delimitar el alcance de la mancomunidad que, en su caso, regirá la responsabilidad del organizador y el detallista, si aquélla se pone en relación con la regulación específica del contrato de viaje.

En efecto, como se ha señalado, el punto segundo del artículo 2 LVC define al organizador de viajes combinados como "aquella 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"; mientras que el punto tercero del mismo precepto señala que el detallista será "la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por el organizador". De estas disposiciones resulta que el organizador y detallista habrán convenido la asunción de un ámbito de gestión del viaje de un alcance distinto, con lo que decaerá la presunción *iuris tantum* favorable a distribuir el débito entre ellos a

¹⁴⁸ Para GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 224, tal sería el caso si un organizador de viajes extranjero encomienda su representación en España a un organizador nacional, que ofrece directamente al público los viajes combinados por aquél (cfr. letra a) del art. 7 RDAAV).

partes iguales. Además, del sentido literal del artículo 11.1 LVC también se deduce que las obligaciones asumidas por el organizador y detallista frente al consumidor van a ser distintas ("[l]os organizadores y detallistas responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan *por su ámbito respectivo de gestión del viaje*, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato") (la cursiva es nuestra).¹⁴⁹

En cambio, la regulación del contrato de viaje sí que contribuye a delimitar el alcance de la responsabilidad mancomunada, puesto que implícitamente concreta cuáles son las obligaciones por cuyo incumplimiento responden, respectivamente, el organizador y el detallista. A pesar de la cláusula general de responsabilidad contractual del organizador y detallista prevista en el apartado primero del artículo 11 LVC ("[l]os organizadores y detallistas responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan *por su ámbito respectivo de gestión del viaje*, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato") (la cursiva es nuestra), esa regulación atribuye distintas obligaciones al organizador y el detallista atendiendo a las actividades de organización y comercialización de viajes combinados que les corresponden (p.ej. arts. 3, 4 y 6 LVC).

Con todo, se hace necesario acudir a la doctrina española y de otros países para identificar las distintas obligaciones correspondientes al ámbito de gestión del viaje del organizador y el detallista y por cuyo incumplimiento van a responder cada uno de ellos frente al consumidor.

A) El organizador del viaje puede resultar responsable contractual frente al consumidor del viaje por los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento de alguna de las siguientes obligaciones:

¹⁴⁹ El artículo 14.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* establece que el organizador y detallista responden contractualmente frente al consumidor según su respectiva responsabilidad ("secondo le rispettive responsabilità"). La doctrina ha señalado que de ese modo se afirma que las obligaciones asumidas por el organizador y detallista frente al consumidor son sustancialmente distintas. Vide BOTTI, "Il contratto di intermediazione di viaggio alla luce del recente Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva 90/314/CEE", cit., págs. 627-639.

1) *Obligación de programación del viaje*. El organizador programa el viaje y combina los distintos servicios que lo componen con carácter previo a su ofrecimiento a la venta al consumidor. Un error en la programación del viaje puede dar lugar a un incumplimiento del contrato de viaje (p.ej. programación de visita a un museo durante una jornada en que está cerrado; reserva de un alojamiento de categoría inferior a la solicitada por el consumidor). Un supuesto típico de incumplimiento de la obligación de programación del viaje tendrá lugar cuando exista una mala coordinación entre los distintos servicios que componen el viaje (p.ej. la llegada al hotel se produce en un momento en que el hotel está cerrado).¹⁵⁰ En todos esos casos el consumidor únicamente podrá exigir al organizador indemnización de daños por incumplimiento del contrato de viaje.

También la LVC parece atribuir implícitamente la obligación de programación del viaje al organizador puesto que, según la misma, es únicamente el organizador quien, en su caso, introduce una modificación significativa en un elemento esencial del contrato, o quien cancela el viaje (arts. 8.1 y 9.1 LVC). Sin embargo, el legislador español resulta contradictorio cuando, en ocasión de la transposición del párrafo segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE,¹⁵¹ establece la responsabilidad no solamente del organizador sino también el detallista por los daños y perjuicios que sean consecuencia de estas vicisitudes (art. 9.2 LVC).¹⁵² Con todo, en ese punto parece que se impone llevar a cabo una interpretación correctora del último precepto. Partiendo de la regla general de responsabilidad contractual del organizador y detallista prevista por el artículo 11.1 LVC, puede considerarse que únicamente el primero será responsable, en su caso, frente al consumidor, toda vez que las actividades de modificación del contrato y cancelación mantienen una estrecha relación con la obligación de programación y la misma solamente corresponde al organizador por su ámbito

¹⁵⁰ Véase MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 203. El autor se refiere al caso en que el tiempo para el cambio del tren al avión es tan corto que un mínimo retraso impide llegar a tiempo.

¹⁵¹ Según el párrafo segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE, el consumidor "tendrá derecho, si procede, a una indemnización por incumplimiento del contrato, que le pagarán o bien el organizador, o bien el detallista, según lo que derermine la legislación del Estado miembro correspondiente [...]".

¹⁵² Vide DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 198-201.

de gestión del viaje.¹⁵³ Si se acepta esa interpretación, en estos casos el consumidor únicamente podrá dirigir su acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sufridos contra éste (cfr. art. 21 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, *de reglamentació de les agències de viatges*).¹⁵⁴

Por lo demás, en estrecha relación con la obligación de programación del viaje, el organizador también debe poner inmediatamente en conocimiento del consumidor toda modificación significativa de algún elemento esencial del contrato a la que aquél se vea obligado antes de la salida (art. 8.1 LVC). Los daños y perjuicios ocasionados al consumidor por el incumplimiento de esa obligación deberán ser indemnizados por el organizador, a menos que, como se indicará en este apartado, los mismos sean consecuencia del incumplimiento de la obligación del detallista de facilitar información del organizador al consumidor.

2) Obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado al consumidor. El organizador asume la obligación de poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga, por escrito, la correspondiente oferta sobre el viaje combinado e incluya una información clara y precisa sobre las distintas cuestiones previstas por la Ley (p.ej. número de comidas que se vayan a servir) (art. 3.1 LVC); el organizador también deberá formalizar el contrato de viaje en los términos previstos legalmente (art. 4 LVC);¹⁵⁵ además, el organizador

¹⁵³ La mayoría de transposiciones del párrafo segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE no se pronuncian específicamente acerca de cuál es el sujeto responsable frente al consumidor en los supuestos de modificación del contrato o cancelación del viaje (p.ej. *Section 13 (2)(c) The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations 1992* inglesa; art. 28 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués; art. 13.2 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* italiano). En esos países también serán aplicables sus reglas generales respectivas de responsabilidad contractual del organizador y detallista.

¹⁵⁴ Eso mismo prevé el apartado tercero del artículo 21 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, *de reglamentació de les agències de viatges*, que en los supuestos de modificación del contrato o cancelación del viaje únicamente atribuye la obligación de indemnizar a la agencia organizadora.

¹⁵⁵ Según el apartado primero del artículo 4 LVC, el contrato deberá formularse por escrito y sus cláusulas deberán tener el contenido previsto en el mismo apartado (p.ej. número mínimo de personas exigido, en su caso, para la realización del viaje). El consumidor deberá ser informado del contenido de las cláusulas con anticipación a la celebración del contrato, y recibir una copia del contrato una vez formalizado (art. 4.2 LVC).

también deberá facilitar al consumidor con quien haya contratado, la información prevista legalmente (p.ej. información sobre la suscripción de un contrato de asistencia que cubra los gastos de repatriación o traslado al lugar de origen), por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia y con el tiempo necesario antes del inicio del viaje (art. 6 LVC).

Esas obligaciones corresponden al organizador por su ámbito de gestión del viaje combinado (cfr. art. 11.1 LVC), tanto si él mismo vende directamente el viaje al consumidor como si el viaje es vendido por parte del detallista. En realidad, la regulación parece atribuir tales obligaciones a quien venda el viaje, sea el organizador o el detallista, sin distinguir entre ambos supuestos: la Ley señala que el organizador o, en su caso, el detallista, deberán cumplir con la obligación de poner a disposición del consumidor el programa de viaje (art. 3 LVC), formalizar el contrato de viaje (art. 4 LVC) e informar al consumidor sobre el viaje combinado (art. 6 LVC) frente al consumidor del viaje. Sin embargo, cabe entender que el organizador no se exime de estas obligaciones cuando sea el detallista quién venda el viaje; ello sin perjuicio de que, en este último caso, tales obligaciones también correspondan al detallista por su ámbito de gestión del viaje.

Por ello, el organizador será responsable, en su caso, por el incumplimiento de las obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado. En consecuencia, éste deberá indemnizar los daños que sean consecuencia directa de la confianza que la falta de información o información falsa o engañosa haya suscitado al consumidor (p.ej. el organizador ofrece en el programa un guía de habla hispana y luego no se presta este servicio).¹⁵⁶ Responsabilidad que no cesará por el simple hecho de que el viaje combinado sea vendido por el detallista; a menos que, como se señalará en este apartado, sea este último quien haya incumplido dichas obligaciones asumidas frente al consumidor (p.ej. el detallista hace unas indicaciones sobre el viaje al consumidor que no se corresponden con el programa

¹⁵⁶ Vide SAP de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Francisco Rubio Sánchez, AC 1727. El organizador va a responder tanto por la corrección e integridad de la información contenida en el programa como de la información dada por el propio organizador con respecto a ese programa. Vide *Section 11 (3)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17), irlandesa.).

de viaje y no cuentan con el consentimiento del organizador). En caso contrario, la exclusiva imputación del incumplimiento de estas obligaciones al detallista podría significar la atribución al mismo de una responsabilidad que excedería aquellas obligaciones que le corresponden por su ámbito de gestión del viaje.

3) *Obligación de ejecución de los servicios del viaje.* El organizador responde por los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente de los servicios del viaje (p.ej. retraso en el transporte aéreo; sobrecontratación en el transporte o alojamiento; accidente del medio de transporte; sustracción del equipaje en el alojamiento). Ello podrá tener lugar tanto en el supuesto en que el organizador ejecute directamente los servicios del viaje, como en el caso, no poco frecuente, en que utilice prestadores de servicios en calidad de auxiliares en el cumplimiento del contrato de viaje (vgr. transportista, hotelero, entre otros) (infra § I. 2.2 C).¹⁵⁷ Por ello se afirma que la selección, contratación y seguimiento de los prestadores de los servicios incluidos en el contrato corresponde al organizador por su ámbito de gestión del viaje.¹⁵⁸

Así se comprende el artículo 10 LVC, que establece que el consumidor podrá dirigirse únicamente contra el organizador en la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la prestación o prestación deficiente de los servicios del viaje cuando "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". Sin duda, en este caso el organizador habrá incumplido la obligación de ejecución de los servicios del viaje que le corresponde por su ámbito de gestión del mismo (cfr. art. 11.1 LVC).¹⁵⁹

B) Por su lado, el detallista que interviene en la venta del viaje puede resultar responsable contractual frente al consumidor por el incumplimiento de al-

¹⁵⁷ La SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5ª., Ponente: Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914, constituye un buen ejemplo de la falta de rigor en la distribución de responsabilidad contractual entre organizador y detallista.

¹⁵⁸ Así, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 223.

guna de las siguientes obligaciones que le corresponden por su ámbito de gestión del viaje:

1) Obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado al consumidor. En el caso de que sea el detallista quien venda el viaje combinado, él mismo deberá poner a disposición del consumidor un programa de viaje en los términos y con el contenido señalado por la Ley (p.ej. precio del viaje combinado y precio estimado de las excursiones facultativas) (art. 3.1 LVC). Como se ha señalado, en este punto la Ley parece atribuir esa obligación a quien venda el viaje, sea el organizador o el detallista. La misma no tiene en cuenta que en la mayoría de ocasiones quien redacte el programa de viaje (organizador) no coincidirá con la persona que lo facilite al consumidor (detallista); circunstancia que va a dificultar la tarea del consumidor de averiguar dentro de qué ámbito de gestión se incluye la obligación incumplida a los efectos de dirigir su acción de responsabilidad contractual frente a uno de ellos.¹⁶⁰

En el Derecho alemán existe una regulación reglamentaria (*Verordnung vom 14.11.1994 über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*)¹⁶¹ que se refiere a la obligación del organizador de facilitar el programa de viaje al consumidor.¹⁶² Mas la doctrina considera que la agencia de viajes (*Reisebüro*) vendedora del viaje actúa como auxiliar del organizador en el cumplimiento de las obligaciones de información de éste (§ 278 BGB). De ese modo, es el organizador quien generalmente responde por los daños sufridos por el consumidor que sean consecuencia de la falta de corrección o integridad del programa de viaje que el organizador o agencia de viajes le hayan facilitado. La agencia de viajes únicamente responde cuando hace declaraciones al consumidor que contradicen el contenido del programa de viaje redactado por el organizador

¹⁵⁹ Cfr. MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 68-78.

¹⁶⁰ La regulación del contrato de viaje no excluye la posibilidad de que sea el detallista quien redacte el folleto informativo a ofrecer al consumidor (cfr. art. 3 LVC), si bien cabe considerar que se tratará de un supuesto más bien excepcional. En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 202, señala que el detallista será responsable "de la inclusión de cláusulas abusivas en los supuestos extraños en que el documento contractual no lo haya predispuesto el organizador del viaje".

¹⁶¹ BGBl I, pág. 3436; el § 651 a Abs.5 BGB autoriza al Ministerio de Justicia a regular las obligaciones de información del organizador en protección de los intereses del consumidor.

¹⁶² Para su comentario, puede consultarse, por todos, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, Bd.4, cit., Vor § 1 InfVO - § 5 InfVO, págs. 1465-1484.

sin el consentimiento de éste, o en el caso de que la agencia exceda con su actuación el poder de representación otorgado por el organizador; supuestos en que se considera que la agencia de viajes no actúa en el cumplimiento de las obligaciones del organizador ("*in Erfüllung der Verbindlichkeiten*").¹⁶³

La regulación española del contrato de viaje difiere sustancialmente de la alemana, sobre todo por el modo en que ambas establecen la relación jurídica entre, por un lado, el organizador y el detallista y, por el otro, el detallista y el consumidor. De la regulación española no se infiere que el detallista actúe como auxiliar o representante del organizador en la venta del viaje combinado. Si atendemos a la Ley, tanto el organizador como el detallista van a asumir, en su caso, obligaciones frente al consumidor en virtud del contrato de viaje. Por ello, el planteamiento para determinar quién va a ser el sujeto responsable por el incumplimiento de la obligación de poner a disposición del consumidor el programa de viaje deberá ser sustancialmente distinto.

Aquí cabe traer a colación la *Section 11 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17), irlandesa, que permite al detallista (*retailer*) exonerarse de responsabilidad cuando no conoce ni tiene motivo para sospechar que el programa de viaje predispuesto por el organizador (*organiser*) contiene información falsa o engañosa. La doctrina señala que tal exoneración procederá cuando sea únicamente el organizador quien ostente un control absoluto sobre la información contenida en el programa de viaje.¹⁶⁴ De este modo, este Derecho distribuye la responsabilidad del organizador y detallista frente al consumidor, los cuales aparecen como su contraparte en el contrato de viaje.

Una solución similar puede sostenerse para el ordenamiento español. El detallista va a responder, en su caso, frente al consumidor, si es él quien no pone el programa de viaje a disposición del consumidor o redacta un programa de viaje que incluye información falsa o engañosa. En ese caso es el mismo detallista quien incumple su obligación de facilitar dicho programa al consumidor. Mas aun cuando ésta obligación corresponda al detallista por su ámbito de

¹⁶³ Vide Otto TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, NJW 25 (1996), 1625-1636, págs. 1633-1635; NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, cit., pág. 215.

¹⁶⁴ Vide Jonathan BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, Dublin, Blackhall Publishing, 1999, págs. 41-43, quien hace referencia a la intención del legislador expresada por el Ministro de Estado Deputy Brennan en la redacción de esta disposición.

gestión del viaje (cfr. art. 11.1 LVC), no se puede declarar su responsabilidad por cualquier información falsa o engañosa que aparezca en el programa de viaje del organizador.¹⁶⁵ Ese tipo de información puede tener su origen en el incumplimiento de la obligación de facilitar el programa que sigue asumiendo el organizador a pesar de ser el detallista quien venda el viaje. Caso en que cabe entender que el detallista no será responsable contractual, no porque el incumplimiento de la obligación de poner a disposición del consumidor el programa de viaje se deba a un acontecimiento inimputable (vgr. imprevisible e insuperable *ex letra d*) art. 11.2 LVC) para el detallista, sino porque la obligación incumplida únicamente va a corresponder al organizador por su ámbito de gestión del viaje. Por ello, la exclusión de responsabilidad del detallista en ese caso tendrá lugar sin perjuicio de la eventual responsabilidad contractual que deba asumir el organizador frente al consumidor del viaje.

Por lo demás, en la contratación del viaje combinado el detallista suele entregar al consumidor unos bonos de hotel y de traslados del hotel al aeropuerto y viceversa (*transfers*), o unos bonos de servicios a especificar en el mismo documento, según cuáles sean los servicios que incluya el viaje. El organizador emite tres copias de tales bonos, una para el detallista, otra para el prestador del servicio y otra para el consumidor. En ocasiones sólo se trata de bonos ficticios que el consumidor canjeará por bonos auténticos en el aeropuerto, donde el organizador tenga representación; o, en otro caso (p.ej. si el viaje combinado no incluye transporte aéreo), son los prestadores de los distintos servicios quienes libran los bonos auténticos al consumidor. El caso es que cuando es el detallista quien entrega los bonos de los servicios del viaje combinado al consumidor (vgr. billete de avión, entrada a un espectáculo, entrada a un museo) está llevando a cabo una práctica contractual que parece tener su origen en la normativa administrativa reguladora de la actividad de las agencias de viajes. Conforme al artículo 27.2 OMAAV, en el momento de la perfección del contrato, la agencia de viajes "entregará al usuario o consumidor los títulos o bonos de transportes, bonos de alojamiento en su caso, y demás documentos

¹⁶⁵ En cambio, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 199, entiende que la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información *ex artículo 3 LVC* corresponde a la empresa que se relaciona con el consumidor, con independencia de quién haya sido la empresa que ha redactado el folleto informativo; aunque, a continuación, la autora se muestra partidaria de hacer una "interpretación correctora" de la regulación, hasta el punto de entender que puede regir una responsabilidad solidaria entre organizador y detallista.

necesarios para la realización completa de los servicios incluidos en el paquete turístico".

No obstante, la regulación de Derecho privado del contrato de viaje combinado no obliga al organizador, prestador, ni detallista a entregar bonos o títulos de los distintos servicios del viaje al consumidor (cfr. arts. 3, 4 y 6 LVC). Por ese motivo, no puede declararse la responsabilidad contractual del organizador —directamente o por medio de los prestadores— o detallista por no entregar al consumidor los bonos o títulos de los servicios. Ello no constituye una obligación que corresponda a aquellos por su ámbito de gestión del viaje combinado, ni puede tenerse en cuenta a la hora de distribuir la responsabilidad contractual del organizador y detallista frente al consumidor.¹⁶⁶ De hecho, la forma y contenido del contrato de viaje combinado prescritos por la Ley pueden constituir garantías suficientes para el consumidor en cuanto al alcance de los servicios a realizar por parte del organizador. Con todo, se comprende que las agencias de viajes mayoristas y minoristas sigan haciendo uso de los bonos o títulos de los servicios, toda vez que en caso contrario podrán incurrir en responsabilidad administrativa (art. 8 RDAAV); además, los bonos o títulos de los servicios pueden ser de gran utilidad para el prestador de los servicios, como prueba de la utilización del servicio por parte del consumidor —el consumidor es quien debe entregar la copia del bono o título del servicio al prestador—, a los efectos de cobrar su derecho de crédito frente al organizador; o, simplemente, la copia del bono o título del servicio recibida por el prestador podrá servirle para oponerse al derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra el mismo (cfr. art. 11.1 LVC).

Conforme a la regulación, también será el detallista quien, en su caso, deba formalizar el contrato en los términos legales, esto es, por escrito y con el contenido previsto por la Ley (p.ej. modalidades de pago del precio y, en su caso, calendario y condiciones de financiación) (art. 4.1 LVC); así como quien deba facilitar al consumidor con quien haya contratado, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia y con el tiempo necesario antes del inicio

¹⁶⁶ No parece entenderlo así el detallista en la mencionada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic, de 9 de noviembre de 1999 (inérita), cuando pretende exonerarse de responsabilidad contractual frente a los consumidores demandantes por no haber intervenido en la elección y entrega de las entradas para asistir al clásico concierto del día 1 de enero de la orquesta filarmónica de Viena—en el caso, ha sido el hotelero quien ha entregado las entradas a instancia del organizador del viaje.

del viaje, la información prevista legalmente (p.ej. horarios y lugares de las escalas y los enlaces) (art. 6 LVC).¹⁶⁷ Como se ha señalado, en un principio la regulación española del contrato de viaje parece imponer al detallista esas obligaciones correspondientes al organizador cuando el primero vende directamente el viaje al consumidor;¹⁶⁸ aunque más bien cabe entender que en el caso en que el detallista intervenga en la venta del viaje combinado, tales obligaciones formarán parte del ámbito de gestión tanto del organizador como del detallista.

Los términos en que la Directiva 90/314/CEE atribuye las obligaciones de formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado al consumidor son motivo, una vez más, de disparidades entre las distintas transposiciones. En este punto, la norma comunitaria no ofrece una regulación suficientemente precisa, al permitir que la descripción del viaje sea comunicada por el organizador o el detallista al consumidor (art.3), y obligar al organizador y/o detallista (sic) a facilitar a este último información en materia de pasaportes y visados, formalidades sanitarias, y sobre el viaje contratado (art. 4.1). Ello ha dado lugar a que en algunos Estados miembros tales obligaciones sean atribuidas en exclusiva al organizador del viaje, cuya regulación se desarrolla por vía reglamentaria;¹⁶⁹ a que haya alguna regulación que obligue a la otra parte del contrato, esto es, al organizador o detallista, o a ambos, según el caso, a formalizar el contrato de viaje y a facilitar la información al consumidor, sin mayores especificaciones;¹⁷⁰ y a que otra regulación obligue al organizador o el detallista a informar al consumidor en materia de pasaportes y formalidades sanitarias, con anterioridad a la conclusión del contrato, y a ambos a facilitar la

¹⁶⁷ Cfr. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 163-169.

¹⁶⁸ Lo mismo puede deducirse de la regulación suiza del contrato de viaje, la cual también obliga al organizador o al detallista a facilitar cierta información al consumidor antes de la conclusión del contrato (art. 4 PaRG) y antes del inicio del viaje (art. 5 PaRG).

¹⁶⁹ Este es el caso de Alemania (§ 651 a Abs.5 BGB; y *Verordnung vom 14.11.1994 über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*) y Holanda (arts. 501 y 502 BW; y *K.B. vom 15.1.1993*, Stb. 43).

¹⁷⁰ Así, las *Regulations 7 y 8 de la The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992, que obliga a la otra parte del contrato ("the other party to the contract") a facilitar información al consumidor (cfr. *Regulation 2*). Para el comentario a esas disposiciones, David GRANT/Stephen MASON, *Holiday Law*, London, 2nd. ed., Sweet & Maxwell, 1998, págs. 348-354, quienes consideran que usualmente esas obligaciones van a corresponder al organizador del viaje (*tour operator*), aunque no excluyen la posibilidad de que el obligado por las mismas sea el detallista (*travel agent*).

información relativa al viaje contratado con anterioridad a su inicio.¹⁷¹ E incluso la indefinición de la Directiva 90/314/CEE ha dado lugar a que exista algún ordenamiento que únicamente atribuya las obligaciones de información al "vendedor del viaje".¹⁷²

Aun así, volviendo al Derecho español, cabe entender que cuando el detallista venda directamente el viaje al consumidor, las obligaciones de formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado van a corresponder tanto al organizador como al detallista, por su ámbito respectivo de gestión del viaje. Será el organizador quien, en su caso, deba responder si, por ejemplo, el mismo no incluye en el contrato el número mínimo de personas exigido, en su caso, para la realización del viaje (letra f) del art. 4.1 LVC); mientras que responderá el detallista, si concurren los presupuestos necesarios, cuando sea éste quien omita la información relativa a los horarios y lugares de las escalas y los enlaces del transporte contratado (letra a) del art. 6 LVC).¹⁷³

En el Derecho alemán se ha hecho algún esfuerzo doctrinal para distribuir la responsabilidad entre organizador y detallista por los daños sufridos por el consumidor atendiendo al contenido de la información facilitada. En este sentido, se ha afirmado que generalmente sólo responderá el organizador frente al consumidor por la falta de información o información falsa o engañosa relativa a cuestiones tales como peligros especiales que puedan afectar al viaje, número mínimo de participantes en el mismo, incumplimiento del contrato de viaje, o envío de la confirmación del viaje. Se parte de la base de que esas cuestiones únicamente pertenecen al ámbito de gestión del organizador (p.ej. el organizador será quién decida si se realiza el viaje habida cuenta del número de participantes); ello sin perjuicio, en su caso, de la obligación del detallista de

¹⁷¹ Véase el artículo 8 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*.

¹⁷² Así, los artículos 96 a 98 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés.

¹⁷³ En términos parecidos, la regulación irlandesa señala que las obligaciones del organizador de formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado tendrán lugar tanto si es él mismo quien vende directamente el viaje al consumidor, como si el viaje es vendido por el detallista. Esa regulación prescribe que el organizador va a responder por el incumplimiento de esas obligaciones, a menos que se compruebe que éste se debe a una omisión del detallista en la transmisión del contrato o información al consumidor (*Sections 12-15 de la Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17).

transmitir esta información ; e incluso de la obligación de éste, en algunos casos, de instar al organizador a facilitar tal información ante la pasividad del mismo (p.ej. realización o no del viaje en función del número de participantes; dar curso a la confirmación del viaje). Según esta opinión, tales supuestos contrastarían con aquellos otros en que organizador y detallista responderían solidariamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones de información, siempre a partir del contenido de esta última. Ello tendría lugar por confiar el consumidor en la información facilitada por el detallista. Se trataría de instrucciones erróneas en materia de pasaportes y visados, formalidades necesarias para el viaje y la estancia, divisas, seguros del viaje, peligros generales del lugar de destino realizadas por el detallista; así como de la no comunicación al organizador de las peticiones especiales realizadas por el consumidor al detallista; o de la no información del detallista al consumidor acerca de las probabilidades de perjuicio del viaje como consecuencia de un acontecimiento de fuerza mayor (cfr. § 651 j BGB); o, finalmente, de la omisión del detallista en la transmisión de documentos y declaraciones realizadas por el organizador al consumidor.¹⁷⁴

La regulación española del contrato de viaje no distingue según cuál sea el contenido de la información facilitada al consumidor en orden a atribuir las obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado a organizador o detallista por su ámbito respectivo de gestión del viaje. En este ordenamiento ambos asumen esas obligaciones, simplemente, por intervenir en la contratación del viaje frente al consumidor. Aun así, la distribución de responsabilidad mancomunada entre organizador y detallista frente al consumidor por el incumplimiento de tales obligaciones puede realizarse según la confianza que el tipo de información facilitada pueda suscitar en el consumidor del viaje.

2) *Obligación de facilitar información del organizador al consumidor.* El detallista tiene la obligación de dar traslado de toda información procedente del organizador que pueda resultar de interés para el consumidor en orden a la realización del viaje.¹⁷⁵ Aun tratándose de una obligación no expresada en la

¹⁷⁴ Véase TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., págs. 1634-1636.

¹⁷⁵ En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 223, hace notar que al detallista que vende directamente el viaje al consumidor le corresponde la obligación de facilitar el correcto desenvolvimiento de la relación entre el organizador y el consumidor por su ámbito de gestión del viaje.

regulación, cabe entender que, en su caso, la misma también va a corresponder al detallista por su ámbito de gestión del viaje. Esta obligación resultará de las peculiaridades que presenta el proceso de contratación de viajes combinados. Por ejemplo, el detallista tendrá la obligación de informar al consumidor sobre la denegación de la oferta del viaje que le haya comunicado el organizador,¹⁷⁶ o la aceptación por parte del organizador de los deseos especiales expresados por el consumidor en torno al viaje.¹⁷⁷ En particular, cabe entender que la obligación de poner inmediatamente en conocimiento del consumidor toda modificación significativa de algún elemento esencial del contrato a la que el organizador se vea obligado antes de la salida (art. 8.1 LVC) no solamente corresponderá a éste sino también al detallista cuando este último sea quien venda el viaje. Por ello, la omisión de información o información errónea sobre una modificación en el horario de salida del avión contratado¹⁷⁸ o en las visitas programadas sobrevenida con posterioridad a la publicación del folleto informativo del viaje¹⁷⁹ imputable al detallista facultará al consumidor a interponer acción de reclamación de daños y perjuicios frente al mismo.

Aun así, en ocasiones puede que sean los prestadores de los servicios quienes proporcionen una información equivocada al consumidor (p.ej. en el folleto facilitado por el hotelero figura que el hotel tiene piscina y luego se constata la falsedad de la información). Entonces será necesario determinar hasta qué punto el organizador no ha optado por hacer llegar tal información al consumidor por medio de los prestadores de los servicios que el mismo utiliza en el cumplimiento del contrato (vgr. transportista, guía turístico, entre otros), en cuyo caso le será imputable la responsabilidad por la falta de información, o por la información falsa o engañosa facilitada al consumidor; o bien si, en cambio, el organizador ha utilizado los prestadores solamente para el cumpli-

¹⁷⁶ Para el Derecho alemán, TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., págs. 1635, quien añade que en ese caso el contrato de viaje no tendrá lugar por no tener el detallista poder suficiente para concluirlo.

¹⁷⁷ Cfr. § 3 Abs.2 de la *Verordnung vom 14.11.1994 über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern* alemana.

¹⁷⁸ En el Derecho inglés se afirma que cuando el detallista debe informar al consumidor sobre un cambio en el programa de viaje —después de la conclusión del contrato de viaje— actúa por cuenta del organizador; por este motivo, en ese ordenamiento se admite que el consumidor pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios al organizador, sin perjuicio de una posterior actuación de éste frente a la agencia de viajes detallista. Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 383.

¹⁷⁹ Vide MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 202.

miento de la obligación de realización de los servicios del viaje, como será lo habitual; supuesto en que el consumidor únicamente podrá dirigirse contra estos últimos por vía de responsabilidad extracontractual para reclamarles indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1902 y ss. CC);¹⁸⁰ ello sin perjuicio de aquellos casos en que la información procedente de los prestadores de los servicios sea transmitida al consumidor por parte del detallista, en cuyo caso aquél podrá interponer una acción de responsabilidad contractual *ex* artículo 11.1 LVC contra éste.¹⁸¹

3) *Obligación de hacer recomendaciones al consumidor en cuanto a la selección del organizador y viaje a realizar.* El detallista debe informar al consumidor acerca de las condiciones de los distintos lugares por los que va a desarrollarse el viaje (vgr. condiciones meteorológicas, actividades turísticas, riesgos especiales) y procurar, en todo momento, que el viaje se ajuste a las expectativas personales del consumidor (vgr. destino, calidad de los servicios, precio del viaje).¹⁸² Al detallista le corresponde la obligación de llevar a cabo tales indicaciones por su ámbito de gestión del viaje, de modo que su incumplimiento podrá dar lugar a que los órganos judiciales declaren su responsabilidad contractual frente al consumidor.

Algo parecido propugna una parte de la doctrina alemana para su ordenamiento, donde, sin embargo, existen muchas dificultades para distinguir entre las obligaciones de información y recomendación que la agencia de viajes detallista (*Reisebüro*) asume frente al consumidor como intermediaria y aquellas

¹⁸⁰ En sentido contrario, MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 203, considera que si es el hotel quien proporciona una información equivocada al consumidor, "puede responsabilizarse al organizador por entender que su diligencia debería controlar y comprobar esta información".

¹⁸¹ Así, en el Derecho alemán, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, Bd.4, cit., § 651 a, 1417-1464, Rnd. 127, pág. 1463.

¹⁸² En el Derecho alemán, TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., pág. 1635, se muestra partidario de hacer responsable a la agencia de viajes que no ofrezca al consumidor el viaje más barato cuando el consumidor se lo haya pedido; o bien a declarar la responsabilidad de la agencia cuando la misma ofrezca el viaje indicando al consumidor que se trata de una "oferta especial", cuando luego se comprueba el precio del viaje se encuentra considerablemente por encima del nivel de precios de otros viajes de las mismas características. Esta cuestión ha sido objeto de una importante discusión doctrinal en Alemania. Puede consultarse, por ejemplo, Rainer NOLL, *Besteht eine Pflicht des Reisevermittlers, den billigsten Reiseveranstalter zu empfehlen?*, RRA 4 /1996, págs. 63-78; RRA 5 /1996, págs. 95-102.

obligaciones que se atribuyen a la misma por su condición de auxiliar del organizador en el cumplimiento del contrato de viaje (§ 278 BGB).¹⁸³ Ello se debe, sobre todo, a que en ese ordenamiento todavía rige la idea de que la agencia de viajes detallista actúa por cuenta del consumidor —se afirma que la agencia de viajes (*Reisebüro*) concluye un contrato de intermediación de viaje (*Reisevermittlungsvertrag*) con el consumidor, cuya naturaleza suele hacerse coincidir con el contrato de mandato (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) (§ 675 HGB)— hasta el momento en que este último concluye el contrato de viaje con el organizador, momento en que el detallista se convierte en auxiliar del cumplimiento —y, en su caso, representante— del organizador del viaje.¹⁸⁴ Así, la doctrina mayoritaria sostiene que la agencia de viajes intermediaria asume ciertas obligaciones de recomendación (*Beratungspflichten*) frente al consumidor, previas a la selección del viaje, en virtud de la conclusión de un contrato de mandato (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) (§ 675 BGB).¹⁸⁵ Entre tales obligaciones cabría incluir, según esta opinión, la obligación de selección del organizador, la obligación de dar consejo sobre el fin del viaje (§ 2 *Verordnung vom 14.11.1994 über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*) (vgr. instrucciones en materia de pasaportes y visados, formalidades necesarias para el viaje y la estancia, y riesgos especiales del viaje), la obligación de procurar que el viaje se ajuste a las expectativas del consumidor (vgr. viaje de cultura, viaje de descanso), así como la obligación de dar satisfacción a los deseos especiales expresados por el consumidor (§ 665 BGB); en cambio, una vez el consumidor haya seleccionado el viaje, las obligaciones de la agencia de viajes derivarían de un contrato de agencia (*Agenturvertrag*) (§ 84 HGB) celebrado por la misma con el organizador; de modo que la agencia se convertiría en auxiliar del organiza-

¹⁸³ Véase la sentencia AG Emmerich, Urt. 22.2.1995, RRa 6/1995, págs. 110-111, en la que un empleado de la agencia de viajes ofrece un viaje a los consumidores indicando que él ya había estado una vez en el lugar de vacaciones y visto el hotel incluido en el viaje. La sentencia desestima la demanda interpuesta por los consumidores frente al organizador por incumplimiento del contrato. El tribunal considera que existe un contrato de intermediación de viaje (*Reisevermittlungsvertrag*) entre agencia de viajes y consumidor del que derivan obligaciones (*Sorgfalts- und Beratungspflichten*) cuyo incumplimiento sólo puede imputarse a la agencia; la sentencia también señala que el detallista no actúa como auxiliar del organizador en el cumplimiento del contrato de viaje (§ 278 BGB).

¹⁸⁴ En este sentido, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 a, 7-80, Rnd. 62, pág.31, afirma que la agencia de viajes, como mandataria del consumidor, se obliga a aconsejar e informar al consumidor acerca del viaje, obligaciones que pueden coincidir con las que le corresponden como auxiliar del organizador en el cumplimiento. Véase, también, NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, cit., pág. 211.

¹⁸⁵ Vide TONNER, *Reiserecht in Europa*, cit., págs. 58-59.

dor en el cumplimiento del contrato de viaje. Por ese motivo, el incumplimiento del detallista de la obligación de facilitar las condiciones generales del contrato de viaje predispuestas por el organizador únicamente sería imputable a éste (§ 278 BGB), salvo que aquél hiciera declaraciones frente al consumidor en abierta contradicción con las mismas; caso en que el único responsable contractual frente al consumidor sería el detallista del viaje.¹⁸⁶

En el Derecho español, no hay inconveniente en hacer corresponder la obligación del detallista de recomendar al consumidor en cuanto a la selección del organizador y viaje a realizar a las obligaciones que la doctrina alemana asigna a las agencias de viajes mandatarias con anterioridad a la conclusión del contrato de viaje. Salvando las distancias existentes entre ambos ordenamientos, nada impide admitir que tales obligaciones corresponden, en su caso, al detallista por su ámbito de gestión del viaje (cfr. art. 11.1 LVC).

Aun así, no parece que el detallista pueda ser responsable contractual por la omisión de información más propia de la agencia de viajes vendedora de servicios sueltos (p.ej. no aplicación de tarifas aéreas especiales previstas para menores de edad) (cfr. art. 2.1 OMAAV). La información a facilitar por parte del detallista de viajes combinados al consumidor no debe confundirse con aquella información más propia de otro de los objetos de las agencias de viajes, cual es "la mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, así como en la reserva de habitaciones y servicios en las Empresas turísticas y particularmente en los establecimientos hoteleros y demás alojamientos turísticos" (letra a) del art. 2.1 OMAAV). Esta información no es objeto de la obligación que corresponde al detallista por su ámbito de gestión del viaje combinado.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Así, NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, cit., págs. 211-215, quien, sin embargo, añade que los consejos realizados por la agencia de viajes en torno a los seguros de viaje (§ 3 Abs.1 *Verordnung vom 14.11.1994 über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*) tienen lugar en cumplimiento de una obligación del organizador (§ 278 BGB). Nótese que ese criterio difiere sustancialmente de aquél otro que distribuye la responsabilidad entre organizador y según el contenido de la información facilitada. Vide TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., págs. 1634-1636.

¹⁸⁷ En sentido contrario, en el Derecho italiano, PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, cit., pág. 70. Téngase en cuenta que la obligación de información del intermediario (p.ej. requisitos de pasaporte), a quien se asimila la figura del detallista de viajes combinados, se ha delimitado a partir del artículo 1710 del *Codice civile*, conforme al que el mandatario debe notificar al mandante aquellas circunstancias que pueden determinar la revocación o modificación del mandato (*Corte di Cassazione*, 24.2.87, GI, 1987, I, 1, 1564); o según el artículo 3 CIB, que prevé la obligación del organizador e intermediario de "proteger los derechos e intereses del viajero según los principios generales del derecho y los buenos usos en este ámbito" (sentencia de la *Pre-tura di Monza*, 7.12.90, FI, 1991, 3062). Vide MONTICELLI, en Gianluca CIURNE-

4) *Obligación de facilitar información del consumidor al organizador.* El detallista debe facilitar la información procedente del consumidor al organizador. En particular, al detallista corresponde tramitar frente al organizador la reserva del viaje realizada por parte del consumidor;¹⁸⁸ así como transmitir diligentemente al organizador las peticiones o deseos especiales manifestados por parte del consumidor.¹⁸⁹ El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones por parte del detallista conllevará, en su caso, la declaración de su responsabilidad contractual frente al consumidor.

El Derecho inglés llega al mismo resultado con anterioridad a la implementación de la Directiva 90/314/CEE, aunque con base a otro razonamiento. En ese ordenamiento se considera que la agencia de viajes detallista (*travel agent*) actúa por cuenta del consumidor hasta el momento de la conclusión del contrato de viaje entre éste y el organizador (*tour operator*); y, a partir de entonces, se entiende que la agencia de viajes detallista actúa por cuenta del organizador. Solamente con base a esos términos puede comprenderse el caso *Brewer v. Best Travel Ltd* [1993] 10 C.L. 10, el cual se refiere a un supuesto en que la agencia de viajes detallista tramita incorrectamente la reserva del consumidor en que éste manifiesta su deseo de disponer de alojamiento en unos apartamentos especiales. Apelada la sentencia dictada por el Juez del Distrito (*District Judge*), que declara la responsabilidad del organizador del viaje (*Best Travel Ltd*), la *Swansea County Court* admite el hecho de que en el momento de llevar a cabo la reserva la agencia de viajes minorista actuaba por cuenta del consumidor, por lo que declara no haber lugar a la responsabilidad contractual del organizador. En definitiva, la sentencia considera que el organizador *Best Travel Ltd* no ha incumplido el contrato de viaje porque no ha habido nunca

LLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 236-245.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 202, señala que el detallista responderá frente al consumidor por los errores cometidos en la reserva de billetes de viaje, alojamiento, o entradas a espectáculos. Para el Derecho alemán, NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, cit., pág. 215, quien considera que en este caso la agencia de viajes deberá indemnizar al consumidor y organizador de un modo sustancialmente distinto.

¹⁸⁹ Para el Derecho alemán, TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., págs. 1634-1636.

un auténtico acuerdo entre él y el consumidor a causa del error cometido por la agencia de viajes detallista.¹⁹⁰

Delimitadas las obligaciones correspondientes a organizador y detallista por su ámbito respectivo de gestión del viaje, en términos generales se advierte que el compromiso del organizador frente al consumidor consiste en la obtención de un determinado resultado, el viaje combinado. El organizador sólo cumplirá con sus obligaciones de programación del viaje y ejecución de los servicios integrantes si presta el viaje al consumidor en los términos previstos en él. Mas el organizador también asume, como se ha expuesto, las obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado; obligaciones cuyo cumplimiento tendrá lugar si aquél desarrolla esa actividad de un modo diligente. Por su lado, las obligaciones del detallista, tanto las que coinciden con las del organizador como las demás (vgr. obligación de facilitar información del organizador al consumidor, de hacer recomendaciones al consumidor en cuanto a la selección del organizador y viaje a realizar y obligación de facilitar información del consumidor al organizador) serán de medios; o sea, al detallista únicamente se le podrá exigir en el cumplimiento de sus obligaciones que despliegue diligentemente esa actividad de información.¹⁹¹

La distinción entre las obligaciones asumidas por el organizador y detallista frente al consumidor tiene lugar hasta tal punto que la doctrina italiana mayoritaria atribuye al detallista de viajes combinados las obligaciones propias del intermediario de viaje a que se refiere el Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*. De acuerdo con esa doctrina, el artículo 14.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* no hace sino poner de relieve la voluntad del legislador de separar netamente el rol, actividad y, consiguientemente, el ámbito de

¹⁹⁰ Véase GRANT/ MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 372-376.

¹⁹¹ La doctrina española sólo atribuye al organizador una obligación de resultado, esto es, la obligación de hacer efectivo el viaje tal y como el mismo lo ha organizado. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., pág. 17; y MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 201. Esa doctrina añade que la función del detallista se limita, en cambio, a una labor de intermediación entre organizador y consumidor.

responsabilidad del organizador y detallista frente al consumidor. De este modo, la doctrina italiana considera que el detallista mantiene su condición de intermediario entre el organizador y el consumidor; esto es, la actividad del detallista consiste en cumplir con diligencia el encargo del consumidor consistente en la conclusión de un contrato de organización de viaje. Por ello, las obligaciones del detallista son las obligaciones típicas del intermediario de viaje, o sea, el sujeto considerado tradicionalmente como mandatario del consumidor.¹⁹² Todo ello sin olvidar, no obstante, que la Directiva 90/314/CEE no requiere que el detallista venda viajes combinados de un modo habitual, a diferencia de la lo que se sucede con respecto al intermediario de viajes, a quien sí se le exige una regularidad o habitualidad en su actuación (punto 6 del art. 1 CIB);¹⁹³ además, la Directiva 90/314/CEE no regula la intermediación de los servicios sueltos del viaje, y su ámbito de aplicación también difiere del Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*.¹⁹⁴

Ciertamente, las obligaciones correspondientes al detallista por su ámbito de gestión del viaje evocan a la figura del intermediario de viajes, el cual se obliga a procurar al consumidor un contrato de organización de viaje a cambio de un precio (cfr. puntos 3 y 6 del art. 1 CIB). Sin embargo, en el Derecho español cabe prescindir de la asimilación entre ambos sujetos, no solamente porque en este caso no existe una regulación de Derecho privado paralela reguladora del contrato de intermediación de viaje, sino también, y sobre todo, porque la regulación del contrato de viaje combinado no califica al detallista como simple intermediario, sino como parte del viaje combinado e impone tanto al detallista como al organizador unas obligaciones "...por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado" (cfr. art. 11.1 LVC).¹⁹⁵ Por esa razón, cualquier

¹⁹² Vide PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, cit., pág. 70; y MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 236-245.

¹⁹³ Vide ZUNARELLI, *Package Travel Contracts: Remarks on the European Community Legislation*, cit., págs. 493, 507-508, quien, sin embargo, se muestra partidario de reconsiderar la configuración tradicional del intermediario/detallista.

¹⁹⁴ Así, BOTTI, "Il contratto di intermediazione di viaggio alla luce del recente Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva 90/314/CEE", cit., págs. 630, 632 y 635.

¹⁹⁵ En este sentido, Miquel MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., págs. 9439-9440; en cambio, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., pág. 20, afirma que las llamadas "cláusulas de mediación" serán válidas si se refieren únicamente al detallista, en la medida en que éste no responde del buen fin del viaje.

cláusula contractual que exonere de responsabilidad al detallista por los daños que sean consecuencia del incumplimiento de obligaciones que le correspondan por su ámbito de gestión del viaje, a partir de su calificación como intermediaria, equivaldrá a una cláusula contractual exoneratoria nula por contraria al carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC).¹⁹⁶

Distinto será, no obstante, cuando la cláusula de intermediación no contravenga el régimen de responsabilidad correspondiente al detallista por incumplimiento de las obligaciones que le correspondan por su ámbito de gestión del viaje. En este sentido, en ocasiones los programas de viaje contienen una cláusula del tenor siguiente:

"[l]a Agencia de Viajes minorista, mediadora en la venta de los circuitos del presente programa, entre el comprador y/o pasajero y la empresa Transrutas, S.A. [agencia de viajes mayorista], queda excluida de las Condiciones Generales de Inscripción, limitando su responsabilidad: a una adecuada entrega de la documentación correspondiente, a facilitar una información veraz, a tener al cliente localizable y de haber hecho la entrega al mismo de las condiciones de inscripción existentes en el presente folleto, así como también a proporcionar cualquier información o modificación que Transrutas notificara a la agencia de viajes minorista antes de la salida del viaje".¹⁹⁷

Ciertamente, la actividad de mediación o intermediación de la agencia de viajes minorista (léase, detallista) en la venta del viaje más bien constituye un elemento de distorsión en el marco de la actual regulación del contrato de viaje combinado. No obstante, si se entiende que mediante la cláusula transcrita el detallista asume frente al consumidor las obligaciones que le corresponden por su ámbito de gestión del viaje, en los términos antes expuestos, dicha cláusula no resulta contraria al régimen de responsabilidad previsto imperativamente por la Ley (art. 11.4 LVC). Con todo, es de desear que las nociones de

¹⁹⁶ Esa cláusula también podrá ser declarada nula por abusiva, puesto que a tenor de lo dispuesto en la Disposición adicional 1.ª II 9ª LGDCU podrá suponer una "exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional".

¹⁹⁷ Vide cláusula "Limitación de responsabilidad" del catálogo TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998). Muy semejante: cláusula "Limitación de responsabilidad" del catálogo CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998).

mediación e intermediación sean erradicadas por inútiles de las condiciones generales que se redacten en el futuro.¹⁹⁸

Por lo demás, de las obligaciones del organizador y detallista asumidas frente al consumidor también se deducen los tipos de daños a indemnizar por parte de cada uno de ellos como consecuencia de su incumplimiento. Sin perjuicio de exponer más adelante los distintos daños resarcibles por incumplimiento del contrato de viaje, en este punto cabe señalar que todos ellos podrán ser objeto de la obligación de indemnización de organizador y detallista, a pesar de que ambos asuman distintas obligaciones según su ámbito de gestión del viaje respectivo. Sin duda, el incumplimiento de las obligaciones del organizador puede causar lesiones al interés de prestación del consumidor, daños corporales, daños a objetos, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo y daños no patrimoniales (incluyendo los daños por pérdida de vacaciones), así como beneficios dejados de obtener o lucro cesante. Y el consumidor también puede sufrir los mismos daños como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones correspondientes al detallista por su ámbito de gestión del viaje. En particular, nótese que del incumplimiento de la obligación del detallista de facilitar información del organizador al consumidor (p.ej. no comunicación de la modificación del horario de salida causa la pérdida del medio de transporte contratado y la consiguiente pérdida de vacaciones) podrán resultar daños para el consumidor por pérdida de vacaciones que, en su caso, aquél deberá indemnizar.¹⁹⁹

b) El detallista no tiene la condición de auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones del organizador, ni actúa como su representante

Siendo el organizador y el detallista responsables contractuales mancomunados frente al consumidor (art. 11.1 LVC), cabe plantearse si con la regulación del contrato de viaje la responsabilidad del deudor por los actos de los

¹⁹⁸ En ese sentido, Miquel MARTÍN CASALS/Francisco VICENT CHULIÁ/Jordi RIBOT IGUALADA/Fernando CERDÁ ALBERO, *Estudio sobre las actuales condiciones generales del contrato de viaje. Líneas Generales para su revisión*, Barcelona, (inérito), septiembre 1999, págs.157-159.

¹⁹⁹ En el Derecho alemán, TEMPEL, *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, cit., págs. 1627 y 1633-1634, admite que el organizador deba indemnizar, en su caso, los daños por pérdida de vacaciones sufridos por el consumidor (§ 651 f Abs.2 BGB); aunque el autor indica que el incumplimiento de las obligaciones de información correspondientes al organizador generalmente causa daños patrimoniales y corporales al consumidor del viaje.

auxiliares en el cumplimiento contractual y el esquema de la representación voluntaria todavía pueden tener algún relieve en la determinación de los sujetos responsables.

El artículo 11.1 LVC no distingue según las diferentes relaciones jurídicas que el detallista mantenga con el organizador, por las cuales el detallista vende el viaje combinado, en orden a establecer la responsabilidad de ambos frente al consumidor.

El proceso de conclusión del contrato de viaje combinado en que interviene el detallista incluye las siguientes fases: el consumidor solicita la contratación de un viaje combinado al detallista; el detallista informa al consumidor (vgr. facilita el programa de viaje) acerca de los viajes ofrecidos a la venta; en caso de que éste acepte uno de esos viajes, aquél informa al organizador acerca de esa circunstancia y procura que éste confirme que está en condiciones de llevarlo a cabo; supuesto que el viaje pueda realizarse, se procede a formalizar el contrato de viaje en un documento donde ordinariamente figuran, de una parte, el organizador y detallista y, de la otra, el consumidor.

Si atendemos únicamente a ese proceso, se podría afirmar la responsabilidad del organizador por el detallista que utiliza para la conclusión del contrato de viaje, generalmente a partir de una relación representativa. El organizador puede otorgar un poder al detallista para que éste celebre contratos de viaje con consumidores con efectos directos e inmediatos en el patrimonio y esfera jurídica del organizador. Como se ha expuesto, ello ocurría con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado, y se ajusta a la actividad desarrollada por parte del detallista en la contratación del viaje.²⁰⁰

Esa idea todavía puede mantenerse en aquellas regulaciones de los Estados miembros que, como se ha señalado, hacen responder únicamente al organiza-

²⁰⁰ En el Derecho francés, PY, *Droit du Tourisme*, cit., págs. 384-385, afirma que el proceso de conclusión del contrato de viaje no excluye la posibilidad de que, de modo excepcional, el detallista actúe como mandatario del organizador, mediante un acuerdo de representación exclusiva; en cambio, ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, cit., págs. 14-17, señala que el acuerdo mediante el que el detallista se compromete a comercializar el viaje combinado ofertado al público de acuerdo con programa redactado por el organizador carece de vínculo de exclusiva y de relación representativa.

dor frente al consumidor del viaje (Alemania, Holanda).²⁰¹ En esas regulaciones no hay inconveniente en considerar que el detallista de un viaje, que vende u ofrece a la venta el viaje del organizador, actúa frente al consumidor como auxiliar en el cumplimiento y, en su caso, representante del organizador, en la medida que el detallista no es parte del contrato de viaje.

En cambio, en las regulaciones del contrato de viaje en las que organizador y detallista aparecen como distintos deudores que, en su caso, pueden devenir responsables contractuales frente al consumidor, debe excluirse tanto la condición del detallista de auxiliar en el cumplimiento como su actuación representativa; ello con independencia de cuál sea la forma de organización de la responsabilidad de la pluralidad de deudores (organizador y detallista). El detallista que asume obligaciones derivadas del contrato frente al consumidor, idénticas o distintas a las correspondientes al organizador, no puede ser considerado a su vez como auxiliar y, en su caso, representante de este último.

En cierto modo, esta concepción ya rige en el Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*, conforme al que un intermediario de viaje puede procurar al consumidor la conclusión de un contrato de organización de viaje con el organizador (art. 1), como mandatario del consumidor, y sin devenir parte del contrato de organización (art. 17). Entonces, el intermediario del viaje únicamente será responsable frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato de intermediación, sin asumir la condición de auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones del organizador, ni de representante del mismo en su actuación frente al consumidor.

En la misma línea, la regulación española excluye la posibilidad de considerar al detallista como auxiliar del organizador en el cumplimiento contractual. Sabido es que el artículo 11.1 LVC atribuye responsabilidad contractual a cada uno de ellos, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje. La asunción de obligaciones por parte del detallista frente al consumidor impide la concurrencia de distintos presupuestos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Esa responsabilidad exige que el auxiliar tenga la condición de tercero con respecto a la relación obligatoria establecida entre deudor y principal y acreedor, circunstancia que no puede

²⁰¹ Para el Derecho alemán, véase supra § I.1.1 B).

hacerse extensiva a la persona del detallista. Y dicha responsabilidad también requiere que la utilización del auxiliar tenga lugar precisamente en la actividad de cumplimiento de la obligación del deudor, lo cual tampoco ocurre en la relación entre organizador y detallista.²⁰² A pesar de la introducción voluntaria del detallista por parte del organizador para la venta u oferta en venta del viaje combinado por él propuesto (punto 3 del art. 2 LVC), tal introducción hace que sea el mismo detallista quien asuma unas obligaciones propias frente al consumidor.

Por su lado, una parte de la doctrina sigue atribuyendo al detallista la condición de representante del organizador en ordenamientos en que ambos aparecen como distintos deudores frente al consumidor en virtud del contrato de viaje.

Así, ya se ha indicado que en el Derecho inglés se afirma que la agencia de viajes detallista (*travel agent*) actúa por cuenta del consumidor hasta el momento de la conclusión del contrato de viaje entre éste y el organizador (*tour operator*); y la doctrina añade que, a partir de entonces, la agencia de viajes detallista actúa por cuenta del organizador.²⁰³ Según esa doctrina, la práctica comercial pone de relieve que el consumidor paga el precio reclamado por el organizador, quien, a su vez, paga una parte del mismo a la agencia de viajes detallista —o faculta a la misma a su retención— en concepto de comisión, hasta el punto de considerar que no existe relación contractual alguna entre consumidor y agencia de viajes detallista; por todo lo cual, las obligaciones asumidas por el detallista frente al consumidor tendrían su origen en el incumplimiento de un deber de cuidado (*the duty of care*) y la agencia de viajes detallista sería responsable (*liability in negligence*) por dar consejos al consumidor sin el cuidado debido cuando éste sufriera pérdidas económicas (*economic loss*) como consecuencia de la confianza en tales consejos.²⁰⁴ Se admite, en suma, que la posición básica de la agencia de viajes es la de representar al consumidor hasta el momento de la celebración del contrato de viaje, sin que aquélla pueda ser considerada como parte contratante; y que en la práctica, la

²⁰² Sobre los presupuestos de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares, véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 51-289.

²⁰³ Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 373.

²⁰⁴ Véase GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 372-382; también, TONNER, *Reise-recht in Europa*, cit., págs. 61-62.

mayoría de agencias miembros de la *Association of British Travel Agents* se rigen por acuerdos de representación (*agency agreement*) celebrados con los organizadores, con frecuencia con arreglo a la *ABTA Tour Operator's Code of Conduct* (noviembre 1997);²⁰⁵ texto que obliga a las agencias de viajes detallistas a asegurar la venta de viajes compatibles con los requerimientos individuales de los clientes, y a avisar inmediatamente a éstos sobre cualquier modificación ocurrida en sus reservas, entre otras cuestiones.²⁰⁶

Con todo, también se ha señalado que el esquema de la representación que hasta el momento ha servido para explicar la relación jurídica entre organizador y detallista no puede hacerse extensivo a aquellos casos en que resulte aplicable la *Regulation The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992).²⁰⁷

En la misma línea, la doctrina española ha señalado que en la distribución de responsabilidad entre organizador y detallista hay que valorar la condición que ha ostentado el detallista en su actuación frente al consumidor. Por esa razón, se ha afirmado que si el detallista ostenta una representación indirecta del organizador y aparece frente al consumidor como única contraparte contractual, aquél habrá de responder por todos los daños si el consumidor perjudicado por el incumplimiento se dirige a él, como único sujeto deudor en el contrato.²⁰⁸ Ello también ha sido afirmado por aquella parte de la doctrina que considera que la regulación del contrato de viaje configura un régimen de responsa-

²⁰⁵ Vide Mark POUSTIE/Jenifer ROSS/Norman GEDDES/William STEWART, *Hospitality and Tourism Law*, London, International Business Press, 1999, pág. 285.

²⁰⁶ Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 378, quienes hacen notar que existen múltiples casos en que el consumidor demanda a organizador y agencia de viajes por incumplimiento del contrato, y que sólo declaran la responsabilidad contractual del primero por considerar que no hay contrato entre la agencia de viajes y el consumidor (p.ej. *Edwards v. Intasun an Lunn Poly* (1991)). Los autores admiten, sin embargo, que la agencia de viajes detallista va a responder con arreglo a la regulación del contrato de viaje por los daños sufridos por el consumidor como resultado de confiar en el programa de viaje con información engañosa facilitado por aquélla (cfr. *Regulation 4* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992). Véase también, TONNER, *Reiserecht in Europa*, cit., págs. 61-64, quien concluye que en los Derechos alemán e inglés es importante para el consumidor comprobar cuál es la relación jurídica entre organizador y agencia detallista a los efectos de imputar a aquél las explicaciones realizadas por ésta, toda vez que la misma actúa como representante (*Handelsvertreter, agent*) del organizador.

²⁰⁷ Así, POUSTIE/ROSS/GEDDES/STEWART, *Hospitality and Tourism Law*, cit., pág. 285.

²⁰⁸ En esos términos, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 205 y 207.

bilidad mancomunada entre organizador y detallista frente al consumidor.²⁰⁹ Incluso se ha sostenido que la locución "ámbito de gestión" comprendida en la fórmula del artículo 11.1 LVC haría referencia a la función representativa de la agencia detallista; de modo que si la misma actuara en nombre y por cuenta del organizador, en términos generales, se producirían los efectos propios de la representación directa, con lo que la responsabilidad derivada del contrato de viaje correspondería al organizador; mientras que si la agencia detallista actuara en su propio nombre, aun gestionando intereses de la mayorista, generalmente se daría un supuesto de representación indirecta y, por tanto, la responsabilidad por incumplimiento del contrato de viaje correspondería a la agencia detallista, única parte contractual del consumidor. En definitiva, pues, el "ámbito de gestión" del organizador o detallista vendría referido, según esta opinión, a la función que en la fase negociadora cumpliría el detallista.²¹⁰

²⁰⁹ Así, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 226-227, señala que "si, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 3.1.i) y 4.1.i) LVC, no se indicara ni en el folleto informativo ni en el contrato quién es el organizador del viaje", y "si el detallista tampoco lo identifica después, parece claro que es él quien habrá de responder frente al consumidor de la correcta ejecución del viaje". La autora cita, en este punto, distintas sentencias españolas que aplican la llamada representación indirecta (arts. 1717 CC y 246 CCom) a la actuación de la agencia de viajes minorista. De modo parecido, MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 201, distingue varias posibilidades en los supuestos en que en el contrato de viaje intervengan organizador y detallista: "[q]ue el detallista ponga a la venta un viaje elaborado por el organizador, por cuenta y en nombre de éste (representación directa), actuando aquél como mero intermediario del organizador. En este caso, el contratante del consumidor es la agencia organizadora. Ello no significa que el detallista no asuma ninguna obligación frente al consumidor, pues hay deberes que son impuestos a éste directamente por la Ley (arts. 3 y 4); [q]ue el detallista oferte y venda un viaje elaborado por el organizador (representación indirecta), sin comunicar al consumidor la intervención de organizador, de forma que la relación contractual se entabla entre consumidor y detallista"; véase, también, Miguel RUIZ MUÑOZ, "Responsabilidad contractual de las agencias de viajes: organizadores y detallistas", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 73-82, págs. 74-75.

²¹⁰ Esa opinión corresponde a GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 164-169, quien añade que en los supuestos de representación directa el detallista podrá incurrir en responsabilidad contractual frente al consumidor si no da traslado a las indicaciones de su principal al consumidor; además, la autora señala que existirán situaciones en las que, aun actuando la agencia minorista como representante indirecto de la mayorista, el consumidor podrá dirigir su demanda de reclamación de daños y perjuicios no sólo frente a la primera, sino también frente a la segunda, supuesto en que ambas agencias responderán de manera solidaria frente al consumidor.

Sin embargo, la "venta" del viaje del organizador por parte del detallista únicamente puede tener lugar a partir de una relación jurídica no representativa entre ambos. La asunción de obligaciones tanto por el organizador como el detallista frente al consumidor en virtud del contrato de viaje (cfr. art. 11.1 LVC) difícilmente puede ser compatible con las distintas formas de actuación representativa, las cuales presentan una estructura bien distinta a la prevista en la regulación del contrato de viaje.

En efecto, la eficacia directa es la consecuencia normal de la gestión del representante llevada a cabo en nombre del principal. En este caso los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en el patrimonio o esfera jurídica del representado, y para el representante que actuó no se produce ningún efecto. Solamente el principal ostenta inmediatamente la condición de parte en la relación o situación jurídica creada por el negocio representativo.

Por contra, en el caso de la llamada representación indirecta, las consecuencias del negocio representativo, como regla general, sólo ingresan en el patrimonio o esfera jurídica del representante y no se produce ningún efecto de manera inmediata en el patrimonio o esfera jurídica del representado (arts. 1717 CC y 246 CCom). Los efectos de la gestión sólo se producen para éste en forma indirecta. Por tanto, como consecuencia de la gestión representativa, no se establece ninguna relación jurídica entre representado y tercero; y la relación jurídica sólo tiene lugar entre representante y tercero. Ello a menos que se trate de "cosas propias del mandante", en cuyo caso el ordenamiento excluye la eficacia indirecta e impone una eficacia totalmente directa, con la consecuencia de la no vinculación del representante (inciso final del art. 1717 CC).

La nueva regulación conlleva que el esquema de la representación no pueda actuar en sede del contrato de viaje combinado. La Ley prevé que en esta modalidad contractual puedan intervenir, en su caso, el organizador y detallista como contraparte del consumidor (cfr. art. 2.3 LVC). De ese modo, la determinación de la eventual responsabilidad del organizador o detallista no tendrá lugar según cuál de ellos pueda considerarse parte del contrato frente al consumidor conforme a la actuación del detallista, sino de acuerdo con las obligacio-

nes que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado.²¹¹

Así, por ejemplo, si el detallista da unas explicaciones orales al consumidor no conformes al programa de viaje facilitado por el organizador, aquél va a responder no en tanto que representante del organizador sino por el incumplimiento de la obligación de información que le corresponde en la gestión del viaje.

La responsabilidad contractual del detallista frente al consumidor prevista por la regulación del contrato de viaje conlleva, pues, que el primero deje de tener la condición de representante del organizador. En este punto se ha afirmado lo siguiente con respecto a la representación: "la responsabilidad del representado [léase, representante] hacia el tercero nace sólo cuando se sale de su condición de representante; bien porque contrata en el doble concepto de representante y en nombre propio (por ejemplo, obligándose mancomunada o solidariamente, como fiador o copropietario); sea por responsabilidad extracontractual (art. 1902), cuando deja de informar culpable o negligentemente sobre la existencia y extensión de sus poderes (supuestos en que no queda obligado el representado, a no ser por ratificación (art. 1259))".²¹² En pocas ocasiones la intervención del detallista en la contratación del viaje será en nombre propio, en la medida que la letra i) del artículo 3.1 LVC prescribe que el detallista o, en su caso, el organizador deberán incluir en el programa de viaje "el nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España". Por ello, más bien cabe entender que con la previsión del artículo 11.1 LVC el detallista se sale de su condición de representante del organizador y, simplemente, responde por los daños que sean consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que le correspondan por su ámbito de gestión del viaje.

A mayor abundamiento, la obligación establecida por la Ley de dar a conocer al consumidor la identidad del organizador (art. 3.1 LVC, letra i) contrasta con una característica fundamental de los contratos de mandato (art. 1717 CC)

²¹¹ En términos parecidos, ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, cit., págs. 14-17.

²¹² Se expresa en esos términos, Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Rivadeneyra, 1972, pág. 118.

y comisión mercantil (art. 245 CCom),²¹³ cual es la posibilidad de no manifestar a terceros la relación entre mandante y mandatario o, en su caso, comitente y comisionista; la previsión de la letra i) del artículo 3 LVC constituye, pues, otra manifestación del abandono de la relación representativa entre organizador y detallista por parte de la regulación del contrato de viaje.

Abandonadas las instituciones tanto de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares como de la representación voluntaria por la regulación española del contrato de viaje, la relación jurídica entre organizador y detallista se presenta radicalmente distinta a aquélla que ha existido tradicionalmente entre las agencias de viajes mayorista y minorista.

Como se ha expuesto, con anterioridad a esa regulación la agencia de viajes mayorista podía utilizar la agencia de viajes minorista como auxiliar para la conclusión del contrato de viaje con el consumidor; auxiliar que, de ese modo, también podía actuar frente al tercero consumidor como representante de la agencia de viajes mayorista. Por ello, no había inconveniente en admitir la responsabilidad contractual indirecta de la agencia de viajes mayorista principal por el incumplimiento de sus deberes precontractuales. Ello pese a que en la práctica se denota una clara tendencia de los órganos judiciales a declarar la responsabilidad de la agencia de viajes minorista mediante el recurso a la llamada representación indirecta.²¹⁴

A partir de la regulación del contrato de viaje el detallista no tiene la condición de auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones del organizador ni actúa como representante del mismo; circunstancia que no causará una desprotección de los intereses del consumidor.

Ciertamente, ya se ha expuesto que con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado los órganos judiciales articulan la responsabilidad contractual de las agencias de viajes mayorista y minorista en torno a la teoría de la representación. Ello permitía al consumidor dirigir su reclamación de indemnización de daños y perjuicios frente a la agencia de viajes minorista en los supuestos en que la misma concluía el contrato en nombre propio y por cuenta

²¹³ Según el artículo 245 CCom, "[e]l comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente".

²¹⁴ Supra § I.1.2 A).

de agencia de viajes mayorista. Esa idea incluso se reproduce en la actualidad en las condiciones generales de algún programa de viaje, en los términos siguientes:

"[l]a venta de este programa por parte de una Agencia Minorista no comporta la asunción de ésta de ninguna de las responsabilidades que sena propias de la Agencia Mayorista, por la organización o ejecución del o de los viajes correspondientes, a menos que hubiera ocultado el nombre de la Agencia organizadora del viaje [...]"²¹⁵

Esa cláusula se refiere a la asunción por parte del detallista de la responsabilidad propia del organizador en el caso excepcional de ocultación del nombre de éste.²¹⁶ La responsabilidad del detallista parece resultar de su condición de representante indirecto del organizador, por lo que el tenor de la cláusula debe considerarse superado por la actual regulación del contrato de viaje combinado.

Con la regulación del contrato de viaje combinado, el planteamiento en este punto debe ser completamente distinto: ya no se trata de hacer responder al organizador o el detallista según que la actuación de este último en nombre propio o ajeno, sino de hacer responder a cada uno de ellos en función de las "obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado"; ello aunque puedan existir dificultades para identificar al organizador del viaje a los efectos de hacer efectiva su responsabilidad. Dificultades que habitualmente no se darán, ya que, de acuerdo con la Ley, el nombre y la dirección del organizador deben constar tanto en el programa (art. 3.1 LVC, letra i) como en el contrato (art. 4.1 LVC, letra i). Además, no siempre que en el programa de viaje y documento contractual figure exclusivamente el detallista, el mismo va a ser el único sujeto que responda contractualmente frente al consumidor. Habrá casos en que el consumidor podrá hacer efectiva la responsabilidad mancomunada del organizador y detallista a pesar de no aparecer la identidad del organizador en el contrato de viaje. De la actividad llevada a cabo por el detallista se podrá deducir, usualmente, si el consumidor conocía la identidad del organizador a los efectos de reclamarle indemnización de daños resultantes de su gestión (vgr. prueba de confesión).²¹⁷ E incluso la identidad del or-

²¹⁵ Vide la cláusula "Limitación de responsabilidad" del catálogo KUONI TOURS, Oriente Pacífico (fecha de edición: abril 1998).

²¹⁶ Cfr. artículo 19.2 CIB.

²¹⁷ Por ejemplo, en la SAP de Vizcaya, de 20 de enero de 1999, Ponente: Sra. María Carmen Keller Echevarría, AC 173, ya se ha indicado que de la prueba de confesión judicial resulta que el detallista informó a los consumidores que en el aeropuerto les esperaba una persona de «Politours» [organizador], así como que «Politours» no iba a cobrarles la diferencia entre el

ganizador puede revelarse cuando el mismo trate de ofrecer una compensación económica al consumidor como consecuencia del incumplimiento contractual.²¹⁸ Con todo, ni que decir tiene que habrá casos en que el consumidor no pueda identificar al organizador del viaje por ninguna vía. Entonces el detallista deberá responder contractualmente frente al consumidor del "correcto cumplimiento de las *obligaciones derivadas del contrato*" (art. 11.1 LVC) (la cursiva es nuestra);²¹⁹ lo que significa que el detallista será responsable por el incumplimiento de las obligaciones que le correspondan según el ámbito de gestión del viaje que haya asumido en el programa integrador del contenido del contrato²²⁰ o que derive del documento contractual; ámbito que acaso será más amplio que el resultante de su relación interna con el organizador (vgr. probablemente sea el organizador quien haya contratado los prestadores de los servicios), pero del que deberá responder frente al consumidor. La eventual responsabilidad exclusiva del detallista en los supuestos en que el organizador no sea identificado resultará del hecho de haber asumido el mismo detallista todas las obligaciones contractuales frente al consumidor, y no de una actuación representativa en nombre propio.²²¹

hotel contratado y el suministrado. Tal circunstancia es suficiente para que la Audiencia Provincial declare la responsabilidad mancomunada de organizador y detallista. Con ello, la sentencia desestima la alegación de los recurrentes de haber dirigido sus quejas frente a la detallista por desconocer quién era el organizador al no haberles facilitado aquélla el contrato correspondiente.

²¹⁸ Véase la mencionada SAP de Álava, de 1 de abril de 1998, Sección 2.^a, Ponente: Sr. Jesús María Medrano Duran, AC 561.

²¹⁹ Cfr. ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, cit., págs. 14-17.

²²⁰ Nótese que la publicidad derivada del programa de viaje, en el que no figura el nombre y dirección del organizador, también integra el contenido del contrato (art. 8.1 LGDCU: "[l]a oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido").

²²¹ Nótese el paralelismo de la regulación del contrato de viaje con la Ley 22/1994, de 6 de julio, *de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos* (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994). El artículo 1 de la Ley establece que "[l]os fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen". Y el apartado tercero de su artículo 4 añade que "[s]i el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiese suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante".

Además, la regulación del contrato de viaje pone fin a una de las cuestiones más controvertidas de la institución de la representación, cual es la actuación del auxiliar en el cumplimiento que vende el viaje sin poder (*falsus procurator*) o traspasando los límites del poder conferido por parte del organizador del viaje.

Con anterioridad a la regulación del contrato de viaje, toda actuación de la agencia de viajes minorista auxiliar en el cumplimiento de la agencia de viajes mayorista y en representación de la misma sin poder o traspasando los límites del poder conferido frente al consumidor debía causar la ineficacia del contrato de viaje. En esos casos, el contrato de viaje *a priori* no podía producir efectos negociales. El principio de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares sólo daba lugar, en su caso, a la obligación de la agencia de viajes mayorista principal (falsamente representada) a resarcir los daños derivados de su no vinculación al contrato. Y atendiendo a los principios de la representación, la agencia de viajes minorista no podía quedar obligada al cumplimiento contractual, toda vez que no contrataba para sí; y la misma no se hallaba en condiciones para vincular tales efectos a la esfera jurídica de la agencia de viajes mayorista mandante, pues no tenía poder o poder suficiente de éste.²²² De acuerdo con los principios de la representación, sólo cabía declarar la ineficacia del contrato de viaje, a menos que en un momento posterior el mismo fuera ratificado por parte de la agencia de viajes mayorista, en cuyo caso el contrato de viaje devenía completo y perfecto (arts. 1259, 1725 y 1727.2 CC),²²³ o en los supuestos de representación aparente, en que la agencia de viajes mayorista

²²² En estos términos, en general, RIVERO HERNÁNDEZ, *Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator»*, cit., págs. 1116-1122. El autor hace alusión a la jurisprudencia española relativa al contrato del *falsus procurator*, que también sostiene que el negocio llevado a cabo por el mismo no es válido antes de la ratificación del *dominus*.

²²³ Así pues, en la representación sin poder —a diferencia de los casos de representación aparente— la protección hay que dispensarla en favor del representado. En estos casos, la eventual protección de los terceros que han tratado con el *falsus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con que se han relacionado. Vide, DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pág. 215.

debía quedar vinculada por disposición de la ley con el consumidor a pesar de la actuación extralimitada de la agencia de viajes minorista representantes (arts. 1738 y 1734 CC).

Con la regulación del contrato de viaje combinado el planteamiento de esta cuestión será completamente distinto. Conforme a la Ley, el detallista va a responder cuando ofrezca al consumidor un viaje con unas características distintas de las proyectadas por el organizador (p.ej. el detallista ofrece a la venta un hotel con piscina cuando el organizador ha proyectado un viaje que incluye un hotel sin piscina, y así consta en el programa de viaje), por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le corresponden por su ámbito de gestión del viaje (vgr. facilitar el programa de viaje, facilitar información sobre el viaje contratado, entre otras) (art. 11.1 LVC).²²⁴

C) Responsabilidad del organizador y detallista por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento del contrato de viaje

Para completar la cuestión relativa a la delimitación de los sujetos responsables frente al consumidor por el incumplimiento del contrato de viaje, cabe hacer referencia a la responsabilidad del organizador y detallista por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento de ese contrato.

La regulación del contrato de viaje no regula de un modo exhaustivo los distintos supuestos de responsabilidad contractual indirecta o por hecho ajeno del organizador y el detallista, esto es, de responsabilidad de éstos por los daños causados por un sujeto distinto.²²⁵ Ya se ha dicho que el apartado primero del artículo 11 LVC establece la responsabilidad de los organizadores y los detallis-

²²⁴ En esos términos parece que debería interpretarse la mencionada cláusula "Limitación de responsabilidad" del catálogo KUONI TOURS, Oriente Pacífico (fecha de edición: abril 1998), cuando establece que "[l]a venta de este programa por parte de una Agencia Minorista no comporta la asunción de ésta de ninguna de las responsabilidades que sean propias de la Agencia Mayorista, por la organización o ejecución del o de los viajes correspondientes, a menos que hubiera [...] alterado unilateralmente las condiciones del programa elaborado por esta última".

²²⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 19, señala que aquello que caracteriza esa responsabilidad es la disociación entre el sujeto responsable y el sujeto causante del daño.

tas de viajes combinados frente al consumidor por el "correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de 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". Cabe entender que ese precepto únicamente alude a los casos en que se hace responder al organizador por el incumplimiento de la obligación de ejecución de los servicios del viaje (vgr. transporte, alojamiento, otros servicios turísticos) que le corresponde por su ámbito de gestión del viaje cuando, además, los daños consecuencia del incumplimiento son causados por prestadores que el mismo utiliza en el cumplimiento de esa obligación (cfr. punto primero del art. 2 LVC);²²⁶ si a esa circunstancia añadimos que la doctrina emplea una noción amplia de auxiliar en el cumplimiento (dependientes, empleados, empresas independientes subcontratadas),²²⁷ pronto se advierte que otros muchos supuestos de responsabilidad contractual del organizador o detallista frente al consumidor por los dependientes o empleados que utilicen en el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje respectivo (p.ej. no facilitación del programa de viaje por parte de un empleado del detallista) quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma.

Ese precepto hace responder al organizador en lugar de los prestadores de los servicios del viaje causantes materiales del daño sufrido por el consumidor, eximiendo a estos últimos de la obligación de responder personalmente frente al consumidor. Los prestadores de los servicios son tomados en cuenta desde la perspectiva de la causalidad del daño; mas para la imputación jurídica del daño indirecto sólo se toma en consideración el organizador.²²⁸ De ese modo, se favo-

²²⁶ Como se ha indicado, al organizador corresponde la obligación de ejecución de los servicios por su ámbito de gestión del viaje, por lo que será éste quien responda por los daños sufridos por el consumidor que sean consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente de los mismos, tanto si tal obligación la ejecuta mediante la utilización de medios propios como de empresas autónomas.

²²⁷ Véase Orencio V. TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC, 1971, 1143-1166, págs. 1157-1160, quien distingue entre ayudantes o auxiliares en sentido estricto y sustitutos; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 134-151; y JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 39-44, quien hace referencia a dos tipos de auxiliares: los colaboradores y sustitutos.

²²⁸ Se trata, pues, de un modelo de imputación única, en el sentido que únicamente responde el organizador por el daño causado por el prestador del servicio. Por ello, no es necesario verificar, en un primer momento, la responsabilidad de este último con arreglo a un determinado criterio de imputación; y, en segundo lugar, la responsabilidad del organizador, de acuerdo con los principios de la responsabilidad indirecta. El artículo 11 LVC no establece la responsabilidad indirecta del organizador a partir de un sistema de doble de imputación que, por lo demás, siempre conduce a una responsabilidad conjunta de los responsables directo e indirecto. En

recen los intereses del consumidor, en tanto que, por lo general, le será más fácil dirigir su reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra el organizador que contra los prestadores de los servicios, los cuales en no pocas ocasiones se hallan en países distintos a los del lugar de contratación del viaje.²²⁹ Aunque no se excluye la posibilidad de que la responsabilidad indirecta del organizador resulte contraria al interés del consumidor en el caso concreto (p.ej. el organizador de un país distinto a aquél en que el consumidor tiene su residencia habitual vende un viaje en el mismo por medio de un detallista y contrata un transportista de ese país para darle un mayor atractivo comercial).

La responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento constituye un principio general en el ordenamiento español.²³⁰ Ello conlleva que, ya con anterioridad a la Ley, la posibilidad de las agencias de viajes de introducir auxiliares en el cumplimiento contractual no plantee mayores dificultades. El uso de prestadores de servicios y otros auxiliares por parte de las agencias en orden al cumplimiento del contrato de viaje se admite plenamente en el ámbito de los denominados paquetes turísticos (letra b del art. 2.1 de la OMAAV), reconducidos, como se ha expuesto, al contrato de obra (cfr. art. 1596 CC).²³¹ Pese a existir distintas regulaciones en las que fundamentar la responsabilidad contractual de los prestadores de los servicios del viaje (p.ej. LNA), el caso es que la actividad de los mismos constituye el objeto de la prestación comprometida por parte de las agencias a los consumidores del viaje, por lo que no se duda acerca

general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 33-35.

²²⁹ Eso mismo observa, en el Derecho alemán, DEWENTER, *Haftung des Reisebüros bei der Vermittlung von Individualreisen*, cit., pág.1138; y en el Derecho francés, BOULANGER, *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, cit., págs.59-60, y Annick BATTEUR, *De la responsabilité des agences de voyages organisés (Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle du fait d'autrui?)*, JCP, núm. 12, 1992, 129-137, pág. 136.

²³⁰ Lo afirma JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 488-498; sobre la admisibilidad de un principio general de responsabilidad del deudor por el auxiliar en el ordenamiento español, véase también JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 191-217.

²³¹ Más recientemente, puede consultarse la SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5ª., Ponente: Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914.

de la eventual responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes; ello a pesar del escaso valor que tiene el principio de responsabilidad del deudor por el auxiliar como forma de responsabilidad con entidad propia en la práctica de los tribunales.²³²

Aun así, la previsión contenida en el apartado primero del artículo 11 LVC resulta de interés en la medida que, como ha señalado la doctrina, los términos utilizados por el precepto tienen por objeto excluir cualquier posibilidad de que la agencia de viajes remita la obligación de responder frente al consumidor a las empresas que prestan directamente los servicios, dándose a sí mismas la calificación de meras intermediarias (cláusulas de intermediación).²³³ Incluso con posterioridad a la entrada en vigor de la regulación del contrato de viaje, existen condiciones generales incluidas en los programas de viajes del tenor siguiente:

"[l]a Agencia Organizadora declara explícitamente que obra únicamente como intermediaria entre los clientes y las empresas o personas que prestan los servicios en sus distintas modalidades: compañías de transporte, hoteles, restaurantes, etc. y por consiguiente declina toda responsabilidad por deficiencia en los mencionados servicios así como por cualquier daño accidente o irregularidad durante el viaje."²³⁴

Mediante cláusulas como ésta, las agencias de viajes organizadoras declaran que únicamente asumen la obligación de gestionar la contratación de los distintos servicios que integran el viaje combinado con los prestadores de los mismos (vgr. transportistas, hoteleros u otros), con el fin de eludir la responsabilidad contractual que pueda resultar de los daños causados por el incumplimiento de los mismos. Se trata de una práctica cada vez menos habitual en

²³² En general, se expresa en esos términos JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 171-189, quien concluye que la responsabilidad contractual por hecho ajeno se ha ocultado tras el velo de otras formas de responsabilidad, sobre todo de la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC).

²³³ Vide DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 213.

²³⁴ Véase la cláusula "Responsabilidad" del catálogo TURYSO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998).

el sector,²³⁵ si bien todavía abundante en relación con la eventual responsabilidad contractual del organizador en los supuestos de sobrecontratación, retrasos y pérdidas de equipaje en el transporte aéreo.²³⁶ En cualquier caso, a partir de las previsiones del artículo 11.1 LVC, la responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de los servicios del viaje únicamente es imputable al organizador que el mismo haya contratado para llevar a cabo su propia prestación (cfr. art. 5 del Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*);²³⁷ ello sin perjuicio de que después el organizador pueda ejercitar la acción de regreso que corresponda frente a las empresas prestadoras de los servicios. De modo que tales cláusulas deben considerarse nulas, por tratarse de cláusulas contractuales insertas en condiciones generales contrarias al régimen imperativo del apartado primero del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC).²³⁸

Además, el interés del artículo 11.1 LVC también radica en que éste no se limita a prever la responsabilidad contractual indirecta del organizador sino que también establece una forma concreta de actuación de dicha responsabilidad. La regulación imputa el daño causado por los prestadores de los servicios al organizador, responsable indirecto, mediante el uso de un criterio objetivo.²³⁹

²³⁵ Por ejemplo, reproduce el texto del artículo 11.1 LVC, la cláusula "Responsabilidad" del catálogo IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998/1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 al 30 abril de 1999); en términos muy similares, la cláusula "Responsabilidad" del catálogo RHODASOL/ TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998); y la cláusula "Responsabilidad" del catálogo SALDUBA TOURS, *Estancias en Playa: Hoteles-Apartamentos*, verano 1998 (vigencia: 1 mayo al 31 octubre de 1998).

²³⁶ Algunos catálogos prevén lo siguiente: "[l]a sobrecontratación, retrasos en general, o que provoquen la pérdida de enlace aéreo así como la pérdida de equipaje, son responsabilidades exclusivas de las cías. Aéreas, las cuales siempre intentan dar la mejor solución posible". Vide la cláusula "Transporte aéreo" de los catálogos TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998) y CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998).

²³⁷ En la misma línea, el artículo 5 del Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular* (DOCE núm. L 36, de 8 de febrero de 1991), establece que, en su caso, el transportista aéreo pagará la indemnización al organizador del viaje, quien deberá entregarla al consumidor como único responsable contractual frente al mismo.

²³⁸ Vide infra § II.4.3 D).

²³⁹ Se muestran partidarios de un criterio objetivo de imputación de responsabilidad al organizador por los actos de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento del contrato de viaje, con respecto al apartado primero del artículo 5 Directiva 90/314/CEE, Ignacio QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, EC, núm. 22, 1991, 43-67, págs. 54-55, que infiere este criterio de la reconducción del contrato de viaje al contrato de obra; AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, cit., pág. 849, para

La Ley prescinde de la valoración de la conducta del organizador responsable y, en particular, de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del mismo en relación con los causantes materiales del daño. Lo decisivo es que el daño causado por los prestadores de los servicios pertenezca a la esfera de riesgo creada por el mismo que aquélla imputa al organizador por haber utilizado a dichos prestadores en el cumplimiento de sus obligaciones asumidas frente al consumidor (art. 11.1 LVC).²⁴⁰

Ese régimen se distingue radicalmente de la previsión del artículo 15.1 CIB, conforme a la que la diligencia del organizador en la elección del prestador del servicio actúa como límite a la imputación de responsabilidad al organizador por los daños resultantes de la ejecución defectuosa de los servicios por parte de los prestadores (supra § I.2.2 C)). De ese modo, podrá superarse uno de los problemas más importantes de esa regulación, cual es la indeterminación del

quien el organizador será responsable por el incumplimiento "incluso sin apreciarse su culpa, por el mero dato de haberse servido de otro sujeto para la consecución de sus fines propios"; y Juan Carlos MUÑOZ MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y el derecho español*, Noticias de la Unión Europea, núm. 123, 1995, 85-91, pág. 88, que considera que la responsabilidad del organizador y/o detallista tendrá lugar a menos que puedan hacer efectiva la acción de regreso frente a los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento, en la medida que aquellos asumen una obligación de resultado frente al consumidor. Con posterioridad a la implementación de la norma comunitaria en el ordenamiento español, mantienen el mismo criterio, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 219-220; y MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., págs. 9424-9425, quien señala que en la regulación actual ya no puede pretenderse la existencia de un régimen distinto de responsabilidad en atención a si las prestaciones las deba realizar el mismo organizador (organizador con medios propios, contrato de mandato) u otros prestadores de servicios (subcontratación, organización con medios ajenos, contrato de obra), puesto que en ambos supuestos el contrato de viaje, aun tratándose de un contrato próximo al contrato de obra, constituye un tipo contractual nuevo al que se le aplica el régimen de responsabilidad contractual previsto en su regulación específica.

²⁴⁰ En el mismo sentido, MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., pág. 217, considera que el artículo 39.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício das actividades das agências de viagens e turismo* portugués constituye una manifestación particular de la regla contenida en el artículo 800 del Código civil de ese país, donde se establece la responsabilidad objetiva del deudor por los actos de sus representantes legales o auxiliares.

alcance que cabe atribuir a la prueba liberatoria. Así, en la mencionada sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 6 de noviembre de 1996,²⁴¹ los consumidores reclaman indemnización por los daños corporales sufridos como consecuencia de un accidente del autobús en el que viajaban. La *Corte d'Appello di Milano* afirma que el hecho de que el autobús contara con las autorizaciones administrativas pertinentes para llevar a cabo la actividad contratada (vgr. autorización para el transporte de personas e inspección técnica del vehículo) y seguro de responsabilidad civil no es suficiente para exonerar de responsabilidad al organizador que lo ha utilizado para el cumplimiento del contrato de viaje. En el caso, ese órgano judicial considera que la exigua estructura organizativa de la empresa transportista —una empresa dotada de un único autobús que realiza transportes de un modo muy ocasional— pone de manifiesto que el organizador del viaje no ha adoptado la diligencia necesaria en la elección del prestador del servicio, por que no exonera a la misma de responsabilidad contractual. A pesar del recurso de casación interpuesto por este último, la *Corte di Cassazione* confirma la sentencia apelada y declara la responsabilidad del organizador del viaje. En cualquier caso, la forma concreta de actuación de la responsabilidad del organizador por los actos de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento contractual prevista por la regulación del contrato de viaje combinado permite superar un planteamiento como el que tiene lugar en ese supuesto.

La responsabilidad indirecta del organizador o detallista se fundamenta, pues, en el artículo 11.1 LVC, sobre el que se puede afirmar la existencia de responsabilidad sin culpa de aquellos. Fundamento que se corresponde con la teoría de la actuación a propio riesgo ensayada en orden a fundamentar objetivamente la responsabilidad del deudor por el auxiliar. En efecto, la utilización voluntaria por parte del organizador o detallista de un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones con el consumidor les reporta algunas ventajas comerciales; esa circunstancia crea un riesgo por el que el organizador o detallista deberán responder objetivamente frente a dicho consumidor (*cuis commoda eius incommoda*).

Con todo, la regulación no hace recaer el daño definitivamente sobre el patrimonio del organizador, toda vez que el propio artículo 11.1 LVC atribuye a

²⁴¹ Sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 6 de noviembre de 1996, NGCC, 1998, I, págs.190-196."

éste un derecho de regreso contra los prestadores de los servicios ("[...] sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios").²⁴² En la medida que el fundamento, presupuestos y límites de esa acción va a depender de la relación interna que los vincule, normalmente relaciones contractuales (contrato de trabajo, subcontrato, contrato de mandato, entre otros), cabe pensar que, por lo general, existirá una desresponsabilización de los prestadores de los servicios del viaje causantes directos del daño sólo en las relaciones externas frente al consumidor dañado, quien sólo podrá dirigirse por vía contractual contra el organizador responsable indirecto (cfr. art. 15.4 CIB);²⁴³ pero éste, a su vez, podrá hacer efectiva la responsabilidad personal de los prestadores de los servicios, conforme a la relación interna que mantenga con los prestadores de los servicios, mediante el ejercicio de la acción de regreso.²⁴⁴

²⁴² En esto, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 29, pone de relieve que la imputación objetiva del daños causado por otro al responsable indirecto normalmente deja abierta la posibilidad de que éste, si hace efectiva la indemnización al dañado, pueda recuperarla del causante material del daño por vía de regreso.

²⁴³ Nótese que la regulación española no configura el contrato de viaje como un contrato con una estipulación (entre organizador y prestador de los servicios) a favor de tercero (consumidor), y que tampoco es probable que en la práctica organizador y prestador quieran llevar a cabo esa estipulación (art. 1257.2 CC: "[s]i el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada"), sobre todo porque en este caso el organizador también responderá por los actos realizados por el prestador del servicio en el cumplimiento del contrato *ex* artículo 11.1 LVC. En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 95-97; véase también, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 182-184. Además, esta autora pone de relieve las dificultades de dar viabilidad a una acción directa entre consumidor y prestador de los servicios del viaje con base en la condición de subcontratista de este último, toda vez que el Derecho español exige, para ello, la existencia de un contrato previo —en el caso, entre el organizador o detallista y el consumidor—, que difícilmente tendrá lugar; también DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 219-223, excluye la responsabilidad contractual de las empresas subcontratadas frente al consumidor, sobre todo en base a la acción de regreso que el artículo 11.1 LVC atribuye a las agencias de viajes frente a las mismas (cfr. arts. 1551, 1552, 1597 CC, art. 27 LGDCU); MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., pág. 9426, tampoco cree que pueda reconocerse al consumidor una acción directa contra el prestador de servicios, habida cuenta de su carácter excepcional (cfr. art. 1257.1 CC).

²⁴⁴ No existe inconveniente en admitir la exclusión o limitación de la eventual acción de regreso prevista en el artículo 11.1 LVC con arreglo a la relación interna establecida entre organizador y prestador del servicio, aunque cabe entender que ello será muy excepcional. Vide GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 186-187.

Llegados a éste punto, cabe plantearse si la misma forma de responsabilidad indirecta prevista por el artículo 11.1 LVC es aplicable también con respecto a las demás obligaciones correspondientes al organizador y detallista por su respectivo ámbito de gestión del viaje.

Si atendemos a la solvencia que, por regla general, van a tener los auxiliares utilizados por el organizador en el cumplimiento de las obligaciones de programación del viaje (vgr. facilitación del programa de viaje, formalización del contrato, facilitación de información sobre el viaje contratado), así como de los auxiliares del detallista utilizados en el cumplimiento de sus obligaciones (vgr. además de las anteriores, facilitación de información del organizador al consumidor, realización de recomendaciones en cuanto a la selección del organizador y viaje a realizar, facilitación de información del consumidor al organizador), pronto se advierte que al consumidor no le será de un gran interés la posibilidad de hacer responder, según los casos, al organizador o detallista responsables indirectos junto con el causante material del daño o responsable directo. La mayoría de las veces el consumidor preferirá dirigirse frente al organizador o detallista antes que a los dependientes o empleados utilizados por estos en el cumplimiento de sus obligaciones para obtener la indemnización de los daños que sean consecuencia del incumplimiento. Por esa razón, en este punto también parece razonable hacer responder al organizador o detallista en lugar del causante material del daño.

En ese caso la imputación del daño causado por los dependientes o empleados tampoco debería hacerse a partir de un criterio basado en la culpa del organizador o detallista responsable directo (*culpa in eligendo, in vigilando, in instruendo*) sino sobre la base de un criterio objetivo, que prescinda de la valoración de la conducta del organizador o detallista.²⁴⁵ En este sentido, cabe sostener la aplicación de la analogía *legis* (art. 4.1 CC), extendiendo la misma solución prevista para el caso de la utilización de prestadores de servicios contemplado expresamente (art. 11.1 LVC), a todos los supuestos en que el organizador o detallista utilicen auxiliares para el cumplimiento de cualquier obligación que les corresponda por su respectivo ámbito de gestión del viaje; exten-

²⁴⁵ En este sentido, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 29, señala que nada impide al intérprete extender formas de responsabilidad indirecta objetiva por vía de la analogía a supuestos semejantes a los ya contemplados en el ordenamiento, si existen necesidades parecidas a las que subyacen en las normas que los consagraron.

sión apoyada en la similitud de supuestos: un planteamiento que parta de la responsabilidad indirecta del organizador o detallista por culpa *in eligendo* o *in vigilando* de los mismos, no solamente resulta difícil de aplicar con relación a la ejecución de los servicios del viaje de los prestadores, en muchos casos realizada en un país distinto a aquél en que el organizador o detallista tienen su establecimiento, sino que ello también sucede con respecto al cumplimiento de las demás obligaciones del organizador y el detallista, cuyo cumplimiento puede requerir el uso de un auxiliar de muy difícil elección y vigilancia por parte de aquellos (p.ej. organizador encomienda a un detallista de otro país la venta de sus viajes).

Además, no existe una razón específica para hacer responder objetivamente al deudor por sus auxiliares únicamente en el caso contemplado expresamente por la Ley (art. 11.1 LVC), sino que la misma *ratio* subyace en los demás supuestos de utilización de auxiliares en el cumplimiento por parte del organizador o detallista. En efecto, existen varias razones para extender el criterio de imputación objetiva al organizador o detallista previsto en este precepto a los demás supuestos de responsabilidad contractual indirecta de los mismos. Aca-so la objeción más importante que podría hacerse al recurso a un criterio basado en la culpa del organizador o detallista para imputarle la responsabilidad indirecta sería la que la doctrina ha esgrimido frente a la misma en términos generales: difícilmente puede aceptarse que el deudor pueda modificar la prestación debida, en el sentido de convertir sus obligaciones originarias (vgr. obligaciones de programación del viaje e información) en una obligación de elegir, vigilar e instruir diligentemente a los auxiliares, por el mero hecho de introducir a éstos en el cumplimiento del contrato. A lo que cabe añadir que el uso de un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad indirecta del organizador y detallista evita al consumidor del viaje la enorme dificultad que en la práctica surge cuando se trata de probar la culpa de los mismos en la elección, vigilancia e instrucción de los auxiliares.²⁴⁶

Si el organizador o detallista hacen efectiva la indemnización al consumidor, los mismos deberían poder recuperarla de los dependientes o empleados

²⁴⁶ Vide JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 420-431.

causantes materiales de los daños por vía de la acción de regreso.²⁴⁷ Acción de regreso que debe interpretarse en los mismos términos que los señalados con respecto a los prestadores de los servicios del viaje. Así, el organizador y detallista suplen la eventual insolvencia de los auxiliares utilizados en el cumplimiento contractual y facilitan la reclamación del consumidor de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento.²⁴⁸ Téngase en cuenta, al fin y al cabo, que el organizador o detallista disponen de ciertas medidas para evitar o disminuir las consecuencias de la responsabilidad por los actos de sus auxiliares en el cumplimiento (vgr. garantías de responsabilidad contractual ex art. 12 LVC), con las que no cuentan sus auxiliares. Ni que decir tiene que, sin embargo, para el organizador o detallista en no pocas ocasiones podrá resultar difícil hacer efectiva esa acción de regreso frente al auxiliar utilizado en el cumplimiento, sea por la falta de coincidencia entre la responsabilidad contractual de aquél con respecto a la relación interna que mantiene con el auxiliar, o por la insolvencia de este último.

De ese modo, se impone una absoluta equiparación del régimen de responsabilidad indirecta del organizador por el incumplimiento de la obligación de ejecución de los servicios del viaje con el régimen de responsabilidad indirecta que puede tener lugar por incumplimiento de las demás obligaciones correspondientes al organizador o detallista según su ámbito de gestión del viaje.²⁴⁹ Circunstancia que no solamente simplifica el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual atribuida al consumidor del viaje sino que también coincide con las regulaciones de otros países.²⁵⁰

²⁴⁷ La responsabilidad contractual indirecta del organizador o detallista tendrá lugar, pues, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del auxiliar, sea extracontractual frente al consumidor del viaje (art. 1902 CC) o bien contractual frente al organizador o detallista en vía de regreso (art. 11.1 LVC).

²⁴⁸ Nótese que la acción de regreso del organizador frente a los prestadores de los servicios prevista en el artículo 11.1 LVC no presenta los mismos inconvenientes que la regulación de la acción de regreso atribuida a los empresarios que responden extracontractualmente por los hechos de sus dependientes (arts. 1903.4, 1903.6 y 1904 CC). Véase Encarna ROCA i TRÍAS, *La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*, ADC, 1998, 7-39, págs. 24-25.

²⁴⁹ En cambio, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 211-212, sólo parece admitir la aplicación al detallista de la responsabilidad contractual indirecta prevista en el artículo 11.1 LVC cuando el mismo subcontrate a terceros para realizar la venta de los viajes del organizador.

²⁵⁰ Por ejemplo, la doctrina alemana aplica la regulación general que, como se ha señalado, hace responder al deudor por la culpa de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento con la misma extensión que si se tratara de su propia culpa (*Haftung für Erfüllungsgehilfen*) (§ 278 BGB), a cualquier obligación incumplida por parte del organizador. Ello puede tener lugar con respecto al cumplimiento de la obligación de ejecución de los servicios del viaje (*Leistungsträger*) (así, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., Einl., 9-47, Rnd. 127, pág. 41), pero también en cuanto a las obligaciones en cuyo cumplimiento intervienen empleados de

Entre los presupuestos de la responsabilidad indirecta del organizador y detallista se encuentra la utilización voluntaria por parte de los mismos de su auxiliar en el cumplimiento del contrato de viaje.²⁵¹ Los terceros que intervengan espontáneamente en el cumplimiento, los terceros introducidos en el cumplimiento por la sola voluntad del consumidor del viaje²⁵² y los terceros cuya actividad constituye un simple presupuesto fáctico del dicho cumplimiento (p.ej. controladores aéreos) no darán lugar a aquella responsabilidad.

Es en este contexto que debería ser interpretada la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 23 de octubre de 1998,²⁵³ cuando resuelve la reclamación de indemnización de los daños corporales sufridos por los consumidores demandantes como consecuencia de un accidente de circulación del autocar en el que los mismos hacían una excursión en el marco de un viaje a Abu-simbel (Egipto). En esta ocasión las agencias de viajes mayorista y minorista demandadas alegan que "en tanto que el accidente ocurrió en el transcurso de una excursión facultativa que fue contratada en Egipto con la agencia turística «Wisdom Tours, Travel», la cual a su vez concertó por su cuenta a la empresa de viajes en que aquélla se realizó, sin que dicha excursión estuviese incluida en el paquete turístico ofertado por la minorista y organizada por la mayorista, ni en el precio, no puede exigirse responsabilidad alguna". Planteada la

la agencia de viajes detallista (*Erfüllungsgehilfen*) (vide NIES, *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, cit., pág. 215). Véase la sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 15.12.1994, RRa 4/1995, págs. 63-64; y MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 90.

²⁵¹ En general, TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 1156-1157; y JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 113-126.

²⁵² Sobre la incidencia de la iniciativa del acreedor en la designación del tercero que actúa en el cumplimiento, véase JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 17-19. Con todo, nótese que ese supuesto tendrá poca aplicación en el marco del contrato de viaje combinado, toda vez que frecuentemente este viaje será resultado de la combinación previa de distintos elementos realizada por el organizador (cfr. art. 2.1 LVC).

²⁵³ SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255.

cuestión en estos términos, en un principio parece que se hace necesario determinar quién utilizó voluntariamente la empresa transportista para la ejecución de la excursión mencionada, la agencia de viajes mayorista demandada —entiéndase, organizadora del viaje—, o la agencia «Wisdom Tours, Travel» a la que aluden las agencias de viaje demandadas, a los efectos de imputarles, respectivamente, una responsabilidad indirecta. La Audiencia Provincial utiliza el siguiente razonamiento para resolver el litigio:

"[p]ues dado que de la prueba practicada se deriva no sólo que «Viajes Berga» [agencia de viajes minorista demandada], que fue con quien los actores concertaron el contrato de viaje combinado organizado por «Image Tours, SA», fue quien les ofertó las excursiones opcionales que podían realizar —entre ellas la de Abusimbel—, haciéndoles entrega del folleto de dichas excursiones (folio 7) y que previamente había recibido vía fax de «Image Tours, SA», en el que literalmente se indica «Les recordamos que a su llegada a El Cairo y antes de retirarse a descansar deberá comunicar a su guía los planes en relación a las excursiones facultativas [...] A tal efecto adjuntamos información de posibles excursiones con sus precios aproximados», y en cuyo margen superior izquierdo y en letras mayúsculas grandes figura «Image Tours, SA» sino también que si dicha excursión se ejecutó por «Wisdom Tours, Travel», la misma se viabilizó (*sic*) a través de la guía de los actores (*sic*), esto es, de la guía que los acompañaba en el viaje combinado contratado con «Viajes Berga» y organizado por «Image Tours, SA», que fue con quien en todo momento los señores Ll. Y B. [consumidores demandantes] se entendieron, siendo con ella con la que concertaron la excursión facultativa y a la que hicieron pago de la misma, ha de afirmarse que se creó una representación aparente frente a los actores, que en momento alguno ha sido destruida y que obviamente vincula a las demandadas frente a éstos, y en virtud de la cual y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados, deben responder tanto la organizadora como la detallista ofertante (*sic*) de dicha excursión solidariamente frente al consumidor, con independencia de las relaciones que existan entre ellas y que haya sido ejecutada por «Wisdom Tours, Travel»; conclusión ésta que refuerza el documento obrante al folio 8, que corresponde a un folleto de excursiones facultativas, entre ellas Abusimbel, en el que además de recogerse el párrafo antes transcrito, en el margen inferior y dentro de un recuadro en negro se indica «teléfonos útiles. Delegada de "Image Tours, SA" en El Cairo: señora María Ángeles A. Tel. ... Nuestro representante: "Wisdom Tours, Travel" Tel. ...» [...]."

Sin embargo, en esta ocasión la Audiencia Provincial acaso debiera haberse pronunciado acerca de cómo se delimitan los sujetos responsables en supuestos de introducción indirecta de auxiliares del deudor, esto es, auxiliares del auxiliar (subauxiliares). Siendo claro que la agencia de viajes mayorista «Image Tours, SA» utiliza la agencia «Wisdom Tours, Travel» en el cumplimiento del

contrato de viaje —en ese caso, a partir de una relación representativa—, ese órgano judicial debiera haberse planteado acerca de la eventual responsabilidad de la primera en el supuesto en que fuera la segunda quien hubiese utilizado voluntariamente el transportista (subauxiliar) para la ejecución de la excursión programada —como alegan las agencias de viajes demandadas. En el supuesto de considerar que la utilización de la empresa transportista tuvo lugar efectivamente por voluntad del auxiliar «Wisdom Tours, Travel», parece que la Audiencia Provincial también debería haber imputado la responsabilidad contractual a la agencia de viajes mayorista «Image Tours, SA», a pesar de no poder considerar a la empresa transportista como auxiliar sino como subauxiliar de ésta. En efecto, siendo la agencia «Wisdom Tours, Travel» (auxiliar) responsable por la empresa transportista auxiliar (subauxiliar), la agencia de viajes mayorista «Image Tours, SA» también debería haber respondido, en su caso, por los actos de esta última en el cumplimiento del contrato de viaje combinado, habida cuenta que el deudor y principal debe responder por la conducta de sus auxiliares en las mismas condiciones en que respondería de haber actuado personalmente como ellos.²⁵⁴ De esta manera, la Audiencia Provincial podría haber declarado la responsabilidad indirecta de la agencia de viajes mayorista «Image Tours, SA», con independencia de si la utilización voluntaria de la empresa transportista en el cumplimiento de la excursión programada hubiese tenido lugar por parte de la agencia de viajes mayorista demandada o bien de la agencia «Wisdom Tours, Travel».²⁵⁵

Otro de los presupuestos de la responsabilidad indirecta del organizador o detallista consiste en que éstos utilicen el auxiliar precisamente en la actividad de cumplimiento de sus obligaciones. Ello resulta completamente factible en cuanto al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el organizador o detallista frente al consumidor; por contra, ese presupuesto no concurre en el caso en que las agencias de viajes realicen una actividad de mediación de los servicios sueltos del viaje, esto es, cuando se limitan a procurar o facilitar al consumidor el contacto con otras personas (vgr. transportista, hotelero, entre

²⁵⁴ Para la responsabilidad contractual indirecta en general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 160-167.

²⁵⁵ En la doctrina española, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 177-178, se limita a admitir la responsabilidad de la agencia de viajes por los hechos realizados por los auxiliares de los prestadores de los servicios (empleados del hotel, conductores de la empresa transportista, etc.), sin expresar en qué términos debe actuar la misma.

otros), para que éste contrate directamente con ellos sus prestaciones o servicios, de tal forma que la agencia de viajes mediadora queda fuera de la relación establecida entre el consumidor y los prestadores de los servicios del viaje (letra a del art. 2.1 de la OMAAV). Por ello, en ese caso ninguna de las partes del contrato mediado, consumidor y prestadores de los servicios, podrá ser considerada como auxiliar de la agencia de viajes mediadora en el cumplimiento de sus obligaciones y, por consiguiente, ésta no deberá responder nunca por ellas.

En este sentido, en la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996,²⁵⁶ los consumidores alegan en el recurso de apelación que "la responsabilidad solidaria de las personas que intervienen en un contrato [se refieren a la agencia de viajes y a los prestadores de los servicios] implica que el perjudicado podrá reclamar la reparación de los daños a cada uno de los obligados, sin perjuicio de la acción de repetición"; y los consumidores también hacen notar, asimismo, que ellos "contrataron con la Agencia de Viajes, desconociendo los contratos y subcontratos que la misma realiza con posterioridad, para facilitarles el resto de los servicios, por lo que si alguno no se prestó conforme a lo pactado responderán directamente frente a los mismos". Mas después de afirmar que la agencia de viajes en realidad ha desarrollado una actividad de mediación de servicios sueltos (letra a) del art. 2.1 OMAAV), la Audiencia Provincial añade que en este supuesto la misma "no contrata en nombre propio pues como puede observarse, los billetes se expenden por el tercero a nombre de los comitentes, por lo que el comisionista queda fuera del contrato de realización (sic)". La sentencia también expresa, a mayor abundamiento, que "el retraso padecido de dos días en el viaje de regreso se debió a causas técnicas en cualquier caso inimputables a la misma [agencia de viajes][...], luego en modo alguno podrá exigirse la responsabilidad por daños y perjuicios al comisionista [léase, agencia de viajes] que quedó fuera del contrato por cuyo incumplimiento se reclama y en el que la demandada no fue parte contratante, por lo que ninguna solidaridad atraerá a la misma, al no haber concurrido a la producción del daño (artículo 27.2 a «sensu contrario» de la Ley de Consumidores y Usuarios)".

²⁵⁶ Vide la SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 5.ª, Ponente: Sra. María de las Mercedes Oliver Albuérne, AC 542.

Los efectos del reconocimiento abierto de la responsabilidad objetiva del organizador o detallista por los actos realizados por sus auxiliares en el cumplimiento del contrato de viaje resultan evidentes. La responsabilidad de aquellos no se limita a los casos en que haya culpa propia sino que abarca todo supuesto en que la conducta del auxiliar constituiría un incumplimiento contractual personal del organizador o detallista, si éste hubiera actuado directamente en el cumplimiento como lo ha hecho su auxiliar.²⁵⁷ Equiparación del comportamiento del auxiliar al del deudor que parece debe ser entendida en términos absolutos, esto es, para las distintas cuestiones que conforman el régimen de responsabilidad contractual del organizador y detallista.²⁵⁸ Por ese motivo, a la responsabilidad objetiva del organizador o detallista, impuesta por la ley a éstos por el simple hecho de utilizar auxiliares en el cumplimiento, se suma la responsabilidad directa de aquellos establecida por la regulación del contrato de viaje (art. 11 LVC).²⁵⁹

El carácter objetivo de la responsabilidad contractual indirecta al organizador o detallista significa que éstos no pueden eludir su responsabilidad con la

²⁵⁷ También GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág.92, afirma que si el organizador se sirve de otras personas para cumplir lo que a él le incumbe en virtud del contrato de viaje, "ha de responder de su actuación lo mismo que si fuera propia".

²⁵⁸ Mantiene el mismo criterio, con respecto a la responsabilidad contractual indirecta, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 501-502. En cambio, JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 221-243, considera tal equiparación existe en punto a imputar el incumplimiento al deudor, pero no para precisar otras cuestiones relativas al régimen de responsabilidad, tales como la extensión de la cuantía indemnizatoria (art. 1107 CC). En este sentido, la autora sostiene que el deudor de buena fe responde del incumplimiento doloso del auxiliar, pero hasta el límite del daño previsible (art. 1107.1 CC). Con relación a la responsabilidad de las agencias de viajes, únicamente DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 218-219, señala que las mismas van a responder incluso en los supuestos de incumplimiento doloso de las empresas subcontratadas, pero la autora no se refiere a la extensión que entonces van a tener los daños resarcibles.

²⁵⁹ En términos parecidos, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 179, expresa lo siguiente: "[p]recisamente ese mismo carácter cerrado de las causas de exoneración de la responsabilidad de la agencia de viajes por hechos tanto propios, como de sus auxiliares, hace relativamente superflua la búsqueda del fundamento último de la responsabilidad contractual indirecta de la agencia de viajes. En todo caso, no está de más precisar en principio, la responsabilidad de la agencia de viajes por los hechos de los prestatarios (sic) directos de los servicios, no puede basarse en su responsabilidad personal a título de culpa, puesto que la responsabilidad consagrada en la ley sólo dejará de ser imputada a aquélla en los tres casos antes descritos [causas de exoneración del art. 11.2 LVC], entre los que no está la ausencia de culpa de la agencia; tiene pues, un fundamento objetivo".

prueba de la diligencia *in eligendo, in vigilando o in instruendo* respecto del auxiliar. Ello tiene un relieve especial en la medida en que algunas sentencias se plantean la posibilidad de aplicar el criterio de imputación de la culpa a la responsabilidad indirecta de las agencias de viajes, con base en la regulación de la responsabilidad extracontractual de los empresarios por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC).²⁶⁰ Aun no existiendo jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad contractual del organizador y detallista de viajes combinados por los actos de sus auxiliares en el cumplimiento —ni siquiera, en cuanto a la responsabilidad contractual y extracontractual indirecta de las agencias de viajes—,²⁶¹ sabido es que esta regulación establece un sistema de responsabilidad basado en una inversión de la carga probatoria de la culpa personal del empresario responsable indirecto; y aunque la jurisprudencia valore con mucho rigor la prueba de la diligencia, lo cierto es que existe la posibilidad formal de la contraprueba exculpatoria a cargo del responsable indirecto, por no haber actuado con culpa propia en la elección, vigilancia e instrucción de sus dependientes (art. 1903 CC, último inciso). De ese modo, el recurso a esa regulación en teoría no excluye la posibilidad de exonerar de responsabilidad a las agencias de viajes por los actos de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Ello pese a que la invocación de la misma en la práctica tenga lugar para declarar la responsabilidad extracontractual indirecta de las agencias de viajes;²⁶² declara-

²⁶⁰ En esto, JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 171-189, hace notar que las lagunas jurisprudenciales en materia de responsabilidad contractual por hecho ajeno han estado motivadas, sobre todo, por el recurso al artículo 1903.4 del Código civil, incluso cuando media una relación obligatoria entre las partes y el daño consiste en un neto incumplimiento contractual.

²⁶¹ Como en tantas otras cuestiones, no existe un criterio jurisprudencial claro en cuanto a la responsabilidad civil indirecta de las agencias de viajes. La utilización de los auxiliares en el cumplimiento por parte de las agencias de viajes únicamente se ha planteado en distintas ocasiones frente al Tribunal Supremo con relación a la responsabilidad administrativa de las mismas. Véase la STS, de 22 de diciembre de 1983, Sala 3.ª, Ponente: Julio Fernández Santamaría, RAJ 6407; y la STS, de 7 de octubre de 1988, Sala 3.ª, Ponente: Sr. José Luis Ruiz Sánchez, RAJ 7932; así como con relación a la responsabilidad civil subsidiaria de las agencias de viajes empresarias, en caso de delito de sus empleados (art. 120 CP). Puede consultarse, por ejemplo, la STS, de 18 de junio de 1985, Sala 2.ª, Ponente: Sr. Antonio Huerta y Álvarez de Lara, RAJ 3022.

²⁶² Así ocurre en la SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente: Sr. Belo González, *Actualidad Civil*, 1994-3, @ 1081, págs. 1641-1652, que hace responder a la agencia de viajes, por culpa en la elección y vigilancia del conductor de un autobús que dio un fuerte viraje a consecuencia del cual el mismo se salió de la carretera cayendo a un terraplén de quince metros, causando distintos daños a los consumidores de un viaje a Turquía. La Audiencia Provincial con anterioridad considera probada la relación de dependencia y subordinación del conductor respecto a la agencia de viajes [la publicidad del viaje organizado hace constar, junto a la foto de una persona conduciendo un autobús, que la agencia de viajes proporciona "conductores expertos y con excelente calidad humana; Dos aspectos fundamentales para hacer tu viaje agradable y seguro"], requisito que el tribunal considera imprescindible para la aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual indirecta de los empresarios (art.

ción de responsabilidad extracontractual indirecta de las agencias de viajes que, en alguna ocasión, también se fundamenta en otros preceptos;²⁶³ o aunque, simplemente, se haga referencia a la regulación de la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes (art. 1904.3 CC) con el fin de excluir su aplicación y declarar la responsabilidad contractual directa de la agencia de viajes por los actos realizados por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento.²⁶⁴ En cualquier caso, con el mencionado fundamento objetivo de

1903.4 CC) y para que la agencia de viajes deba responder del acto del conductor. Sobre la jurisprudencia española referente a la relación de dependencia y subordinación en la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario, véase Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 372-373.

²⁶³ Así, en la STS, de 20 de mayo de 1964, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Francisco Rodrigo Valcarce, RAJ 2729, la agencia de viajes recurre contra la sentencia que condena a la misma a indemnizar al consumidor los daños y perjuicios resultantes de la pérdida del equipaje ocurrida por la negligencia del guía encargado de su descarga y conducción a las habitaciones contratadas. Frente a la alegación de la agencia de viajes de aplicación indebida del artículo 1903 del Código civil, por tratarse de un supuesto de culpa contractual, el Tribunal Supremo declara que su responsabilidad, en tal caso, no tiene su origen inmediato en un contrato de transporte mercantil sino en la negligencia del dependiente de la empresa porteadora; y el mismo Tribunal añade a continuación que la sentencia recurrida, por otra parte, no basa la procedencia de la acción ejercitada en ese precepto, sino en el mismo con relación a la regulación del contrato de transporte terrestre —la sentencia cita los artículos 361 y 362 Ccom—, por lo que desestima el motivo de casación.

²⁶⁴ Este el caso de la mencionada SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente: Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núms. 628-629, págs. 1140-1143. Frente a la reclamación de indemnización de los consumidores por los daños que son consecuencia de la pérdida del equipaje, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declara la responsabilidad de la agencia de viajes porque "la elección del hotel en que quedaron las maletas y de la agencia encargada de retornarlas al punto de origen fue decisión exclusiva de la demandada [agencia de viajes], no de los actores [consumidores], lo que determina que la culpa *in eligendo* demostrada sea imputable a aquélla, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.903 del Código Civil, párrafo tercero". Interpuesto recurso de apelación por la agencia de viajes, la Audiencia Provincial estima el motivo relativo a la aplicación indebida de este precepto, por no concurrir una relación jerárquica o de dependencia entre la agencia de viajes y el establecimiento hotelero y la agencia de transportes contratados por aquélla para prestar distintos servicios a los consumidores. Ahora bien, en el caso esa consideración no obsta a que el tribunal declare la responsabilidad contractual de la agencia de viajes con base en la regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes (art. 33 RDAAV). En otras ocasiones, los tribunales declaran la responsabilidad contractual de las agencias de viajes por los prestadores de los servicios que utilizan en el cumplimiento del contrato, simplemente, por las características del viaje contratado. Véase la SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 1994, Sección 3.ª, Ponente: Sra. María Concepción Marco Cacho, AC 26.

la responsabilidad contractual indirecta del organizador o detallista por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento del contrato hoy se excluye la posibilidad de basar la misma en la culpa del propio organizador o detallista. Con la responsabilidad objetiva del organizador o detallista por los actos de sus auxiliares en el cumplimiento no solamente se evitan los inconvenientes de fundamentar la responsabilidad en la culpa propia del organizador o detallista²⁶⁵ sino que, además, se evita el recurso a la regulación de la responsabilidad extracontractual de los empresarios por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC),²⁶⁶ la cual se ha mostrado insuficiente a la hora de limitar el ámbito de aplicación de la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento y sus condiciones de ejercicio.²⁶⁷

Aún hay más: el tipo de relación interna entre el organizador o detallista y el auxiliar (p.ej. representativa, laboral) será irrelevante a los efectos de declarar

²⁶⁵ De hecho, también la configuración de la responsabilidad extracontractual del empresario por los hechos de sus dependientes como un supuesto de responsabilidad por culpa propia (art. 1903.4 CC) resulta muy controvertida. Véase ROCA i TRÍAS, *La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*, cit., pág. 23.

²⁶⁶ En este sentido, parece acertada la STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 4130, que condena a la agencia de viajes demandada a indemnizar a la consumidora de un viaje los daños corporales producidos al resbalar después de bajar del autobús a requerimiento del conductor y guía en solicitud de que otros consumidores ayudaran a calzar las ruedas del vehículo para poder colocar las cadenas, sin hacer referencia al régimen de responsabilidad del empresario por los hechos de los dependientes (art. 1903.4 CC). A pesar de la falta de un pronunciamiento explícito acerca del principio de responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares en el cumplimiento, la sentencia declara la responsabilidad contractual de la agencia de viajes (art. 1101 CC), toda vez que "en el «iter» del desarrollo del accidente no se introdujo ningún factor o elemento que no proviniera de quienes por su relación de subcontrata o relación laboral estaban vinculados con la Agencia de Viajes demandada con lo que su comportamiento venía a constituir obligación delegada de la misma Agencia."

²⁶⁷ En ese sentido, JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., pág. 188, afirma que el recurso a las previsiones del artículo 1903.4 del Código civil "ha provocado el confinamiento de las particularidades esenciales de la responsabilidad contractual (concepto amplio de auxiliar, irrelevancia del abuso de funciones del auxiliar, cláusulas de responsabilidad convencionalmente pactadas, limitación del *quantum* indemnizatorio ex artículo 1107, plazo de prescripción de 15 años...), que, en definitiva, son las que mejor regulan los intereses en juego". En suma, JIMÉNEZ HORWITZ señala que el incumplimiento contractual no se desnaturaliza porque sea un auxiliar del deudor quien lo haya causado, y la autora añade que sólo en la esencia de lo contractual se puede encontrar la respuesta a los problemas de responsabilidad contractual por hecho ajeno.

la responsabilidad contractual indirecta de aquellos. Por ello, en la práctica no faltarán los casos en que los auxiliares actúen como representantes del organizador; mas el organizador o detallista podrán ser responsables indirectos incluso en aquellos supuestos en que estos auxiliares lleven a cabo su actuación sin observar las instrucciones o fuera de los límites del poder de representación conferido por aquellos, toda vez que entonces será de aplicación el fundamento propio de la responsabilidad contractual indirecta y no el representativo.²⁶⁸

El organizador o detallista únicamente podrán exonerarse de responsabilidad si prueban que en el supuesto de haber actuado ellos como lo han hecho sus auxiliares no habrían respondido personalmente conforme al régimen de responsabilidad (art. 11.2 LVC). Ello resuelve la tradicional disyuntiva entre culpa y no culpa del auxiliar como presupuesto de la responsabilidad contractual por hecho ajeno.²⁶⁹ Efectivamente, hasta el momento la doctrina española ha optado por exigir o no culpa del auxiliar para hacer responder indirectamente al deudor según las distintas concepciones del sistema de responsabilidad contractual existentes.²⁷⁰ Hay autores que afirman que para que exista responsabilidad del deudor por el auxiliar es necesario que este último haya incurrido en culpa, en la medida que consideran en todo caso la culpa-negligencia como fundamento de la responsabilidad contractual;²⁷¹ otros entienden que la

²⁶⁸ Véase lo expuesto acerca de la concurrencia de las condiciones de auxiliar en el cumplimiento y representante en la agencia de viajes minorista. Supra § I.2.2 B) b).

²⁶⁹ En este sentido, la mencionada STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Matias Malpica González-Elipe, RAJ 4130, parece dar especial relieve a la culpa de los auxiliares de la agencia en el cumplimiento (conductor y guía) a los efectos de declarar la responsabilidad contractual de ésta. La sentencia expresa lo siguiente: "resultando de ello la sujeción a la indemnización de daños y perjuicios cuando en el cumplimiento de sus obligaciones -contractuales en este caso-, incurrieren en negligencia y como quiera que la resultancia según declaración de los hechos acaecidos implican una falta de previsión en punto a las garantías del viaje y estancia concertados para una seguridad de la integridad física de los clientes de la Agencia, máxime teniendo pleno conocimiento la Agencia, sus empleados, los guías y los subcontratados -empresas de transporte-, de las peligrosidades que encierra el tránsito por esa zona de destino por sus características que además, constituyen el señuelo e incentivo de la excursión concertada ha de extremarse la diligencia conforme exige la naturaleza de la obligación contraída y corresponde a esas circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 del Código Civil)".

²⁷⁰ Por todos, JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 223-235.

²⁷¹ Así, Ferran BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, págs. 769-775.

culpa del auxiliar únicamente actúa como presupuesto de la responsabilidad del deudor para la indemnización de daños que se deriven del incumplimiento de la obligación distintos al denominado equivalente pecuniario de la obligación devenida imposible;²⁷² y, por último, también hay quien opina que la responsabilidad contractual del deudor no presupone la culpa del auxiliar, en la medida que la responsabilidad contractual se fundamenta en el hecho objetivo del incumplimiento.²⁷³ No obstante, la culpa del auxiliar utilizado en el cumplimiento del contrato de viaje deviene irrelevante si se parte, como se ha expuesto, de que el organizador o detallista únicamente podrán exonerarse de responsabilidad si prueban que de haber actuado los mismos como lo han hecho aquellos, no habrían respondido personalmente conforme a la regulación de su responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC).²⁷⁴

Por último, la responsabilidad contractual indirecta del organizador o detallista *ex* artículo 11 LVC tendrá lugar, en su caso, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad extracontractual que pueda hacer efectivas el consumidor frente al organizador o detallista por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC), o bien directamente frente a los auxiliares utilizados por el organizador o detallista (art. 1902 CC).²⁷⁵

Ni que decir tiene que el ejercicio de tales acciones en ningún caso podrá significar la obtención dos veces de la reparación del mismo daño por parte del

²⁷² Vide TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 1157-1160.

²⁷³ Así, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 544.

²⁷⁴ En cambio, para GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 179-180, las causas de exoneración de responsabilidad previstas en el artículo 11.2 LVC, entre las que no se menciona la ausencia de culpa del causante directo del daño, no son suficientes para decidir si va a ser precisa la culpa del prestador directo del servicio para hacer responder indirectamente a la agencia de viajes. La autora parte de la premisa según la cual el deudor responde por la actividad de sus auxiliares con la misma extensión que lo habría hecho si él mismo hubiese realizado personalmente la actividad de cumplimiento, para afirmar que "parece que habrá que analizar cada caso concreto para determinar el exacto alcance de los criterios de imputación que se utilizan para imponer la responsabilidad al transportista, al hotelero, a la compañía aérea, etc., pues esos mismos serán los que habrán de traerse a colación respecto del organizador y/o detallista".

²⁷⁵ Hace referencia a la acción de responsabilidad extracontractual interpuesta por el consumidor frente a los prestadores de los servicios del viaje (art. 1902 CC), GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 95-97; también, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 180-181.

consumidor. Mas cabe admitir una concurrencia de responsabilidad contractual del organizador o detallista por los auxiliares utilizados en el cumplimiento del contrato de viaje (art. 11.1 LVC) y responsabilidad extracontractual de aquellos por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC).²⁷⁶ Ambas responsabilidades van a tener unos presupuestos²⁷⁷ y alcance²⁷⁸ distintos. Asimismo, también puede ocurrir que el consumidor dañado interponga simultánea o alternativamente una acción de responsabilidad contractual indirecta frente al organizador o detallista (art. 11.1 LVC) y una acción de responsabilidad extracontractual directa frente a los auxiliares (art. 1902 CC). En ese supuesto no existirá una concurrencia de responsabilidades, en la medida que la doble infracción, contractual y extracontractual, no se considerará cometida por una misma persona.²⁷⁹ Mas entonces tampoco puede afirmarse que el consumidor sólo pueda dirigirse contra el organizador o el detallista para reclamar el resarcimiento de "los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato"; excluyendo, de ese modo, la acción de responsabilidad extracontractual contra el auxiliar para reclamar el resarcimiento de estos daños cuando los mismos resulten de la infracción del deber general de no lesionar intereses ajenos (*alterum non laedere*).²⁸⁰ Más bien cabe entender que, cuando concurren los presupuestos respectivos, el consumidor dañado va a tener una acción contractual de daños frente al organizador o el detallista por los actos realizados por sus auxiliares (art. 11.1 LVC) y, además, una acción extracontractual de daños frente al tercero auxiliar (art. 1902 CC).

Ambas acciones podrán interponerse simultáneamente, en cuyo caso la responsabilidad contractual indirecta del organizador o el detallista y la extracontractual directa de los auxiliares será solidaria, según la jurisprudencia cons-

²⁷⁶ Sobre la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual del organizador y detallista, vide infra § III.1.C) b).

²⁷⁷ Vide JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., pág. 188.

²⁷⁸ Véase infra § III.1.C) a).

²⁷⁹ Así lo advierte DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 221.

²⁸⁰ Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 221-222; y MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 200.

tante del Tribunal Supremo (cfr. art. 27.2 LGDCU);²⁸¹ aunque nada obsta a que el consumidor opte por el ejercicio de una de ambas acciones.

Por lo general, el ejercicio de una de dichas acciones por parte del consumidor tendrá lugar según las condiciones de solvencia de sus respectivos destinatarios.²⁸² En este punto, interesará más al consumidor el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual frente a los prestadores directos de los servicios del viaje (vgr. transportistas, hoteleros, u otros), que frente a los empleados utilizados por el organizador o detallista para el cumplimiento de sus obligaciones. Además, la opción del consumidor entre la acción contractual de daños frente al organizador o detallista por los actos realizados por sus auxiliares (art. 11.1 LVC) o la acción extracontractual de daños frente al tercero auxiliar (art. 1902 CC) también podrá tener lugar según cuál sea el Derecho nacional aplicable.

En este punto, cabe traer a colación el *Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera*, hecho en la Haya el 4 de mayo de 1971 (arts. 3 y 4).²⁸³ Esta regulación establece la aplicación de la Ley interna en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 3); y para el supuesto excepcional de accidente en el que intervenga un solo vehículo matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la aplicación de la Ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado para determinar la responsabilidad respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual y respecto de una víctima que

²⁸¹ En la doctrina española, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 185, se refiere al criterio jurisprudencial que aplica el régimen de la solidaridad siempre que existan varios responsables de un mismo daño, aun cuando unos sean responsables contractuales y otros extracontractuales, a pesar del tenor de la regulación general (art. 1137 CC). Para el Derecho alemán, FÜHRICH, *Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalter*, cit., pág. 1502, señala que en éste la responsabilidad extracontractual del organizador y los prestadores de los servicios del viaje presentará naturaleza solidaria conforme a la regulación general (§ 840 Abs.1 BGB).

²⁸² En general, hace el mismo planteamiento, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 433, aunque éste autor sólo considera que el acreedor podrá optar, alternativamente, entre la acción de responsabilidad contractual frente al deudor por los actos de sus auxiliares, o bien por la acción de responsabilidad extracontractual frente a tales auxiliares.

²⁸³ BOE núm. 264, de 24 de noviembre de 1987; correcciones de errores, BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1987.

viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 4, letra a).²⁸⁴

²⁸⁴ Con base en esta regulación, la mencionada SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente: Sr. Belo González, Actualidad Civil, 1994-3, @ 1081, págs. 1641-1652, considera aplicable la Ley española (arts. 1902 y 1903.4 CC) a un accidente de circulación por carretera ocurrido en Turquía, en el marco de la ejecución del transporte incluido en un viaje contratado por las víctimas, en que sólo intervino un autobús matriculado en España y las víctimas que viajaban como pasajeras tenían su residencia habitual en ese país.

II. SEGUNDA PARTE

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ORGANIZADOR Y DETALLISTA DE VIAJES COMBINADOS

II. Segunda parte. Presupuestos de responsabilidad contractual del organizador y detallista de viajes combinados

Planteamiento

Para que exista responsabilidad contractual del organizador o detallista frente al consumidor será necesario que concurren distintos presupuestos. En primer lugar, será menester la infracción por parte de aquéllos de un deber de conducta que soportan en virtud del contrato de viaje. En segundo lugar, también resultará imprescindible que el consumidor del viaje sufra daños como consecuencia del incumplimiento. Junto a la descripción de los distintos daños resarcibles, deberá tenerse en cuenta hasta qué punto los mismos son imputables objetivamente a la infracción de los deberes contractuales; lo cual determinará, junto a otras circunstancias, la extensión de tales daños. Por último, dicha responsabilidad contractual también presupone la existencia de un criterio que permita su imputación al organizador o el detallista; en la medida que en la noción de incumplimiento está implícita la necesidad de llevar a cabo un examen valorativo de la conducta de los mismos, se tratará de estudiar, sobre todo, el alcance de las causas de exoneración de responsabilidad previstas por la regulación del contrato de viaje.

1. Incumplimiento del contrato de viaje combinado

1.1. Consideraciones generales

Sin duda, para la regulación general el incumplimiento constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual. Con la fórmula contenida en el artículo 1101 del Código civil, queda claro que para que el deudor resulte responsable ("quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados") se requiere que incumpla su obligación ("los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas"). Aunque pueda parecer que el precepto centre la noción de incumplimiento sobre la conducta culposa

o dolosa del deudor,¹ lo cierto es que en el artículo 1101 del Código civil culpa y dolo no aparecen como expresión equivalente a la de incumplimiento; y, por tanto, la responsabilidad contractual no puede derivar solamente de la culpa (en sentido amplio), que actuará como criterio de imputación de la responsabilidad al deudor, sino que para que el deudor sea responsable también será necesario que incumpla su obligación. Por ello, el hecho del incumplimiento debe concebirse en un sentido objetivo, desprovisto de cualquier atributo intencional o reprobatorio,² toda vez que la inobservancia de la regla de conducta establecida en el contrato adquiere un relieve particular en sede de responsabilidad contractual.³

Con todo, en la doctrina española han arraigado por lo menos dos nociones distintas de incumplimiento. Una de ellas se fija en la vulneración del deber de prestación por parte del deudor y circunscribe el incumplimiento contractual al caso en que la prestación deviene imposible, esto es, no es viable realizarla por parte del deudor en los términos contemplados en el programa prestacional. Entonces, si el deudor decide no ejecutar la prestación adeudada sin existir imposibilidad de prestación, el deudor siempre tendrá derecho a obtener el cumplimiento *in natura* de la obligación, recurriendo para ello, cuando sea necesario, al cumplimiento forzoso o coactivo.⁴ En cambio, la otra noción de incumplimiento tiene su punto de partida en el grado de satisfacción del interés del acreedor en la prestación (lesión del derecho de crédito). Lo que conlleva considerar que de la expresión contenida en el artículo 1101 del Código civil ("los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas") se infiere una concepción que abarca distintas formas de incumplimiento: el retardo y la mora en la ejecución de la prestación, la ejecución de una prestación defectuosa y el incumplimiento definitivo de la obligación.⁵

¹ Así lo advierte Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 19.

² Véase Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 100-101.

³ Vid Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), 5.^a ed., Madrid, Civitas, 1996, págs. 568-569.

⁴ En este sentido, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 17.

⁵ Esta clasificación es llevada a cabo por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 570-571; también JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 106-107, entiende que el artículo 1101 del Código civil dice, en primer lugar, que el deudor que incumple (cualquiera que sea la forma de incumplimiento) responde. Pero luego, en el juicio de responsabilidad, considera que el deudor responde de la falta del resultado debido o de su inexactitud (incumplimiento material a que se refiere el artículo 1101) en tanto la obligación subsista, y deja de responder cuando demuestre que la obligación se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no imputable (arts. 1105 y 1182 CC).

El artículo 11 LVC constituye una manifestación más de esta última concepción del incumplimiento contractual. Aunque su apartado primero no resulte demasiado explícito en este sentido ("[l]os organizadores y los detallistas [...] responderán [...] del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato"), el apartado segundo no da lugar a dudas, al establecer que éstos "responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la *no ejecución o ejecución deficiente del contrato*". Con un tenor casi literal al de los apartados primero y segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE, tales expresiones dan cabida a las distintas formas de incumplimiento del contrato de viaje a que alude la concepción que pone el acento no en la valoración del comportamiento del deudor, sino en comprobar en qué medida éste satisface o no el derecho de crédito, a los efectos de establecer el incumplimiento de los deberes de conducta del organizador o detallista impuestos por el contrato de viaje.

Ello resulta acorde con la tradición jurídica de otros Estados miembros, como Alemania, en donde a pesar de basar su sistema en la distinción entre varios motivos de no cumplimiento del contrato —imposibilidad de prestación (§ 325 Abs.1 BGB), retardo (§ 284 ff. BGB) y el llamado incumplimiento contractual positivo (*Positive Forderungsverletzung*)—, la regulación del contrato de viaje atribuye las distintas medidas al consumidor únicamente bajo el presupuesto del carácter defectuoso del viaje (*Reisemängel*).⁶ En particular, en este ordenamiento la obligación de indemnización de daños y perjuicios del organizador frente al consumidor a causa de la no ejecución (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*) tiene lugar cuando el viaje defectuoso (*Mangel der Reise*) es imputable al organizador (cfr. § 651 f Abs.1 BGB); y la obligación de indemnización a causa de la pérdida de vacaciones sólo procede cuando el viaje defectuoso imputable al organizador frustra el viaje en su conjunto o lo perjudica considerablemente (cfr. § 651 f Abs.1 BGB). Estos párrafos conforman una noción de incumplimiento que nada tiene que ver con que la prestación de los

⁶ Otto TEMPEL, "*Geringfügige Reisemängel*" (*Zugleich ein Beitrag zum Mangelbegriff im allgemeinen*), NJW 34 (1997), págs. 2206-2213; para hacerse una idea de la importancia práctica de la noción, Mark NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 1997, págs. 1-55.

servicios del viaje devenga imposible, esto es, que el organizador no pueda realizarla en los términos contemplados en el contrato; y ni que decir tiene que la noción de viaje defectuoso actúa con independencia de la valoración de la conducta del organizador que tendrá lugar a los efectos de imputarle el incumplimiento.

El tenor del artículo 5 Directiva 90/314/CEE también coincide en este punto con la tradición del *Common Law*, en donde el contrato no se concibe como fuente que obliga al deudor a realizar un comportamiento determinado, sino como garantía de un resultado cuya no obtención da lugar, en su caso, a indemnización de daños y perjuicios, por producir la ruptura del contrato (*breach of contract*). Ello explica que en estos ordenamientos la reclamación de indemnización de daños y perjuicios no dependa de la forma de incumplimiento del contrato, esto es, de la distinción entre el no cumplimiento (*failure to perform the contract*) y el cumplimiento defectuoso (*the improper performance of the contract*),⁷ y que el deudor responda sin más del correcto cumplimiento del contrato (*proper performance*).⁸ Ello se corresponde, pues, a la noción de incumplimiento utilizada por la regulación comunitaria del contrato de viaje.

De este modo, el análisis del incumplimiento del organizador o detallista debe orientarse a establecer los distintos supuestos en que su conducta se desvía del programa de prestación previsto en el contrato, así como a identificar hasta qué punto tales desviaciones dan lugar a la objetiva insatisfacción del derecho de crédito del consumidor del viaje; ello sin perjuicio de valorar en un momento posterior la conducta de aquéllos en tales supuestos para deducir, en su caso, la imputabilidad del incumplimiento al organizador o detallista.

⁷ La *Regulation 15 (1)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992 inglesa, se refiere indistintamente a ambas formas de incumplimiento del contrato de viaje.

⁸ Véase, Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, págs. 503-510.

1.2. Supuestos de incumplimiento

A) Supuestos específicos (arts. 8, 9 y 10 LVC)

La LVC considera algunas circunstancias específicas como constitutivas de incumplimiento del contrato, las cuales pueden tener lugar antes o después del inicio del viaje.

Entre los casos de incumplimiento previo al inicio del viaje cabe destacar, en primer lugar, que el artículo 8 LVC dispone lo siguiente: "[e]n el supuesto en que antes de la salida del viaje el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato o aceptar la modificación". Si entonces el consumidor opta por resolver el contrato, la regulación prevé la eventual responsabilidad del organizador o detallista por incumplimiento del contrato entre las medidas de defensa del derecho de crédito del consumidor (apartados primero y segundo del art. 9 LVC). Por ello está claro que la modificación del contrato en los términos descritos por aquel precepto constituirá un supuesto de incumplimiento del organizador. Aun quedando por determinar por parte de la jurisprudencia en qué casos la modificación del contrato de viaje será "significativa" y recaerá sobre un "elemento esencial del contrato", al parecer una tal modificación se producirá cuando se refiera a fechas de realización del viaje, aeropuerto de salida y llegada, itinerario o destino, categoría del alojamiento, modalidad de transporte contratada, visitas turísticas programadas (vgr. monumentos, museos), entre otros extremos.⁹ Es más, la revisión del precio del viaje también podrá constituir un supuesto de incumplimiento del organizador por modificación significativa de un elemento esencial del contrato. El artículo 7 LVC se limita a señalar que la revisión de precios podrá tener lugar cuando el contrato establezca explícitamente esta posibilidad y defina las modalidades precisas para su cálculo; este precepto también exige que ello tenga lugar para

⁹ Así lo ponen de manifiesto las condiciones generales del contrato de viaje (p.ej. cláusula "Alteraciones" del catálogo KUONI TOURS, Oriente Pacífico (fecha de edición: abril 1998)). En la doctrina española, véase Ignacio QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, EC, núm. 22, 1991, 43-67, pág. 52; Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*, RDP, 1996, 464-479, pág. 471; en el Derecho alemán, Klaus TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZ-BUCH*, Bd.4, 3. Auf., München, Beck, 1997, § 651 a, 1417-1464, Rnd. 91, pág. 1455.

incorporar variaciones del precio de los transportes, incluido el coste del carburante, las tasas e impuestos relativos a determinados servicios y los tipos de cambio aplicados al viaje organizado; y declara que será nula la revisión de precios al alza efectuada en los veinte días inmediatamente anteriores a la fecha de salida del viaje. Sin concurrir los distintos requisitos previstos por ese precepto no se excluye la posibilidad de considerar la revisión del precio del viaje por parte del organizador como un supuesto de incumplimiento contractual.¹⁰

En segundo lugar, los apartados primero y segundo del artículo 9 LVC también prevén la responsabilidad del organizador en el supuesto de que aquél cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada.¹¹ Tradicionalmente, la cancelación del viaje ha sido contemplada en los distintos ordenamientos como un supuesto de anulación del contrato de viaje,¹² de exención de la obligación de facilitar la totalidad de los servicios contratados,¹³ o de desistimiento, resolución o anulación del contrato por parte del organizador,¹⁴ cuando la misma se debe a razones no imputables a éste o bien a no alcanzar el número mínimo de participantes previsto en el contrato; en cuyo caso se prevé

¹⁰ Sobre la modificación del precio como un supuesto de "modificación significativa de algún elemento esencial del contrato" (art. 8.1 LVC), Miquel MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, RGD, núms. 658-659, 1999, 9405-9443, pág. 9413.

¹¹ Aunque el precepto se refiera al organizador y el detallista, ya se ha hecho notar que la responsabilidad en este supuesto únicamente recaerá sobre el organizador, en la medida que sólo a este último corresponde la obligación de organizar el viaje por su ámbito de gestión (cfr. art. 11.1 LVC). Vide supra § I.2.2 B) a) (ii).

¹² Véase el artículo 10 CIB.

¹³ Así, los artículos 30 y 31 de la Orden ministerial de 14 de abril de 1988 (en adelante, OMAAV) (BOE núm. 97, de 22 de abril de 1988), que desarrolla el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, *regulador de las actividades de las Agencias de Viajes* (en adelante, RDAAV) (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1988).

¹⁴ Vide las Condiciones generales de viajes recomendadas por la Asociación alemana de Agencias de viajes (*Deutschen Reisebüro-Verbandes*) números 7 (*Rücktritt und Kündigung durch den Reiseveranstalter*) y 8 (*Aufhebung des Vertrages wegen aussergewöhnlicher Umstände*) (publicadas en BAnZ Nr. 240/1984 de 23 de diciembre de 1984, última modificación en BAnZ Nr. 37/1994 de 30 de junio de 1994 y BanZ Nr. 57/1997 de 28 de agosto de 1997) (en adelante, ARB 1997 alemanas).

el derecho del consumidor al reembolso del precio del viaje abonado.¹⁵ Sin contradecir las previsiones realizadas hasta el momento,¹⁶ la nueva regulación del contrato de viaje parte de un planteamiento radicalmente distinto. El artículo 9 LVC atribuye dos consecuencias al supuesto en que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, "por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor": los derechos del consumidor a un viaje sustitutivo (art. 9.1 LVC) y a la "indemnización que, en su caso, corresponda por incumplimiento del contrato" (art. 9.2 LVC). De este modo, no cabe duda de que con la regulación del contrato de viaje la cancelación va a constituir, pues, otro supuesto de incumplimiento del organizador, que actuará como presupuesto de su responsabilidad contractual.¹⁷ Incumplimiento que incluirá aquellos casos en que el hecho de facilitar los servicios del viaje devenga imposible antes del inicio, así como aquellos otros en que, llegado el momento, el organizador simplemente manifieste su voluntad de no cumplir. En ambas ocasiones se producirá una evidente desviación del deber de prestación del organizador con respecto al programa de viaje acordada, y la consiguiente insatisfacción objetiva del interés del consumidor en su derecho de crédito.¹⁸ Ello sin perjuicio de que la obligación de indemnizar no exista cuando la cancelación se deba a no reunir el número mínimo de participantes o a motivos de fuerza mayor (art. 9.3 LVC).

¹⁵ Aunque el artículo 33.1 OMAAV se refiere en estos casos al derecho del cliente "al reembolso del total de lo abonado, salvo los posibles gastos, que bajo esta condición se hubieran pactado".

¹⁶ En el Derecho alemán, Hans-Werner ECKERT, *Die Risikoverteilung im Pauschalreise-recht*, 2. Auf., Berlin, Luchterhand, 1995, págs. 199-205.

¹⁷ Por el contrario, Pilar DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 192, considera que el artículo 9 LVC trata los supuestos de modificación sustancial del contrato original y de cancelación del viaje no como de incumplimiento, sino como una facultad que la Ley concede a la agencia para extinguir unilateralmente el contrato, y que generan exclusivamente la obligación de resarcir al consumidor en la cuantía que el mismo precepto especifica.

¹⁸ Esa misma concepción del incumplimiento también se observa en la SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479, en la que la agencia de viajes demandada comunica a los consumidores la cancelación cuatro días antes de la salida del viaje, por no ser posible la prestación del servicio de transporte aéreo, viniendo luego en conocimiento de los consumidores que el vuelo contratado ha sido efectuado con toda normalidad. Sin valorar la posibilidad objetiva de realizar tal prestación, la Audiencia declara que la actuación de la agencia constituye un supuesto de incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC).

Iniciado el viaje, la regulación también prevé algún supuesto específico de incumplimiento contractual. Conforme al apartado primero del artículo 10.1 LVC, cuando el organizador "no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato", deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al consumidor.

Con anterioridad a esta regulación, las condiciones generales del contrato de viaje únicamente se refieren al caso en que "no se suministran los servicios previstos", acotando pues la hipótesis al efectivo incumplimiento de la obligación;¹⁹ mientras que el artículo 10 LVC no solamente se refiere a esta situación sino también al caso en que el organizador "compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios". Con el último inciso la regulación parece poner de relieve la necesidad de prevenir o aminorar los daños ocasionables al consumidor en estos casos.

En esta ocasión el incumplimiento de la obligación de realizar los servicios del viaje no podrá ser total. Aunque dicho precepto parece hacer referencia únicamente al incumplimiento parcial de la prestación —la no prestación de uno o varios servicios—, con buen criterio la doctrina ha señalado que el mismo también acoge en su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que la prestación de los servicios no se adecua a lo convenido por las partes (cumplimiento defectuoso).²⁰ De hecho, resulta indispensable atribuir este alcance al incumplimiento a que se refiere el artículo 10 LVC para hacer efectiva la medida que constituye su objeto principal, cual es la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje por parte del organizador (p.ej. traslado a otro hotel de categoría igual o superior a la pactada); por lo que también cabe admitir que la prestación deficiente de los servicios del viaje constituya un incumplimiento del contrato de viaje a los efectos de reclamar la indemnización que en su caso proceda (art. 10.2 LVC *in fine*).

Conforme al apartado primero del artículo 10 LVC, la no prestación deberá ser de una parte importante de los servicios del viaje, lo que significa que deberá tratarse de un incumplimiento grave o de cierta entidad. Tradicionalmente,

¹⁹ Por ejemplo, véase la cláusula "Alteraciones" del catálogo TURAVIA, *Playas de América*, invierno 96-97 (vigencia: 1 noviembre de 1996 a 30 de abril de 1997).

²⁰ Eso observa, por ejemplo, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 185.

éste ha sido cifrado por las condiciones generales del contrato de viaje en el 50 por 100 del precio del viaje.²¹ Aunque este criterio puede aportar seguridad jurídica, lo cierto es que en ocasiones el valor económico de los servicios del viaje no es directamente proporcional al valor que éstos puedan tener para dar satisfacción al interés que induce a la mayoría de consumidores a contratarlo. Por esa razón, parece preferible considerar que tal incumplimiento tendrá lugar cuando la no prestación o prestación deficiente lo sea de un servicio de especial valor para la realización del viaje contratado, de acuerdo con su finalidad y circunstancias (p.ej. hotel de inferior categoría); hasta el punto que ello impida el normal desarrollo del viaje y provoque que no sea razonable esperar del consumidor medio que lo continúe, a menos que el organizador adopte las soluciones adecuadas para ello (cfr. art. 10.2 LVC).²² E incluso, excepcionalmente, cabe atender al valor que la no prestación del servicio del viaje puede tener para cada consumidor singular, según distintas circunstancias subjetivas, siempre que las mismas sean comunicadas al organizador o detallista en el momento de contratar a los efectos de permitir la extensión de los daños resarcibles (cfr. art. 1107 CC).²³

B) Cláusula general (art. 11 LVC)

Identificados distintos supuestos de incumplimiento del contrato que pueden deducirse de la regulación, cabe añadir inmediatamente que los mismos no tienen carácter exhaustivo. En los demás casos en los que la relación obligatoria no sea respetada en los términos convenidos en el contrato, será de aplica

²¹ Véase, por ejemplo, la cláusula "Anulaciones" del catálogo RHODASOL/TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998).

²² En términos muy parecidos, el apartado primero de la cláusula decimosexta ("Imposibilidad de prestar una parte importante de los servicios por parte del organizador") de las *Condiciones generales del contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, expresa lo siguiente: "[...] Son parte importante de los servicios previstos aquellos cuya falta de realización impide el normal desarrollo del viaje y provocan que no sea razonable esperar del consumidor medio de ese tipo de viaje que lo continúe en esas circunstancias". El "Clausulado 2000" ha sido elaborado por Miquel MARTÍN CASALS, Francisco VICENT CHULIÁ, Jordi RIBOT IGUALADA y Fernando CERDÁ ALBERO y presentado en septiembre de 1999, en el marco del II Foro de la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV).

²³ Por ejemplo, la falta de ascensor en el alojamiento, cuando el consumidor ha dado a conocer al organizador o detallista sus disminuciones físicas y problemas de movilidad, puede conllevar la no prestación de una parte importante de los servicios previstos en el contrato (vgr. no prestación del servicio de alojamiento).

ción la cláusula general de responsabilidad contractual de organizadores y detallistas (art. 11. LVC). De acuerdo con el apartado segundo de este precepto, la indemnización procederá, en su caso, por la "no ejecución o ejecución deficiente del contrato". Dejando de lado cuál de las formas de incumplimiento será más frecuente con respecto a las obligaciones asumidas por el organizador y el detallista,²⁴ esa disposición significa que el organizador o detallista también tendrán la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al consumidor en unos supuestos de incumplimiento que, según se desprende de la regulación, podrán ser de una entidad menor a los demás incumplimientos previstos de un modo específico (vgr. no prestación de una parte no importante de los servicios).

Adviértase que con una formulación tan amplia y genérica, la regulación española no exige en ningún caso que concurra un incumplimiento calificado como presupuesto para resarcir los daños ocasionados al consumidor del viaje. Todas las partidas de daños resarcibles también podrán imputarse objetivamente a incumplimientos de menor entidad (art. 11 LVC).

Ello contrasta con la regulación alemana del resarcimiento de daños y perjuicios por pérdida de vacaciones, entre cuyos presupuestos materiales incluye la frustración o un perjuicio considerable del viaje ("[w]ird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt [...]") (§ 651 f Abs.1 BGB). La frustración del viaje tiene lugar cuando el viaje no se inicia, o cuando inmediatamente después de la salida surgen dificultades que obligan al regreso del consumidor. Mientras que el viaje resulta considerablemente perjudicado cuando, habida cuenta de las circunstancias del caso (vgr. finalidad del viaje, lugar de destino), se produce un defecto de entidad.²⁵ En este ordenamiento el consumidor únicamente podrá reclamar dicha indemnización cuando el incumplimiento tenga esta entidad.

²⁴ En el Derecho portugués, Miguel MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 202-203, considera que en el contrato de viaje combinado la figura del cumplimiento defectuoso adquiere un relieve particular, toda vez que generalmente los daños causados al consumidor tienen su origen no en la falta de prestación de los servicios incluidos en el viaje sino en el cumplimiento de los mismos de forma irregular o deficiente.

²⁵ Sobre los criterios jurisprudencial y doctrinal de determinación del carácter considerable de los perjuicios del viaje en el Derecho alemán, infra § II.2.1 E).

En el Derecho español, en cambio, la mera desviación de los términos convenidos en el contrato de viaje permitirá el resarcimiento de cualquier daño que el mismo ocasione, incluso de daños no patrimoniales;²⁶ siempre, claro está, que concurren los demás presupuestos de responsabilidad del organizador o detallista.

2. Daños resarcibles

Analizados los supuestos en que el organizador y el detallista pueden incumplir el contrato de viaje, cabe determinar cuáles van a ser entonces los daños a indemnizar. Esta cuestión no la resuelve la regulación del contrato de viaje, que se limita a señalar que la responsabilidad de organizadores y detallista se extiende a "los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato" (art. 11.2 LVC) sin mayores precisiones. Por ello, resultará aplicable el artículo 1106 del Código civil, conforme al que "[l]a indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes", además del criterio legal de limitación de la extensión de los daños resarcibles (art. 1107 CC).²⁷ En la medida que estos preceptos no contienen una definición de los daños resarcibles,²⁸ para delimitar cuáles van a ser los que tengan lugar por incumplimiento del contrato de viaje deberá tenerse en consideración la doctrina surgida en torno a estos preceptos. Además, serán de interés las distintas clasificaciones de tales daños en cuanto al contrato de viaje realizadas por la doctrina de otros países, así como las sentencias existentes sobre esta materia en el Derecho español.

²⁶ Por el contrario, Esther GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 250, sugiere para el resarcimiento de daños por pérdida de vacaciones que concorra un incumplimiento total o un cumplimiento gravemente defectuoso.

²⁷ Sobre el significado conjunto de los artículos 1106 y 1107 del Código civil, véase, por todos, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1106)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 45-53, págs. 45-46.

²⁸ Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, 666-709, pág. 669, señala que el artículo 1106 del Código civil quiere dejar en claro que, frente a cualquier duda planteada en la tradición precodificada, el lucro cesante también se indemniza.

2.1. Daño emergente

El incumplimiento del contrato de viaje puede originar la obligación del organizador o detallista de indemnizar el daño emergente, o sea, el valor de la pérdida que haya sufrido el consumidor del viaje (cfr. art. 1107.1 CC). Sabido es que el daño emergente no se confunde necesariamente con el valor de la prestación que falta, sino que se extiende más allá de éste. Y podrá coincidir temporalmente con el incumplimiento del contrato, pero también podrá tener lugar con posterioridad al mismo. Entre el daño emergente cabe incluir las siguientes partidas: a) lesiones al llamado interés de prestación; b) daños corporales a la persona del consumidor; c) daños a objetos del consumidor; d) daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo; y e) daños no patrimoniales.

A) Lesiones al llamado interés de prestación

Una de las partidas que puede llegar a componer el daño emergente resultará de la lesión del llamado interés de prestación, entendido como aquél interés que ostenta el consumidor en el cumplimiento esperado del contrato de viaje. Se tratará de daños resultantes de la diferencia de valor entre el viaje contratado y el viaje ejecutado (p.ej. alojamiento de categoría inferior).²⁹ Incumplido el contrato de viaje y no siendo posible su cumplimiento en una forma específica, el organizador o, en su caso, el detallista deberán restaurar el quebranto causado al patrimonio del consumidor del viaje entregándole una suma dineraria que sustituya el interés que éste tenía en la prestación debida (*id quod interest*). El equivalente pecuniario de la prestación incumplida tendrá lugar sin perjuicio del resarcimiento de otros daños también resultantes del incumplimiento.³⁰

²⁹ En el Derecho inglés, Alan SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998, págs. 135-140, pone el siguiente ejemplo: un consumidor contrata una villa con 4 habitaciones, con piscina de medida olímpica y aire acondicionado, pero el organizador incumple el contrato y le facilita una villa con 3 habitaciones, sin aire acondicionado y una piscina infantil.

³⁰ En general, sobre el interés contractual protegible, Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, 374-444, págs. 385-388; Luis PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. 1 (Parte especial), Barcelona, Bosch, 1989, págs. 191-193; y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil (Contractual y extracontractual)*, vol. I, Madrid, Ed. Reus, 1993, págs. 143-146.

a) Alcance del resarcimiento: el valor del servicio no prestado o prestado con deficiencias como parámetro para su cálculo

Siendo los daños resarcibles aquellos resultantes de la diferencia de valor entre el viaje contratado y el viaje realizado, la indemnización deberá hacer coincidir la entidad y valoración de tales daños con los límites valorativos de la prestación.

Entonces cabe cuantificar el resarcimiento de los daños por lesión del interés de prestación considerando el viaje contratado como un todo, lo que dará derecho al consumidor a obtener indemnización en una cuantía equivalente al precio total del viaje en caso de no ejecución o ejecución deficiente de alguno de los servicios;³¹ o bien calcular dicho resarcimiento con base exclusivamente al valor del servicio no ejecutado o ejecutado de modo deficiente (alojamiento de inferior categoría).³²

En la medida que en ninguna de ambas hipótesis se excluye la eventual indemnización de otro tipo de daños también resultantes del incumplimiento, parece más razonable proceder a cuantificar el resarcimiento de los daños por lesión al interés de prestación de acuerdo con la mencionada en segundo lugar. Si bien la no prestación o prestación deficiente de alguno de los servicios del viaje puede lesionar de un modo especial el interés del consumidor en la realización de todo el viaje (p.ej. el organizador no adquiere las entradas para un espectáculo en el lugar de destino), ello podrá dar origen a otro tipo de daños resarcibles, particularmente de carácter no patrimonial. Por ello, cabe entender que el resarcimiento de las lesiones al interés de prestación alcanzará el valor del servicio no prestado o prestado con deficiencias, sin perjuicio de la eventual indemnización de los demás daños resarcibles.

Ello significa que el valor del conjunto de servicios del viaje deviene la cuantía máxima de la cuantía indemnizatoria de los daños resultantes de la lesión al

³¹ Jonathan BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, Dublin, Blackhall Publishing, 1999, pág. 94, pone de manifiesto que la indemnización de la cantidad equivalente al precio total del viaje resulta más favorable para el consumidor.

³² En el Derecho inglés, hacen el mismo planteamiento David GRANT/Stephen MASON, *Holiday Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, pág. 255.

interés de prestación, pese a que en ocasiones el consumidor reclame la indemnización de tales daños con base en unas cantidades muy superiores a este valor.³³

La indemnización equivalente al valor del conjunto de servicios tendrá un carácter más bien excepcional. Ocurrirá antes del inicio del viaje en caso de resolución por modificación del contrato, o cancelación del viaje por parte del organizador, si entonces el consumidor opta por no participar en un viaje sustitutivo. En este supuesto, el apartado primero del artículo 9 LVC atribuye al consumidor el derecho al "reembolso de todas las cantidades pagadas" con arreglo al contrato, o sea, convierte el precio total del viaje en el equivalente pecuniario de la prestación incumplida (*id quod interest*). Ello sin perjuicio de que, en su caso, el organizador o detallista tengan, además, la obligación de indemnizar al consumidor otros daños que también sean consecuencia del incumplimiento del contrato, sean patrimoniales o derivados de la pérdida de vacaciones.³⁴

Mas en otros casos los órganos judiciales hacen coincidir el equivalente pecuniario de la prestación incumplida con el precio total del viaje sin motivo aparente. Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia mencionada del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, de 10 de julio de 1996,³⁵ que accede a la pretensión de los consumidores de obtener una indemnización de los daños y perjuicios causados equivalente al precio del viaje (565.000 pesetas) a partir de la siguiente consideración:

"[l]as deficiencias apreciadas resultan de tal índole que si el consumidor las hubiese conocido no las habría contratado, considerándose por tanto, que el

³³ Véase la STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104.

³⁴ El artículo 504.3 del Código civil holandés, redactado a partir de la *Wet van 24/12/1992 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgelijke Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreis pakketten* (en adelante, BW), únicamente admite la indemnización de este tipo de daños en supuestos en que, además, proceda el reembolso del precio del viaje por cancelación del viaje. Es obvio que en caso de cancelación sin participación en un viaje sustitutivo se excluirá el resarcimiento de daños corporales o a objetos pertenecientes al consumidor. Alan SAGGERSON, *Travel Damages*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998, págs. 26-27, interpreta en términos parecidos la *Regulation 13 (2)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992 inglesa.

³⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, de 10 de julio de 1996, Magistrada juez: Sra. Estrella Blanes Rodríguez (inédita).

"quantum" indemnizatorio debe cifrarse en el precio del viaje, abonado por los actores, aún cuando algunos de los servicios pactados sí que se cumplieren, por quedar el viaje "invalidado" por el incumplimiento de otros servicios relevantes (categoría de hoteles, aire acondicionado, transporte, guía) para un viaje a Marruecos en el mes de Junio, en condiciones de comodidad y confort como las ofertadas".

En ocasiones como ésta el juez tiene en consideración, no solamente la categoría de los servicios ofertados en el programa de viaje, sino también las razones por las que el consumidor contrató tal viaje según se desprende del propio documento contractual (cfr. arts. 3.1 y 4.1 LVC). Atendiendo a la finalidad del viaje, cierto es que la prestación de los servicios realizados puede no reportar utilidad alguna para el consumidor (p.ej. transporte sin alojamiento disponible y regreso al lugar de salida).³⁶ Sin embargo, de este modo más bien se confunden las distintas partidas de daños resarcibles y, lo que aún es más importante, se llega a un resultado indemnizatorio más que controvertido.³⁷ No parece que en estos casos la limitación de la indemnización al precio de los servicios no prestados o prestados con deficiencias pueda resultar suficiente para cumplir su función compensatoria, si a ello añadimos la necesidad de indemnizar otros daños que en este caso también puedan ser consecuencia del incumplimiento contractual.

En definitiva, cabe pensar que la mayoría de las veces la cuantía indemnizatoria por lesión del interés de prestación del consumidor será inferior al precio total del viaje. Ello ocurrirá en casos como el de la última sentencia mencionada, pero también cuando el consumidor opte por participar en un viaje sustitutivo una vez tenga lugar la resolución por modificación del contrato, o cancelación del viaje por parte del organizador. En este caso el apartado primero del artículo 9 LVC excluye cualquier indemnización por aquel concepto en el supuesto de que el viaje ofrecido sea de calidad equivalente o superior a la del

³⁶ En el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., pág. 7, sugiere la aplicación de unos porcentajes para el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de la lesión del interés de prestación.

³⁷ En términos muy parecidos, la SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 1994, Sección 1.ª, Ponente: Sra. María Concepción Marco Cacho, AC 26, declara procedente el abono de la cantidad de 220.735 pesetas —equivalente al precio del viaje— en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados a los consumidores por no disponer del hotel contratado el día de la llegada en el lugar de destino (Londres), provocando la vuelta de los demandantes. Compárese con la SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.ª, Ponente: Sr. Juan Márquez Romero, AC 524.

viaje contratado, y en caso de que el primero sea de calidad inferior al segundo hace coincidir el equivalente pecuniario de la prestación incumplida con la diferencia de precio que exista entre ambos con arreglo al contrato ("[e]n el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato"). De modo que entonces el consumidor tampoco podrá reclamar indemnización en una cuantía equivalente al precio total del viaje por la lesión de su interés en la prestación.

En estos casos, la liquidación del daño resultará, por lo general, de la diferencia entre el precio pagado por el viaje contratado y el precio de otros viajes ofertados por el mismo organizador u otros de la competencia con características similares al viaje finalmente ejecutado. En ocasiones dicho valor diferencial se deducirá claramente del contrato, como sucede cuando el viaje sustitutivo es de calidad inferior al viaje contratado inicialmente en los supuestos de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje (cfr. art. 9.1 LVC). En otros casos, cabrá contrastar el precio del viaje contratado con el precio de otros viajes ofrecidos por el mismo organizador —comúnmente ofrecidos en el mismo folleto o programa de viaje— que reúnan las mismas características del viaje ejecutado. A estos efectos no parece que los descuentos y ofertas especiales que el organizador o detallista hagan al consumidor adquieran relevancia alguna.³⁸ Por último, nada obsta a que en su defecto pueda compararse el precio del viaje contratado con el precio de otros viajes organizados por otros profesionales del sector que presenten una identidad sustancial con el viaje realizado.

No se olvide que tanto el programa de viaje como el documento contractual deberán contener información sobre los destinos y medios de transportes, con mención de sus características y clase, la situación, categoría y principales características de establecimiento de alojamiento, el número de comidas que se van a servir, las visitas, excursiones o demás servicios incluidos en el precio del

³⁸ Por ejemplo, si el consumidor compra un viaje valorado en 150.000 pesetas por el precio de 125.000 pesetas, el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de la lesión del interés de prestación se hará sobre la base de las 150.000 pesetas. Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 255; y SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., pág. 5.

viaje, entre otras cuestiones (arts. 3.1 y 4.1 LVC); todo lo cual podrá facilitar la determinación del alcance de la lesión del interés del consumidor en la prestación.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de junio de 1998,³⁹ calcula la indemnización de los daños y perjuicios resultante de la ejecución de un alojamiento de inferior categoría al contratado con base en "la diferencia de precio entre el alojamiento en hoteles de la categoría B asignados a las actoras [consumidoras del viaje], y los de la categoría A convenidos, que según el catálogo era de 42.800 pesetas (diferencia entre los precios de 109.500 y 152.300 pesetas que constan en la página 8 del folleto publicitario) [...], correspondiendo por ese concepto una cantidad de 85.600 pesetas para las dos promotoras del juicio".

Criterios como éste deberían desplazar una tendencia de los órganos judiciales españoles a considerar la utilidad que para el consumidor han tenido las prestaciones en su caso ejecutadas (p.ej. alojamiento de categoría inferior, prestación de otros servicios) a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria. La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de septiembre de 1998,⁴⁰ resuelve así las deficiencias de un viaje a los Alpes franceses para la práctica del esquí, en el que los consumidores encuentran cerrada la estación por falta de nieve:

"[c]omo quiera que el día de llegada de los viajes a la estación de esquí correspondiente se procedió, al menos, a una apertura parcial de la estación y además se les ofreció, por parte de los prestatarios del servicio, la alternativa de desplazarse a otra estación próxima, en la que la nieve se encontraba en mejores condiciones, no debe entenderse, a juicio de la Sala, que el incumplimiento de la demandante fuera completo, puesto que los referidos viajeros pudieron disfrutar (aunque limitadamente) [no sólo] de aquel deporte de invierno, sino también del resto de las instalaciones y servicios que en cualquier estación de esquí se ofrecen".

³⁹ Vide SAP de Madrid, de 16 de junio de 1998, Sección 12.^a, Ponente: Sr. Pérez López, Actualidad Civil, núm.1, 1999, @ 14.

⁴⁰ Vide SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.^a, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658.

Hechas estas consideraciones, la sentencia decide hacer uso de la facultad moderadora de la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1103 del Código civil, y obliga al organizador del viaje a indemnizar a cada consumidor por los daños y perjuicios resultantes en una cuantía inferior al importe del viaje contratado.⁴¹ Aun siendo razonable la cuantía indemnizatoria fijada por la Audiencia Provincial de Castellón, el recurso a la facultad moderadora (art. 1103 CC) parece excesivo. En casos como éste, los órganos judiciales únicamente deberían cuantificar los daños resarcibles, esto es, limitarse a averiguar el monto o cuantía de los daños causados en el interés de prestación del consumidor, en consonancia con la valoración de la prueba practicada (infra § II. 3.5).⁴² Ello, de nuevo, sin perjuicio de la eventual obligación del organizador o detallista de indemnizar al consumidor otros daños también ocasionados por el incumplimiento del contrato de viaje.

Únicamente en casos excepcionales no podrán utilizarse los criterios mencionados para calcular el equivalente pecuniario de la prestación incumplida. Ello ocurrirá cuando se trate de liquidar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del retraso en la entrega del equipaje del consumidor en el lugar de destino. Está claro que entonces no cabrá tener en cuenta la diferencia entre el precio pagado por el viaje contratado y el precio de otros viajes ofertados por el mismo organizador u otros de la competencia con características similares al viaje finalmente ejecutado. Por aplicación de la regulación general (art. 1106 CC), en esta ocasión el organizador o el detallista deberán indemnizar al consumidor en la cuantía equivalente al valor de uso del bien destinado a satisfacer las necesidades del consumidor en el transcurso del viaje contratado; uso que se verá imposibilitado por un hecho del organizador o detallista o, en su caso, el prestador directo del servicio utilizado por aquél en el cumplimiento del contrato. Ello significará llevar a cabo una liquidación abstracta del daño, a saber, la admisión del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del consumidor del viaje sin necesidad de que éste los pruebe en el caso concreto. Tal liquidación del daño hallará su justificación en el hecho de que también sería indemnizable el daño patrimonial resultante del desembolso que el acreedor hubiera realizado para obtener un uso sustitutivo (p.ej. compra de nuevo ves-

⁴¹ Algo muy parecido sucede en la SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz, *Actualidad Civil*, 1993-4, @ 1583.

⁴² En este sentido, Silvia DÍAZ ALABART, *La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil*, ADC, 1988, 1133-1224, pág. 1222; véase también Fernando PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, 1992, 1019-1091, pág. 1041.

tuario) (§ infra II. 2.1. D)), con lo que no tendría sentido no favorecer el ahorro que supone no soportar este coste.⁴³

b) Efectos de la distinción entre los daños por lesión del interés de prestación y los demás daños que sean consecuencia del incumplimiento

Hasta el momento se ha hecho referencia a la cantidad indemnizatoria que corresponde al consumidor del viaje en sustitución de la prestación debida, que se concreta nada más producirse el incumplimiento de la obligación del organizador o detallista del viaje, si además no es posible su cumplimiento específico o *in natura*.

Esa cantidad debe distinguirse de la cuantía de indemnización de aquellos daños y perjuicios ulteriores que también sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (vgr. daños corporales a la persona del consumidor, daños a objetos del consumidor, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, y daños no patrimoniales). Aparte de la indemnización de los daños relativos al interés del consumidor del viaje en el cumplimiento esperado del contrato, éste también expone otros intereses suyos al riesgo que resulten afectados por causa del incumplimiento por parte del organizador o detallista (interés de indemnidad).

Cierto es que la regulación del contrato establece el régimen de responsabilidad contractual de los organizadores y detallistas sin distinguir según las partidas de los daños resarcibles (art. 11 LVC). De modo que a todas ellas serán aplicables presupuestos tales como el incumplimiento del contrato, la existencia de daños, la imputación de los daños al incumplimiento (art. 1107 CC), o la

⁴³ Véase en general, sobre la liquidación abstracta del valor en uso, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 696-697. Por contra, tanto en caso de pérdida definitiva del equipaje como de costes de sustitución del equipaje por parte del consumidor la liquidación dejará de ser abstracta (vgr. coste de adquisición o de reparación). Cfr. SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 144-145, que incluye estos últimos costes entre los llamados *special or pecuniary damages*.

imputación del incumplimiento al organizador o detallista (art. 11 LVC).⁴⁴

Aun así, la distinción entre los daños por lesión del interés de prestación y los demás daños que sean consecuencia del incumplimiento será relevante por lo que se refiere a la extensión de los daños. A parte de las diferencias que puedan existir en la cuantificación o criterios de cálculo del alcance indemnizatorio con respecto a las distintas partidas de daños resarcibles, destaca que la suma de la indemnización de los daños por lesión del interés de prestación no quedará limitada en ningún caso con arreglo a convenios internacionales. Aunque el apartado tercero del artículo 11 LVC señale que "[e]l 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", ya se tendrá ocasión de comprobar que los límites previstos en estas normas únicamente se refieren a la indemnización de otros daños también ocasionados por el incumplimiento del contrato de viaje (infra § II. 3.3).

B) Daños corporales

a) Composición y valoración

(i) Doctrina jurisprudencial: globalización de los daños corporales y discrecionalidad en su valoración

El incumplimiento del contrato de viaje puede ocasionar daños corporales al consumidor, en cuyo caso éstos constituirán otra partida de los daños indemnizables por vía de la responsabilidad contractual del organizador y detallista (art. 11 LVC).

Nos referimos a daños corporales en tanto que resultado de cualquier lesión que afecte a la integridad física y psíquica de la persona del consumidor (art. 15 CE), en términos lo suficientemente amplios como para comprender no solamente lesiones externas (p.ej. ruptura de algún miembro corporal como consecuencia de un accidente de autobús), sino también lesiones de carácter interno,

⁴⁴ En general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 256-257. Contrástese con PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. 1 (Parte especial), cit., pág. 194.

tales como los procesos infecciosos causados por la ingestión de alimentos en mal estado en la manutención incluida en el viaje.⁴⁵ Estas lesiones también serán indemnizables por vía contractual (art. 11 LVC), sin perjuicio de las dificultades probatorias que a la práctica van a surgir (infra § III. 2.1).⁴⁶

En la medida que los daños corporales afectan a un bien de la personalidad cuya estimación pecuniaria no puede sujetarse a una valoración de mercado, ni que decir tiene que los mismos tendrán carácter no patrimonial. Mas esta circunstancia en ningún caso excluirá el resarcimiento de tales daños por vía de la responsabilidad contractual del organizador o detallista (art. 11 LVC);⁴⁷ si bien la propia naturaleza del daño experimentado por el consumidor significará que la fijación de su "equivalente" en dinero no tendrá por objetivo su resarcimiento íntegro sino que el mismo tendrá lugar por estimación o apreciación aproximativa, cualquiera que sea su cuantía.⁴⁸

Una parte de la doctrina ha señalado la necesidad de identificar las distintas partidas que componen el resarcimiento de los daños corporales. Además del daño corporal en sentido estricto, a indemnizar de un modo uniforme e igual para todos los consumidores del viaje que sufran el mismo tipo de lesiones, debería distinguirse entre las consecuencias pecuniarias y no pecuniarias de estos daños.⁴⁹ En esta línea, a los efectos de indemnizar las consecuencias pecuniarias cabría tener en cuenta los gastos realizados por el consumidor del viaje (vgr. gastos de asistencia médica y hospitalaria) y la pérdida de ingresos por

⁴⁵Cabe considerar la integridad física en un sentido amplio, coincidente con el contenido del derecho a la salud (art. 43.1 CE). Así, Elena VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1994, págs. 232-259.

⁴⁶ Los daños sufridos por intoxicación en la ingestión de comida en mal estado son origen de más reclamaciones en otros países que en el caso español. Véanse, en el Derecho alemán, las sentencias AG Hamburg, Urt. 21.2.1995, RRa 1995, págs. 108-109 y AG Kleve, Urt. 19.3.1996, RRa 1996, págs. 131-132. La doctrina de este país incluye tales daños entre los daños corporales (*Körperverletzungen*) a indemnizar por parte del organizador por vía contractual (§ 651 f BGB). Por todos, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 18-22, págs. 1556-1557.

⁴⁷Sobre la admisión de la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales, Rafael GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1990, págs. 26-80.

⁴⁸ Vide Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 699.

⁴⁹ Véase VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 50-52.

incapacidad laboral acaecida durante la etapa de recuperación de las lesiones.⁵⁰ Pérdida de ingresos que no tendría lugar cuando en este período la lesión a la integridad física y psíquica ocasionara al consumidor una pérdida no de ingresos procedentes de su actividad laboral sino de vacaciones (p.ej. intoxicación en período de vacaciones)(*infra* § II 2.1 E)). En caso de que se consolidaran en el consumidor del viaje unas secuelas, más o menos irreversibles y duraderas (p.ej. escoliosis lumbar como consecuencia de un accidente de autobús), la indemnización también debería comprender los perjuicios puramente fisiológicos y la pérdida de ingresos por incapacidad laboral, los cuales en este caso únicamente podrán determinarse de acuerdo con un juicio de probabilidad. Asimismo, en las indemnizaciones por muerte, también deberían ser indemnizados los gastos de repatriación del cadáver del consumidor al país de origen y los gastos de entierro y funeral. Por su lado, las consecuencias no pecuniarias de los daños corporales sufridos por el consumidor también deberían ser indemnizadas, en su caso, por el organizador o detallista. Entre las mismas cabría incluir los dolores físicos ocasionados por las lesiones, esto es, las sensaciones de malestar, insomnio y otras manifestaciones dolorosas que pudiera padecer el consumidor del viaje lesionado (*pretium doloris*), así como el eventual perjuicio estético sufrido por éste, que en su caso también debería ser indemnizado.⁵¹

En un principio, la obligación de indemnización del organizador o detallista debería comprender las distintas consecuencias de los daños corporales mencionadas. Sin embargo, el Tribunal Supremo confiere a la indemnización de los daños corporales un trato muy parecido al atribuido a los demás daños no patrimoniales: admite que las sentencias valoren globalmente las consecuencias pecuniarias y no pecuniarias de los daños corporales, según las pruebas practicadas y de acuerdo con el prudente arbitrio del juzgador. Con lo cual la práctica judicial pone en evidencia el uso de un método de determinación y valoración

⁵⁰ Se trata de los llamados daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios. Véase, por ejemplo, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1989, pág. 157.

⁵¹ Sobre la valoración de las distintas consecuencias de los daños corporales, VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 261-299. La autora se muestra partidaria de compensar el daño corporal en sentido estricto con base en la valoración médica y del igual modo para todas las víctimas de los mismos daños, de acuerdo con principios de igualdad e uniformidad; mientras que la autora se muestra partidaria de llevar a cabo una compensación *in concreto* de las consecuencias patrimoniales de los daños corporales.

de la indemnización de daños corporales que muy poco tiene que ver con la suma por separado de cada uno de sus aspectos integrantes.⁵² Es más, el Tribunal Supremo ni siquiera considera necesario que el juzgador de instancia detalle los distintos conceptos por él tenidos en cuenta en la determinación de la cuantía indemnizatoria. Por ello, si a las dificultades para determinar cuáles son las bases para fijar la indemnización en las distintas sentencias se añade que el propio Tribunal Supremo viene declarando que la cuantía indemnizatoria no es revisable por medio del recurso de casación, pronto se comprenden las dificultades de la jurisprudencia para unificar criterios en el resarcimiento de los daños corporales. De modo que la cuantía del resarcimiento de los daños corporales podrá ser muy poco uniforme en los distintos casos planteados.⁵³

La arbitrariedad y globalización de las partidas en la determinación del resarcimiento de daños corporales ha sido puesta de manifiesto por algunas sentencias que declaran la responsabilidad de las agencias de viajes. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 9 de abril de 1997,⁵⁴ resuelve una demanda de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios derivados de las lesiones y secuelas que los consumidores sufrieron con motivo del accidente de autobús ocurrido cuando efectuaban uno de los recorridos de un viaje a Bangkok-Phuket (India). De las pruebas practicadas resulta en este caso que una demandante sufrió lesiones consistentes en "traumatismo craneoencefálico, herida incisa en cuero cabelludo región temporal izquierda, herida incisa en pabellón auricular izquierdo, hematomas en muslo izquierdo y brazo izquierdo y contusiones diversas, quedándole como secuelas cicatriz de 5 centímetros de longitud en región temporal izquierda, hiperálgica, cefalea recidivante en dicha región, cicatriz de 2 centímetros en pabellón auricular izquierdo, y síndrome depresivo postraumático", secuelas que según la Audiencia Provincial "presumiblemente mejorarán con el tiempo"; por su lado, la sentencia estima probado que con motivo del accidente circulatorio el otro

⁵² Véase la propia VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 261-265.

⁵³ Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 699 y 722, para quien la concurrencia del daño moral o el *pretium doloris*, cuya estimación es discrecional por parte del juez, hace que la determinación global de los daños corporales también revista el mismo carácter.

⁵⁴ SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.ª, Ponente: Sr. Félix López Cruz, AC 1649. .

demandante sufrió lesiones consistentes en "traumatismo craneoencefálico, erosiones en antebrazo izquierdo y hematomas en brazo izquierdo, quedándole como secuelas dolor de cuello y cabeza y fobia a viajar en autobús", secuelas que según la sentencia también "cederán previsiblemente con el tiempo". Así, pues, de los hechos probados en este caso pueden deducirse no solamente daños corporales en sentido estricto sino también distintas consecuencias de los daños corporales, tanto de carácter pecuniario (gastos de recuperación, incapacidad temporal)⁵⁵ como no pecuniario (dolor físico, síndrome depresivo post-traumático y eventual perjuicio estético). Aun así, frente a estas consecuencias, la Audiencia Provincial se limita a declarar el deber de la agencia de viajes mayorista a indemnizar globalmente los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, "que *discrecionalmente* se fijan en dos millones de pesetas cada uno (la cursiva es nuestra)". De modo que en esta ocasión resulta imposible determinar cuál ha sido el valor asignado a cada uno de estos aspectos de los daños corporales producidos —si es que la Audiencia Provincial los ha tenido en cuenta por separado—, a los efectos de fijar la cuantía indemnizatoria. Globalización que, por lo demás, impedirá a las partes del proceso recurrir en casación tal cuantificación de los daños frente al Tribunal Supremo, toda vez que la cuantía indemnizatoria será considerada como una cuestión de hecho a apreciar según el libre arbitrio del juzgador de instancia.

Ciertamente, el sistema de evaluación de los daños corporales utilizado por los órganos judiciales presenta algunos inconvenientes. Además de la escasa uniformidad de las decisiones judiciales, destaca la falta de apreciación —por lo menos, explícita— de los daños corporales en sentido estricto, así como la confusión que en ocasiones se aprecia en las sentencias entre el daño fisiológico o funcional —medido mediante la llamada incapacidad temporal o permanente— y las consecuencias pecuniarias de los daños corporales.⁵⁶

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de enero de 1994,⁵⁷ se refiere a otro proceso de reclamación de daños y perjuicios derivados de un accidente de autobús, en este caso en ocasión de un viaje or-

⁵⁵ En cambio, la Audiencia no aprecia una incapacidad permanente de los consumidores por consolidación de las secuelas.

⁵⁶ VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., pág. 136; y DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 698.

ganizado a Turquía. La Audiencia Provincial condena a la agencia de viajes — junto con la empresa transportista y la compañía aseguradora— a indemnizar a una demandante en la cuantía de 250.000 pesetas, "por su secuela que constituye invalidez permanente". La sentencia añade que en el informe médico se puede leer "limitación de la movilidad general de la columna vertebral, escoliosis lumbar, dolores que se agravan con la deambulaci3n, sedestaci3n y bipedestaci3n prolongadas as3 como con la m3s m3nima carga; p3rdida de fuerza en miembro superior derecho. Todo ello hace que deba considerarse una *incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo* ya que estos trastornos no solamente son irreversibles sino que puede esperarse una agravaci3n de los mismos" (la cursiva es nuestra). Y la Audiencia Provincial no a3ade m3s en cuanto a los da3os corporales resarcibles. Tal modo de proceder resulta discutible, toda vez que no parece tener en cuenta la salud quebrantada que impide al consumidor del viaje lesionado desenvolver su vida con plena normalidad y, adem3s, las consecuencias econ3micas de los da3os corporales no puede limitarse a la p3rdida de ingresos por incapacidad laboral (p.ej. gastos de asistencia sanitaria).

A ello cabe a3adir la opacidad de las sentencias cuando se refieren a la incapacidad funcional de la persona lesionada. As3, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 11 de diciembre de 1998,⁵⁸ la demandante reclama una indemnizaci3n de 2.000.000 de pesetas por los da3os y perjuicios resultantes de sus lesiones, sufridas como consecuencia de un accidente de autob3s en el transcurso de una excursi3n incluida en un viaje a Egipto. En este caso, la sentencia se limita a declarar que "la lenidad (sic) de las secuelas sufridas por la actora se3ora F.L. y el tiempo de incapacidad no permiten el acogimiento 3ntegro de su pretensi3n, que debe reducirse a un total de 476.512 pesetas", sin explicitar si dicha incapacidad se refiere solamente a la actividad laboral, o tambi3n a las disminuciones fisiol3gicas experimentadas por la consumidora del viaje.

⁵⁷ SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Secci3n 21.ª, Ponente: Sr. Belo Gonz3lez, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, p3gs. 1641-1652.

⁵⁸ SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Secci3n 5.ª, Ponente: Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365.

(ii) El caso de los accidentes producidos por la circulación de vehículos de motor: sistema legal de baremación de los daños

La doctrina jurisprudencial que globaliza los daños corporales y los valora conforme al arbitrio judicial ha sido criticada por las víctimas, los jueces y — sobre todo— las compañías aseguradoras, principalmente por la disparidad de las sentencias en cuanto a la cuantía indemnizatoria a que conduce.⁵⁹

Ello ha dado lugar al establecimiento de unos baremos o tablas fijas de valoración por parte de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de *Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*,⁶⁰ que introduce una serie de modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor —que pasa a denominarse *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*—⁶¹ con el objeto de racionalizar la valoración de los daños corporales producidos por la circulación de vehículos de motor.⁶² Esta Ley incorpora un Anexo titulado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", que contiene diversas tablas relativas a las indemnizaciones básicas a percibir en caso de muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, así como criterios de corrección de las mismas que atienden principalmente a los perjuicios económicos producidos como consecuencia del accidente. Estos baremos indemnizan globalmente a la víctima el daño corporal en sentido estricto, así como sus consecuencias patrimoniales y no patrimoniales, sin asignar una cuantía específica para cada uno de estos conceptos.

En este punto cabe plantearse si los baremos contenidos en el Anexo de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de*

⁵⁹ Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 219-220, se refiere a las dificultades de las compañías aseguradoras para comercializar el llamado seguro de responsabilidad civil sin límite cuantitativo, así como a una notable elevación de las indemnizaciones concedidas en casos de accidentes con lesiones corporales.

⁶⁰ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995.

⁶¹ El Decreto 631/1968, de 21 de marzo, aprueba el Texto refundido de la *Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor* (BOE núm. 85, de 8 de abril de 1968).

⁶² El artículo 4.1 de la *Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor* establece que el seguro previsto en esta Ley "garantizará la cobertura de la responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles con estacionamiento habitual en España [...]".

Motor podrán ser aplicados a la responsabilidad contractual del organizador o detallista de viajes combinados (art. 11 LVC).

El "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" parece nacer con una vocación de aplicación extensiva. El apartado segundo del artículo 1 de la Ley, a partir de 1995, establece lo siguiente: "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley". Con ello, podría entenderse que el juez podrá utilizar tales baremos para calcular la cuantía indemnizatoria correspondiente en todos aquellos supuestos de muerte o lesiones que no tengan baremo específico, por lo menos en los casos de accidentes de circulación de vehículos de motor.

De ese modo, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de *Ordenación y Supervisión de los Seguros privados*, promulgada pocos meses después de la entrada en vigor de la regulación del contrato de viaje combinado, podrá tener una incidencia notable en la valoración de los daños corporales producidos por accidentes circulatorios de vehículos de motor ocurridos durante la ejecución del servicio de transporte del viaje —tal es el supuesto de la mayoría de reclamaciones de indemnización de daños corporales interpuestas por el consumidor del viaje⁶³—, cuando la indemnización deba realizarse con cargo en el seguro de responsabilidad civil contratado con carácter obligatorio por el propietario del vehículo accidentado, sea el propio organizador del viaje o una empresa transportista utilizada por aquél en el cumplimiento del contrato de viaje;⁶⁴ esto es, el consumidor podrá interponer acción directa de responsabilidad civil contra la compañía aseguradora para reclamar la indemnización de los daños corporales sufridos como consecuencia de un accidente en el transporte, cuya

⁶³ Aunque es evidente que los daños corporales sufridos por el consumidor también podrán tener lugar en el marco de la ejecución de otros servicios del viaje. Por ejemplo, véase la sentencia LG Frankfurt, Urt. 6.6.1983, NJW 1983, págs. 2264-2266, que declara el derecho del consumidor a la indemnización de los daños ocasionados por la explosión de gas en el alojamiento.

⁶⁴ Lo mismo podrá tener lugar cuando el seguro sea contratado por el organizador como interesado en el aseguramiento (art. 2.1 de *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*).

cuantía podrá ser calculada con base en la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*.⁶⁵

Aunque exista una importante polémica doctrinal acerca de la constitucionalidad del sistema legal de baremación de daños introducido por esta regulación,⁶⁶ la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio,⁶⁷ señala que el mismo "vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales en el ámbito de la circulación de vehículos a motor" (fundamento 4.º). El Tribunal Constitucional declara en la misma sentencia que el sistema de valoración que sujeta la reparación de los daños personales a una indemnización sometida a topes máximos previamente establecidos no vulnera los derechos a la vida y a la integridad física y moral de las personas (art. 15 de la Constitución española) (fundamento jurídico 9.º)⁶⁸ y no es contrario al principio de igualdad (art. 14 de la Constitución española) (fundamento 10.º).⁶⁹ De ese modo la expresada sentencia utiliza distintos argumentos favorables a la constitucionalidad de los baremos contenidos en el Anexo de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circula-*

⁶⁵ Vide la mencionada SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente: Sr. Belo González, *Actualidad Civil*, @ 1081, 1994, págs. 1641-1652.

⁶⁶ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 223-234. También pueden leerse distintos trabajos publicados en la revista electrónica InDret (<http://www.indret.com>; fecha de consulta: 10.10.2000).

⁶⁷ STC 181/2000, de 29 de junio, Ponente: Sr. Pablo García Manzano, *La Ley*, 2000, 7709. Para su comentario, Miquel MARTÍN CASALS, *Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo*, *La Ley*, número 5137, 11 de septiembre de 2000, págs. 1-5.

⁶⁸ Según el Tribunal Constitucional, la protección constitucional resultante del artículo 15 de la Constitución española sólo exige que las indemnizaciones "sean suficientes, en el sentido de respetuosas con la dignidad inherente al ser humano (artículo 10.1 de la Constitución española)" y que con ellas "se atienda a la integridad", esto es, que no excluya injustificadamente determinados tipos de lesiones a esos bienes.

⁶⁹ Según el Tribunal Constitucional, el hecho de que unos mismos daños personales o corporales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la mera circunstancia de haberse producido como consecuencia de la circulación de vehículos a motor se debe a un régimen jurídico especial en materia de responsabilidad civil que se aplica a todos por igual y se establece en atención al sector de la realidad social en que se desarrolla la actividad productora de daños.

ción de Vehículos de Motor.⁷⁰ Con todo, la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, estima parcialmente las cuestiones acumuladas y declara nulos e inconstitucionales el inciso final [su redacción es la siguiente: "y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla"] del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema) y el contenido total del "apartado letra B) factores de corrección" de la Tabla V ("Indemnizaciones por incapacidad temporal") en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, *de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, aunque únicamente en el supuesto de "culpa exclusiva" del conductor. El Tribunal concluye que "el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida Tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución Española" (fundamento 20.º). Esa sentencia muy probablemente abrirá más polémicas que las que ha conseguido cerrar,⁷¹ mas en ningún caso excluye la posibilidad de aplicar el sistema legal de baremación de daños previsto en la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* a las reclamaciones de indemnización de daños interpuestas por los consumidores de viajes combinados.

Por el momento, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997 (inédita), aplica los baremos introducidos por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de

⁷⁰ Cfr. STS, de 26 de marzo de 1997, Sala 1.ª, Ponente: Sr. José Luis Albácar López, RAJ 1864, que declara que el sistema de valoración por baremos previsto por el Anexo de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* resulta contrario a la regulación de la responsabilidad civil (art. 1902 CC) y que su aplicación obligatoria vulnera el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE) así como el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

⁷¹ Así, MARTÍN CASALS, *Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo*, cit., págs. 1 y 4, quien considera razonable interpretar esta sentencia como una invitación al inmediato planteamiento de nuevas cuestiones de constitucionalidad contra las Tablas II ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte") y IV ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes") de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española) y la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución española).

Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, para el cálculo de la cuantía indemnizatoria correspondiente a una parte de los daños corporales sufridos por los consumidores en un atentado terrorista ocurrido en un viaje a Egipto. Sin perjuicio de lo criticable que pueda resultar la declaración de responsabilidad contractual de las agencias de viajes organizadora y detallista en esta ocasión (infra III. 1.2 B)), según el Juzgado de Primera Instancia, "en cuanto a las secuelas en el tobillo presenta una discreta limitación en la movilidad del pie en su articulación con la pierna, y tres cicatrices, lo que conlleva, con aplicación analógica de la Ley 30/95 de 8 de noviembre y dado el carácter de deuda de valor que la jurisprudencia concede a estas indemnizaciones un total por este concepto de 800.000 ptas."

La valoración de los daños a indemnizar por parte de la compañía aseguradora —o, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 8 de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*)— no estará exenta de algunos inconvenientes. Aunque los baremos indemnizatorios excluyen el arbitrio judicial de la fijación de la cuantía resarcitoria, en tal sistema de evaluación persiste la tendencia a globalizar los distintos elementos integrantes de la indemnización de los daños corporales (vgr. daño corporal en sentido estricto y sus consecuencias patrimoniales y no patrimoniales); y, sobre todo, dichos baremos no valoran *in concreto* las consecuencias patrimoniales de los daños corporales, esto es, la incidencia de los daños corporales sobre la situación profesional específica de la persona perjudicada.⁷²

En cualquier caso, no está nada claro que los jueces acudan en todo caso a los baremos de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* para calcular los daños corporales a indemnizar por parte del organizador en supuestos de accidentes circulatorios ocurridos durante la ejecución del transporte (art. 11 LVC). Ya se han mencionado algunas sentencias posteriores a la introducción de estos baremos que siguen evaluando los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje en estos supuestos

⁷² Los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte (Tabla II), lesiones permanentes (Tabla IV) e incapacidad temporal (Tabla V) atienden, entre otras circunstancias, a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal. Mas esto no parece suficiente para calcular las consecuencias patrimoniales de los daños corporales. Véase Mariano CRESPO MEDINA, *El nuevo sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (Ley 30/1995). Estudio específico de la tabla de incapacidad temporal*, La Ley, 1996, 149-180, págs. 167-178.

de un modo global y conforme al arbitrio judicial.⁷³ Ello pone de manifiesto el alcance que todavía puede llegar a tener la doctrina jurisprudencial tradicional en la responsabilidad contractual del organizador.

Es más, no encuentra una explicación aparente la aplicación del sistema de baremación de daños establecido por esta regulación y la inaplicación en estos casos de las tablas de cuantificación específicas previstas por el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros*.⁷⁴ Se trata de un seguro de accidentes⁷⁵ de suscripción obligatoria que debe contratar el transportista (tomador del seguro), quien queda vinculado a pagar la prima correspondiente y a repercutirla al viajero (asegurado), incorporándola al precio del transporte. De este modo se cubre el riesgo de sufrir daños corporales en ocasión de participar en alguno de los medios de transporte público colectivo español de viajeros contemplados en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de *Ordenación de los Transportes Terrestres* (vgr. vehículos automóviles terrestres, ferrocarril, o medios de transporte por cable) o en medios de transporte marítimo español, en todos los viajes que tengan su principio en territorio nacional, sin limitación de destino (art. 4).⁷⁶ El artículo 7 del Reglamento se refiere al riesgo cubierto, señalando que "gozarán de la protección del Seguro Obligatorio de Viajeros las lesiones corporales que sufran éstos a consecuencia directa de choque, vuelco, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo". A su vez, para que la lesión se califique como accidente a los efectos de su aseguramiento, ha de producir la invalidez (temporal o permanente), o la muerte del viajero (art. 15). En cuyo caso esta regulación incorpora un anexo ("Baremo de indemnizaciones

⁷³ SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.ª, Ponente: Sr. Félix López Cruz, AC 1649; y SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente: Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365.

⁷⁴ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1989.

⁷⁵ Véase la regulación del seguro de accidentes (arts. 100 a 104 LCS).

⁷⁶ Aunque el seguro no es aplicable a los medios destinados al transporte público de personas que tengan una capacidad inferior a nueve plazas, salvo los casos de teleféricos, funiculares, telesquíes, telesillas, telecabinas, u otros vehículos de transporte por cable (arts. 10, letra c, y 11). Además, la Disposición final segunda declara en suspenso la aplicación de dicho seguro a los transportes aéreos, en tanto las empresas que se dedican a este transporte acrediten tener constituido el correspondiente seguro de pasajeros (cfr. Disposición final tercera y artículo 127 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, *sobre Navegación aérea* (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960; en adelante, LNA). Vide Ernesto CABALLERO, *El Seguro obligatorio de accidentes de viajeros*, Madrid, Caser, 1990, págs. 217-301.

del Seguro obligatoria de Viajeros") que fija una suma alzada a percibir por los asegurados o beneficiarios para el caso de fallecimiento (7.000.000 de pesetas) o lesiones corporales —clasificadas en trece categorías. Esta regulación hace abstracción entre la valoración de estos daños y la suma que ha de pagar el asegurador. La misma no distingue en razón a la edad, la disminución de la capacidad económica u otras circunstancias personales del asegurado;⁷⁷ ni siquiera tiene en consideración la duración real de las lesiones sufridas por el viajero a los efectos de determinar la suma a percibir por incapacidad temporal (art. 18). Determinados los hechos, el asegurador se encuentra vinculado a pagar las cantidades previstas en la póliza. Esta abstracción se debe a que se trata de un seguro de accidentes, si bien el contenido de este seguro abarca también los gastos de asistencia sanitaria (arts. 3; cfr. art. 103 LCS), los cuales se rigen por los principios propios de los seguros de daños. Gastos cuya indemnización "se extenderá, como límite máximo, hasta las setenta y dos horas siguientes al momento del accidente, cuando se trate de lesiones que no requieran hospitalización del asegurado o tratamiento especializado en cura ambulatoria; hasta diez días cuando los asegurados la tuvieran cubierta por otros seguros obligatorios, y hasta noventa días en los demás casos" (art. 19).

Habida cuenta de la aplicación de estos baremos en los supuestos de daños corporales resultantes de accidentes en transportes públicos colectivos, no se excluye la posibilidad de que los jueces acudan a los mismos para valorar la indemnización a satisfacer en estos casos por parte del organizador al consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC).

⁷⁷ Por ello, no deja de llamar la atención la existencia de programas de viaje que fijan la indemnización por fallecimiento del consumidor asegurado a consecuencia de accidente del medio de transporte en un importe de 5.000.000 de pesetas. Véase, por ejemplo, el catálogo CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998).

b) Medidas de garantía de la responsabilidad contractual del organizador

(i) Aseguramiento de los daños corporales

De lo expuesto hasta el momento se deduce que la valoración de los daños corporales sufridos por el consumidor y a indemnizar por parte del organizador se presenta muy incierta. A la doctrina jurisprudencial que tiende a calcular de un modo global y arbitrario la cuantía indemnizatoria de los daños corporales, se añade en el caso de accidentes circulatorios ocurridos en la ejecución del transporte la eventual aplicación de dos sistemas legales de baremación de estos daños, establecidos respectivamente por la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* y el *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros*.

Frente a esta situación, al organizador le puede resultar de un especial interés cumplir con la previsión del artículo 12 LVC, que le obliga a "constituir y mantener en permanente vigencia una fianza en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado".

A estos efectos, no parece que la póliza de seguro de responsabilidad civil prevista para las agencias de viajes sea la medida más adecuada para garantizar la responsabilidad contractual del organizador. La letra b) del artículo 5 de la OMAAV) establece la obligación de las agencias de viajes de suscribir una "póliza de seguro para afianzar el normal desarrollo de su actividad que garantice los posibles riesgos de su responsabilidad, que será directa o subsidiaria, según se utilicen medios propios o no en la prestación del servicio". Póliza de seguro que habrá de cubrir tres bloques de responsabilidad: la responsabilidad civil de la explotación del negocio, la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria, y la responsabilidad por daños patrimoniales primarios (sic). La misma regulación también prescribe que dicha póliza deberá tener unas coberturas de una cuantía mínima de 25.000.000 de pesetas para cada bloque, las cuales in-

cluirán daños corporales, entre otros.⁷⁸ Mas esta póliza de responsabilidad civil no garantiza de un modo adecuado la responsabilidad contractual del organizador frente al consumidor. Se trata de una póliza no suficientemente asimilada en el mercado aseguraticio, como lo manifiestan las habituales exclusiones de su cobertura de riesgos específicos del contrato de viaje, tales como el pago de los gastos y costes del servicio de asistencia al viajero en dificultades, los gastos y costes de la repatriación del viajero o traslado de cadáver, las penalizaciones previstas en la Ley por cancelación del viaje, entre otros conceptos;⁷⁹ a lo que cabe añadir el anacronismo que supone con respecto a la regulación del contrato de viaje el bloque de riesgos de la responsabilidad civil subsidiaria, por la conducta de los prestadores que el organizador utilice en el cumplimiento, puesto que esta regulación no requiere la previa declaración de responsabilidad de los mismos, ni la acreditación de su insolvencia como presupuestos de la responsabilidad contractual del organizador (cfr. art. 11.1 LVC).⁸⁰ Es más, la póliza de seguro de responsabilidad civil prevista por la letra b) del artículo 5 OMAAV se adapta muy mal incluso en lo que concierne a la transmisión al asegurador de las consecuencias económicas resultantes de la responsabilidad contractual de la agencia de viajes asegurada por los daños corporales sufridos por el consumidor. Además de existir una coincidencia entre el riesgo cubierto por este seguro y el riesgo asegurado por el seguro en la circulación de vehículos de motor —concertado por el propio organizador o por el transportista— con respecto a los daños corporales de los consumidores del viaje u ocupantes del vehículo cuando tales daños se produzcan con motivo de accidentes circula-

⁷⁸ La letra b) del artículo 5 OMAAV prevé que la solicitud del título-licencia de agencia de viajes deberá ir acompañada de dicha póliza de seguro.

⁷⁹ Circunstancia que puede constituir un claro inconveniente para el organizador, toda vez que la suma asegurada representará el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*; BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980) (en adelante, LCS), y aquel deberá responder directamente por los riesgos no asegurados.

⁸⁰ Ello se ha puesto de relieve en el Derecho italiano, donde el artículo 20.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* establece que "el organizador y el detallista deben asegurar su responsabilidad civil frente al consumidor por el resarcimiento de los daños a los que se refieren los artículos 15 [responsabilidad por daños a las personas] y 16 [responsabilidad por otros daños]". Véase, Paolo COSSA, "Assicurazioni a tutela dell'agente di viaggi", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (*a cura di*), en *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, 171-180, págs. 175-178; también, Laura PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, Milano, Guiffrè Editore, 1998, pág. 91.

torios en el transporte contratado (seguro múltiple),⁸¹ ni que decir tiene que el alcance de la suma mínima asegurada (25.000.000 de pesetas) en orden a resarcir este tipo de daños resulta irrisoria. Los organizadores programan viajes que prevén la concentración de un grupo de personas en un único medio de transporte y, por consiguiente, los eventuales accidentes circulatorios podrán afectar a todas ellas. De ello resulta evidente que la suma asegurada por la póliza debería ser mucho más elevada. Por todo ello, cabe considerar de *lege ferenda* que por la póliza de seguro prevista por la letra b) del artículo 5 OMAAV el asegurador únicamente debería cubrir el riesgo del nacimiento a cargo de la agencia de viajes asegurada de la obligación de responder extracontractualmente, siempre que, además, se aumentara su cobertura.

En cambio, la garantía de la responsabilidad contractual del organizador debería resultar de las previsiones contenidas en el artículo 15 OMAAV. Este precepto se refiere a los tipos de garantía que podrán constituir las agencias de viajes a estos efectos: podrá tratarse de una "fianza" individual, mediante ingreso en la Caja General de Depósitos, aval bancario, póliza de caución o títulos de emisión pública a disposición de la Administración turística competente; o tratarse de una "fianza" colectiva, mediante la inclusión de la agencia de viajes en un fondo solidario de garantía. Aun siendo insuficiente la cuantía mínima de la cobertura prevista por esta regulación,⁸² la garantía de los riesgos del viaje combinado por medio de aval bancario o seguro de caución resulta más adecuada.⁸³

⁸¹ Teresa HUALDE MANSO, *El Transporte de Viajeros por Carretera*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pág. 247, hace una observación parecida con respecto a la relación entre el seguro obligatorio de vehículos automóviles y el seguro obligatorio de responsabilidad civil de los transportistas.

⁸² En el caso de la fianza individual, la cuantía de la cobertura variará en función del tipo de agencia de viajes de que se trate: 10.000.000 de pesetas, si es minorista, 20.000.000 de pesetas si es mayorista, y 30.000.000 de pesetas si es mayorista-minorista (art. 15.1 a) OMAAV). Por su lado, la fianza colectiva será del "50 por 100 de la suma de fianzas que las Agencias de Viajes individualmente consideradas habrían de constituir de acuerdo con el apartado anterior y su importe global no podrá ser inferior a 400.000.000 de pesetas por asociación de carácter nacional o regional" (art. 15.1 b) OMAAV). Abiertos seis establecimientos, el apartado segundo del artículo 15 OMAAV prevé un incremento de la fianza individual en la cantidad de 2.000.000 de pesetas, o la colectiva de 1.000.000 de pesetas por la apertura de cada establecimiento adicional.

⁸³ La mayoría de ordenamientos de los Estados miembros también prevén estas garantías, sin bien únicamente para el caso de insolvencia del organizador o detallista (cfr. art. 7 Directiva 90/314/CEE). Véase el Informe de la Comisión europea, *sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, SEC (1999) 1800 final, 1-41, pág. 19, en http://www.europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999). En Alemania se rechazó la constitución de un fondo solidario de garantía (*Garantiehaftungsfonds*) frente a los supuestos de insolvencia del organizador, el cual hubiese sido más favorable a los intereses de las empresas de menor entidad. Vide Ernst

En particular, con el seguro de caución el asegurador se comprometerá a satisfacer el interés del consumidor del viaje (asegurado) de resultar dañado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del organizador (tomador del seguro),⁸⁴ siendo dicho incumplimiento el riesgo asegurado (p. ej. reembolso de los fondos depositados y resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra).

A menudo podrá ser de interés para el organizador que el asegurador quede obligado en virtud del contrato de seguro de caución a indemnizar los daños resultantes del incumplimiento contractual al consumidor del viaje. Ello sucederá particularmente cuando los daños sean corporales y tengan lugar con motivo de accidente circulatorio en el transporte contratado, si es el propio organizador quien ha suscrito el seguro obligatorio del vehículo, como propietario del mismo o interesado en el aseguramiento (art. 2.1 de *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*), toda vez que en esta modalidad asegurativa el asegurador únicamente se obliga hasta el límite del seguro obligatorio. También será interesante para el organizador asegurar tales daños en aquellos casos en que los transportistas contratados establecidos en países en vías de desarrollo puedan no estar convenientemente asegurados —sin seguro de vehículo o sin seguro de responsabilidad civil; o incluso cuando esos transportistas estén asegurados de acuerdo con las exigencias legales de estos países, pero los mismos establezcan unos límites indemnizatorios notables.⁸⁵ En esos y otros supuestos el organizador debería ser consciente de que

FÜHRICH, *Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht*, EuZW 11 (1993), 347-352, pág. 351. En lugar del mismo, se introdujo en el nuevo § 651 k BGB una solución que deja a cada organizador de viajes la elección de ofrecer a sus clientes una garantía consistente en aval bancario o póliza de seguros; en el Derecho inglés, véase Laura di LIDDO, "L'attuazione della Direttiva C.E. n. 314/90 nel Regno Unito: Obblighi assicurativi e tutela del viaggiatore", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (a cura di), *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, págs. 455-473.

⁸⁴ Véase la regulación del contrato de seguro de caución (arts. 25 a 44 y 68 LCS).

⁸⁵ COSSA, "Assicurazioni a tutela dell'agente di viaggio", cit., pág. 180, señala que en los países en vías de desarrollo existe una mayor frecuencia de eventos dañosos debida a una utilización de medios de transporte obsoletos y una menor profesionalidad de los conductores, entre otros motivos; y también hace notar que en los mismos es menos probable que el transportista indemnice directamente al consumidor del viaje. Por todo ello, el autor recomienda a las compañías aseguradoras de la responsabilidad de organizadores que tengan en cuenta el lugar de destino de los viajes que éstos programan.

responderá frente al consumidor del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, "con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios" (art. 11.1 LVC);⁸⁶ así como que el aseguramiento de los daños —en particular, los corporales resultantes de accidente circulatorio en el transporte contratado— le permitirá hacer frente a las reclamaciones de los consumidores con independencia de la efectividad que pueda tener su derecho a actuar contra el prestador del servicio (cfr. art. 11.1 LVC).

Al organizador le interesará de un modo especial contratar un seguro cuya cobertura asegurativa se ajuste al máximo a la responsabilidad contractual que eventualmente pueda contraer frente al consumidor. Para ello organizador y compañía aseguradora deberán tener en cuenta el alcance de este régimen de responsabilidad, de acuerdo con su regulación específica.

Ello significa que la cobertura del medio de garantía a la eventual responsabilidad contractual del organizador debería tener en cuenta el apartado tercero del artículo 11 LVC, conforme al que "[e]l 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". Sin perjuicio de analizar esta norma con mayor detalle (infra § II. 3.3), conviene señalar que el medio utilizado por el organizador en garantía de su responsabilidad contractual frente al consumidor —particularmente, la póliza de caución— debería cubrir, por lo que a los daños corporales se refiere, hasta el importe máximo de responsabilidad previsto por este concepto en los distintos convenios internacionales reguladores de la responsabilidad del transportista.

Así, por ejemplo, el artículo 13.1 del Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, *de transporte de viajeros por carretera* (en adelante, CVR) señala que "[e]l montante total de los perjuicios a indemnizar por el transportista [muerte,

⁸⁶ Téngase en cuenta, una vez más, la SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.ª, Ponente: Sr. Félix López Cruz, AC 1649; y SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente: Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365.

lesiones y cualquier otro detrimento a la integridad física o mental causados al viajero (cfr. art. 11.1 CVR)], en un mismo evento, no podrá superar el límite de 83.333 Unidades de Cuenta⁸⁷ por víctima"; y este mismo apartado añade que "cuando el transportista tiene su establecimiento principal en tal Estado [miembro] o en un Estado no miembro de la Convención cuya Ley prevea un límite superior al citado o no prevea límite alguno, se aplicará la Ley de dichos Estados".

Con base en esta disposición, el cálculo de la suma asegurada para la indemnización de los daños corporales incluida en la póliza de seguro de caución concertada por el organizador no será nada fácil de realizar cuando el transportista tenga su establecimiento principal en España. Con anterioridad a la incorporación de los baremos indemnizatorios en *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*, una parte de la doctrina se muestra partidaria de someter la responsabilidad de los transportistas a los baremos indemnizatorios previstos en la Orden ministerial de 5 de marzo de 1991, *que da publicidad a un sistema para la valoración de los daños corporales*.⁸⁸ Y el Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio, por el que se modifica parcialmente el *Reglamento de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres*⁸⁹ ya no establece la obligación de las empresas de este tipo de transporte a cubrir de forma ilimitada su responsabilidad civil "por los daños que causen con ocasión del transporte" (art. 5.2 ROTT). Aun así, en el Derecho español cabe considerar la responsabilidad contractual del transportista frente al viajero como ilimitada en cuanto a la indemnización de daños corporales. Sin perjuicio de que los jueces puedan acudir a los baremos indemnizatorios en *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* para su cálculo, lo cierto es que la regulación de los transportes terrestres únicamente admite la limitación de la responsabilidad de los transportistas de viajeros por los daños, pérdidas o averías que sufran los equipajes y encargos de éstos (art. 3.2 ROTT). Por ello, en caso de que el organizador contrate un transpor-

⁸⁷ La unidad de cuenta es el Derecho Especial de Giro, según establece el artículo 19 CVR. Con fecha 14 de noviembre de 2000, un Derecho Especial de Giro equivale a 1,44 euros (fuente: Banco de España); por lo que las 83.333 unidades equivalen a 124.937,03 euros.

⁸⁸ BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1991. Francisco J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, *Nuevo sistema de valoración de indemnizaciones por daños corporales causados en accidentes de circulación o transporte*, RGD, núm. 560, 1991, 4095-4105, págs. 4101-4102, se refiere a la aplicación de estos baremos no solamente respecto del seguro de responsabilidad civil del transportista sino también de la responsabilidad del transportista que no haya contratado seguro alguno.

⁸⁹ BOE núm. 175, de 23 de julio de 1997.

tista con establecimiento principal en España, resultará muy difícil el cálculo actuarial de la póliza del seguro de caución concertada por aquél. Ciertamente es que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 1998, Asunto C-364/96, *verein für Konsumenteninformation c. österreichische Kreditversicherung AG*, señala que las garantías del organizador deben ofrecer una cobertura de todos los riesgos derivados de su insolvencia (incluidos, por ejemplo, los gastos de alojamiento que el consumidor tuviera que pagar por su cuenta para poder iniciar su viaje de regreso).⁹⁰ Razón por la cual el Informe de la Comisión europea, *sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*,⁹¹ señala que en estos casos el garante (compañía de seguros, instituto financiero, fiduciario o fondo de garantía colectiva) debería asumir una responsabilidad ilimitada; con lo que el aseguramiento de estos riesgos causará algunas dificultades de cálculo actuarial a las aseguradoras. Mas estas dificultades aún serán mayores en aquellos ordenamientos de los Estados miembros que obligan a organizadores y detallistas a que, en caso de suscribir una póliza de seguros, la misma cubra la responsabilidad civil, incluida, en el caso de insolvencia, la obligación de devolver las cantidades pagadas y de repatriar al consumidor (Grecia, Italia, Portugal, España), si en estos casos además no se limita la indemnización por daños al interés de indemnidad del consumidor del viaje.

Distinto será cuando, resultando aplicable el Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, *de transporte de viajeros por carretera*, el ordenamiento del Estado en que el transportista tenga su establecimiento principal prevea una limitación de la responsabilidad del transportista por los daños causados al viajero superior a los 83.333 derechos especiales de giro (p.ej. el límite indemnizatorio en Holanda es de 123.448 Derechos especiales de giro por viajero); o la regulación prevé una indemnización en una cuantía inferior a los 83.333 derechos especiales de giro (p.ej. Alemania),⁹² en cuyo caso esta última cantidad actuará como límite (art. 13.1 CVR). Entonces, la suma asegurada para resarcir

⁹⁰ Vide *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1998-5, Parte I, págs. 2949-2965.

⁹¹ SEC (1999) 1800 final, 1-41, pág. 19 (http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.html; fecha de consulta: 1.12.1999).

⁹² Vide Francisco J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La propuesta por IRU de modificar la Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros*, RDM, núm. 218, 1995, 1521-1560, págs. 1537-1538.

los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje como consecuencia de accidente en el transporte debería resultar de multiplicar la limitación indemnizatoria prevista por el ordenamiento del Estado en que el transportista por carretera tenga su establecimiento principal por el número máximo de viajeros para los que se proyectan los viajes combinados.

Además, la póliza de seguro de caución en garantía de la responsabilidad contractual del organizador deberá considerar la eventual limitación de responsabilidad por incumplimiento de las prestaciones incluidas en el viaje combinado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones (art. 11.3 LVC); mas no podrá tener en cuenta otras cuestiones previstas en estos textos internacionales a las que la regulación del contrato de viaje no se remita expresamente para configurar el régimen de responsabilidad contractual del organizador.

En este sentido, en el Derecho inglés se utiliza con éxito una póliza de seguro de responsabilidad civil del transportista aéreo que cubre tanto los daños causados al cuerpo del avión —con abstracción del aparejo y las máquinas— (seguro de cascos) (*hull risk*) como al pasajero o terceras personas (*passenger and third party legal liability*). En particular, esta forma de aseguramiento cubre las indemnizaciones frente a las que tuviera que responder el asegurado en concepto de daños corporales que sufran los pasajeros transportados en la aeronave asegurada, con motivo de un accidente que tenga lugar a bordo o durante las operaciones de embarque o desembarque (*accidental bodily injury (fatal or otherwise) to passengers whilst entering, on board, or alighting from the aircraft*).⁹³ Tanto la naturaleza de los daños como el período de cobertura se ajusta de un modo evidente a la regulación internacional de la responsabilidad del transportista aéreo (art. 17 del Convenio de Varsovia de 1929 *sobre transporte aéreo internacional*) (en adelante, CVA),⁹⁴ sin perjuicio de

⁹³ Véase Santiago AREAL LUDEÑA, *El seguro aeronáutico (Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos)*, Madrid, Colex, 1998, págs. 31, 87-90, quien además considera más acertado defender un concepto amplio de *bodily injury* por dos razones: la primera, porque en los sistemas anglosajones se aprecia una tendencia a la expansión del derecho a indemnización por daños de naturaleza psíquica, como la angustia o el *nervous shock*; y la segunda, porque la práctica aseguradora también incluye en aquella noción diferentes formas de la denominada *non-physical injury*.

⁹⁴ Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional*, ratificado por España el 31 de enero de 1930 (Gaceta de Madrid núm. 233, de 21 de agosto de 1931). Ese Convenio ha sido modificado por el Protocolo de la Haya, de 28 de septiembre de 1955 (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1973) y por los Protocolos adicionales números 1, 2 y 4, hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975, ratificados por España por Instrumento de 20 de diciembre de 1984 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 1997; y BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1999).

que la póliza pueda establecer una mayor cobertura (p.ej. daños por pérdida o avería en el equipaje, daños por retraso en el transporte aéreo). De hecho, la influencia del régimen de responsabilidad previsto por esta regulación en la póliza todavía puede ser superior: aun causando la no expedición del billete del viaje cause la inaplicación de las disposiciones que limitan la responsabilidad del transportista (art. 3.2 CVA), a veces esta póliza dispone para estos casos que la cobertura alcance hasta aquella cantidad de la que debería responder legalmente la compañía aérea en el caso de que dicho billete fuese entregado al pasajero.⁹⁵

Sin embargo, la falta de expedición del billete al consumidor por parte del transportista no tiene relieve alguno en la configuración del régimen de responsabilidad contractual del organizador, de modo que en esta ocasión el mismo podrá beneficiarse igualmente de la limitación de responsabilidad prevista en los convenios internacionales reguladores de las distintas prestaciones del viaje (art. 11.3 LVC). La no expedición del billete únicamente tendrá efectos, en su caso, si el consumidor interpone una acción de responsabilidad contractual frente al transportista. Por este motivo, la póliza de seguro de caución en garantía de la responsabilidad contractual del organizador no deberá tener en cuenta para nada esta vicisitud.

Por su lado, el ajuste del medio de garantía utilizado por el organizador a la responsabilidad contractual que eventualmente pueda contraer frente al consumidor conlleva que aquél únicamente deba cubrir aquellos riesgos del viaje que resulten de supuestos de incumplimiento contractual. No en vano el apartado d) del artículo 6 LVC obliga a éstos a informar al consumidor, "de acuerdo con la legislación vigente reguladora del seguro privado, sobre la suscripción facultativa de un contrato de seguro que cubra los gastos de cancelación por el consumidor [léase, desistimiento], o de un contrato de asistencia que cubra los gastos de repatriación o traslado al lugar de origen, en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento". Esta previsión pone de relieve que el organizador no está obligado a contratar un seguro que cubra aquellos riesgos que puedan sur-

⁹⁵ Véase AREAL LUDEÑA, *El seguro aeronáutico (Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos)*, cit., págs. 84-87, quien se refiere al caso *Re Keenair Services Ltd. and Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.*, en el que se planteó esta cuestión.

gir en el marco de un contrato de viaje pero que no constituyan supuestos de incumplimiento contractual.

De hecho, existen distintos seguros voluntarios cuya cobertura podrá alcanzar, entre otros conceptos, el riesgo del consumidor de sufrir daños corporales durante el viaje que no sean consecuencia de incumplimiento contractual del organizador. Derogado el Decreto 3404/1964, de 22 de octubre, *por el que se establece el Seguro turístico*⁹⁶ por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, *de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*⁹⁷, en este punto conviene hacer una mención especial al llamado contrato de asistencia. Se trata de un tipo contractual que en la actualidad encuentra un escaso apoyo normativo. La modalidad de asistencia no está contemplada de forma específica en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*. Únicamente el apartado decimooctavo de la disposición adicional primera de Ley 30/1995, de 8 de noviembre, *de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* conforma la "asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente" como un ramo del seguro directo distinto del seguro de vida al que podrá dedicarse la actividad de las entidades aseguradoras; y permite que se determinen reglamentariamente distintas circunstancias incluidas en dicha asistencia. Sin embargo, el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*,⁹⁸ no solamente se limita a excluir ciertas prestaciones de la actividad de los seguros privados, sin extender y concretar el ramo de asistencia,⁹⁹ sino que además deroga la Orden ministerial, de 27 de enero de 1988, *por la que se califica la cobertura de las prestaciones de asistencia en viaje como operación de seguro privado*,¹⁰⁰ única disposición española relativa a la Directiva 84/641/CEE, de 10 de diciembre, *por la que se modifica, en lo que se refiere en*

⁹⁶ BOE núm. 263, de 2 de noviembre de 1964. El contrato de seguro turístico era un contrato privado de suscripción voluntaria por parte del viajero con la cobertura de riesgos tales como accidentes individuales, enfermedades y asistencia sanitaria, defensa jurídica, repatriación de vehículos y ocupantes, o equipajes. No deja de sorprender que la letra d) del artículo 3.3 OMAAV siga obligando a las agencias de viajes a informar a los consumidores acerca de la facultad de formalizar "*pólizas de seguro turístico*, de pérdidas o deterioro de equipajes y otras que cubran los riesgos derivados de los viajes" (la cursiva es nuestra).

⁹⁷ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995.

⁹⁸ BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1998.

⁹⁹ Vide el artículo 2.2 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*.

¹⁰⁰ BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1988.

*particular a la asistencia turística, la primera Directiva (73/239/CEE) por la que se establece una coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio.*¹⁰¹ Con todo, cabe entender que la dimensión y desenvolvimiento del contrato de asistencia queda circunscrito, a falta de otra norma específica, a la legislación general en materia contractual y, en particular, a Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*.¹⁰²

De este modo, puede afirmarse que el concepto de seguro voluntario de asistencia en el viaje —también llamado "seguro multirriesgo" y "seguro de asistencia turística"— surge más bien de la práctica contractual. La mayoría de las veces los organizadores de viajes contratan la póliza de ese seguro para la cobertura de múltiples riesgos.¹⁰³ Mientras que algunos de estos riesgos presentan forma de prestación indemnizatoria, otros tienen forma de ayuda que, en casos de dificultad, no prestan las aseguradoras de manera directa sino a través de redes de empresas de asistencia (*Mundial Assistance, Europ Assistance, Europea, Race*) con las cuales realiza convenios de colaboración onerosa. Entonces, la aseguradora asume las prestaciones derivadas de riesgos muy heterogéneos a que quedan sometidos los consumidores del viaje asegurados fuera de su domicilio habitual, las cuales se demandan a primer aviso y sin necesidad de evaluar previamente el daño patrimonial;¹⁰⁴ ello sin perjuicio de que el organizador del viaje únicamente informe al consumidor acerca de la posibilidad de éste de contratar directamente el seguro a la entidad aseguradora (cfr. apartado d) del art. 6 LVC).¹⁰⁵ En cualquier caso, es la diversidad de riesgos cubiertos

¹⁰¹ DOCE (Edición especial), capítulo sexto (Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios), vol. 2, 1985, págs. 150 -154.

¹⁰² Así, Santiago RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, Barcelona, Bosch, 1998, págs. 97, 100-120, quien deduce la dimensión asegurativa de la asistencia a partir de la prima anticipada y la aleatoriedad de la prestación.

¹⁰³ En el Derecho italiano también se afirma lo mismo, aunque en esta ocasión a partir de la mencionada Directiva 84/641/CEE, de 10 de diciembre, *por la que se modifica, en lo que se refiere en particular a la asistencia turística, la primera Directiva (73/239/CEE)*. Véase Gianfranco BENELLI, "Il contratto di assistenza turistica", en Gabriele SILINGARDI/Alfredo ANTONINI/ Francesco MORANDI (*a cura di*), *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, 613-626, págs. 620-621.

¹⁰⁴ El organizador puede vender la cobertura del seguro al consumidor como parte integrante del viaje combinado —incluyéndola en el precio—, u ofrecerla como un servicio facultativo para el que el consumidor deberá pagar un suplemento.

¹⁰⁵ En este sentido, RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, cit., pág. 74, destaca que lo más frecuente es que las agencias de viajes mantengan un convenio con una determinada compañía de seguros y ofrezcan los productos de tal aseguradora al cliente. El autor se refiere a la siguiente relación de concierto entre las agencias de viajes y las compañías aseguradoras: Pullmantur, Viajes el Corte Inglés y Club de Vacaciones con Europ Assistance; Turavia con Mapfre Asistencia; Mundicolor con Agrupación Astes; Iberojet con Winterthur.

por el seguro (daños a equipajes, asistencia a personas, responsabilidad civil, entre otros) con la pluralidad de sumas aseguradas en atención a cada uno de ellos, aquello que más caracteriza este contrato, sobre todo porque el mismo puede comportar prestaciones de una doble naturaleza: indemnizatoria de los daños sufridos por el consumidor del viaje y de diversos servicios a realizar para poner fin a las dificultades con que el mismo se encuentre (p.ej. repatriación).¹⁰⁶

En particular, la prestación de asistencia a personas cubierta por ese seguro se refiere, entre otros conceptos, a la indemnización de gastos resultantes de daños corporales sufridos por el consumidor del viaje. En este sentido, el seguro cubre los gastos de atención médica del consumidor del viaje asegurado enfermo o herido, hospitalización e intervenciones quirúrgicas y, en algunos contratos, el importe de los medicamentos, hasta una suma asegurada que suele oscilar entre 100.000 pesetas y 600.000 de pesetas;¹⁰⁷ además, el seguro de asistencia en viaje también da cobertura a la repatriación o transporte del asegurado por enfermedad, accidente o fallecimiento por una suma asegurada ilimitada.¹⁰⁸

¹⁰⁶ En estos términos, RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, cit., págs. 122-123, quien después de señalar que el seguro de asistencia se presenta como un seguro de daños y también como un seguro de sumas, añade que la suma asegurada sólo actuará como límite a la cobertura para las prestaciones de resarcimiento de daños (art. 27 LCS), pero no a las prestaciones de ayuda o servicios.

¹⁰⁷ A veces, el folleto se limita a expresar que el seguro cubre los gastos de curación por enfermedad o accidente, sin mayores especificaciones. Vide el folleto POLITOURS, América, mayo '98/abril '99.

¹⁰⁸ En el caso del folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999), la cobertura de los gastos médicos y prestaciones por enfermedad o accidentes está incluida en el precio del viaje; en cambio, en el caso de Viajes el Corte Inglés estos riesgos aparecen cubiertos por un seguro opcional ampliado previo pago por parte del consumidor de la prima correspondiente. Además, en el folleto "Seguro de viaje/accidentes" de Viajes el Corte Inglés se indica que el consumidor puede duplicar o triplicar por persona los capitales del seguro, incrementándose proporcionalmente las primas correspondientes.

Además, la indemnización de gastos resultantes de daños corporales sufridos por el consumidor durante la realización del viaje también puede ser objeto del contrato de seguro de accidente. Aunque el apartado d) del artículo 6 LVC no mencione esta modalidad asegurativa, en ocasiones el organizador también informa al consumidor del viaje acerca de la posibilidad de concluir este contrato; e incluso existen casos en que el organizador contrata voluntariamente ese seguro en beneficio del consumidor. La cobertura de este seguro puede incluir la indemnización por fallecimiento o invalidez permanente por accidente hasta la suma asegurada y, en todo caso, la indemnización por accidente en cualquiera de los medios de transporte público utilizados en el viaje, también hasta la suma asegurada.¹⁰⁹

Así pues, tanto el seguro de asistencia en viaje como el seguro de accidente son seguros voluntarios que podrán cubrir el riesgo del consumidor de sufrir daños corporales durante el viaje, con independencia de que éstos sean o no consecuencia de incumplimiento contractual del organizador. Esto debería distinguir esta modalidad asegurativa del seguro de caución contratado por el organizador —o más ampliamente, del medio de garantía de la responsabilidad contractual (art. 15 OMAAV)—, que únicamente deberá obligar al consumidor en caso de incumplimiento contractual por parte de aquél (cfr. art. 68 LCS); sin perjuicio que, como se indica a continuación, en este último caso pueda tener lugar una situación de seguro múltiple.

En definitiva, el resarcimiento de los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje exige al organizador la adopción de una medida de garantía adecuada a su régimen de responsabilidad contractual.

¹⁰⁹ Véase el seguro opcional ampliado ofrecido por Viajes el Corte Inglés a sus consumidores. Este seguro cubre el fallecimiento o invalidez permanente por accidente hasta la suma de 1.000.000 de pesetas, y el "fallecimiento por accidente en los medios de transporte programados" hasta la cantidad de 10.000.000 de pesetas". Por su lado, el folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999) establece lo siguiente: "[t]odos nuestros viajes tienen incluido en el precio indicado y sin ningún coste suplementario un seguro de fallecimiento por accidente, ocasionado en cualquiera de los medios de transporte utilizados en el viaje por un importe de 5.000.000 de pesetas [...]". El folleto POLITOURS, América, mayo '98/abril '99 también se refiere a seguro de accidentes contratado por el organizador en beneficio del consumidor que cubre la indemnización por muerte o por invalidez hasta la cuantía de 4.000.000 de pesetas, y la indemnización por invalidez parcial según los baremos expresados en la póliza.

(ii) Concurrencia de la obligación de indemnizar del organizador con el aseguramiento de los daños corporales sufridos por el consumidor

En la medida que los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje pueden ser objeto de distintas modalidades de aseguramiento, es menester llevar a cabo algunas observaciones acerca de cómo se hará efectivo su resarcimiento por parte del organizador.

En este punto cabe distinguir entre los supuestos en que los daños corporales del consumidor sean producidos por accidentes circulatorios del vehículo de motor utilizado y aquellos otros supuestos en que pueden tener lugar los mismos daños durante el viaje por otro motivo.

En el primer caso, ocasionados daños corporales al consumidor del viaje con motivo de un accidente en el transporte contratado, la obligación del organizador —y, en su caso, del asegurador en el seguro de caución—, concurrirá con una modalidad de seguro contra daños, cual es el seguro obligatorio de vehículos automóviles. El asegurador o, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros deberán resarcirlos hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio en aquellos casos en que se declare la obligación del asegurado de responder civilmente por los mismos (art. 1 de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*). Mas ello no significa que si el organizador —sea o no propietario del vehículo asegurado— o el transportista contratan este seguro, no deban responder por estos daños frente al consumidor, toda vez que los mismos estarán obligados a resarcirle aquellos daños que excedan en su cuantía a la suma asegurada. En este punto actuará, en su caso, el medio de garantía de responsabilidad contractual contratado por el organizador (art. 12 LVC). Entonces, si el organizador ha contratado un seguro de caución, podrá surgir una situación de seguro múltiple, en cuyo caso el asegurador únicamente se eximirá de la obligación de indemnizar cuando el organizador tomador del seguro omita dolosamente la comunicación de la estipulación de otros seguros y exista una situación de sobreseguro (cfr. art. 32.1 LCS).¹¹⁰ En los demás casos, los aseguradores contribuirán al abono de la

¹¹⁰ El dolo a que se refiere el artículo 32.1 LCS hace referencia al ánimo de lucro, con fraude del principio indemnizatorio mediante la contratación de varios seguros. Vide Juan BATA LLER GRAU, *El seguro múltiple*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 66. Con todo, cabe plantearse hasta qué punto al asegurador del seguro de caución no le es exigible que conozca la existencia del seguro obligatorio del vehículo conforme a la diligencia profesional.

indemnización en proporción a la suma asegurada, y el consumidor del viaje asegurado, dentro del límite de la cuantía del daño, podrá pedir a cada asegurador la indemnización debida según el respectivo contrato (cfr. art. 32.3 LCS). Ello sin perjuicio de la obligación del organizador de reembolsar al asegurador del seguro de caución toda indemnización hecha efectiva por éste a favor del consumidor del viaje asegurado (art. 68 LCS).

Además, el artículo 7 de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* faculta al asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, a repetir contra: "a) el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuere debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos, o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; b) contra el tercero responsable de los daños; c) contra el tomador del seguro o asegurado por causas derivadas del contrato de seguro; y d) en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes". En estos supuestos el derecho de repetición también se atribuye, en su caso, al Consorcio de Compensación de Seguros, que además podrá hacerlo efectivo contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado (art. 8.2). Por este motivo, puede que el organizador deba responder en vía de regreso frente a la compañía aseguradora o el Consorcio de Compensación de Seguros que hayan indemnizado los daños sufridos por el consumidor del viaje.

Por su lado, tanto en el caso en que los daños corporales sean resultado de un accidente de circulación como en los demás casos, la obligación del organizador —y, en su caso, del asegurador del seguro de caución— de indemnizar los daños corporales producidos por accidentes circulatorios también podrá concurrir con los denominados seguros de accidentes, en cuyo caso aquélla tendrá un alcance distinto.

En el contrato de seguro obligatorio de viajeros, el contrato de asistencia turística y el contrato de seguro voluntario de accidentes la mayoría de prestaciones prometidas por los aseguradores podrán acumularse a la indemnización que, en su caso, deba realizar el organizador o asegurador del seguro de cau-

ción a favor del consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC). La propia regulación del seguro obligatorio de viajeros establece que éste seguro "será compatible con cualquier otro seguro concertado por el viajero o a él referente" (art. 2.2 *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros*).¹¹¹ Y el apartado tercero del mismo precepto añade que el seguro obligatorio de viajeros "no libera a las Empresas transportistas, a los conductores de los vehículos, o a terceros de la responsabilidad civil en que, dolosa o culposamente, pudieran incurrir por razón del transporte de personas, ni las prestaciones satisfechas por razón de dicho Seguro reducen el importe de la expresada responsabilidad". Ello significa que el organizador deberá indemnizar, en su caso, los daños corporales sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC), con independencia del derecho de éste a percibir también las prestaciones correspondientes con cargo a estos seguros.

Con todo, no debe olvidarse que los gastos de asistencia sanitaria cubiertos por el seguro obligatorio de accidentes están sujetos al principio indemnizatorio; lo mismo cabe decir con respecto a las eventuales prestaciones del seguro voluntario de asistencia en viaje de carácter resarcitorio a que pueda tener derecho el consumidor;¹¹² de modo que el resarcimiento de estos gastos no podrá tener lugar cumulativamente por parte del organizador y, a su vez, por los aseguradores de estos seguros. El principio indemnizatorio debe conllevar una reparación integral del siniestro, pero "el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado" (art. 26 LCS). Ello ha sido advertido por la doctrina en los supuestos en que el seguro obligatorio de viajeros concurre con otras modalidades de aseguramiento.¹¹³ La doctrina incluso ha propuesto alguna solución para resolver los casos de seguro múltiple con cobertura de tales gastos. Conforme al artículo 101 LCS, el incumplimiento del deber del tomador del seguro de comunicar al asegurador la celebración de cualquier otro seguro de accidentes que se refiera a la misma persona, "sólo puede dar lugar a una

¹¹¹ En este sentido, por ejemplo, la cláusula "Seguro Turístico" del folleto HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados, Otoño-Invierno 97-98* (vigencia: 1 de noviembre de 1997 al 30 de abril de 1998), señala: "[t]odos nuestros viajes, aparte de los seguros complementarios que disponen las compañías de transportes que intervienen en el viaje, llevan incorporado, sin coste adicional alguno, el Seguro Turístico ELVIASEG [...]"

¹¹² Vide RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, cit., págs. 122-123.

¹¹³ Véase CABALLERO, *El Seguro obligatorio de accidentes de viajeros*, cit., pág. 29.

reclamación por los daños y perjuicios que origine, sin que el asegurador pueda deducir de la suma asegurada cantidad alguna por este concepto"; a lo que algún autor añade que no será necesario comunicar la existencia de un seguro de accidente que no incluya bajo su cobertura los gastos de asistencia sanitaria; y en la medida que la indemnización por estos gastos no será acumulable, se considera que entonces los aseguradores deberán contribuir a su resarcimiento en proporción a la suma asegurada, según el respectivo contrato (cfr. art. 32.3 LCS).¹¹⁴ Este criterio parece extensible a los supuestos en que la cobertura de los gastos por asistencia sanitaria tenga lugar tanto por los seguros de accidentes mencionados como por el seguro de caución contratado por el organizador en garantía de su responsabilidad contractual frente al consumidor del viaje, aunque se trate de una modalidad de seguro contra daños.

c) El daño por rebote, por causa de daños corporales al consumidor del viaje

En estrecha relación con la indemnización de los daños corporales resultantes del incumplimiento del contrato de viaje, cabe plantearse también si el organizador deberá indemnizar los llamados daños por rebote, esto es, aquellos daños que surjan con ocasión de los daños corporales causados al consumidor mediato, pero sufridos única y exclusivamente por otra persona con la que aquél mantiene unos vínculos estrechos y actuales.¹¹⁵

Sabido es que los daños corporales causados a un consumidor del viaje podrán tener consecuencias adversas para otras personas, tanto de carácter patrimonial (vgr. pérdida de una ayuda económica con cargo al patrimonio de aquél) como no patrimonial (vgr. daños morales resultantes de la muerte o lesiones graves del consumidor).

¹¹⁴ Vide BATALLER GRAU, *El seguro múltiple*, cit., págs. 110, 114, 116 y 117, quien precisamente sitúa el fundamento del régimen aplicable al seguro múltiple en seguro de accidentes en el interés que tiene el asegurador en evitar una situación de sobreseguro en cuanto a los gastos de asistencia sanitaria.

¹¹⁵ Vide Geneviève VINEY/Basil MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel (Essai de comparaison des droits anglais et français)*, Paris, Economica, 1985, págs. 72-94.

En un principio, la legitimación activa para la reclamación de la indemnización de tales consecuencias debería corresponder a toda persona que estuviera en condiciones de probarlas. Ciertamente es que distintas regulaciones han fijado cuáles van a ser los beneficiarios de las indemnizaciones por causa de muerte cubiertas por los seguros obligatorios. La Tabla I del Anexo de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor* considera que el único beneficiario de la indemnización de secuelas o lesiones será la "víctima del accidente", mientras que quienes ostenten la condición legal de perjudicados por el fallecimiento de una persona serán, siempre y en todo caso, familiares suyos, entre los cuáles configura un orden de prelación (cónyuge, hijos, padres, hermanos y, en algún caso, abuelos).¹¹⁶ Por su lado, el *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros* establece que en caso de incapacidad permanente o temporal será beneficiario el propio asegurado (art. 20), mientras que en caso de muerte, también establece una prelación para el percibo de la indemnización a favor de familiares del viajero (cónyuge no separado por sentencia, descendientes, padres, abuelos, hermanos y sobrinos) (arts. 21 y 22).¹¹⁷ Mas ello no excluye que, sin el amparo de estos seguros, otras personas que se consideren perjudicadas por la muerte del consumidor del viaje soliciten una indemnización del organizador.

Si la persona dañada tiene la condición de contratante principal del viaje (art. 2.4 LVC), beneficiario (art. 2.5 LVC), o cesionario (art. 2.6 LVC), no habrá inconveniente en declarar la responsabilidad contractual del organizador frente a la misma, cuando ésta acredite que ha sufrido daños patrimoniales, o daños no patrimoniales por mantener una relación afectiva con el consumidor que haya padecido daños corporales. Aquellos daños serán consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato de viaje (cfr. art. 11.2 LVC). Además, todas las personas que ostenten esta condición serán a su vez consu-

¹¹⁶ Véase Juan José MARÍN LÓPEZ, *Los perjudicados por la muerte en accidentes de circulación (Sobre la tabla I del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»)*, Aranzadi Civil, 1997, 47-77, págs. 49-53, quien señala que esta idea también está consolidada en la jurisprudencia.

¹¹⁷ En esto, CABALLERO, *El Seguro obligatorio de accidentes de viajeros*, cit., págs. 275-276, hace notar que las reglas sobre designación de beneficiario previstas para el contrato de seguro de accidentes (arts. 84, 85, 86, y 87.1 por remisión del art. 100 LCS), no son aplicables a los contratos de seguro obligatorio de viajeros no puede quedar al arbitrio de un tercero, no solamente porque tal designación está tasada *ex lege* (arts. 21 y 22 del *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros*), sino también porque sería absurdo e impracticable que el tomador del seguro, el transportista, gozara de la facultad de designar beneficiarios.

midoras del viaje (art. 2.7 LVC), y la regulación de viajes combinados configura la responsabilidad de los organizadores y detallistas frente a las mismas (arts. 11.1 en relación con el art. 2.7 LVC), lo cual no hace sino facilitar el reconocimiento del daño por rebote en estos supuestos.

Con todo, en esta ocasión el consumidor reclamante como regla general no podrá pretender la indemnización de los daños consistentes en el impacto psicológico sufrido —el llamado *nervous shock*— por haber presenciado, por ejemplo, el accidente circulatorio del medio de transporte contratado que da lugar a los daños corporales de otro consumidor. Únicamente cuando exista una íntima relación de afecto entre el espectador y el consumidor que sufra los daños corporales, o acaso cuando el accidente sea extraordinariamente impactante, parece admisible la indemnización de estos daños.¹¹⁸

En cambio, si la persona que prueba haber sufrido daños patrimoniales o no patrimoniales por rebote no tiene la condición de consumidor del viaje, también podrá reclamar la indemnización de tales daños, aunque en este caso por vía de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC). Como es sabido, este régimen de responsabilidad es establecido por medio de una cláusula general, que en este caso dará cabida a que los terceros perjudicados por los daños corporales sufridos por el consumidor de viajes estén legitimados *iure proprio* para reclamar el resarcimiento de sus propios daños.

Los daños por rebote a indemnizar por parte del organizador del viaje deberán configurarse como autónomos e independientes de los daños corporales sufridos por el consumidor; si bien en la práctica existirá una notable uniformidad entre el régimen aplicable a ambos tipos de daños, particularmente cuando el dañado mediato también tenga la condición de consumidor del viaje (vgr. limitación de los daños resarcibles, causas de exoneración) (art. 11 LVC). Además, en el caso de que la persona que reclame la indemnización de los daños por rebote no reúna esta condición, la autonomía de estos daños con respecto de los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje no causará una incoherencia en su resarcimiento. Existen importantes similitudes entre

¹¹⁸ En sede de responsabilidad civil, Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 1561-1591, págs. 1567-1568, señala que tal daño generalmente no resulta imputable objetivamente por pertenecer al "riesgo general de la vida".

los regímenes de responsabilidad contractual (art. 11 LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) del organizador (infra § III. 1 C a)); y este último podrá oponer la culpa del consumidor del viaje que haya sufrido daños corporales a la víctima de daños por rebote, en línea con la doctrina jurisprudencial.¹¹⁹ Con ello tendrá lugar un tratamiento uniforme de ambos pese a tener derecho a la indemnización de unos daños autónomos.¹²⁰

El resarcimiento de los daños por rebote debe distinguirse de la transmisión *ex iure hereditatis* de la indemnización de daños debida al consumidor del viaje fallecido.¹²¹ Ciertamente es que en no pocas ocasiones las sentencias confunden el resarcimiento de ambos daños, resolviendo controversias planteadas entre los "titulares legales de la sucesión" y "los verdaderamente perjudicados por el fallecimiento del agraviado".¹²² Lo que da lugar a la aplicación de criterios típicamente sucesorios, hasta el punto de determinar los perjudicados por el fallecimiento "siguiendo un orden lógico de afinidad con el causante, de modo que sean los más inmediatos a él, los que la reciban, con exclusión de los demás".¹²³ Sin embargo, en la medida que la regulación que establece la obligación del organizador de indemnizar los daños y perjuicios por rebote no exige ninguna afinidad familiar entre quien los reclama y el consumidor del viaje fallecido (arts. 11 LVC y 1902 CC), el único criterio decisivo para legitimar a una persona para la reclamación de esta indemnización será la prueba de haber sufrido tales daños; y si varias personas reclaman la indemnización de los daños por rebote, cada una tendrá derecho a una cuantía indemnizatoria proporcional a

¹¹⁹ Se refiere a esta línea jurisprudencial, VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 256-257.

¹²⁰ VINEY/MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel (Essai de comparaison des droits anglais et français)*, cit., pág. 89, advierten sobre la tendencia de la regulación francesa a atribuir el mismo tratamiento a la víctima de daños por rebote (*victimes par ricochet*) que a las víctimas iniciales de un accidente de transporte. Distintos textos reguladores de la responsabilidad de los transportistas de un modo más favorable para éstos que de resultar aplicable la regulación general, establecen que todas las acciones interpuestas contra los mismos ("*à quel-que titre que ce soit*") quedarán sometidas a los presupuestos y límites contemplados por aquéllos.

¹²¹ Véase VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 214-215.

¹²² Vide MARÍN LÓPEZ, *Los perjudicados por la muerte en accidentes de circulación (Sobre la tabla I del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»)*, cit., pág. 49.

¹²³ Véase la STS, de 23 de diciembre de 1983, Sala 2.^a, Ponente: Sr. Fernando Cotta Márquez, RAJ 6459, que añade que la determinación de los perjudicados debe hacerse de tal forma "por no poder abarcar a todos los que así mismo se sientan damnificados".

los daños sufridos por la misma; ello sin perjuicio de que, en la indemnización de los perjuicios no patrimoniales, la legitimación pueda presumirse por su parentesco o convivencia con el consumidor del viaje.¹²⁴

C) Daños a objetos del consumidor

Por su lado, el organizador o, en su caso, el detallista también estarán obligados a indemnizar los daños producidos por el extravío, destrucción o deterioro ocasionados a objetos que el propio consumidor lleve encima (p.ej. vestidos, reloj, gafas), traiga consigo durante el viaje (p.ej. maletas, máquinas fotográficas, cámaras de vídeo portátiles) u a otros objetos específicos, tales como los regalos o *souvenirs* que el consumidor pueda adquirir en el transcurso del viaje.

Estos daños tendrán carácter contractual en la medida que la mayoría de las veces van a recaer sobre objetos introducidos o depositados en el alojamiento (p.ej. personal del hotel destruye un *souvenir* propiedad del viajero);¹²⁵ o se tratará del extravío, destrucción o deterioro ocasionados a objetos o equipaje transportados en el servicio contratado. En ocasiones ni siquiera se podrá acreditar si el equipaje cargado en el lugar de salida del viaje llegó a su destino, ni si se perdió o sustrajo en el medio de transporte o en el alojamiento.¹²⁶ En cualquier caso, los daños que sufra el consumidor en estos espacios serán contractuales, porque es el organizador quien directamente o por medio de prestadores directos abre a la acción del consumidor un espacio físico que aquél controla y cuyo acceso es cumplimiento, o condición del cumplimiento (medio de transporte, hotel) en virtud del contrato de viaje.¹²⁷ Aunque ello no excluye posibles problemas de delimitación entre daños contractuales y extracontractuales.

¹²⁴ VINEY/MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel (Essai de comparaison des droits anglais et français)*, cit., págs. 79-85, señalan que la jurisprudencia francesa además distingue, a estos efectos, entre los miembros de la familia nuclear (cónyuge, hijos) de los demás parientes (otros descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos).

¹²⁵ Vide SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143.; y SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente: Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, la STS, de 20 de mayo de 1964, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Francisco Rodríguez Valcarce, RAJ 2729.

¹²⁷ En términos generales, véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., pág. 419.

les, sobre todo cuando los daños a objetos del consumidor acaezcan fuera de estos espacios.¹²⁸

En cualquier caso, tanto el organizador como el detallista pueden contraer la obligación de indemnizar tales daños al consumidor por incumplimiento de las obligaciones que les corresponde por su ámbito respectivo de gestión del viaje.

El resarcimiento de los daños a objetos del consumidor no causa tantas dificultades como en el caso de los daños corporales. En general, la cuantía indemnizatoria a satisfacer por parte del organizador o el detallista al consumidor deberá coincidir con el coste de adquisición de un bien sustitutivo del mismo tipo, con deducción de ciertas circunstancias que puedan afectar al valor del bien en el momento de sufrir los daños (vgr. antigüedad, deterioro, utilidad).¹²⁹ Ello tendrá lugar cuando su reparación no resulte posible (vgr. daños de especial entidad, objeto dañado infungible, pérdida definitiva del equipaje, robo de objetos en el hotel);¹³⁰ si bien entonces, en su caso, además se deberá descontar de la cuantía indemnizatoria el valor residual del bien dañado (p.ej. el *souvenir* pierde su funcionalidad pero puede servir aún como adorno decorativo del hogar del consumidor).¹³¹ Por lo demás, si los daños a objetos del consumidor admiten reparación (p.ej. golpe brusco a una máquina fotográfica como consecuencia de un frenazo imputable al conductor del medio de transporte contratado), será indemnizable el coste de su reparación, aunque éste supere el valor del bien en el momento de sufrir los daños. El consumidor incluso podrá exigir al organizador la indemnización por la disminución de valor

¹²⁸ Sobre la indemnización de las lesiones al llamado interés de indemnidad en el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., pág. 131.

¹²⁹ También en el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 144-145, entiende que la base del cálculo de la indemnización estará formada por el coste de adquisición del bien sustitutivo. Y después de incluir el valor de la pérdida del equipaje entre los llamados *special or pecuniary damages*, añade que esta indemnización deberá permitir, en su caso, un cierto descuento por la depreciación resultante del uso del equipaje perdido.

¹³⁰ La antes citada SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente: Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000, estima la demanda de reclamación de 231.700 pesetas en concepto de indemnización de daños interpuesta por el consumidor, cantidad equivalente al importe de los objetos que le fueron robados en el apartamento incluido en el viaje contratado, sin más especificaciones.

¹³¹ Sobre la indemnización de los daños a bienes pertenecientes al acreedor, en la doctrina española véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 681-683.

que el bien haya experimentado como consecuencia de los daños si, a pesar de la reparación, el bien sigue presentando perjuicios que con anterioridad no tenía. Ello, claro está, siempre que la pretensión resarcitoria del consumidor no exceda del coste de adquisición de un bien sustitutivo.

Con todo, estos criterios de cálculo de la cuantía indemnizatoria no se expresan con demasiado rigor en las sentencias, sobre todo cuando se trata de resarcir daños de poca entidad. Ello ocurre, por ejemplo, en algunas sentencias que declaran el derecho del consumidor del viaje a la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de la rotura de sus gafas como consecuencia de un accidente del autobús en el que viaja.¹³²

Aun así, la responsabilidad del organizador o el detallista por daños a objetos del consumidor podrá limitarse, tanto por vía contractual como de acuerdo con disposiciones especiales concernientes al servicio de transporte (art. 11.3 LVC) (infra § II. 3.3; § II. 3.4).¹³³ En este sentido, por ejemplo, el artículo 16.1 del Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, *de transporte de viajeros por carretera*, dispone que cuando "corra a cargo del transportista una indemnización por pérdida total o parcial de equipajes o por avería en los mismos, se podrá reclamar el montante de los perjuicios, sin que éste pueda exceder de 166'67 Unidades de Cuenta¹³⁴ por bulto, ni 666'67 Unidades de Cuenta¹³⁵ por viajero", para el caso de que tal norma internacional resulte aplicable. Cierto es que esas limitaciones de la cuantía indemnizatoria no significan la fijación de un resarcimiento uniforme; ni, en consecuencia, que el consumidor del viaje vaya a ser acreedor de una suma de dinero frente al organizador o detallista a título de indemnización, sin necesidad de probar el daño concreto; también en los supuestos de limitación de la indemnización el consumidor deberá acredi-

¹³² Véase la mencionada SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente: Sr. Belo González, *Actualidad Civil @ 1081*, 1994, págs. 1641-1652, que declara el derecho del consumidor a ser indemnizado por la rotura de sus gafas en la cuantía de 1.250 pesetas; y la SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente: Sr. Francisco Lucas Gil, AC 2365, que declara el derecho del consumidor a la indemnización por el mismo tipo de daño en la cantidad equivalente al coste acreditado (56.600 pesetas). En ninguno de ambos casos se indica si la cuantía indemnizatoria a satisfacer por parte del organizador al consumidor equivale al coste de sustitución o reparación de las gafas dañadas.

¹³³ En el mismo sentido, con relación a la regulación del contrato de viaje (§ 651 h BGB), TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 18-22, págs. 1556-1557.

¹³⁴ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 249,88 euros.

¹³⁵ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 999,50 euros.

tar concretamente los daños para hacer efectivo el derecho a su resarcimiento, como sucede en general cuando el mismo tiene por objeto daños a objetos del acreedor. Lo que sucede es que la prueba de los daños concretos ocasionados no va a permitir el resarcimiento de aquéllos que superen los límites máximos de indemnización preestablecidos.¹³⁶ Por ello, esos límites deberían aportar una mayor seguridad y previsibilidad al organizador en cuanto a la extensión del resarcimiento de los daños a objetos del consumidor.

Sin perjuicio de la medida de garantía de responsabilidad contractual convenida por el organizador (art. 15 OMAAV), éste únicamente debe informar al consumidor sobre la suscripción facultativa de un "contrato de asistencia que cubra los gastos de repatriación o traslado al lugar de origen, en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento" (cfr. letra d) del art. 6 LVC). Sin embargo, en los programas de viaje a veces figura que aquél contrata un seguro de asistencia en viaje cuya cobertura incluye la indemnización por robo, pérdida total o parcial del equipaje y efectos personales "debida al transportista", así como averías o daños que estos objetos sufran a causa de lluvia, incendio, robo o agresión, hasta una cantidad que oscila según el viaje se realice en España (25.000 ptas.), el resto de Europa (50.000 ptas.) o el resto del mundo (75.000 ptas.);¹³⁷ en ocasiones la indemnización de daños a objetos de valor (equipos de imagen, sonido, informáticos, radiofonía, joyas, relojes, pieles, etc.) queda cubierta hasta el 50 por 100 de la suma asegurada para el cómputo del equipaje;¹³⁸ y únicamente se garantiza la cobertura de ciertos objetos (joyas y pieles)

¹³⁶ Contrástese con CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., pág. 698, para el caso en que la cantidad en que se cifra el resarcimiento haya sido fijado uniformemente por norma legal o contrato.

¹³⁷ Así, el folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999). De modo similar, el folleto POLITOURS, América, mayo '98/abril '99, aunque en este caso el límite máximo de la indemnización se fija en función de si el equipaje se factura (50.000 ptas.) o no se factura (25.000 ptas.). Algo parecido contemplan las condiciones generales del seguro de equipaje alemanas (*Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Reisegepäck*) (en adelante, AVBR 1992 alemanas), si en este caso la cobertura del seguro presenta una mayor amplitud: en general, el seguro de equipaje cubre el extravío, destrucción o perjuicios ocasionados a los objetos asegurados, mientras se encuentren en un lugar seguro en el transporte o alojamiento. Vide Bernhard SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, 1997, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, § 2 AVBR, 393-438, Rnd. 1-11, págs. 405-408.

¹³⁸ Véase el folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999). En otras ocasiones tales objetos (artículos de joyería o bisutería, objetos de arte, colecciones, relojes, pieles, material fotográfico y cámaras de vídeo) son excluidos sin más de la cobertura del seguro (vide el folleto POLITOURS, América, mayo '98/abril '99). Idénticamente, el § 4 de las AVBR alemanas, que añade que los daños por pérdidas de equipaje y los daños que recaigan sobre regalos y recuerdos ad-

contra robo, siempre, además, que el consumidor del viaje asegurado las lleve consigo "o se encuentren con el cofre de seguridad de un hotel";¹³⁹ y, en cualquier caso, quedan excluidos de la cobertura objetos tales como dinero, documentos, billetes de viaje, tarjetas de créditos, prótesis, gafas graduadas y lentes de contacto.¹⁴⁰ Este seguro de asistencia en viaje está incluido en el precio del viaje.¹⁴¹ Además, también existe algún caso en que el organizador informa al consumidor acerca de la posibilidad de que concluya por su cuenta un seguro opcional para si desea viajar con mayor seguridad. Entonces el riesgo asegurado sigue siendo el mismo, pero se amplía la suma asegurada según el destino del viaje, que puede llegar a ser de 100.000 pesetas; e incluso este seguro opcional puede garantizar la indemnización por gastos de gestión por pérdida de documentos hasta un máximo de 10.000 pesetas.¹⁴²

De este modo, se llega a una situación muy parecida a la del Derecho alemán. En este caso, el organizador del viaje tampoco está obligado a informar al

quiridos por el consumidor, serán indemnizados en su conjunto hasta un máximo del 10 por 100 de la suma asegurada —con un máximo de 750 DM— por cada accidente.

¹³⁹ Vide el folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999). Por su lado, el folleto POLITOURS, América, mayo '98/abril '99, excluye de la cobertura del seguro sucesos tales como el hurto y "las pérdidas resultantes de que un objeto no confiado a un transportista haya sido simplemente extraviado u olvidado". Parecidamente, el § 2 Abs. 1 de las AVBR alemanas.

¹⁴⁰ Véase el folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999). El § 1 Abs. 5 de las AVBR alemanas declaran no asegurados la mayoría de estos objetos, excepto las gafas y lentes de contacto. Y tampoco consideran cubiertos por el seguro otros objetos como, por ejemplo, las obras de arte o las prótesis ortopédicas.

¹⁴¹ En alguna ocasión, la cobertura del seguro se limita a hacer referencia al "equipaje, incluyendo robo, extravío por empresa transportista, y deterioro, hasta 50.000 ptas.", sin más concreción. Véase el folleto TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998). O el seguro únicamente dispone que "garantiza la indemnización por pérdida total o parcial debida al transportista, así como averías o daños que sufran a causa de un incendio, robo o agresión, con límite de 50.000 ptas." Así, el folleto CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998).

¹⁴² Éste es el caso del folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999). Sobre las prestaciones sobre equipajes que son objeto de cobertura por el seguro de asistencia en viaje, RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, cit., págs. 180-182 y 187-188.

consumidor acerca de la posibilidad de concluir un contrato de seguro de equipaje de acuerdo con la regulación específica (*Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*, de 14 de noviembre de 1994).¹⁴³ Mas en la práctica existe una fuerte tendencia de las agencias de viajes detallistas (*Reisebüro*) a actuar como intermediarias en la conclusión de contratos de seguros individuales entre la aseguradora del equipaje y el consumidor del viaje; y, sobre todo, en la mayoría de casos existen contratos de seguro de grupo entre organizadores y aseguradoras a favor de tercero, esto es, de los consumidores que con posterioridad contraten el viaje.¹⁴⁴

En este punto, cabe hacer algunas observaciones. En primer lugar, en ningún caso podrá recriminarse al organizador el alcance de la cobertura que presente el contrato de seguro de asistencia en viaje cuando el mismo actúe como tomador del seguro, en la medida que este contrato es de suscripción voluntaria. Y en segundo lugar, ya se ha dicho que el contrato de asistencia en viaje se rige por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*. Por este motivo, resulta de particular interés el apartado segundo de su artículo 18, conforme al que "[c]uando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado". Habiéndose propugnado la aplicación del precepto al contrato de seguro de asistencia en viaje,¹⁴⁵ no hay inconveniente en que en caso de daños producidos por el extravío, destrucción o deterioro ocasionados a objetos del consumidor incluidos en la cobertura del seguro, el asegurador proceda a su reparación o reposición, previo consentimiento del consumidor asegurado.

D) Daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo

Los daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo causados al consumidor como consecuencia de poner fin al incumplimiento del contrato de viaje constituyen otro supuesto de daños resarcibles.

¹⁴³ BGBl. I S. 3436.

¹⁴⁴ Véase, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., 393-438, § 1 AVBR, Rnd. 1-5, págs. 395-397.

¹⁴⁵ Así, RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, cit., págs. 124, atendiendo a la preteritoriedad de las circunstancias del viaje.

Entre ese tipo de daños pueden mencionarse como más comunes los siguientes: a) precio de las comidas y pensiones prometidas que no son facilitadas o se facilitan de una categoría inferior a la contratada;¹⁴⁶ b) coste del transporte no facilitado para asistir a espectáculos u otros servicios del viaje; c) coste de pernoctación en un hotel o de comidas debido al retraso o cancelación en la salida del transporte contratado; d) precio del equipamiento de limpieza y material para hacer habitable el alojamiento cuando se halla en unas condiciones inferiores o las contratadas; e) coste de las actividades y excursiones contratadas y no facilitadas, cuando los servicios alternativos no sean viables; f) coste de reemplazo del vestuario por retraso en la entrega del equipaje; g) Coste del transporte del aeropuerto al alojamiento que haya sido contratado;¹⁴⁷ h) transporte de regreso por no prestación o prestación defectuosa de los servicios del viaje (cfr. art. 10.2 LVC);¹⁴⁸ y i) coste de las llamadas telefónicas y otros gastos de gestión relacionados con el traslado de alojamiento u otros supuestos.¹⁴⁹ Estos negocios de reemplazo que el acreedor se haya visto obligado a realizar para cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento del organizador o detallista van a ser indemnizables.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Vide STS, de 3 de octubre de 1977, Sala 3.ª, Ponente: Sr. Enrique Jiménez Asenjo, RAJ 3700; también, la mencionada SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143, que declara haber lugar a indemnización a favor de los consumidores en la cuantía reclamada de 280.000 pesetas por unos daños y perjuicios que incluyen, entre otros, el coste del almuerzo en hotel distinto al contratado que aquellos abonaron al tener que hospedarse en el mismo debido a un corte de las comunicaciones por carretera provocado por una copiosa nevada ; también puede consultarse la SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5ª., Ponente: Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914.

¹⁴⁷ Así, la SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473.

¹⁴⁸ Infra § III.1 A).

¹⁴⁹ En la mencionada SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5ª., Ponente: Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914, declara indemnizables los daños producidos por gastos de teléfono por cuanto, aun tratándose de un servicio excluido del viaje, "las llamadas que nos ocupan no fueron particulares, sino de obligada realización para solventar los problemas surgidos [...]"; la misma sentencia declara el derecho del consumidor a recibir indemnización por los gastos de caja fuerte realizados mientras éste encontraba otra habitación donde pernoctar.

¹⁵⁰ SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 144-145, incluye la mayoría de estos supuestos entre los llamados *special damages*, caracterizados porque la cuantía de su reclamación se calcula aritméticamente sobre la base de sumas específicas de dinero que el consumidor ha perdido como consecuencia del incumplimiento. Además, el autor se refiere, como ejemplo de estos daños, al caso *Coles v JSI Europe* [1994] CLY 1477, en el que los demandantes contrataron un viaje a Estados Unidos y fueron trasladados a Orlando en lugar de Miami, lugar convenido. Por ello, tuvieron que contratar un coche y alojamiento antes de llegar a Miami. Y a su llegada al hotel contratado tuvieron que pagar un suplemento por las comidas incluidas, según el contrato, en el precio del viaje. Ese tribunal obligó al *tour operator* a indemnizar a los demandantes en la cuantía de 830 libras esterlinas en concepto de daños y perjuicios.

Por el contrario, no serán resarcibles los daños que el consumidor sufra como consecuencia del incumplimiento del contrato celebrado para paliar el incumplimiento del organizador o detallista, daño del que responderá el nuevo contratante (p.ej. intoxicación en la comida servida en el hotel contratado a causa de un retraso en la salida del avión); ni los costes de prevención anteriores al daño que el consumidor hizo en previsión del mismo (p.ej. póliza de seguro de equipaje), al ser realizados en su propio beneficio.¹⁵¹

En este punto la doctrina alemana distingue, por un lado, la indemnización por los gastos necesarios para la eliminación del defecto del viaje así como por los gastos que se relacionen de algún modo con dicho defecto (*Mangelschäden*). En los mismos incluye, entre otros, el resarcimiento de los gastos de una manutención suplementaria, de traslado en taxi a una playa disponible para el consumidor, de limpieza del apartamento, del vuelo de retorno, o de un viaje de sustitución en los supuestos de cancelación del viaje. Y por otro lado, la doctrina también se refiere a otro tipo de daños patrimoniales, en el caso de la indemnización por los gastos necesarios para la eliminación de los daños resultantes del defecto del viaje (*Mangelfolgeschäden*). Entre estos últimos destaca, por ejemplo, la indemnización de los gastos por la compra de vestuario debido a la pérdida o entrega con retraso del equipaje, o por gastos de farmacia u hospitalización debidos a intoxicación en la comida.¹⁵²

Por el contrario, el Derecho inglés no hace esta distinción sino que incluye todos los daños patrimoniales entre los llamados *special or pecuniary damages*, por calcularse la cuantía de la indemnización sobre la base de sumas de

¹⁵¹ En general, sobre el no resarcimiento de este tipo de daños, véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 677 y 679.

¹⁵² Vide Otto TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, § 6. *Reisevertrag*, 380-479, págs. 443-444; también Regina SCHLOTMANN, *Das neue alte Reiserecht*, DZWir 11 (1995), 446-458, págs. 455-456.

dinero específicas pérdidas o desembolsadas por el consumidor con motivo del incumplimiento del contrato.¹⁵³

Volviendo al Derecho español, alguna de las medidas atribuidas por la Ley al consumidor frente a los supuestos de incumplimiento hará disminuir notablemente los supuestos de indemnización de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo. Téngase en cuenta que cuando éstos tengan lugar por la no prestación de servicios del viaje, la regulación promueve la adopción de medidas para la continuación del viaje por parte del organizador (art. 10.1 LVC), que generalmente se harán efectivas a partir de la carga del consumidor de comunicar el incumplimiento (letra m) del art. 4.1 LVC) (infra § II.5); lo que impedirá en muchas ocasiones la realización del negocio de cobertura por parte del consumidor para cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento del organizador o detallista y, por consiguiente, la causación de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo.¹⁵⁴ Ello sin perjuicio, evidentemente, de los casos en que aun habiendo realizado el consumidor tales negocios de cobertura, tampoco proceda la indemnización de esos daños por no resultar éstos objetivamente imputables al incumplimiento (cfr. art. 1107 CC),¹⁵⁵ o por no ser el incumplimiento imputable al organizador o detallista (cfr. art. 11.2 LVC).

¹⁵³ Véase SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 144-145.

¹⁵⁴ El alcance de esta limitación se concreta con mayor claridad en el § 651 c Abs.3 BGB, al establecer: "[I]eistet der Reiseveranstalter nicht innerhalb einer vom Reisenden bestimmten angemessenen Frist Abhilfe, so kann der Reisende selbst Abhilfe schaffen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Abhilfe von dem Reiseveranstalter verweigert wird oder wenn die sofortige Abhilfe durch ein besonderes Interesse des Reisenden geboten wird" ("[s]i el organizador no facilita al consumidor medidas para la continuación del viaje dentro de un plazo razonable, el viajero puede adoptar esas medidas y exigir el reembolso de los gastos necesarios. El establecimiento de un plazo de tiempo no es necesario si el organizador se niega a proporcionar las medidas o si son exigibles inmediatamente por un interés particular del viajero"). Sobre la relación entre derecho a la restitución de los gastos resultantes de las medidas adoptadas por el consumidor en el transcurso del viaje (*Reine Vermögensschäden*) (§ 651 c Abs.3 BGB) y derecho a indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f BGB), TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, pág. 443; y Heinz RECKEN, en Wilfrid BEMM/Gerhard BOLDT/Jochen CORTS/Hans EISEMANN/Heinrich GEBRING/Heinz RECKEN/Waldemar RÖHSLER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar §§ 651 a bis 651 k)*, Bd. II, Teil 3/2, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997, § 651 f, 53-58, Rnd. 4, pág. 54.

¹⁵⁵ Véase el apartado relativo al deber del consumidor de mitigar los daños sufridos (infra § II.5).

Por lo que se refiere a esto último, el artículo 11.2 LVC *in fine* señala que "[e]n los supuestos de exclusión de responsabilidad por darse alguna de las circunstancias previstas en los apartados b), c) y d) [defecto imputable a tercero, fuerza mayor y acontecimiento imprevisible e insuperable], el organizador o detallista que sean parte en el contrato estarán obligados, no obstante, a prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades".¹⁵⁶ Lo que únicamente significará que, en estos casos, el organizador o el detallista deberán asistir al consumidor en la realización del negocio de cobertura correspondiente, para que éste pueda cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento inimputable (p.ej. ofrecerle servicios sustitutivos); pero ello en ningún caso supondrá que sean el organizador o detallista quienes deban soportar las consecuencias económicas de la prestación de tal asistencia.¹⁵⁷ Éstos se hallan exonerados de cualquier consecuencia indemnizatoria, incluido el resarcimiento de los daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo derivados de prestar tal asistencia, los cuales, por lo tanto, deberán ser soportados por el consumidor.¹⁵⁸

Cuando se trate de indemnizar daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo sufridos por el consumidor como consecuencia del incumpli-

¹⁵⁶ Obsérvese que no existirá el deber de asistencia cuando los defectos producidos durante la ejecución del contrato sean atribuibles de modo exclusivo al consumidor (letra a) del art. 11.2 LVC).

¹⁵⁷ Por el contrario, la regulación alemana obliga a indemnizar los gastos realizados por el consumidor como consecuencia del defecto del viaje (*Selbstabhilfe*) con independencia del carácter imputable del incumplimiento (§ 651 c Abs.3 BGB); en cambio, la regulación holandesa resulta más ambigua en este punto, pues obliga al organizador o detallista a soportar el coste de la asistencia cuando el incumplimiento sea atribuible a culpa suya o de los auxiliares que utilicen en el incumplimiento; y los exime de tal obligación cuando el defecto del viaje sea imputable al consumidor; pero no se pronuncia acerca de lo que ocurre en los demás casos de incumplimiento inimputable (vgr. defecto imputable a tercero, fuerza mayor, acontecimiento imprevisible e insuperable) (art. 507.3 BW holandés); por su lado, la *Regulation 15 (7)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa tampoco resuelve esta cuestión al emplear, como en el caso español, una fórmula muy similar a la del párrafo segundo del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE.

¹⁵⁸ En la doctrina española, María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, Madrid, Montecorvo, 1999, págs. 206-215, llega al mismo resultado; aunque la autora propone la utilización para estas situaciones de las normas relativas a la gestión de negocios ajenos (art. 1893 CC), conforme a las que el consumidor asistido sería responsable de las obligaciones contraídas en su interés y estaría obligado a indemnizar al gestor (en este caso, el organizador o detallista) de los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

miento del contrato de viaje, el cálculo de la cuantía indemnizatoria únicamente mantendrá relación con el coste efectivo de esos negocios soportado por el consumidor del viaje. En general, el mayor coste del bien buscado como sustituto del contratado no es compensable con el mayor lucro o ventajas que produzca en el patrimonio del consumidor, ni tampoco lo son los gastos y costes incidentales que éste sufra como consecuencia del cumplimiento defectuoso del contrato.¹⁵⁹ De modo que si el coste del servicio reemplazado (p.ej. alojamiento) es superior al coste del servicio contratado el organizador o el detallista deberán indemnizar igualmente al consumidor en la cuantía equivalente al coste efectivo del reemplazo. Ello siempre que el consumidor del viaje que decida adoptar medidas con el fin de evitar o disminuir los daños resultantes de dicho incumplimiento o, al menos, impedir su agravación, actúe de un modo razonable conforme a la buena fe contractual (art. 1258 CC). En caso contrario, cuando las medidas adoptadas por el consumidor frente al incumplimiento contractual no sean razonables, o cuando no acepte sin motivo suficiente las soluciones adoptadas por el organizador que sean adecuadas para la continuación del viaje (art. 10.1 LVC), incumplirá su deber de mitigar los efectos negativos del incumplimiento de la obligación del organizador o detallista y, en consecuencia, se considerará que tales daños no son una "consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento" (art. 1107.1 CC); lo que motivará que no tenga derecho al resarcimiento de todos los daños realizados (infra § II. 3.1 B)). La extensión del resarcimiento de los daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo tendrá lugar de acuerdo con estos parámetros.

A parte de las medidas de garantía de la responsabilidad contractual del organizador (art. 15 OMAAV), el resarcimiento de ese tipo de daños no suele ser objeto de aseguramiento, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños a objetos del consumidor.¹⁶⁰ Sólo de un modo excepcional, algún programa de viaje incluye en la cobertura del contrato de seguro de asistencia en el viaje — esto es, el contrato de seguro turístico—, la demora en la entrega del equipaje superior a las veinticuatro horas, en cuyo caso la aseguradora se compromete a pagar la compra de "artículos de primera necesidad" hasta un importe máximo

¹⁵⁹ Sobre las deducciones del daño resarcible, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALA-DEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 689-692.

¹⁶⁰ El § 9.2 de las AVBR alemanas excluye expresamente de su cobertura la indemnización de daños patrimoniales (*Vermögensfolgeschäden*).

según el viaje se realice en España (2.500 ptas.), Europa (5.000 ptas.) o el resto del mundo (10.000 ptas.). Y se ofrece al consumidor la posibilidad de contratar un seguro opcional, cuya cobertura en el mismo supuesto podrá ascender hasta un máximo 20.000 pesetas.¹⁶¹ Aun así, ya se hecho notar la posibilidad de que los daños a objetos del consumidor que sean asegurados mediante esta modalidad de seguro no den lugar al pago de una indemnización por parte del asegurador sino a su reparación o reposición, si el consumidor lo consiente (cfr. art. 18.2 LCS); en cuyo caso ni que decir tiene que se evitarán daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo al consumidor.

La indemnización de esos daños tendrá lugar sin perjuicio que en estos casos la sentencia también declare resarcibles otros daños. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993,¹⁶² resulta confusa al declarar lo siguiente:

"la rebaja de 10.000 ptas. efectuada por la entidad actora [agencia de viajes] pretende reducir la contraprestación de la demandada en la medida que estima haya podido ser el coste del traslado en taxi del aeropuerto al hotel y la vuelta a aquél para embarcarse de regreso a España [servicio no prestado]; tal ha sido, también, la medida mantenida por la sentencia de instancia; sin embargo entendemos que el equilibrio no se restituye con la mera y escueta valoración de la parte de prestación no cumplida, ya que el perjuicio tiene otros ribetes no meramente económicos, que van más allá del escueto importe del viaje en taxi; ha de valorarse, al amparo del art. 1.101 del Código civil, el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación en que la demandada y su marido se encuentran en país extranjero como consecuencia de aquel incumplimiento y que el servicio no prestado fue especialmente tenido en cuenta por la contraparte del contrato viaje, precisamente en evitación de situaciones como la que finalmente hubo de padecer. Por ello estimamos que debe incrementarse la reducción de la prestación debida, aunque no a la cantidad pretendida por la demandada (50.000 ptas.), que casi alcanza la tercera parte de la prestación contratada, pero sí a un total de 30.000 ptas. [...]"

¹⁶¹ Es el caso del folleto CLUB VACACIONES, otoño 98/invierno 99 (fecha de edición: octubre 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 a 30 abril de 1999).

¹⁶² SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473.

En este caso, parece que hubiera sido preferible realizar una separación más explícita de los distintos daños resarcibles consecuencia del mismo incumplimiento, los resultantes del coste de reemplazo (10.000 pesetas) y los no patrimoniales (20.000 pesetas). De todos modos, la indemnización de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo va a excluir la indemnización de daños por lesión del llamado interés de prestación,¹⁶³ pero no la indemnización de daños corporales o a objetos del consumidor,¹⁶⁴ ni la de daños no patrimoniales o daños constitutivos de lucro cesante que el consumidor también pueda padecer como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje.

E) Daños no patrimoniales

a) Consideraciones generales

Por último, en el incumplimiento del contrato de viaje son susceptibles de ser indemnizados, como daños emergentes, los daños no patrimoniales, pese a que ni la regulación general (arts. 1101 y ss. CC), ni la específica del contrato de viaje (art. 11 LVC) haga referencia a los mismos.

Existen algunos ordenamientos de acuerdo con los cuales el daño no patrimonial únicamente resulta indemnizable cuando una norma lo disponga (§ 253 BGB, art. 2059 *Codice civile*); lo que ha llevado a la elaboración de complejas creaciones doctrinales con el fin de declarar resarcible alguno de estos daños resultantes del incumplimiento del contrato de viaje, como los daños por frustración o pérdida de vacaciones. Básicamente éstos han sido cualificados como daños patrimoniales para eludir la exigencia de tipificación de los daños no patrimoniales. La doctrina y jurisprudencia han considerado los daños por frustración o pérdida de vacaciones como daños patrimoniales en la medida que

¹⁶³ En el Derecho inglés, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 255-256, señala que cuando el consumidor paga el precio de la comida en un restaurante por no estar disponible la contratada en el alojamiento no podrá reclamar indemnización por lesión al interés de prestación y, a la vez, por el negocio de reemplazo. En caso contrario, afirman los autores, el mismo sería compensado dos veces por el mismo daño. Por su lado, SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., pág. 14, destaca que en algunos casos los daños patrimoniales (*out-of-pocket expenses or special damages*) son incluidos en las cuantía indemnizatoria de los daños por lesión al interés de prestación (*damages for loss of bargain*), sobre todo cuando ésta se determina con base a un porcentaje del precio del viaje.

¹⁶⁴ Vide SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente: Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000..

para su adquisición el consumidor ha tenido que trabajar y llevar a cabo el desembolso de un determinado valor patrimonial.¹⁶⁵

Ello ha tenido lugar en Alemania hasta el momento de preverse expresamente el derecho del consumidor del viaje a recibir indemnización por la frustración o pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs. 2 BGB), lo que ha permitido la cualificación de estos daños como no patrimoniales sin que ello excluya su resarcimiento y, lo que es más importante, la extensión de esa indemnización a personas laboralmente inactivas.¹⁶⁶

Con más vacilación está sucediendo lo mismo en Italia, en donde han proliferado distintas interpretaciones con el fin de superar la exigencia de tipicidad de los daños no patrimoniales (art. 2059 *Codice civile*)¹⁶⁷ para admitir el resarcimiento de los daños por pérdida de vacaciones (*danno da vacanza rovinata*). Si bien no es pacífica la aplicación de este precepto propio del régimen de responsabilidad extracontractual a los supuestos de incumplimiento contractual, la sentencia del *Tribunale di Roma*, de 6 de octubre de 1989, constituye un claro intento de superar los márgenes más bien restringidos de la norma.¹⁶⁸ En el caso, probado que el alojamiento facilitado al consumidor no reúne las dimensiones ni características contratadas, el Tribunal declara la obligación de la agencia de viajes demandada a indemnizar los daños no patrimoniales ocasionados, cuantificados en este caso en 1.300.000 liras, habida cuenta de su entidad.¹⁶⁹ La doctrina ha señalado que esa sentencia parece hallar su fundamento en el artículo 13.1 CIB, conforme al que "los organizadores de viajes responden de cualquier perjuicio causado al viajero con motivo del incumplimiento total o parcial de sus obligaciones de organización que resultan del contrato o del

¹⁶⁵ Para el Derecho italiano, Salvatore MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, 128-277, págs. 246-251.

¹⁶⁶ Para el Derecho alemán, Thomas BURGER, *Die Haftung des Reiseveranstalters für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit*, NJW 23 (1980), págs.1250-1254; y, sobre todo, Walter MÜLLER, *Schadenersatz auf Grund verdobenen Urlaubs (Zur dogmatischen Einordnung von § 651 f Abs.2 BGB)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, págs. 68-89.

¹⁶⁷ El artículo 2059 del *Codice civile* dispone que el daño no patrimonial solamente debe ser resarcido en los casos previstos por la Ley.

¹⁶⁸ Vide sentencia del *Tribunale di Roma*, de 6 de octubre de 1989, *Resp. civ.prev.*, 1991, págs. 512-516.

¹⁶⁹ La cuantificación de los daños tiene lugar en esa ocasión atendiendo, en palabras del *Tribunale di Roma*, "alla particolare importanza che normalmente si attribuisce al godimento di un periodo di vacanza adeguato alle proprie aspettative".

presente Convenio, salvo que ellos no prueben que se han comportado como un organizador de viajes diligente"; y, en particular, la doctrina también ha hecho notar que la expresión "qualunque pregiudizio" contenida en ese precepto permite superar el tenor del artículo 2059 del *Codice civile* y admitir el resarcimiento de los daños no patrimoniales sufridos por el consumidor de servicios turísticos.¹⁷⁰ Aunque esa sentencia ha recibido algunas críticas por considerar los daños por pérdida de vacaciones como un supuesto del llamado daño existencial (*danno esistenziale*),¹⁷¹ el caso es que en la actualidad se admite sin ninguna duda el resarcimiento de aquellos daños, dando lugar a una excepción en el marco de la tradicional restricción en el resarcimiento de los daños no patrimoniales contractuales. Las principales dificultades resultan ahora de la falta de criterios en la cuantificación de su indemnización, si bien parece indiscutible que en ello va a adquirir un particular relieve el arbitrio judicial.¹⁷²

En el Derecho inglés la indemnización de los daños no patrimoniales que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje no plantea mayores dificultades desde el caso *Jarvis v. Swans Tours* [1973]. Aunque las angustias, preocupaciones, enojos, decepciones u otros daños de carácter moral (*mental distress*) como regla general no se consideran indemnizables, a partir de ese caso sí se admite su indemnización cuando esos daños tengan lugar en el cumplimiento de aquellos contratos que tienen por objeto facilitar tranquilidad, reposo, descanso y sosiego,¹⁷³ entre los cuales cabe incluir el contrato de viaje. Por ello, en la actualidad la mayor dificultad que se presenta en este De-

¹⁷⁰ Véase Césare VACCÀ, *La vacanza rovinata e la tutela dei diritti del fruitore dei servizi turistici*, a Riv. dir. comm., 1992, 909-924, págs. 922-923; también Giorgia TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, págs. 287-289, se muestra partidaria del resarcimiento de los daños por frustración o pérdida de vacaciones; y Liliana ROSSI CARLEO, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, Riv. Dir. impresa, 1995, 477-495, pág. 487.

¹⁷¹ Así, Francesco Donato BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1996, 1-25, págs. 14-15, advierte sobre la excesiva extensión de ese tipo de daño.

¹⁷² Véase la sentencia del *Pretore di Roma*, de 11 de diciembre de 1996, NGCC, 1997, I, págs. 875-881, con nota de Vincenzo ZENO ZENCOVICH, *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicative*.

¹⁷³ Hacen referencia al caso *Jarvis v. Swans Tours* [1973], GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 256-259. También en el caso *Hayes v. Dodd* [1990] —expuesto por los mismos autores— la *Court of Appeal* declara que la indemnización de daños no patrimoniales únicamente tiene lugar si el objeto del contrato consiste en facilitar tranquilidad de ánimo y relajamiento ("if the object of the contract was to provide peace of mind or freedom from distress").

recho con respecto a la indemnización de los daños no patrimoniales se refiere a su cuantificación.¹⁷⁴

Por su lado, la jurisprudencia francesa anterior a la Directiva 90/314/CEE admite la indemnización de daños de índole no patrimonial (*dommage moral*), en algunas ocasiones junto a daños corporales o a objetos del consumidor de viajes también pueden tener lugar; y en otros casos, simplemente como resultado de la decepción sufrida por el consumidor como consecuencia de la cancelación del viaje, así como de la mala calidad o no prestación de algunos de los servicios del viaje.¹⁷⁵ También en este ordenamiento la mayor complicación consistirá no en la admisión del resarcimiento de estos daños sino en su valoración.¹⁷⁶

En la tradición jurídica española existe igualmente una protección civil de ciertos bienes no patrimoniales.¹⁷⁷ En este ordenamiento el mayor obstáculo en cuanto al resarcimiento de los daños resultantes de la lesión de tales bienes puede atribuirse la concepción economicista de los daños contractuales resarcibles que se deriva de la regulación general, la que únicamente se refiere a la indemnización del daño emergente y lucro cesante (art. 1106 CC).¹⁷⁸ A lo que cabe añadir las evidentes dificultades prácticas, tanto de prueba como de cuan-

¹⁷⁴ Véase, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 256-261; BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., págs. 95-96; y SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 131-134.

¹⁷⁵ Aunque la indemnización de los daños no patrimoniales fue largamente discutida en el Derecho francés, Volker PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, Frankfurt am Main-Berlin- Bern- New York-Paris-Wien, Peter Lang, 1992, págs. 136-137, se refiere a una sentencia que admite la indemnización de tales daños como consecuencia de no visitar una de las ciudades programadas al desviarse el crucero contratado de la ruta prevista (*Trib. de Commerce de la Seine*, de 4 de enero de 1957, JCP, II, marginal 9932). El autor añade que en estos casos los tribunales designan esos daños mediante expresiones como "trouble de jouissance, espérances déçues, vacances gâchées".

¹⁷⁶ Véase François BOULANGER, *Tourisme et Loisirs (Dans les Droits Privés Européens)*, Paris, Economica, 1996, págs. 61-62.

¹⁷⁷ Véase GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 26-80.

¹⁷⁸ Es indudable que el legislador español no se planteó el tema del resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento de obligaciones contractuales. También la expresión "daños y perjuicios" contenida en el artículo 1101 del Código civil tenía un significado plenamente patrimonial. Véase Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Daño moral contractual*, RDP, 1990, 3-12, pág. 7.

tificación, que presenta la indemnización de este tipo de daños.¹⁷⁹ Sin embargo, aunque es en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) donde, desde la segunda década del siglo XX, tiene su origen el reconocimiento jurisprudencial de la indemnización de daños no patrimoniales, en la actualidad tanto la doctrina¹⁸⁰ como la jurisprudencia¹⁸¹ también admiten su resarcimiento por vía contractual (arts. 1101 y ss CC).

Si a ello añadimos, a mayor abundamiento, que la Directiva 90/314/CEE sí que parece aludir a los daños no patrimoniales resultantes del incumplimiento del contrato de viaje como daños resarcibles, aunque en sede de limitación de la cuantía indemnizatoria, por medio de la expresión "daños no corporales" (párrafo 4 del art. 5.2), no habrá inconveniente en admitir el resarcimiento de daños no patrimoniales resultantes del incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC).

Otra cosa es que el consumidor en su reclamación de indemnización, o los tribunales en sus fundamentos jurídicos con base a los hechos que delimitan e individualizan la pretensión —coincidan o no con los fundamentos alegados por las partes (*iura novit curia*)—, sigan prefiriendo acudir a la concurrente

¹⁷⁹ Fernando IGARTUA ARREGUI, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984*, CCJC, 1984/5, marginal 136, 1631- 1644, págs. 1642-1644, señala que un obstáculo que ha encontrado la reparación de los daños no patrimoniales contractuales ha sido la reiterada doctrina jurisprudencial conforme a la que la indemnización de daños y perjuicios no va unida al incumplimiento contractual, ya que ha de demostrarse la existencia real de aquellos, sin que los daños puedan derivarse de supuestos tan sólo posibles o meras conjeturas.

¹⁸⁰ En este sentido, IGARTUA ARREGUI, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984*, cit., págs. 1637-1638, para quien cabe admitir el resarcimiento de daños no patrimoniales no solamente cuando se pacte un contrato relativo a un bien de la personalidad, puesto que entonces que podrá prever el daño a este bien en caso de incumplimiento (cfr. art. 1107.1 CC), sino también cuando el daño a este bien derive del ataque a bienes materiales; por su lado, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 307-312, propone una interpretación del artículo 1106 del Código civil que incluya los daños no patrimoniales entre los distintos conceptos indemnizatorios (cfr. art. 3.1 CC). Véase también CRISTÓBAL MONTES, *Daño moral contractual*, cit., pág.10.

¹⁸¹ La STS, de 9 de mayo de 1984, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Carlos de la Vega Benayas, comentada por IGARTUA ARREGUI, cit., págs. 1631- 1644, es la primera que acepta, de modo explícito, la indemnización del daño moral contractual. GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 323-331, hace un breve repaso del daño no patrimonial contractual en la jurisprudencia española.

responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC).¹⁸² Así, en ocasiones ésta sirve para indemnizar daños no patrimoniales en supuestos en los que sería posible afirmar la responsabilidad contractual de quien los ha causado, acaso por el tradicional rechazo al daño no patrimonial de carácter contractual.¹⁸³

Producidos daños no patrimoniales al consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, eventualmente procederá su resarcimiento pecuniario (art. 11 LVC); a menos que pueda tener lugar la reparación específica o *in natura* de los mismos, esto es, que el organizador o detallista puedan reponer al consumidor en un estado igual o similar al que ostentaba antes de sobrevenir la situación dañosa por medio de una actividad de hacer (*facere*).¹⁸⁴

Hasta el momento el Tribunal Supremo no ha construido una noción unitaria de daño no patrimonial, sino que se ha limitado a admitir la lesión de ciertos bienes jurídicos (honor, vida, integridad física, entre otros) como susceptible de ocasionar este tipo de daños; más genéricamente, también ha considerado las simples molestias, incomodidades o perturbaciones de la tranquilidad como daños no patrimoniales. Ni siquiera en sede de responsabilidad extracontractual se denota una noción jurisprudencial clara de daño moral.¹⁸⁵ Con todo, parte de la doctrina española ha delimitado con mayor fortuna estos daños. Conforme a la misma, serán daños no patrimoniales no solamente aquellos que sean consecuencia de la lesión de bienes de la personalidad (salud, vida, honor, etc.), incluso de la lesión de bienes jurídicos tipificados, sino también cualquier partida de daño susceptible de afectar un interés del acreedor de

¹⁸² Tal posibilidad es apuntada por Santiago CAVANILLAS MÚGICA/Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1991, pág.39.

¹⁸³ Véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, págs. 191 y 319.

¹⁸⁴ Nótese, a estos efectos, que ni el viaje alternativo previsto en supuestos de resolución del contrato o cancelación del viaje (art. 9.1 LVC), ni la adopción de medidas adecuadas por parte del organizador en casos de no prestación o prestación deficiente de servicios (art. 10.1 LVC) son medidas de reparación específica de daños no patrimoniales sobrevenidos sino preventivas de dichos daños.

¹⁸⁵ Sirva como ejemplo la STS, de 28 de febrero de 1959, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza, RAJ 1086. Véase, por todos, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 89-91.

índole no patrimonial protegido jurídicamente.¹⁸⁶ De tal manera que el organizador o detallista podrán quedar sujetos a indemnizar al consumidor del viaje daños no patrimoniales muy heterogéneos.

De todos modos, la regulación del contrato de viaje únicamente se aplicará a la indemnización de estos daños cuando, además, deriven de incumplimiento del contrato (art. 11 LVC).¹⁸⁷ Lo que podrá suceder cuando la prestación incumplida cause indirectamente daños no patrimoniales al consumidor (p.ej. con motivo de daños corporales), así como en el caso que se incumpla una prestación directamente dirigida a satisfacer un interés no patrimonial del consumidor, por lo general con frustración o pérdida de vacaciones.¹⁸⁸ Aunque también cabe admitir que en viajes con fines no vacacionales los daños no patrimoniales a resarcir sean de otra índole. En todos estos casos tales daños podrán considerarse como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (cfr. art. 11 LVC). Ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad extracontractual del organizador o detallista por los daños no patrimoniales que puedan ocasionar (arts. 1902 y ss. CC).

¹⁸⁶ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 699-701, también aboga por una noción amplia de daños no patrimoniales, como una partida autónoma del daño a cualquier interés protegible, y pone de relieve la falta de criterio jurisprudencial en este punto.

¹⁸⁷ En este sentido, Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje (Comentario a la sentencia de la A.P. de Badajoz de 6 de septiembre de 1995)*, PJ, núm. 40, 1995, 411-424, pág. 423, considera que si existe identidad total entre las prestaciones contratadas y las prestadas, el consumidor no podrá reclamar indemnización por pérdida o frustración de vacaciones. Para que proceda su resarcimiento no será suficiente la creencia del consumidor de que el viaje realizado no haya cubierto sus expectativas de disfrute, en base a razones personales o subjetivas. El autor añade que, en caso contrario, la indemnización supondría el aumento del coste de los viajes combinados, así como un aluvión de reclamaciones frente a las agencias de viajes en base a supuestas vacaciones insatisfactorias por razones personales, originando incertidumbre.

¹⁸⁸ Así, por ejemplo, la SAP de Asturias, de 21 de junio de 1999, Sección 1ª., Ponente: Sr. Rafael Martín del Peso, AC 1426, declara el derecho de los consumidores a recibir indemnización no solamente por la prestación deficiente de los servicios contratados sino también por el daño no patrimonial "consistente en la frustración de expectativas y objetivos lúdicos y de ocio"; en este caso se trata de un viaje a Túnez en el que los consumidores buscan obtener el disfrute de cruzar el país en vehículos Todoterreno 4X4, por lo que el hecho de no disponer de los mismos hasta transcurridos cuatro días desde el inicio del viaje —y aun a partir de entonces, disponer de un número de vehículos inferior al contratado— da lugar a la indemnización de esos daños. .

1. *Daños no patrimoniales indirectos.* En primer lugar, serán resarcibles como daños no patrimoniales los trastornos psíquicos o mentales del consumidor derivados de daños corporales sufridos por éste o de daños a objetos de su pertenencia (daños no patrimoniales indirectos). Ya se ha expuesto la necesidad de que el organizador o el detallista indemnicen, en su caso, las consecuencias no pecuniarias de los daños corporales sufridos por el consumidor, tanto el dolor que pudiera padecer el consumidor del viaje lesionado (*pretium doloris*), como el eventual perjuicio estético sufrido por éste,¹⁸⁹ ello aunque en la práctica los órganos judiciales tiendan a declarar la indemnización por ambos conceptos en una cantidad global. Estos daños podrán tener lugar con independencia del carácter patrimonial o no de la prestación objeto de la obligación del organizador o detallista, o sea, tenga o no el viaje fines vacacionales.¹⁹⁰

2. *Daños por frustración o pérdida de vacaciones.* En segundo lugar, también serán indemnizables los daños no patrimoniales consistentes en la frustración o pérdida de vacaciones del consumidor. Estos daños, por lo general, serán específicos de ciertos contratos de viajes: los que tengan por objeto viajes de relax, esparcimiento, recreo o tranquilidad para el consumidor. No en vano la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 12 de marzo de 1998,¹⁹¹ señala que "[n]o 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 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 un daño económico que se les haya producido, es un daño moral y la pérdida de unas vacaciones [...]"; circunstan-

¹⁸⁹ Vide VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 261-299.

¹⁹⁰ También la jurisprudencia francesa tiende a no distinguir entre los distintos daños a la persona y prefiere su resarcimiento global. Véase Francesco Donato BUSNELLI, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en Jorge MOSSET ITURRASPE/Luis DÍEZ-PICAZO/ Francesco Donato BUSNELLI/ Louis PERRET/ Clovis da COUTO e SILVA, *Daños*, Buenos Aires, 1991, Depalma, 1991, 35-51, págs. 38-39.

¹⁹¹ Así, la SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.ª, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 356.

cia que también se ha puesto de manifiesto en la regulación de otros países.¹⁹²

En este caso se impone una situación contractual en la que la prestación, objeto de la obligación, tiene naturaleza no patrimonial. Pese a la histórica discusión doctrinal acerca del carácter esencialmente patrimonial de la prestación,¹⁹³ parece que en la actualidad se tiende a no exigir este carácter con base a argumentos legales de distinta índole (arts. 1088, 1255, 1257 y 1271 CC).¹⁹⁴ De modo que de su eventual incumplimiento derivarán unos daños no patrimoniales, acordes con el interés del consumidor del viaje. Ni siquiera la eventual limitación contractual de la indemnización de estos daños (infra § II.3.4) convertirá dicha prestación en patrimonial, sino que únicamente cumplirá una función limitativa de su resarcimiento. Por lo que en este caso se seguirán indemnizando los daños por frustración o pérdida de vacaciones como daños no patrimoniales.

En ocasiones los órganos judiciales han declarado indemnizable, de resultas de la cancelación, la "frustración de la expectativa de una experiencia de viaje en grupo a un destino comúnmente deseado, en la pérdida de propósitos de diversión conjunta y de ilusiones de grato esparcimiento en el tiempo de las

¹⁹² En el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 131-134, se refiere al caso *Hayes v. Dold* [1990] 2 All ER 815, en el que la *Court of Appeal* declara que los daños por angustias e irritaciones por incumplimiento contractual no son indemnizables como daños contractuales (*damages in contract*), a menos que el objeto del contrato sea proporcionar tranquilidad de ánimo y recreo.

¹⁹³ Frente a la opinión de los juristas de la llamada Escuela Histórica del Derecho, y de la idea del Derecho moderno conforme a la cual el requisito de la patrimonialidad de la prestación se funda en la necesidad de hacer posible la condena del deudor en los supuestos de incumplimiento, Rudolph von IHERING, *Estudios jurídicos*, Buenos Aires, 1974, pág. 124, extrae de las fuentes del Derecho romano que expresiones tales como *id quod interest* o *quantum eius interest* indican no sólo el interés pecuniario, sino todo interés jurídicamente protegido.

¹⁹⁴ En este sentido, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 283-297; sin embargo, CRISTÓBAL MONTES, *Daño moral contractual*, cit., págs. 9-11, expresa: "[l]o que no tendría sentido sería plantearse el resarcimiento del daño por incumplimiento de una supuesta prestación no patrimonial, sencillamente porque no estaríamos en presencia de una genuina obligación jurídica. Supuesto ello, es evidente que el incumplimiento [...] determinará en todo caso un daño patrimonial (la pérdida económica que experimenta el acreedor al no percibir la prestación contemplada), pero al mismo tiempo puede generar otro daño no patrimonial o moral, derivado del hecho de que dicho acreedor no ha visto satisfecho este otro interés no patrimonial que tenía en aras a la ejecución de la prestación debida; y uno y otros deberán ser resarcidos".

vacaciones".¹⁹⁵ Sin embargo, nótese que la letra a) del artículo 9.3 LVC declara que no existirá obligación de indemnizar "cuando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato". Esta previsión excluye la indemnización por frustración de la expectativa de un viaje en grupo en los supuestos de cancelación del viaje. Aun así, la frustración de la expectativa de un viaje en grupo será indemnizable cuando no sea debida a la cancelación por el organizador ni a una causa de fuerza mayor. En este sentido, se ha admitido el resarcimiento de estos daños cuando el organizador ha incumplido lo convenido acerca del número mínimo de participantes en el viaje, habida cuenta que, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, "la mención expresa en la oferta de que se trata de un viaje en grupo con un «mínimo de participantes de diez personas» tiene la suficiente relevancia para influir en la decisión de las dos señoras demandantes, pues es natural que entre las finalidades de un viaje de vacaciones se encuentre el hacer nuevas amistades, relacionarse y, en general, integrarse en un grupo que puede hacer más ameno y divertido el viaje";¹⁹⁶ además la misma sentencia añade que "la decisión de las demandantes de realizar el viaje pese a no cumplirse dicha condición no implica [...] sino resignación ante una alteración relevante que les fue notificada con tiempo suficiente para buscar otras alternativas, y ante la disyuntiva de aceptar las nuevas condiciones ofrecidas o renunciar totalmente al viaje, con pérdida de las vacaciones".¹⁹⁷

Los daños por frustración o pérdida de vacaciones también podrán derivar de contratos de viajes con fines educacionales o de negocios, en los que el consumidor exprese al organizador o detallista, en el momento de contratar, su

¹⁹⁵ Se trata de la antes mencionada SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479, en la que los consumidores, actuando en grupo, junto con otras cuatro personas, unidos todos por vínculos de amistad, contrataron la realización de un viaje a la India. Éstos reclaman indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato de viaje, "en especial de índole moral, al frustrar sus expectativas e ilusiones depositadas en el viaje previsto que [...] debía ser realizado en grupo", a cuya pretensión accede la Audiencia Provincial (250.000 ptas.).

¹⁹⁶ Contrástease con la sentencia alemana LG Frankfurt am Main, Urt. 13.11.1995, RRa 3/1996, págs. 53-54.

¹⁹⁷ Véase la SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tournon, AC 2405, que declara el derecho de las consumidoras del viaje al resarcimiento de daños no patrimoniales ocasionados (50.000 ptas. para cada una).

propósito de realizar actividades de esparcimiento y recreo en el lugar de destino;¹⁹⁸ esto es, la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar el viaje (cfr. art. 1107.1 CC), permitirá que, en su caso, tenga lugar su resarcimiento. Es más, la indemnización de daños por frustración o pérdida de vacaciones en estos casos incluso podrá proceder a pesar de no resultar previsibles, si el organizador o el detallista incumplen el contrato de viaje interviniendo dolo (art. 1107.2 CC) (infra § II.3.1 A b)).¹⁹⁹

3. *Daños no patrimoniales en viajes con fines no vacacionales.* Además, algunos viajes contratados podrán ocasionar daños no patrimoniales distintos a los resultantes de la frustración o pérdida de vacaciones. En particular, con relación a la contratación de viajes de estudios al extranjero,²⁰⁰ cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1995,²⁰¹ que declara indemnizables, como daños no patrimoniales, los ocasionados a un menor expulsado del programa contratado por graves problemas de inadaptación, al hacerse a través de una dura carta y con aviso de ejecución inminente, lo que habría ocasionado "miedo al menor y grave preocupación a la familia" (250.000 ptas.). Sin poder ser exhaustivos en este punto, únicamente corresponde hacer constar la gran heterogeneidad de daños no patrimoniales que pueden resultar del incumplimiento del contrato de viaje para el consumidor.²⁰²

La cuantificación económica de los daños propiamente no patrimoniales no resulta fácil, en la medida que el perjuicio al interés jurídicamente protegido no

¹⁹⁸ La SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.^a, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 356, no parece mantener el mismo criterio.

¹⁹⁹ Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje (Comentario a la sentencia de la A.P. de Badajoz de 6 de septiembre de 1995)*, cit., pág. 422.

²⁰⁰ Gonzalo JIMÉNEZ BLANCO, "Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising", en Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL, *Contratos mercantiles especiales*, Madrid, 1997, 193-221, págs. 211-214, hace un repaso a las sentencias recaídas sobre el contrato de viajes de estudios.

²⁰¹ STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104.

²⁰² También en el Derecho alemán, MÜLLER, *Schadenersatz auf Grund verdobenen Ur- laubs (Zur dogmatischen Einordnung von § 651 f Abs.2 BGB)*, cit., págs. 138-166, distingue entre el viaje estrictamente de vacaciones y el viaje de recreo en sentido más amplio, en el que el incumplimiento contractual acarrea una pérdida de tiempo tampoco restituible en dinero y, por lo tanto, unos daños también no patrimoniales (cfr. § 249.1 BGB).

puede valorarse conforme a un precio de mercado.²⁰³ Pero que las aflicciones, angustias y demás sentimientos de frustración provocados por el incumplimiento del contrato de viaje "no tengan precio", no significa que tales daños no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Aunque es claro que ésta no se hará con fines de compensación íntegra de los daños, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado o sustraído.²⁰⁴ Más bien se tratará de compensar anímicamente al consumidor del viaje por medio del dinero indemnizatorio, en la medida de lo posible, de los sentimientos de aversión sufridos (*solatium*) por dicho incumplimiento.²⁰⁵

Aun no existiendo unos criterios legales específicos,²⁰⁶ se observa que en alguna ocasión los órganos judiciales han pretendido cuantificar la indemnización de los daños no patrimoniales sufridos por el consumidor con arreglo a la regulación del contrato de viaje combinado. Ese es el caso de la antes mencionada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic, de 9 de noviembre de 1999 (inérita), en la que las entradas facilitadas para asistir al clásico concierto del día 1 de enero de la orquesta filarmónica de Viena en un viaje realizado a esa ciudad son de una categoría inferior a las contratadas. Además de indemnizar al actor por la diferencia de precio de las entradas (187.200 ptas.), el Juzgado de Primera Instancia reconoce la existencia de "un perjuicio

²⁰³ En esto CRISTÓBAL MONTES, *Daño moral contractual*, cit., págs. 3-4, señala que lo que no se puede valorar patrimonialmente no es el daño inferido, sino el bien dañado. Para el autor "hablar, pues, de daños no patrimoniales [...] debe entenderse en el sentido que el bien dañado no es un bien patrimonial y, por tanto, no cabe estimarlo en dinero, pero no en el de que el daño irrogado no quepa valorarlo pecuniariamente".

²⁰⁴ Refiriéndose a la indemnización de los daños por dolor físico o psíquico, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 699, expresa: "lo que en verdad ocurre en este caso es que tal módulo de comparación no es siquiera imaginable, pues la propia naturaleza del daño experimentado por la víctima (daño inmaterial) significa que la determinación de su «equivalente» en dinero será *siempre* por estimación o aproximación, cualquiera que sea su montante o cuantía".

²⁰⁵ Cfr. Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 305.

²⁰⁶ Contrástese con los criterios para la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños morales previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen* (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982). Vide Miquel MARTÍN CASALS, "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", en Pablo SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 382-409, págs. 387-399.

o daño moral complementario indemnizable". Para indemnizar este daño, la sentencia declara que "[...] careciendo de un parámetro para indemnizar ese daño moral (frustración, etc), podemos tomar los referentes que, a efectos indemnizatorios previstos en el art. 9.2 de la ley en caso de resolución del contrato, prevé la propia Ley de Viajes Combinados, siendo aplicable el 25 por 100 a efectos resarcitorios (que se prevé para problemas surgidos a última hora, como ha ocurrido aquí, en que es al entrar al mismo concierto cuando se detecta el problema, con la añadidura de que lo detecta el actor, puesto que al mismo nadie le informó de la variación). Y dicho 25 por 100 debe aplicarse o proyectarse sobre el total de 187.200 ptas., representado la cantidad de 46.800 ptas. que, sumada a la anterior da un total de 234.000 ptas. que son objeto de condena por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual". Con todo, esa construcción no se ajusta a las previsiones del artículo 9.2 LVC, que únicamente se refiere a la resolución del contrato por la modificación significativa de un elemento esencial del contrato antes de la salida del viaje (art. 9.1 LVC en relación con el art. 8 LVC), y establece una penalización mínima que se calcula a partir de unos porcentajes que recaen sobre el precio total del viaje (en el caso, 949.400 ptas.) (infra § II.3.2 A)).

Más bien cabe entender que la determinación de la cuantía indemnizatoria por daños no patrimoniales resultantes del incumplimiento del contrato de viaje tendrá lugar a partir del arbitrio judicial, según se desprende de la doctrina jurisprudencial desarrollada hasta el momento.²⁰⁷ Faltando una prueba efectiva de estos daños, por ser objetivamente imposible su obtención, el juez deberá buscar la solución más adecuada atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Está claro que el arbitrio judicial en la determinación del alcance de la indemnización por daños no patrimoniales va a conllevar una notable disparidad entre las cuantías indemnizatorias a que podrá tener derecho el consumidor, y

²⁰⁷ Puede consultarse, por ejemplo, la STS, de 22 de abril de 1989, Sala 2.^a, Ponente: Sr. Luis Vivas Marzal, RAJ 3500, conforme a la que "si lo debatido son los perjuicios morales «strictu sensu» [...] la cuantificación, podrá verificarse por el Tribunal de instancia, prudentemente, y sin más limitación que la impuesta por la racionalidad más elemental y por su discrecional arbitrio".

en no pocas ocasionará problemas de seguridad jurídica.²⁰⁸ Aun así, en este punto conviene distinguir entre los daños patrimoniales (p.ej. gastos de hospitalización resultantes de lesión a la integridad física) y los daños no patrimoniales (p.ej. frustración o pérdida de vacaciones), como denota una tendencia jurisprudencial bastante arraigada.²⁰⁹ Mientras que los primeros daños requerirán una constatación clara a los efectos de su valoración y posterior revisión en vía de recurso, únicamente la valoración de los daños no patrimoniales quedará al arbitrio del juzgador. Y aun en este caso, los tribunales deberán justificar los criterios utilizados para fijar la cuantía de la indemnización, puesto que de lo contrario se podría provocar indefensión del organizador o detallista que incumplan el contrato de viaje (art. 24 CE).

En la jurisprudencia se denota una flexibilización de las exigencias probatorias de los daños no patrimoniales: acreditado el incumplimiento del contrato, los daños no patrimoniales se presumirán, según aconsejan las dificultades de su prueba, dada su particular naturaleza.²¹⁰ Así se supera uno de los mayores obstáculos en el reconocimiento de la indemnización de los daños no patrimoniales de índole contractual.²¹¹ Ello también se deduce de distintas sentencias en las que se plantea el problema de la prueba de los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento del contrato de viaje, al señalar que el rigor de su exigencia no puede ser el mismo que el de los daños y perjuicios de índole patrimonial, dada la naturaleza intangible de aquéllos;²¹² aunque en estos casos

²⁰⁸ En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 692, 702-703, quien señala que los criterios para la estimación de los daños no patrimoniales son siempre discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación.

²⁰⁹ Pone de manifiesto esta jurisprudencia, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., pág. 152.

²¹⁰ También VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., págs. 181-182, considera que producido un daño corporal, se debería presumir la existencia de un daño moral. Y el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen* presume la existencia de daños morales si se acredita la intromisión ilegítima. Vide MARTÍN CASALS, "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", cit., págs. 384-387.

²¹¹ Véase, IGARTUA ARREGUI, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984*, cit., págs. 1642-1644.

²¹² Así, la citada SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7478, deduce la existencia de daños no patrimoniales de la cancelación de un viaje de vacaciones contratado por un grupo de personas unidas por vínculos de amistad. O la SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Guillermo Rosselló Llaneras, RGD, núm. 648, págs. 12208-12212, que declara la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones de los consumidores (100.000 ptas.) como consecuencia de la pérdida de enlace por retraso en la salida del avión contratado. Mientras que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó tal indemnización por entender que su prueba no puede ser suplida por remisión a la fase de ejecución de sentencia (art.

no resulte lesionado un bien jurídico tipificado sino, más extensamente, un interés de carácter no patrimonial del consumidor del viaje. Por este motivo, tampoco podrá exigirse al consumidor del viaje la cuantificación de los daños no patrimoniales que sean consecuencia del incumplimiento del contrato. Aunque normalmente el consumidor fija en una cantidad precisa la cuantía indemnizatoria por este concepto, también podrá considerarse adecuada la reclamación de indemnización de estos daños "en la cuantía que fije el juzgador" como consecuencia del incumplimiento que el propio consumidor acredite.²¹³

Por último, el *quantum* de indemnización solamente resultará revisable en casación de modo excepcional. En atención a los hechos que deban estimarse probados, por lo general la determinación de la cuantía indemnizatoria será una cuestión de hecho, atribuible a los órganos judiciales de instancia (art. 1692.4 LCE).²¹⁴ El Tribunal Supremo, refiriéndose en concreto a los daños no patrimoniales, ha declarado que aquéllos no pueden tener en cuenta, dada su naturaleza, pruebas objetivas, sino que la fijación de la cuantía se hace a partir de la prudencia del juzgador de instancia, sin que esa facultad pueda ser revisada en casación.²¹⁵ Únicamente parece que cabría la revisión en casación de la cuantía indemnizatoria de existir un error de hecho resultante de documentos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, supuesto este último nada frecuente en materia de daños no patrimoniales.²¹⁶ Añádese a ello la in-

360 LEC), la Audiencia Provincial considera que si de los hechos probados se deduce fatalmente la existencia de daños morales no hace falta acreditar su realidad.

²¹³ Véase la SAP de Barcelona, de 26 de marzo de 1998, Sección 11.ª, Ponente: Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, núms. 649-650, 1998, págs. 13588-13590.

²¹⁴ Así, VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, cit., pág. 183, señala que la cuantía de indemnización por daño moral que el juez determine es una cuestión de hecho no revisable en casación.

²¹⁵ Alude a esta doctrina DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 720-721, para quien "encuentra justificación el lamento de quienes entienden que la cuantía de la indemnización debería ser recurrible en casación, para que el Tribunal Supremo unificase criterios para que sirviesen de pauta para casos posteriores. Pero esta posibilidad no existe por ahora en España [...]".

²¹⁶ Véase SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, cit., pág. 187. Por su lado, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 152-154, hace una interpretación más restringida del principio de irrecurribilidad de la indemnización por daño moral, condicionándolo a la constancia y precisión de las bases de la regulación, esto es, al establecimiento de los supuestos de hecho que sirven de fundamento para fijar la suma pecuniaria; así como a la prudencia o elemental racionalidad en la cuantificación o determinación de la suma indemnizatoria.

existencia de parámetros legales para la determinación de la cuantía de indemnización de los daños no patrimoniales consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, lo que a la práctica también impedirá en muchos casos la revisión en casación de la cuantía indemnizatoria en base a una cuestión de derecho (art. 1692.5 LEC).²¹⁷

Con todo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1994,²¹⁸ en la que la demandante solicita indemnización en concepto de daños no patrimoniales derivados de la muerte de su hija al ser atropellada por un vehículo en el transcurso de un viaje de estudios en Irlanda, casa la sentencia de la Audiencia Provincial que rebajó la cantidad indemnizatoria por tener en cuenta la indemnización máxima prevista para el caso de muerte por el artículo 23 e) del Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor*,²¹⁹ modificado por Real Decreto de 4 de julio de 1980. Considerando que esta norma no rige en el caso y deja abierta la vía de las indemnizaciones procedentes, entre ellas, por daños no patrimoniales (arts. 1101 y ss. CC), el Tribunal Supremo declara:

"[l]a doctrina de esta Sala se define como respetuosa en la fijación del *quantum* indemnizatorio que llevan a cabo los Tribunales. Ahora bien, cuando sucede, como en la actual controversia, que se presenta un claro y manifestado estado de incumplimiento contractual y que el Tribunal de instancia no atendió, pues lo marginó decididamente y llevó a cabo, consecuentemente, incorrecta aplicación de las bases que asientan y fijan la cantidad indemnizatoria correspondiente, ya que las únicas que tuvo en cuenta fueron las que procedían de normas no aplicables al caso, con la derivación de dejar vacío de todo contenido la reclamación

²¹⁷ MARTÍN CASALS, "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", cit., págs. 407-408, se refiere a algunas sentencias en que se discute si el *quantum* indemnizatorio es revisable o no en casación haciendo esta distinción.

²¹⁸ Véase la STS, de 15 de febrero de 1994, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Alfonso Villagómez Rodil, RAJ 1308.

²¹⁹ BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 1964.

por daños morales. Resulta así que la sentencia ha de ser saneada, declarando su anulación casacional".²²⁰

Y también la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1995,²²¹ relativa al menor expulsado del programa contratado por graves problemas de inadaptación, eleva la cuantía indemnizatoria, por todos los conceptos (a diferencia de la sentencia recurrida, incluye daños no patrimoniales), añadiendo que ello tiene lugar "sin que tal elevación sea contraria a la doctrina sobre inmutabilidad de la suma, puesto que acreditados los daños morales, no se tuvieron en cuenta para fijarla y ello permite estimar el motivo décimo del recurso, en el que denuncia la infracción del artículo 1101 del Código Civil en relación con el artículo 1104".

b) En particular, indemnización de daños por pérdida de vacaciones

Expuestos los distintos tipos de daños no patrimoniales indemnizables por parte del organizador o detallista como consecuencia del incumplimiento del contrato, conviene hacer algunas observaciones con respecto al resarcimiento de los daños por pérdida de vacaciones.

La no observancia de las prestaciones contratadas por parte de los organizadores y detallistas puede transformar el viaje en una experiencia desagradable, donde no sólo se lesionan los intereses del consumidor a obtener las prestaciones objeto del contrato de viaje sino que también se frustran o pierden las expectativas de disfrutar de las vacaciones contratadas.

Como en los demás supuestos de daños no patrimoniales, en no pocas ocasiones a la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones se acumula-

²²⁰ Adviértase que en la reclamación de indemnización de daños no patrimoniales la demandante incluye elementos con contenido patrimonial (p.ej. gastos de repatriación del cadáver), acaso por las menores exigencias probatorias existentes para aquellos. Esa tendencia a acumular el resarcimiento de ambos tipos de daños no debería obstar a que los daños patrimoniales indirectos, resultantes de la lesión de un interés no patrimonial jurídicamente protegido (vida, salud, etc.), debieran ser constatados claramente. Puede consultarse M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1994*, CCJC, 35/1994, marginal 935, 569-591, pág. 590.

²²¹ STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104.

rá la indemnización de daños por lesión del llamado interés de prestación.²²² Tal acumulación la pone de relieve con una excepcional claridad la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de junio de 1998,²²³ al calcular del modo siguiente la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de la prestación de un alojamiento de inferior categoría al contratado:

"[l]as consecuencias del incumplimiento tienen una doble vertiente, en primer lugar un daño material, económico, directo, equivalente a la diferencia de precio entre el alojamiento en hoteles de la categoría B asignados a las actoras [consumidoras del viaje], y los de la categoría A convenidos, que según el catálogo era de 42.800 pesetas (diferencia entre los precios de 109.500 y 152.300 pesetas que constan en la página 8 del folleto publicitario) [...], correspondiendo por ese concepto una cantidad de 85.600 pesetas para las dos promotoras del juicio.

Asimismo se produjo un evidente daño moral, al ser consustancial con una vulneración contractual de la naturaleza que nos ocupa un padecimiento, inherente al hecho de recibir peor servicio que el convenido en período de asueto y en país extranjero, sin posibilidad de más reparación que el ulterior resarcimiento, por todo lo cual, ponderando todas las circunstancias concurrentes, se fija por este Tribunal la indemnización en 160.000 pesetas (80.000 pesetas para cada una de las demandantes)."

El resarcimiento tanto de los daños por lesión del llamado interés de prestación como de los daños por pérdida de vacaciones no siempre se presenta en estos términos. A veces el consumidor prefiere reclamar una única cantidad indemnizatoria en concepto de daños y perjuicios sufridos por frustración o pérdida de vacaciones, debido a las dificultades de probar los daños produci-

²²² Por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona, de 23 de febrero de 1994, Magistrado juez: Sr. Joaquín Ebile Nsefum (inédita), declara la obligación de la agencia de viajes demandada a indemnizar al demandante los daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de un contrato de viaje a Kenia-Seychelles por los siguientes conceptos: primero, por la diferencia de calidad entre el alojamiento contratado y el ejecutado; segundo, por las habitaciones contratadas que los consumidores del viaje no pudieron disfrutar por problemas de sobrecontratación; y tercero, por los daños no patrimoniales ocasionados al demandante y a su familia por el incumplimiento contractual.

²²³ Vide SAP de Madrid, de 16 de junio de 1998, Sección 12.^a, Ponente Sr. Pérez López, Actualidad Civil, núm.1, 1999 @ 14. .

dos;²²⁴ o el órgano judicial únicamente hace referencia a esos daños ante la mera reclamación de indemnización por daños y perjuicios del consumidor.²²⁵

La indemnización por frustración o pérdida de vacaciones también podrá acumularse con otros daños resarcibles, tales como daños corporales, daños a objetos del consumidor, o daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo (p.ej. retraso en la entrega del equipaje conlleva ir varias veces al aeropuerto),²²⁶ siempre que los mismos se acrediten debidamente;²²⁷ aunque la práctica demuestra que en caso de daños corporales, el consumidor prefiere reclamar únicamente indemnización en concepto de daños por muerte o lesiones físicas, así como por trastornos psíquicos o mentales sufridos por el consumidor o por personas que mantengan una especial relación de afección con el mismo.²²⁸ Si bien en estos casos la indemnización por daños no patrimoniales alcanza la mayor cuantía, nada obsta a que, en su caso, además el consumidor

²²⁴ Así, por ejemplo, véase la SAP de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Francisco Rubio Sánchez, AC 1727.

²²⁵ Véase la mencionada SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.ª, Ponente: Sr. Juan Márquez Romero, AC 524; también, la SAP de Vitoria, de 13 de julio de 1996, Ponente: Sr. Picazo Blasco, AC 2009.

²²⁶ La SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, Sección 7.ª, Ponente: Sr. José Francisco Beneyto García-Robledo, RGD 1993, págs. 7615-7617, junto a la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones, declara el derecho de uno de los demandantes a ser indemnizado en la cuantía de 5.000 ptas., por el suplemento por habitación individual abonado por el consumidor; también la SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473, además de la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones, declara el derecho a indemnización en la cuantía de 10.000 ptas. por el coste de reemplazo del taxi utilizado por los consumidores; del mismo modo, la SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.ª, Ponente: Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, págs. 13588-13590, condena a la agencia de viajes a indemnizar a los demandantes en la cuantía de 25.000 pesetas por el importe que les costó una excursión, y en la cuantía de 50.000 pesetas en concepto de daños no patrimoniales, por ausencia de representante de la agencia en uno de los lugares de destino, reclamación de pago de una cantidad que en realidad adeudaban otros consumidores del viaje, y reserva del alojamiento por sólo una parte de la duración del viaje.

²²⁷ La SAP de Burgos, de 25 de octubre de 1991, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Daniel Sanz Pérez, RGD, 1992, págs. 12695-12696, sólo declara indemnización por daños no patrimoniales y desestima la indemnización de daños materiales, "puesto que ni siquiera se ha aportado factura ni recibo alguno de que el demandante haya pagado hospedaje por encontrarse ocupado el apartamento que reservó, ni del precio abonado por los dos apartamentos que hubiera de habitar para su veraneo, y el de la familia en sustitución de aquél".

²²⁸ Véase la SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente: Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423, y la SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.ª, Presidente: Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598.

del viaje pueda reclamar al organizador o detallista indemnización por frustración o pérdida de vacaciones.

El sistema de determinación de la cuantía de la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones resultantes del incumplimiento del contrato de viaje va a ser el propio de los daños no patrimoniales. No existiendo una prueba objetiva de tales daños, el arbitrio del juez resultará decisivo, debiendo buscar la solución más adecuada atendiendo a las circunstancias del caso concreto, siempre con la motivación suficiente para no ocasionar indefensión al organizador o detallista del viaje.²²⁹ En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 11 de marzo de 1996,²³⁰ probada la inmediatez del alojamiento ofrecido al demandante respecto de una carretera de intenso tránsito con ruido molesto de día y de noche, así como la gran distancia de este alojamiento con relación a los lugares de esparcimiento, declara lo siguiente:

"[e]s evidente la dificultad que entraña la evaluación económica de los daños y perjuicios de carácter no patrimonial sufridos [...] por la pérdida en este supuesto de las vacaciones que el actor había proyectado con su familia, precisamente por su relatividad e indeterminación, pero ello no debe ser óbice para que, habiéndose producido realmente esos daños y perjuicios inmateriales, como es evidente en este caso, sean los Jueces y Tribunales, como reconocen las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 diciembre 1984 (RJ 1984, 2403 y 6111) quienes resuelvan por aproximación, con su prudente arbitrio, la indemnización que crean más adecuada".²³¹

²²⁹ En la doctrina española, en el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 250; y Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, págs. 232-233. Contrástese con GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 233-235.

²³⁰ SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.ª, Ponente: Sr. Juan Márquez Romero, AC 524.

²³¹ Entre las sentencias, a favor de la determinación de los daños por frustración o pérdida de vacaciones a partir del arbitrio judicial, véase también la SAP de Burgos, de 25 de octubre de 1991, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Daniel Sanz Pérez, RGD, 1992, págs. 12695-12696. En el Derecho inglés tales daños constituyen una partida distinta (*physical discomfort*) de los daños no patrimoniales (*mental distress*). En este sentido, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 261, se refieren al caso *Cook v. Spanish Holiday Tours*, en el que los demandantes fueron indemnizados por el inconveniente de tener que pasar la primera noche de su luna de miel tumbados en el banco de un parque. Para BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág. 98, la cuantificación de tales daños puede hacerse en términos más objetivos que en el caso de los daños no patrimoniales.

Hasta el momento las cuantías indemnizatorias de los daños sufridos por el consumidor del viaje por frustración o pérdida de vacaciones son muy dispares, como se expresa en la tabla siguiente:

*Cuantías indemnizatorias de los daños sufridos por el consumidor del viaje por frustración o pérdida de vacaciones*²³²

<i>Sentencia</i>	<i>Precio del viaje</i>	<i>Cuantía indemnizatoria</i>	<i>Porcentaje</i>
1.SAP Burgos, 25.10.1991		250.000 ptas.	
2.SAP Barcelona, 26.2.1993	300.000 ptas.	165.000 ptas.	55%
3.SAP Valencia, 17.6.1993	56.500 ptas.	28.250 ptas	50%
4.SAP Segovia, 13.12.1993	176.304 ptas.	50.000 ptas.	28,36%
5.SAP Pontevedra, 6.12.1993	160.000 ptas.	10.000 ptas.	6,25%
6.SAP Badajoz, 6.9.1995		250.000 ptas.	
7.SAP Vitoria, 13.7.1996	249.564 ptas.	62.391 ptas.	25%
8.SAP Palma, 18.2.1998		100.000 ptas.	
9.SAP Barcelona, 13.3.1998		50.000 ptas.	
10.SAP Barcelona, 26.3.1998	961.538 ptas.	50.000 ptas.	5,2%
11.SAP Vizcaya, 6.4.1998	33.000 ptas.	50.000 ptas.	151,51%
12. SAP Madrid, 16.6.1998		80.000 ptas.	
13. SAP Alicante, 4.5.1999		150.000 ptas.	

Tabla 4

²³² Esta tabla expresa las cuantías indemnizatorias concedidas por los órganos judiciales a cada consumidor y la paridad de las mismas con relación al precio del viaje, cuando éste es señalado por la sentencia. Se han excluido aquellas sentencias en las que no resulta posible individualizar la cuantía indemnizatoria correspondiente a cada consumidor del viaje (p.ej. SAP Sevilla, 25.10.1991), las que se limitan a confirmar la cuantía indemnizatoria concedida por el Juzgado de Primera Instancia —sin más especificaciones— (p.ej. SAP Lleida, 12.3.1998) y las que desestiman la pretensión del consumidor de recibir indemnización de daños por frustración o pérdida de vacaciones (p.ej. SAP Álava, 1.4.1998).

El juez deberá atender a distintas circunstancias para determinar el *quantum* de la indemnización. Aunque las sentencias no expresan con demasiado detalle cuáles serán estas circunstancias, pueden apuntarse las siguientes:

1. *Alcance del incumplimiento del contrato de viaje.* En distintas sentencias, el alcance del derecho a la indemnización por daños no patrimoniales del consumidor del viaje se pondera atendiendo al valor residual de los servicios del viaje correctamente ejecutados. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de junio de 1993, cifra el *quantum* indemnizatorio por frustración o pérdida de vacaciones exactamente en el 50 por 100 del precio del viaje (28.250 ptas.) con vista a la "poca gravedad de las deficiencias" ocurridas en la ejecución de un viaje a Cracovia, Katowice y Auschwitz, y por haberse ejecutado distintos servicios contratados.²³³ Si bien ya se ha advertido que en el Derecho español el resarcimiento de daños y perjuicios por pérdida de vacaciones no presupone la concurrencia de un incumplimiento grave (supra § II.1), nada obsta a que los órganos judiciales tengan en cuenta el alcance del incumplimiento contractual del organizador o detallista para determinar la cuantía indemnizatoria.

2. *Condiciones personales del consumidor del viaje.* Aunque en algún ordenamiento los tribunales muestran cierta reserva en cuanto a atender a las condiciones personales del consumidor del viaje para calcular la cuantía indemnizatoria de los daños no patrimoniales,²³⁴ lo cierto es que no parece que las mismas puedan obviarse.

Hasta el momento los tribunales españoles ya han tenido en cuenta las circunstancias personales del consumidor del viaje a la hora de declarar la obligación de la agencia de indemnizar daños no patrimoniales distintos a los daños por pérdida de vacaciones. En particular, aquéllos han tenido en cuenta la contrariedad que supone para el consumidor el hecho de encontrarse en otro país, particularmente cuando el servicio del viaje no prestado o prestado deficientemente haya sido concertado precisamente para evitar situaciones desagrada-

²³³ La SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, Sección 7.ª, Ponente: Sr. José Francisco Beneyto García-Robledo, RGD 1993, págs. 7615-7617.

²³⁴ En ese sentido, puede consultarse el caso inglés *Adcock v. Blue Sky Holidays* [1980], en GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 258.

bles en el mismo.²³⁵ En este sentido, en la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993,²³⁶ se reclama indemnización de los daños y perjuicios que tienen lugar como consecuencia de la no prestación del servicio de transporte de los consumidores, con guía, desde el aeropuerto de Amsterdam al hotel y el regreso al aeropuerto, ante lo cual la Audiencia Provincial declara lo siguiente:

"[...] entendemos que el equilibrio no se restituye con la mera y escueta valoración de la parte de prestación no cumplida, ya que el perjuicio tiene otros ribetes no meramente económicos, que van más del escueto importe del viaje en taxi [10.000 ptas. como coste de reemplazo del servicio]; ha de valorarse, al amparo del art. 1101 del Código Civil, el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación en que la demandada [consumidora del viaje] y su marido se encuentran en país extranjero como consecuencia de aquel incumplimiento y que el servicio no prestado fue especialmente tenido en cuenta por la contratante del viaje, precisamente en evitación de situaciones como la que finalmente hubo de padecer."

También en esta línea, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995,²³⁷ admite la reclamación de indemnización en concepto de daños no patrimoniales derivados del incumplimiento contractual presentada por los consumidores, principalmente por no poner la agencia de viajes demandada a su disposición "un guía de habla hispana durante todo el recorrido", en el marco de un viaje de placer a China, con base a la siguiente consideración:

"[l]a carencia de guía en un país con un idioma de compleja comprensión, en el que, además, es notoriamente conocido que los signos gráficos utilizados habitualmente son radicalmente distintos a los de nuestro entorno occidental, originó una serie de inconvenientes sobrevenidos [...] que hacen que la cantidad reclamada resulte ajustada a los daños y perjuicios de carácter moral sufridos por los actores [...]"

²³⁵ En el Derecho francés, BOULANGER, *Tourisme et Loisirs (Dans les Droits Privés Européens)*, cit., págs. 61-62, señala que para la indemnización de daños no patrimoniales el juez deberá tener en consideración no solamente si el viaje programado se ha realizado o no parcialmente sino también su destino.

²³⁶ SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473.

²³⁷ SAP de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995, Sección 1.ª, Ponente Sr. Francisco Rubio Sánchez, AC 1727.

En sentencias como éstas existe la idea implícita de que las condiciones personales del consumidor del viaje (vgr. conocimiento de idiomas) no les permite moverse con suficiente destreza en el lugar de destino, circunstancia que es tenida en cuenta a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria por los daños no patrimoniales.

Mas el juez también puede tener en cuenta las condiciones personales del consumidor en los supuestos de resarcimiento de daños por pérdida de vacaciones. Así, para los consumidores del viaje menores de edad muchas de las vivencias del viaje tendrán un significado muy distinto al que van a tener para los consumidores que sean mayores de edad. Mientras que para aquéllos el juez deberá atender sobre todo a circunstancias tales como el confort de la estancia (p.ej. clima del lugar de destino) o posibilidades de recreo (p.ej. lugares de juego) para determinar la cuantía del resarcimiento, otras circunstancias como el descanso o reposo facilitado por el viaje deberán ser tenidas en cuenta más bien con relación a los consumidores mayores de edad.²³⁸ Además, está claro que hasta cierta edad el menor no se halla en situación de poder disfrutar de las vacaciones, en cuyo caso tampoco tendrá derecho al resarcimiento de este tipo de daños.²³⁹ Lo que no significa que un consumidor del viaje que sea menor de edad no vaya a tener derecho en ningún caso a la indemnización de estos daños.²⁴⁰

3. *Tipo de vacaciones objeto del viaje contratado.* El tipo de vacaciones objeto del viaje combinado podrá constituir otro criterio a tener en cuenta por el juez cuando se trate de cuantificar la indemnización. El grado de frustración o pérdida de vacaciones no es el mismo en viajes de vacaciones familiares,²⁴¹ en

²³⁸ Por ello, la sentencia alemana AG Kleve, Urt. 20.7.1998, RRa 9/1998, págs. 177-178, únicamente reconoce el derecho a indemnización de daños por pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs.1 BGB) a los consumidores mayores de edad, pero no a su hijo de tres años que también viaja con ellos.

²³⁹ Vide la sentencia alemana AG Bad Homburg, Urt. 7.7.1998, RRa 8/99, págs. 165-166.

²⁴⁰ Vide TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 58, pág. 1566.

²⁴¹ Véase la SAP de Álava, de 1 de abril de 1998, Sección 2.ª, Ponente: Sr. Jesús María Medrano Duran, AC 561, en la que se plantea la indemnización por pérdida de un día de vacaciones como consecuencia del retraso de dieciséis horas y media en el trayecto de ida en la ejecución de un viaje familiar a Lanzarote, con esperas, escalas y tránsitos causantes de incomodidades.

los llamados viajes de luna de miel,²⁴² en viajes para la celebración de un acontecimiento familiar o personal excepcional, en viajes con los que se pretenda asistir a espectáculos, representaciones, conciertos u otros actos de un interés especial para el consumidor del viaje, o en viajes contratados con el fin de celebrar algunas fiestas del calendario laboral de una significación especial para el consumidor, como los viajes de fin de año.²⁴³ Aun siendo el mismo servicio el no prestado o prestado con deficiencias, ello podrá causar una frustración o pérdida de vacaciones de distinto alcance según el tipo de viaje de que se trate.²⁴⁴

4. *Valor residual de las vacaciones.* El juez también deberá tener en consideración en qué medida el consumidor ha podido disfrutar todavía de vacaciones pese al incumplimiento del contrato de viaje.

En caso de cancelación (art. 9.1 LVC) o de vuelta anticipada desde el lugar de destino por la no prestación o prestación defectuosa de algunos servicios (art. 10.2 LVC), las vacaciones todavía tendrán un valor más o menos residual, a menos que el consumidor vuelva a su actividad habitual y deje de hacer vacaciones. Y en caso de no prestación o prestación deficiente de servicios con continuación del viaje (art. 10.1 LVC) aún será más evidente el aprovechamiento por lo menos parcial de las vacaciones por parte del consumidor.

Para determinar el valor residual de las vacaciones, incluso cabe pensar que el juez podrá tener en cuenta el número de días de vacaciones de los consumidores que contratan el viaje, así como sus posibilidades de disfrutar de nuevas vacaciones en el futuro inmediato, o las vacaciones disfrutadas en un pasado

²⁴² La citada SAP de LLeida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.^a, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 356, al valorar los daños producidos por incumplimiento de un contrato de viaje de luna de miel pone el acento en "la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse pues la ocasión se produce generalmente una vez".

²⁴³ Así, la SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.^a, Ponente: Sr. Marcial Subiras Roca, AC 1458, declara resuelto un contrato de viaje de fin de año por el retraso en la salida del transporte aéreo (art. 1124 CC), aunque no se pronuncia acerca de una eventual indemnización de daños no patrimoniales.

²⁴⁴ BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág. 97, señala que si el viaje se programa para que el consumidor pase la mayor parte de tiempo en el hotel, la falta de piscina u otros servicios convenidos le podrá causar una importante frustración o pérdida de vacaciones. Mientras que si se trata de un viaje en el que el alojamiento se contrata únicamente como medio para pernoctar (p.ej. viaje de aventuras), las deficiencias que puedan existir en el mismo serán menos relevantes.

más o menos reciente. Ya se ha dicho que las circunstancias personales del consumidor podrán ser relevantes a los efectos de delimitar el alcance de la indemnización de daños. Y ni que decir tiene que el número de días de vacaciones de que disponga el consumidor tendrá incidencia en el alcance de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje.²⁴⁵

Las sentencias españolas no se refieren al valor residual de las vacaciones en supuestos de incumplimiento del contrato de viaje. Como máximo, éstas tienen en consideración el alcance del incumplimiento del contrato de viaje (vgr. valor residual de los servicios del viaje correctamente ejecutados).²⁴⁶ De este modo no se valora el distinto alcance que dicho incumplimiento puede tener en el disfrute de las vacaciones para los consumidores; ni tampoco se atiende a la posibilidad de que el consumidor aproveche igualmente las vacaciones más allá del estricto cumplimiento del contrato de viaje. No obstante, el valor residual de las vacaciones también debería ser tenido en cuenta por el juez para cuantificar la indemnización de los daños por frustración o pérdida de vacaciones.²⁴⁷

Todas estas circunstancias del caso concreto deberían ser debidamente ponderadas por el arbitrio judicial, sin perjuicio del límite de la previsibilidad de la frustración o pérdida de tales vacaciones por incumplimiento contractual en el momento de contratar (art. 1107.1 CC). Como sucede en otros países,²⁴⁸ ello po-

²⁴⁵ En el Derecho inglés, véase SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., págs. 9-11.

²⁴⁶ La mencionada SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente: Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7478, no considera relevante que la mayoría de demandantes "pudieran viajar a diversos destinos durante el mes de agosto de 1989 [...] pues ya entonces habían sufrido el daño que se indemniza", esto es, los daños no patrimoniales como consecuencia de la cancelación de un viaje de vacaciones en grupo con salida el 5 de agosto de 1989 y regreso el día 23 del mismo mes.

²⁴⁷ El *Bundesgerichtshof* alemán ha reconocido el valor de las llamadas "vacaciones en el balcón" (*Balkonurlaub*). Vide TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 33-35, págs. 1560-1561.

²⁴⁸ En el Derecho inglés, véase SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., págs. 9-11; en el Derecho alemán no existen unos criterios claros de cuantificación de los daños por frustración o pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs.2 BGB). Vide TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., §651 f, 1549-1567, Rnd. 31, págs. 1559-1560, 1565-1566.

drá dar lugar a una gran disparidad en las cuantías de indemnización por frustración o pérdida de vacaciones.

En un principio tal disparidad parece ineludible. Nótese, además, que en la determinación de la cuantía indemnizatoria de estos daños no debería tenerse en cuenta el precio del viaje. A diferencia de lo que ocurre en el resarcimiento de daños y perjuicios resultantes de la lesión del llamado interés de prestación, el daño por pérdida de vacaciones viene considerado independientemente del daño que resulta de pagar un precio sin haber obtenido en contraprestación un viaje con las características prometidas.²⁴⁹ En contra de alguna opinión doctrinal²⁵⁰ y el criterio mantenido por alguna sentencia española,²⁵¹ el valor del interés no patrimonial del consumidor consistente en disfrutar de sus vacaciones, irremplazable mediante un equivalente en dinero, no se forma a partir del precio del viaje contratado sino que adquiere plena autonomía.²⁵² Por ello, el hecho de que una familia contrate unas "vacaciones baratas" no debería significar por sí mismo un límite en los daños a indemnizar por pérdida de amenidad y disfrute de las mismas.²⁵³ Y la cuantía máxima de indemnización por frustración o

²⁴⁹ Así, en el Derecho italiano, ROSSI CARLEO, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, cit., pág. 487-488.

²⁵⁰ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 234-235, entiende que el resarcimiento del daño por vacaciones malgastadas no debería superar el precio del viaje, "pues éste fue precisamente el valor máximo que el turista le atribuyó al viaje y en el que, implícitamente, consideraba incluido también el precio de su disfrute".

²⁵¹ Véase la mencionada SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron, AC 2405.

²⁵² Además, la regulación holandesa establece, de modo excepcional, una limitación en la indemnización de daños no patrimoniales por pérdida de vacaciones que hace corresponder con el importe del precio del viaje (art. 511 BW holandés), pero ello no significa que los daños efectivamente producidos no puedan ser superiores.

²⁵³ Véase SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 140 y 144. Entre las distintas sentencias a las que alude el autor sobre este punto, es de destacar el caso *Booth Ingram v. Test Travel* (Oct 1990). En este supuesto, contratado por los demandantes un viaje a Grecia por un precio de 584 libras esterlinas, cuyo programa incluía un hotel de clase A, fueron trasladados a otros hoteles en dos ocasiones, la última a un hotel de clase E según el programa del *tour operator* demandado, infestado de cucarachas. Ante las quejas de los demandantes, después fueron trasladados a un apartamento de clase C. Los demandantes fueron indemnizados en las siguientes cantidades: 400 libras esterlinas por lesión del interés de prestación; 600 libras por daños no patrimoniales (*loss of enjoyment, distress and inconvenience*); y 60 libras esterlinas en concepto de intereses. SAGGERSON pone de relieve como en un viaje de precio relativamente modesto puede obtenerse una indemnización en una cuantía que casi lo dobla, aunque el consumidor haya disfrutado aproximadamente de la mitad de los servicios. El autor concluye con la siguiente frase: "[t]he «what-do-you-expect-for-250.00 [libras esterlinas]?» attitude will no longer wash, even in a market beset by narrowing profit margins and keen competition" ("la actitud «¿qué espera usted por 250 [libras esterlinas]?» no servirá en el futuro, ni siquiera en un mercado acosado por unos estrechos márgenes de beneficio y una fuerte competencia").

pérdida de vacaciones en este caso no debería ser necesariamente menor a la correspondiente al consumidor de un viaje en un crucero de lujo cuyo precio haya sido muy superior. Ello sin perjuicio de la posibilidad del organizador de predisponer una cláusula contractual por la que limite dicha indemnización a un múltiplo del precio del viaje.²⁵⁴

En ocasiones, el valor de las vacaciones frustradas o perdidas puede ser muy superior al precio del viaje. Tal razonamiento puede entreeverse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 6 de abril de 1998,²⁵⁵ en la que la empresa explotadora de una pista de esquí y la agencia de viajes recurrentes cuestionan la cuantía indemnizatoria concedida a los consumidores de un viaje (50.000 ptas.), cuando por sobrecontratación en los apartamentos contratados éstos tuvieron que pernoctar en el coche, "con la incomodidad que ello conlleva", y "sufrir las consecuencias al día siguiente en el que tenían previsto esquiar, con lo que malograron un día entero de su período de descanso". En la determinación del *quantum* de la indemnización, la Audiencia Provincial señala que "lo primero que debe aclararse es que las recurrentes pretenden entremezclar el precio del viaje (66.000 ptas.) con el importe de los daños y perjuicios sufridos por los clientes, cuando evidentemente la entidad de éstos deberá valorarse como corresponda, sin que la primera cifra deba operar como un límite para ello". Y a continuación añade que "tal perjuicio no se compensa con la simple restitución del precio pagado por una noche de apartamento, ya que el trato recibido conllevó cierto padecimiento físico y un evidente quebranto de lo que debería ser un fin de semana placentero". Por eso la sentencia declara la obligación de las demandadas a indemnizar a los consumidores del viaje en una cuantía superior al precio del viaje (50.000 ptas. por persona).

Con todo, sentencias como ésta resultan más bien excepcionales en el ordenamiento español. De la mayoría de sentencias se infiere algo similar a un principio no escrito de acuerdo con el cual los daños por frustración o pérdida de vacaciones deberían satisfacer un test de proporcionalidad con relación al

²⁵⁴ *Infra* § II. 3.4.

²⁵⁵ SAP de Vizcaya, de 6 de abril de 1998, Sección 4.^a, Ponente Sr. Enrique García García, AC 5335.

precio del viaje,²⁵⁶ apreciándose una clara tendencia a valorar la cuantía indemnizatoria por frustración o pérdida de vacaciones por debajo del mismo (Tabla 4).²⁵⁷

El criterio mantenido por estas sentencias no es exclusivo del Derecho español. En otros ordenamientos también se aprecia un apego al precio del viaje en la determinación de la cuantía indemnizatoria por daños por la pérdida de vacaciones del consumidor.²⁵⁸ Destaca en este punto, la posición mantenida por el *Bundesgerichtshof* alemán, órgano que acaso tiene en cuenta el precio del viaje para permitir que la indemnización de esos daños también pueda beneficiar aquellas personas que no forman parte de la población laboral activa (p.ej. estudiantes, jubilados); si bien no es menos cierto que en Alemania no existe un criterio jurisprudencial uniforme para el cálculo de la indemnización de daños por pérdida de vacaciones.²⁵⁹

Aun así, esta proporcionalidad no resulta justificable, ni siquiera por la inexistencia de criterios o parámetros legales de cuantificación de los daños resarcibles. Aunque de este modo los órganos judiciales consiguen una notoria uniformidad en las cuantías de indemnización por frustración o pérdida de va-

²⁵⁶ Según la mencionada SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, Sección 7.ª, Ponente: Sr. José Francisco Beneyto García-Robledo, RGD 1993, págs. 7615-7617, la ejecución de algunos de los servicios del viaje "ha de impedir cualquier indemnización ulterior, por supuesta falta de cumplimiento total [...] que excediera en junto (sic) del precio convenido".

²⁵⁷ La citada SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tournon, AC 2405, admite los siguientes razonamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en cuanto a la determinación de la cuantía indemnizatoria de los daños no patrimoniales: "[s]in dejar de advertir lo difícil que siempre resulta objetivar este tipo de detrimentos, su estimación económica ha de venir enmarcada necesariamente dentro de los límites del costo del viaje, puesto que las propias actoras, contrastando personalmente en su momento los pros y los contras, optaron por hacerlo no obstante aquel inconveniente [no alcance del número mínimo de participantes en el viaje]. Siendo el precio de 352.600 ptas., la estimación del perjuicio es de 100.000 ptas. (50.000 ptas. por cada una)".

²⁵⁸ En el Derecho inglés, véase SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., págs. 12-13. Y al parecer, en el Derecho francés el *Institut de la Consommation* recomienda algo similar a la hora de calcular los daños no patrimoniales: a modo de orientación, se trataría de dividir el precio total por los días de viaje realizados. Véase PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 136-137.

²⁵⁹ Algunos órganos judiciales alemanes atienden a los ingresos laborales del consumidor, exclusivamente (OLG Frankfurt/M, OLG München) o conjuntamente con el precio del viaje (LG Hannover), para calcular la indemnización de daños por pérdida de vacaciones. Vide Paul KALLER, *Reiserecht*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, Rnd. 282-284, págs. 272-275.

caciones del consumidor, lo que a la vez aporta seguridad jurídica a las reclamaciones, en no pocas ocasiones parece imponerse una cierta contención en la indemnización de tales daños no acorde con su función compensatoria.²⁶⁰

Acaso la moderación de los órganos judiciales en la determinación de la cuantía indemnizatoria por frustración o pérdida de vacaciones tenga menor relevancia práctica si se tiene en cuenta, como se ha dicho, que aquéllos no consideran en qué medida el consumidor ha podido disfrutar todavía de vacaciones pese al incumplimiento del contrato de viaje. Mas ello es fruto más de la casualidad que de una necesaria tarea de identificación de los criterios a tener en cuenta a la hora de fijar el *quantum* de la indemnización de estos daños.

En cualquier caso, si bien no existe un mercado que fije el valor de cambio del daño por frustración o pérdida de vacaciones, como presupuesto para que el dinero pueda indemnizarlo por equivalente, no parece que la indemnización de tales daños pueda renunciar a su función meramente compensatoria. Aunque no pueda tratarse de una compensación íntegra de los daños producidos, en la determinación de la cuantía indemnizatoria el juez deberá tener en consideración las circunstancias del caso mencionadas para ponderar la gravedad de la lesión al interés no patrimonial del consumidor en hacer vacaciones.²⁶¹

Ello aunque la apreciación de tales circunstancias únicamente servirá a los tribunales españoles para fijar la cuantía indemnizatoria de los daños no patrimoniales y, en ningún caso, para excluir su resarcimiento.

Cierto es que en el Derecho alemán la indemnización de los daños por pérdida de vacaciones únicamente se admite cuando el viaje se ve frustrado o considerablemente perjudicado (§ 651 f Abs. 2 BGB). Y que algunos tribunales par-

²⁶⁰ En la misma línea, tampoco parece de recibo alguna sentencia que da a entender que la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones deberá ser menor que "las que se vienen concediendo en casos verdaderamente dolorosos de daños corporales, y por atentados contra el derecho al honor", como si se tratara de delimitar *a priori* la cuantía indemnizatoria en función del bien o interés no patrimonial lesionado. Así, la SAP de Burgos, de 25 de octubre de 1991, Sección 3.^a, Ponente: Sr. Daniel Sanz Pérez, RGD, 1992, págs. 12695-12696.

²⁶¹ En contra, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 231, sostiene que no toda frustración o pérdida de expectativas de vacaciones será indemnizable, sino solamente aquella que alcance una cierta entidad.

ten de las *Frankfurter Tabelle zur Reisepreisminderung*,²⁶² de acuerdo con las cuales el defecto será considerable y, por lo tanto, suficiente para que proceda dicha indemnización, únicamente cuando conduzca a una disminución de por lo menos el 50 por 100 del precio del viaje.²⁶³

Mas no parece que en el Derecho español haya una base legal suficiente para introducir tal criterio en la delimitación de los daños resultantes de la frustración o pérdida de vacaciones. El mínimo de gravedad de los daños resultantes del incumplimiento del contrato es más propio de la función de satisfacción (o desagravio) al dañado por aquello que el causante de los daños le ha hecho, reconocida a la indemnización de daños no patrimoniales junto a su función compensatoria en países como Alemania²⁶⁴ o Suiza²⁶⁵ (*Genugtuungsfunktion*), que de la función meramente compensatoria que esta indemnización tiene en el Derecho español.²⁶⁶ No se trata de ofrecer un consuelo al consumidor del via-

²⁶² Se trata de unos baremos que han sido desarrollados por el LG Frankfurt para hacer efectivo el derecho a la disminución del precio del viaje (§ 651 d BGB), los cuales han sido publicados en el NJW 1985, págs. 113-115, y en el NJW 1994, págs. 1639-1640.

²⁶³ Siguiendo ese criterio, la sentencia LG Düsseldorf, Urt. 21.8.1998, RRa 3/99, págs. 61-62, no reconoce el derecho del consumidor a recibir indemnización por los daños sufridos por pérdida de vacaciones en un retraso de salida del avión de más de un día y medio para realizar un viaje de siete días. Para otras sentencias esta exigencia resulta demasiado severa y carente de soporte legal. Vide Klaus TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a - k BGB*, 4. neubearb. und erw. Auf., Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 2000, § 651 f, 182-199, Rnd. 31-35, págs. 194-195.

²⁶⁴ Hace referencia a la función de satisfacción (o desagravio) al consumidor de la indemnización por frustración o pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs.2 BGB), TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 45, pág. 1563.

²⁶⁵ En el Derecho suizo Alessandro MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, págs. 249-253, pone de relieve que la doctrina mayoritaria y jurisprudencia suizas han cualificado la frustración o pérdida de vacaciones como daños no patrimoniales, y su indemnización sólo se ha reconocido teniendo en cuenta su función de satisfacción (o desagravio) (*Genugtuungsfunktion*) (art. 49 OR). El autor añade que en la medida que esta función presupone la lesión de derechos de la personalidad (*Persönlichkeitsrechten*), los supuestos de frustración o pérdida de vacaciones apenas son resarcibles en este ordenamiento. Véase también, Veronika PAETZOLD, *Pauschalreisen und Recht in Deutschland und in der Schweiz*, Zürich, Handelskammer Deutschland-Schweiz, 1996, pág. 47, para quien resta por saber hasta qué punto serán indemnizables estos daños a partir de dicha función, y bajo qué presupuestos (p.ej. únicamente en casos de daños particularmente graves).

²⁶⁶ La doctrina española también se refiere a la función satisfactiva de la indemnización de daños no patrimoniales, pero en un sentido totalmente distinto. Por todos, véase GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 120-133.

je a partir de un determinado nivel de desprecio manifestado por el organizador o detallista en el incumplimiento del contrato de viaje sino, simplemente, de compensar económicamente, de un modo aproximado, los daños no patrimoniales sufridos por el consumidor por medio de una indemnización pecuniaria.

Por ello, el resarcimiento únicamente puede tener relación con la magnitud del daño.²⁶⁷ Ni siquiera parece exigible que la frustración o pérdida de vacaciones tenga una entidad suficiente para facilitar la prueba de esos daños intangibles puesto que, como sucede en general en los daños no patrimoniales, bastará con la cumplida prueba del incumplimiento y sus circunstancias para que de ahí puedan deducirse razonablemente los daños por frustración o pérdida de vacaciones,²⁶⁸ pese a la opinión manifestada por una parte de la doctrina española.²⁶⁹ De modo que tal indemnización también deberá proceder cuando el incumplimiento del contrato de viaje cause daños por frustración o pérdida de vacaciones de menor entidad, al igual que en el caso de resarcimiento de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo o de los demás daños no patrimoniales.

Ahora bien, no cabe olvidar que la doctrina también exige la aplicación de los criterios generales relativos a la extensión de los daños indemnizables para determinar el alcance de la indemnización de daños no patrimoniales (art. 1107 CC).²⁷⁰ Por ello, la indemnización de este tipo de daños podrá ser mayor cuando intervenga dolo del organizador o detallista del viaje, puesto que entonces

²⁶⁷ En este sentido, Miquel MARTÍN CASALS, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 1231-1273, págs. 1256-1263, critica la aplicación de las teorías punitivas o sancionadoras en sede de responsabilidad civil. Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 173 y 177.

²⁶⁸ En esta línea, la SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.^a, Ponente: Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479.

²⁶⁹ En cambio, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 243, aboga por requerir cierta entidad al incumplimiento porque "difícilmente podrá acreditarse un daño moral ocasionado por un defecto leve, como pudiera ser v.gr. que no se sirva el desayuno en el hotel". En términos parecidos, MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje (Comentario a la sentencia de la A.P. de Badajoz de 6 de septiembre de 1995)*, cit., págs. 422-423.

²⁷⁰ Véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., pág. 703.

no actuará a favor de los mismos el límite de la previsibilidad de los daños (art. 1107.2 CC); y la indemnización será menor cuando este límite actúe en los demás casos (art. 1107.1 CC). De modo que si el incumplimiento del contrato de viaje tiene lugar consciente y voluntariamente por parte del organizador o detallista y, como consecuencia, frustra o hecha a perder las vacaciones del consumidor, éste tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios de mayor alcance que interviniendo culpa, en cuyo caso la extensión del resarcimiento será menor.²⁷¹

2.2. *Lucro cesante*

Por su lado, el consumidor puede dejar de obtener un determinado incremento patrimonial de resultados del incumplimiento del contrato de viaje. Conforme a la regulación general, está fuera de toda duda el carácter resarcible de las pérdidas que en el futuro supondrá el incumplimiento para el consumidor de viajes, las cuales constituyen el llamado lucro cesante. El artículo 1106 del Código civil declara que la indemnización de daños y perjuicios también comprende "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor".²⁷² Así, constituyen lucro cesante los contratos que se pudieran haber realizado de no haber mediado incumplimiento del deudor, así como la disminución de capacidad de ganancia que tiene lugar en el caso daños a la persona del deudor.²⁷³

Sin embargo, la doctrina española ha discutido que tales daños sean resarcibles cuando tienen lugar en el marco del cumplimiento de un contrato de viaje. En este sentido, hay quien opina que va a ser raro que en este caso resulte un daño indemnizable como lucro cesante, al ser el consumidor del viaje el destinatario final.²⁷⁴ A lo que se ha objetado que cabe considerar como viajes combi-

²⁷¹ Con relación a la determinación del *quantum* indemnizatorio de los daños morales, véase MARTÍN CASALS, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", cit., pág. 1266.

²⁷² CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 681-683, señala que el artículo 1106 del Código civil quiere dejar en claro que, frente a cualquier duda planteada en la tradición precodificada, el lucro cesante también se indemniza.

²⁷³ En general, véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 687-688.

²⁷⁴ Parece mantener un criterio restrictivo en la indemnización de estos daños, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 243, aunque la autora admite algún supuesto en el que el daño puede ser considerado como lucro cesante (vgr. si el viaje incluyera un cursillo de vuelo que, de ejecutarse debidamente, le hubiera servido al consumidor para completar el número de horas de práctica que una empresa le exigía para hacerle un encargo como transportista aéreo).

nados, de conformidad con su regulación, tanto viajes de placer o vacaciones, como viajes de estudios, o negocios, cuya incorrecta ejecución puede producir lucros cesantes al consumidor, siempre que éste demuestre que el incumplimiento contractual le ha supuesto la frustración de ganancias seguras.²⁷⁵ Según nuestra opinión, no sólo cabe admitir el resarcimiento de este tipo de daños en aquellos viajes que no tengan una finalidad estrictamente de esparcimiento o recreo, eventualmente junto al resarcimiento de daños emergentes (p.ej. descuido del consumidor frente a su propia clientela, costes judiciales y extrajudiciales para hacer efectivo el derecho a la indemnización), sino que incluso cabe pensar en la existencia de daños constitutivos de lucro cesante en viajes de placer o vacaciones, como podrá suceder cuando el retraso del regreso respecto del calendario previsto impida al viajero reincorporarse puntualmente a su trabajo tras el período vacacional, perdiendo por ello una parte de su salario o incluso el puesto de trabajo.²⁷⁶

Admitida la relevancia del lucro cesante en el contrato de viaje, en la práctica judicial española se denota una ausencia de sentencias que declaren el derecho del consumidor del viaje a la indemnización de los daños y perjuicios por el incremento patrimonial dejado de obtener un determinado de resultados del incumplimiento contractual. Ni siquiera se plantea el resarcimiento de este tipo de daños, quizá por la tendencia a contratar con los organizadores y detallistas (vgr. agencias de viajes) viajes con una finalidad de esparcimiento o recreo, con respecto a los cuales la doctrina se ha manifestado más reacia en admitir el resarcimiento de tales daños; y por la dinámica consistente en contratar directamente y por cuenta propia los servicios sueltos de transporte, alojamiento u otros integrantes de viajes con otros objetivos;²⁷⁷ circunstancia que, sin duda, excluye dicho resarcimiento del marco del contrato de viaje combinado.

²⁷⁵ Así, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 236-238; también GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 216.

²⁷⁶ En el Derecho inglés, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 256; y BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág. 95.

²⁷⁷ Por el mismo motivo, los daños y perjuicios resultantes de la pérdida de vacaciones del consumidor constituye la partida de daños resarcibles más controvertida. Vide supra § II.2.1 E) b).

A ello cabe añadir, como es sabido, que la doctrina y jurisprudencia mantienen un criterio restrictivo de la indemnización por las ganancias dejadas de obtener por el deudor, habida cuenta que su valoración se basa en un juicio de probabilidades, en cómo se habrían desarrollado las cosas si el organizador o detallista hubiesen cumplido correctamente sus obligaciones.²⁷⁸ En este sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1990,²⁷⁹ frente a la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios por la caída de una consumidora en la cinta transportadora del aeropuerto —no se trata de un viaje combinado sino de un transporte combinado o sucesivo—, entre los que se pretende incluir el lucro cesante, declara lo siguiente:

"[...] la alegación del lucro cesante exige no sólo la posibilidad de haber podido obtener ganancias en caso de no haberse producido el evento causante de los daños, sino, como ha exigido esta Sala —sentencias de 6 de mayo y 22 de junio de 1967 (R. 2283 y 2926), de 25 de abril de 1970 (R.2044) y otras—, los perjuicios o lucro cesante han de apreciarse restrictivamente y ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas; además, según la misma doctrina, ha de guardar la debida relación de causa a efecto".²⁸⁰

En esta línea se sostiene que únicamente resulta indemnizable la ganancia segura probada por parte del consumidor del viaje, en contraste con la ganancia contingente.²⁸¹ Así, por ejemplo, serán indemnizables los beneficios dejados de obtener por el consumidor que sean consecuencia de no haber cumplido un contrato celebrado con terceros por el que se comprometió a dar una conferencia de interés académico a cambio de un precio, si con motivo del retraso del

²⁷⁸ Así, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 684-687, pone de relieve que el criterio restrictivo con el que la jurisprudencia enjuicia la demostración de la realidad del lucro frustrado "se argumenta en la necesidad de no cargar sobre el deudor las ganancias inciertas y basadas en meras esperanzas del acreedor".

²⁷⁹ Véase la STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282.

²⁸⁰ Téngase en cuenta que, según se desprende de la sentencia, los consumidores demandantes tenían el propósito de hacer una "excursión por el lejano Oriente" utilizando aeronaves de distintas compañías aéreas.

²⁸¹ Vide DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 236-237.

avión no puede llegar a la hora prevista.²⁸² En cambio, no será atendible una acción de reclamación interpuesta por el consumidor con el propósito de ser indemnizado por los negocios que se hayan dejado de celebrar en el lugar de destino del viaje debido a un accidente en el transporte de ida, cuando aquél no consiga acreditar con un grado de seguridad suficiente que los mismos se habría celebrado de no haberse incumplido el contrato de viaje.

Por último, la ganancia que el consumidor de viaje obtenga de su participación en el viaje habrá de deducirse del lucro que dejó de ganar con el incumplimiento contractual. Lo que significa que, por seguir en el caso anterior, si el consumidor puede llevar a cabo conferencias programadas para los días siguientes, la indemnización únicamente comprenderá los daños resultantes de las conferencias no realizadas.²⁸³

3. Extensión de los daños resarcibles

Descritas las partidas de los daños resarcibles en caso de incumplimiento del contrato de viaje, se hace indispensable determinar hasta qué consecuencias dañosas responden el organizador o el detallista. La extensión de los daños resultantes del incumplimiento del contrato de viaje va a depender del criterio general previsto en el artículo 1107 del Código civil, de imputación de los daños al incumplimiento. Pero para delimitar el alcance de los daños resarcibles también será preciso hacer mención a dos medidas específicas de la regulación del contrato de viaje. Una de ellas es la penalización mínima prevista en los casos de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje (art. 9.2 LVC) y denegación de embarque en el transporte aéreo regular (arts. 4 y 5 del Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*),²⁸⁴ la cual convierte en resarcibles algunos daños ulteriores resultantes del incumplimiento. La otra medida se re-

²⁸² Ello sin perjuicio que entonces la indemnización no resulte extensible a estos daños conforme a la regulación general (art. 1107 CC) (infra § II.3.1).

²⁸³ Con relación a la deducción en la indemnización del lucro cesante, véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, cit., págs. 689-691, quien considera que no se trata de un supuesto de disminución de la obligación resarcitoria del deudor, como consecuencia del lucro que para el mismo concurre en el incumplimiento, sino de una liquidación neta del daño.

²⁸⁴ DOCE núm. L 36, de 8 de febrero de 1991.

fiere a la limitación de responsabilidad con arreglo a convenios internacionales relativos a los servicios del viaje (art. 11.3 LVC). Cada una de ellas incidirá de distinto modo en la extensión de los daños resarcibles en caso de incumplimiento del contrato de viaje; ello sin perjuicio de los efectos que la facultad de moderación judicial de la cuantía indemnizatoria prevista en la regulación general (art. 1103 CC) también pueda tener en esta cuestión.

3.1. Imputación de los daños al incumplimiento del contrato de viaje

A) Criterio general: el artículo 1107 del Código civil

Como es sabido, la acción de indemnización de daños y perjuicios presupone la imputación de los daños reclamados por el acreedor que los ha sufrido al incumplimiento del contrato.

Sin duda, el criterio general previsto en el artículo 1107 del Código civil resulta plenamente aplicable al régimen de responsabilidad contractual del organizador y el detallista. Habida cuenta del silencio de la regulación del contrato de viaje por lo que se refiere a este punto, no existe inconveniente en aplicar la regulación general, esto es, los criterios contenidos en aquel precepto. Aunque el apartado segundo del artículo 11 LVC exonere a aquellos de responsabilidad por "los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato" en los supuestos que enumera a continuación, debe considerarse que este apartado únicamente tiene por objeto establecer los criterios de no imputación del incumplimiento. En ningún caso puede interpretarse que con este precepto el legislador haya querido establecer, además, un criterio especial de determinación del alcance de los daños resarcibles.²⁸⁵

Con todo, sorprenden las justificaciones realizadas por parte de la doctrina española en orden a integrar las previsiones del artículo 1107 del Código civil

²⁸⁵ En contra, Alicia DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, Madrid, Eurolex, 1995, págs. 330-335, delimita la extensión de los daños resarcibles por incumplimiento del contrato de viaje acudiendo al antecedente inmediato de este precepto, el artículo 5 Directiva 90/314/CEE, para concluir que serían indemnizables todo tipo de daños y perjuicios "como consecuencia del consumo o uso de un bien o de un servicio, sin excepción alguna".

en la regulación del contrato de viaje.²⁸⁶ Simplemente se trata de aplicar la regulación general relativa a la extensión de los daños resarcibles por incumplimiento contractual a una cuestión no prevista específicamente por la LVC. En caso contrario, la consideración de las previsiones del artículo 11.2 LVC como constitutivas de un criterio específico de imputación de daños al incumplimiento del contrato de viaje resultaría excesivo; con ello se dispensaría al organizador o detallista el trato propio del deudor doloso (cfr. art. 1107.2 CC), pues el apartado segundo del artículo 11 LVC no establece dos sistemas de imputación de los daños al incumplimiento distintos según que se trate o no de incumplimiento doloso;²⁸⁷ además, la aplicación de los criterios generales de imputación de los daños al incumplimiento (art. 1107 CC) resulta imprescindible si se atiende a la función que, como se expondrá a continuación, corresponde a los mismos en la contratación del viaje.

De este modo, pronto se advierte que, con arreglo al artículo 1107 del Código civil, deberá distinguirse según si el organizador o el detallista incumplen de buena fe o con dolo el contrato de viaje, puesto que este precepto prevé para cada caso una determinación distinta de los daños que deberán resarcirse.

a) Organizador o detallista de buena fe (art. 1107.1 CC)

Como es sabido, el apartado primero del artículo 1107 del Código civil señala que "los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento".

La buena fe a la que alude este apartado no tendrá lugar en todos los supuestos en que el organizador o el detallista no incumplan con dolo²⁸⁸ sino que,

²⁸⁶ Véase DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 226-230, quien da varias razones para aceptar en este punto la distinción entre deudor de buena fe y deudor doloso realizada por el artículo 1107 del Código civil que más bien guardan relación con la imputación del incumplimiento al organizador o detallista.

²⁸⁷ En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 252, entiende que este trato es excesivo y no suficientemente justificado por el principio de protección del consumidor.

²⁸⁸ La doctrina mayoritaria opina que la buena fe del apartado primero del artículo 1107 del Código civil equivale a los supuestos en que el deudor no incumple por dolo. Así, Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, 709-752, pág. 724.

además de la ausencia de dolo, será necesario que concurra aquella nota psicológica esencial a la culpa que es la ausencia de voluntad infractora²⁸⁹ —en este caso, de incumplimiento del contrato de viaje. Cumpliéndose este requisito, los criterios previstos en el apartado primero del artículo 1107 del Código civil serán aplicables no solamente cuando aquéllos sean responsables de acuerdo con las fuentes de responsabilidad previstas en los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC sino, incluso, en caso que el organizador o el detallista asuman el caso fortuito (infra § II.4). Ello a pesar que la jurisprudencia española con frecuencia resuelva la cuestión relativa a la extensión de los daños resarcibles sin entrar a calificar si la conducta del deudor en el incumplimiento ha sido de buena fe o dolosa, limitándose a señalar que el deudor de buena fe es el que incumple por negligencia.²⁹⁰

En estos casos, el organizador o detallista de buena fe se van a beneficiar de una doble limitación en cuanto a los daños a indemnizar: únicamente deberán resarcir aquellos daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de contratar, y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

(i) Previsibilidad de los daños

La extensión de los daños resarcibles va a depender, en primer lugar, de que el organizador o detallista que incumplan hayan previsto o puedan razonablemente prever en el momento de contratar el viaje la posibilidad de que dichos daños acaezcan en caso de incumplimiento; y en segundo lugar, de la eventual información facilitada por el consumidor acerca de las circunstancias especiales que se dan en la contratación del viaje, de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, conside-

²⁸⁹ Así, Ferran BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, págs. 711-712, para quien buena fe sólo indica negación de dolo, mientras que culpa es además ilicitud, ya que se funda en una infracción de la diligencia exigible.

²⁹⁰ Pone de manifiesto esta tendencia jurisprudencial, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1107)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 53-62, págs. 56-57.

ren asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños (art. 1107.1 CC).²⁹¹

Siendo la previsibilidad delimitada en estos términos muy similar a la concebida en otros ordenamientos,²⁹² el juicio de previsibilidad estará compuesto por dos reglas. Conforme a la primera, serán indemnizables aquellos daños que puedan preverse razonablemente como consecuencia del incumplimiento del contrato del viaje según el curso ordinario de las cosas.²⁹³ Y de acuerdo con la segunda regla, si el consumidor informa sobre circunstancias especiales al organizador o el detallista, éstos también deberán indemnizar los daños que dicha información convierta en previsibles para éstos.²⁹⁴ Así, por ejemplo, si el organizador emplaza los consumidores del viaje en la planta número catorce de un hotel y el ascensor se estropea, los inconvenientes que ello acarreará a aquéllos serán previsibles según el curso ordinario de las cosas (primera regla). Pero si los consumidores del viaje son ancianos o personas con disminuciones físicas incluso podrán sufrir daños corporales o aumentar su incapacidad en el intento de llegar a sus habitaciones. Si tales condiciones físicas fueron conocidas por el organizador o detallista en el momento de contratar el viaje estos daños también serán previsibles (segunda regla).²⁹⁵

²⁹¹ PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1029, se refiere a la noción de previsibilidad utilizada por el artículo 1107.1 del Código civil en estos términos.

²⁹² SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 135-140, se expresa en términos muy parecidos al aplicar algunos principios generales del sistema del *Common Law* al contrato de viaje.

²⁹³ Por ejemplo, el límite de la previsibilidad no será aplicable cuando se trate de resarcir los daños resultantes del retraso en el regreso del viaje respecto del calendario previsto. Estos daños deberán ser considerados en todo caso como previsibles, con independencia de que el consumidor hubiera hecho saber al organizador o el detallista la importancia que para él tenía volver a la fecha indicada. En términos parecidos, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 243, considera que los plazos previstos para la ejecución del viaje han de considerarse esenciales en este tipo de contrato.

²⁹⁴ En la misma línea, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 314-315, señala que el conocimiento del deudor puede proceder, por un lado, de la naturaleza de la obligación que se constituye y su vinculación al interés del acreedor (art. 1107.1 CC: daños "que se hayan podido prever") (previsibilidad objetiva) o, por el otro, de la cognición directa que el acreedor suministre al deudor o que éste adquiera por vía distinta (art. 1107.1 CC: daños "previstos") (previsibilidad subjetiva).

²⁹⁵ GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 262-264, ponen este ejemplo al hacer referencia al juicio de previsibilidad de los daños (*remoteness of Damage*) en el Derecho inglés.

La mayor dificultad a la hora de llevar a cabo el juicio de previsibilidad de los daños (art. 1107.1 CC) resultará de determinar hasta qué punto es relevante la información sobre circunstancias especiales facilitada por el consumidor al organizador o el detallista. En el caso inglés *Kemp v. Intasun Holidays Ltd* [1987] se planteó la previsibilidad para el organizador del viaje del ataque de asma sufrido por uno de los consumidores del viaje como consecuencia de la suciedad de la habitación en que fue alojado. La *Court of Appeal* consideró que tales daños no habían sido resultado del curso ordinario de las cosas, esto es, del alojamiento del consumidor en una habitación de esas condiciones, siendo el ataque de asma una enfermedad bastante excepcional (primera regla). Y tampoco estimó que el organizador tuviera especial conocimiento acerca de esta vicisitud. El cónyuge del consumidor que sufrió el ataque había explicado a la agencia de viajes en el momento escoger el viaje, un mes antes de hacer la reserva definitiva, que aquél no podía asistir porque había sufrido otro ataque de asma, pero la *Court of Appeal* sostuvo que de una conversación casual como ésta no podía inferirse una obligación contractual para el organizador (segunda regla).²⁹⁶

La regla de la previsibilidad a partir de la información sobre circunstancias especiales facilitada por el consumidor podrá tener un particular relieve en el resarcimiento de daños no patrimoniales.²⁹⁷ La previsibilidad prevista en el artículo 1107.1 del Código civil difícilmente va a actuar como límite del resarcimiento de los daños por frustración o pérdida de vacaciones cuando el viaje tenga por objeto el esparcimiento o recreo del consumidor en el lugar de destino. En el momento de contratar no cabe abrigar muchas dudas acerca de la previsibilidad del acaecimiento de tales daños en el supuesto de incumplimiento del contrato de viaje,²⁹⁸ lo cual contrastará con las dificultades que en no pocas ocasiones encontrarán los participantes en viajes con la misma finalidad pero objeto de otras modalidades contractuales.²⁹⁹ En cambio, como se ha di-

²⁹⁶ Para este caso, véase GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 263-264, y BUTTI-MORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., págs. 91-92.

²⁹⁷ Sobre la extensión del daño no patrimonial resarcible de acuerdo con el artículo 1107 del Código civil, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, cit., págs. 313-323.

²⁹⁸ Véase PARRA LUCÁN, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1994*, cit., págs. 584-586; y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 224-225 y 233.

²⁹⁹ Por ejemplo, en la mencionada STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282, el matrimonio contratante de un transporte aéreo combinado o sucesivo (art. 1.3 CVA) reclama indemnización también por daños no patrimoniales como consecuencia de la caída de uno de ellos en la cinta transportadora del aeropuerto; el Juzgado de Primera Instancia declara la obligación de la empresa transportista a indemnizar, además de los daños materiales, en la cuantía de 3.000.000 de pesetas a la consumidora que sufrió la caída y a 1.500.000 pesetas a su marido, en ambos casos por daños no patrimoniales (no se espe-

cho, en ciertos viajes (vgr. viajes de negocios, de idiomas) puede resultar esencial que el consumidor exprese al organizador o detallista, en el momento de contratar, su propósito de realizar actividades de esparcimiento y recreo en el lugar de destino para que tales daños sean resarcibles. Únicamente de este modo cabrá considerar previsibles los daños por frustración o pérdida de vacaciones y, por tanto, podrá declararse la obligación del organizador o detallista a indemnizarlos.

La delimitación de los daños resarcibles realizada por el artículo 1107 del Código civil debe resultar de un juicio sobre lo que las partes han entendido obligarse al tiempo de contratar para la eventualidad de la falta de cumplimiento. Se entiende que el deudor, al mismo tiempo que contrata, se obliga a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor para el caso que no cumpla.³⁰⁰ Por este motivo, no se indemnizarán los daños que no sean previsibles en el momento de contratar el viaje, aunque lo sean antes del incumplimiento del contrato.³⁰¹

Así, por ejemplo, si al consumidor le roban en el alojamiento una joya de extraordinario valor adquirida en el lugar de destino del viaje, sin haber comunicado al organizador o el detallista su propósito de comprarla en el momento de

cifican). La sentencia de la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, salvo en lo referente a la indemnización de estos daños, sentencia que es confirmada por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación presentado. Todo ello pese a que los consumidores pretendían utilizar aeronaves de distintas empresas transportistas con el fin de realizar una "excursión por el lejano Oriente".

³⁰⁰ Así se expresa CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 740.

³⁰¹ En contra, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, T.II (*Derecho de obligaciones*), vol. 1 (*La obligación y el contrato en general*), 10.^a ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pág. 199, opina que "como el espíritu del precepto debe de ser que quien incumple haya podido tener a la vista los perjuicios que con ello causa", no hay razón para que no se indemnice el daño que si bien no era todavía previsible al constituirse la obligación, sí lo sea antes del incumplimiento. Con relación al contrato de viaje, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 230-232, parece seguir este criterio "en cuanto que el art. 10.1 LCVC imputa a dicha agencia [agencia de viajes] la reparación de los daños que puedan causarse al consumidor cuando el organizador compruebe que no podrá cumplir perfectamente la prestación".

contratar pero sí antes del robo, no podrá reclamar la indemnización de los daños y perjuicios resultantes, si el organizador o el detallista no lo pudieron haber previsto de un modo razonable en el momento de contratar el viaje.³⁰² No puede hacerse responder a éstos de unos daños y perjuicios cuyo riesgo de producción no pudieron tener en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de celebrar el contrato; ni el consumidor puede beneficiarse de tal responsabilidad cuando no ha informado al organizador o el detallista sobre la adquisición de la joya al tiempo de contratar, ni ha pagado el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, probablemente el organizador o el detallista le hubieran exigido.³⁰³ Distinto sería si, por seguir con el ejemplo, el organizador o detallista aceptasen el riesgo de robo de la joya una vez informados de la intención del consumidor de adquirirla, sea o no a cambio de un incremento del precio del viaje. En cuyo caso éstos serían responsables de los daños y perjuicios resultantes del robo de la joya a raíz del incumplimiento de una obligación contraída frente al consumidor cuyo objeto habría sido modificado por acuerdo entre las partes (arts. 1203.1 y 1204 CC).³⁰⁴

Nótese que el apartado primero del artículo 1107 del Código civil exige sólo la previsibilidad, al tiempo de contratar, del tipo o clase de daño de cuya indemnización se trate. Por ello, tampoco serán resarcibles aquellas cuantías indemnizatorias que resulten significativamente superiores a las previstas o pre-

³⁰² Distinto sería si la posesión de joyas de este valor por parte de los consumidores fuera previsible para personas razonables del sector profesional de los viajes combinados (p.ej. viaje de lujo), en cuyo caso tales daños deberían considerarse asumidos por el organizador o el detallista.

³⁰³ En este sentido, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., págs. 740-741, señala que "el deudor no aumenta sin más su nivel de riesgo por el hecho de que después del contrato el acreedor le haga llegar nuevos datos sobre el riesgo a que se expone su interés contractual, pues, en su caso, el deudor podría contrarrestar afirmando que no entendía obligarse a tanto y que, de haberlo sabido, la contraprestación que hubiera exigido no hubiera sido la misma". Véase la explicación jurídico-económica del juicio de previsibilidad de los daños resarcibles (art. 1107.1 CC) llevada a cabo por PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1027-1029.

³⁰⁴ Las obligaciones contractuales pueden modificarse, según el apartado primero del artículo 1203 del Código civil, "variando su objeto o sus condiciones principales"; y el artículo 1204 del Código civil añade que "[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles".

visibles en aquel momento; caso en que podrá tener lugar su moderación judicial según lo previsto en el artículo 1103 del Código civil (infra § II. 3.5).³⁰⁵

El requisito de la previsibilidad no resulta aplicable a todas las partidas de los daños resarcibles por incumplimiento del contrato de viaje descritas. Carece de sentido considerar que los daños resultantes de la diferencia de valor entre el viaje contratado y los servicios del viaje facilitados (p.ej. alojamiento de categoría inferior) solamente serán resarcibles en la medida que sean previstos o previsibles en el momento de contratar el viaje. Los daños y perjuicios resultantes de la lesión al llamado interés de prestación siempre van a ser previstos o, por lo menos, previsibles para el organizador o el detallista en el momento de contratar; por lo que cabe entender que en ese momento los mismos se obligan a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de una eventual no prestación o prestación defectuosa de los mismos, sin que a estos efectos pueda actuar como límite de la indemnización de estos daños su falta de previsión. La previsibilidad sólo constituirá un límite a la indemnización de los demás daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de viaje,³⁰⁶ o sea, los daños corporales y a objetos del consumidor,³⁰⁷ los daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, los daños no patrimoniales (pérdida de vacaciones)³⁰⁸ y los daños y perjuicios constitutivos de lucro cesante.³⁰⁹

³⁰⁵ En general, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1037-1043.

³⁰⁶ En este sentido, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 741, entiende que el juicio de previsibilidad nos sitúa ante una cuestión de "comprensión" de ciertos daños distintos del de prestación.

³⁰⁷ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 220, señala que si el incumplimiento del contrato de viaje consiste en no suministrar la piscina prometida y, como consecuencia, el cliente decide bañarse en el mar y es devorado por unos tiburones, el daño de la muerte en tales circunstancias sería considerado como una consecuencia del incumplimiento demasiado remota para ser indemnizada.

³⁰⁸ Así, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 747, señala que para que el daño no patrimonial deberá ser resarcido y pone como ejemplo de previsibilidad, entre otros, aquellos casos en que la prestación debida versa sobre la satisfacción de un interés de esparcimiento o de satisfacción no patrimonial del acreedor, como en el contrato para un viaje de recreo o una vacaciones.

³⁰⁹ Así, por ejemplo, si el consumidor contrata un viaje a Suiza programado para la práctica del esquí sin expresar su propósito, además, de realizar unos negocios en este país, luego no podrá reclamar una indemnización de los daños resultantes de la frustración de tales negocios como consecuencia del incumplimiento del contrato.

En definitiva, el organizador y el detallista únicamente podrán calcular el esfuerzo debido y la contraprestación que deben exigir al consumidor del viaje si la previsibilidad se limita al momento de contratar y las clases de los daños resarcibles.³¹⁰

(ii) Daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento

Aparte del juicio de previsibilidad, el mismo apartado primero del artículo 1107 del Código civil limita la indemnización en los supuestos de incumplimiento del deudor de buena fe a aquellos daños y perjuicios que sean "consecuencia necesaria" de la falta de cumplimiento del contrato. De ese modo cabe preguntarse cuáles son los daños resultantes del incumplimiento del contrato de viaje por los que el organizador o detallista deberá responder frente al consumidor (imputación objetiva).³¹¹

La previsión del apartado primero del artículo 1107 del Código civil se refiere a un problema de causalidad, por lo que en este punto se tendrá en cuenta la relación causa-efecto entre el incumplimiento y los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, de acuerdo con las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto. La doctrina propone la utilización de criterios aplicados hasta el momento en sede de responsabilidad extracontractual para delimitar el alcance de es precepto.³¹² Así, con relación a la responsabilidad contractual del organizador o detallista, hay quien considera que el artículo 1107 del Código ci-

³¹⁰ Sobre la determinación de la previsibilidad de los daños y perjuicios en el momento de constituir la obligación, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 740.

³¹¹ En general, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., págs. 725-726; para Santiago CAVANILLAS MÚGICA, "Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad", en Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (dir.), *Derecho de obligaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, 621-640, pág. 625, "establecido como hecho probado que el incumplimiento ha originado ciertos daños en el acreedor, debe desarrollarse todavía un juicio valorativo sobre si, en Derecho, esos daños son o no indemnizables".

³¹² Véase, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., págs. 726-734; también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1107)*, cit., págs. 58-59.

vil exige que se responda negativamente a la pregunta de si el daño se hubiese producido de haberse cumplido la prestación debida para poder imputar los daños a la agencia de viajes que incumpla (*condictio sine qua non*) (teoría de la equivalencia de las condiciones).³¹³ Sin embargo, tal criterio otorga una extensión desmesurada a las causas, al identificar como tales a todas aquellas que de un modo necesario provoquen el resultado concreto. Más bien parece que deberán adoptarse límites razonables relacionados con la imputación objetiva para evitar consecuencias fuera de toda lógica y de todo punto desproporcionados. En particular, entre los distintos criterios de imputación objetiva manejados por la doctrina con el fin de remediar la indiscriminada extensión de la indemnización,³¹⁴ en el ordenamiento español ha arraigado con especial incidencia la llamada teoría de la causalidad adecuada. Conforme a ella, tanto una parte de la doctrina³¹⁵ como la jurisprudencia —por lo menos, en sede de responsabilidad extracontractual—³¹⁶ consideran que el incumplimiento únicamente será causa de los daños y perjuicios si de él cabe esperar, con base en un criterio de probabilidad o regularidad, que hubiera el acontecimiento dañoso. En esta línea, parece que será necesario averiguar cuáles son los riesgos asumidos por el organizador o el detallista en el contrato de viaje con el fin de imputarles jurídicamente una serie de daños que tengan su origen en el incumplimiento.³¹⁷ Se tratará, pues, de considerar cada uno de los incumplimientos, su intensidad

³¹³ En estos términos, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 232.

³¹⁴ Para PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1036, el deudor de buena fe no va a responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del "riesgo general de la vida", la "prohibición de regreso", la "provocación", el "incremento del riesgo" o la "adecuación".

³¹⁵ Sobre la teoría de la causalidad adecuada, Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 19-50; en cuanto a su aplicación a las previsión contenida en el artículo 1107.1 del Código civil, PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. 1 (Parte especial), cit., págs. 143-147.

³¹⁶ Aunque la relación de causalidad en materia de daños contractuales no cuenta con una línea jurisprudencial bien definida (vide CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 75), la STS, de 11 de marzo de 1988, Sala 1.ª, Ponente: Sr. José Luis Albacar López, RAJ 1961, declara que la teoría de la causalidad adecuada es la mayoritariamente aceptada por la doctrina científica y jurisprudencial en sede de responsabilidad extracontractual; si bien añade que la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil no se adscribe expresamente a la misma ni a cualquiera otra de análoga significación.

³¹⁷ En general, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., págs. 725-726.

y los intereses contractuales que lesionan para determinar si se da el nexo causal que sirve de base para la imputación de los daños y perjuicios y, en su caso, la responsabilidad contractual del organizador o el detallista (art. 11. LVC).

b) Organizador o detallista doloso (art. 1107.2 CC)

Si estos son los criterios para determinar la extensión de los daños y perjuicios imputables al incumplimiento no doloso del organizador o el detallista de viajes combinados, la aplicación del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil amplía las consecuencias de dicho incumplimiento cuando tenga lugar interviniendo dolo. Este apartado prevé que en este caso el deudor responderá "de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Esta previsión únicamente será aplicable a los incumplimientos dolosos en sentido estricto, entendiendo por tales aquéllos que tengan lugar de forma consciente y voluntaria por parte del organizador o el detallista, aunque éstos no conozcan ni prevean las consecuencias dañosas para el consumidor;³¹⁸ sin que quepa incluir en los mismos los incumplimientos provocados por culpa lata.³¹⁹

Con relación al contrato de viaje, un incumplimiento doloso se producirá cuando, por ejemplo, el organizador o el detallista den comienzo a la realización del viaje aun sabiendo que alguno de los servicios contratados no va a poder ser suministrado al consumidor al habersele comunicado previamente su cancelación por parte del prestador directo de los mismos.³²⁰

³¹⁸ Véase DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1107)*, cit., pág. 60, quien señala que, a diferencia del dolo penal, el civil no se basa exclusivamente en la intención de dañar, sino en la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, que da lugar a la producción de un daño, mediando entre ambos una relación de causalidad necesaria y prevista. Vide STS, de 23 de mayo de 1983, Sala 4.ª, Ponente: Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán, RAJ 3415.

³¹⁹ En general, con relación a los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 1107.2 del Código civil, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1034.

³²⁰ Véase DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 232.

El criterio de la "previsibilidad del daño al tiempo de contratar" (art. 1107.1 CC) no resulta aplicable, como límite al resarcimiento, en caso de incumplimiento doloso del contrato de viaje del organizador o el detallista. Éstos tendrán que responder, en su caso, por los distintos daños resultantes del incumplimiento del contrato, sean o no previstos o previsibles en aquel momento.³²¹

Mas la fácil explicación que halla la exclusión del límite de la previsibilidad de los daños en la extensión del resarcimiento en caso de incumplimiento doloso,³²² contrasta con las dificultades existentes cuando se trata de delimitar el alcance del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil. Este apartado contempla que serán indemnizables todos aquellos daños y perjuicios que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación", en un intento de delimitar la incidencia del encadenamiento causal entre el incumplimiento contractual y las consecuencias lesivas sufridas por el acreedor.

Como advierte parte de la doctrina, del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil parece desprenderse que el deudor doloso tampoco puede favorecerse de la regla de imputación de daños que supone la "consecuencia necesaria" prevista en supuestos de incumplimiento de buena fe (art. 1107.1 CC). Entonces este deudor deberá responder de todos los daños que "conocidamente" se deriven del incumplimiento, es decir, de todos aquellos que el consumidor pueda probar que ha producido. Sin embargo, una parte de la doctrina también afirma que en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.³²³ Por ello, el deudor doloso

³²¹ Por seguir con un ejemplo anterior, el consumidor podrá reclamar indemnización de los daños no patrimoniales resultantes del incumplimiento consciente y voluntario del contrato, pese a no haber informado al organizador o detallista acerca de su intención de aprovechar el viaje de negocios contratado para realizar actividades de esparcimiento o recreo en el momento de contratar, y aunque en este momento tales daños y perjuicios no sean razonablemente previsibles para los profesionales del sector.

³²² PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1032-1033, da una explicación jurídico-económica a la exclusión de este criterio, ajena a cualquier idea punitiva: así se evita un segundo cálculo costes-beneficios del deudor que fundamente su decisión de incumplir al comprobar que la cuantía indemnizatoria es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, y los beneficios previsibles del incumplimiento se sitúan entre una y otra cuantía de daños.

³²³ Véase, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1107)*, cit., pág. 60; y, sobre todo, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1036.

no va a responder de los daños cuya imputación objetiva resulte excluida conforme a los criterios también aplicables al deudor de buena fe (art. 1107.1 CC),³²⁴ entre los que destaca, como se ha visto, la llamada causalidad adecuada. Y con la equiparación de los criterios de imputación objetiva entre deudor doloso y deudor no doloso, se llega a considerar que el apartado segundo de este precepto solamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega a favor del deudor doloso.³²⁵

Delimitado el alcance del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil en estos términos, cabe entender que si el organizador o el detallista incumplen sus obligaciones interviniendo dolo puede que no deban resarcir algunos daños que, sean o no previstos o previsibles al contratar, en cualquier caso deban ser considerados demasiado remotos de acuerdo con los criterios que limiten de modo razonable la imputación objetiva de los daños resarcibles al incumplimiento.³²⁶

En particular, aunque el organizador o el detallista incumplan sus obligaciones de modo consciente y voluntario, puede que en ocasiones el consumidor del viaje no pueda reclamar la indemnización de los daños que sean resultado de un negocio de reemplazo de costes antieconómicos, o los que tengan lugar por rechazar sin justificación una oferta razonable del organizador para la continuación del viaje (cfr. art. 10.1 LVC). En estos casos tales daños serían resarcibles con independencia de su "previsibilidad al tiempo de contratar" (art. 1107.1 CC) pero, como se verá a continuación, el consumidor del viaje no tendrá derecho a la indemnización de los mismos cuando no mantengan una conexión inmediata con el incumplimiento de acuerdo con los criterios aplicables para imputar objetivamente los daños resarcibles al incumplimiento.

³²⁴ Así, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 750, señala que el deudor no ha de responder del daño a él imputable cuando de la misma forma éste se hubiera causado a consecuencia de otros hechos (causalidad hipotética).

³²⁵ Vide PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1036.

³²⁶ Hace la misma interpretación del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 233.

De todos modos, adviértase que el Tribunal Supremo español, además de no establecer un criterio claro por lo que se refiere a la delimitación de la relación de causalidad en materia de daños contractuales, en no pocas ocasiones se limita a no aplicar el apartado segundo del artículo 1107 del Código civil, y a desconocer la diferencia entre el deudor que incumple de buena fe y aquél que incumple con dolo;³²⁷ o, simplemente, la jurisprudencia menciona este apartado para superar en caso de dolo las restricciones convencionales al *quantum* indemnizatorio, lo que resulta innecesario habida cuenta que ello se prevé expresamente en el artículo 1102 del Código civil.³²⁸

B) El deber del consumidor del viaje de mitigar los daños sufridos

El consumidor del viaje tiene un deber derivado de la buena fe contractual (art. 1258 CC) de evitar la extensión de los daños causados por el incumplimiento, adoptando para ello todas las medidas que razonablemente se encuentren a su alcance, de acuerdo con la diligencia que le sea exigible.³²⁹

Ese deber va a incidir en el límite de la previsibilidad de los daños resarcibles, aplicable en el caso de incumplimiento del organizador o el detallista de buena fe (cfr. art. 1107.1 CC), en la medida que éstos pueden prever en el momento de contratar que el consumidor adoptará todas las medidas que sean razonables en orden a mitigar los daños en caso de incumplimiento del contrato de viaje. Y, lo que todavía tiene mayor relieve, el deber del consumidor de mitigar los daños sufridos también mantendrá una estrecha relación con la causalidad entre los daños contractuales y el incumplimiento del contrato de viaje, incluso en el caso en que el organizador o el detallista intervengan con dolo en

³²⁷ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., pág. 751, pone de relieve esta línea jurisprudencial.

³²⁸ En estos términos, CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad*, cit., pág. 630.

³²⁹ En términos generales, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, cit., págs. 734-739, señala que "todo acreedor que actúa en el Derecho de contratos con perspectivas al mercado (es decir, que no se trate de un consumidor) debe aminorar el coste de su daño buscando en *cobertura* un bien que sustituya a la prestación fallida".

el incumplimiento.³³⁰ Si los daños (o el aumento de daños) no son consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje sino de la no adopción de las medidas que sean exigibles al consumidor del viaje en orden a su minoración, se romperá la relación de causalidad exigible para que éste pueda hacer efectiva su compensación frente al organizador o el detallista.³³¹

El deber de mitigar los daños sufridos por el consumidor comprende la no indemnización de aquellos daños que el consumidor podía haber evitado con la adopción razonable de distintas medidas. La cláusula vigesimoprimera ("Deber del consumidor de aminorar los daños") de las *Condiciones Generales del Contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, establece:

"[e]n todo caso, el consumidor está obligado a tomar las medidas adecuadas y razonables para intentar reducir los daños que puedan derivarse de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato o para evitar que se agraven. Los daños que deriven de no haber adoptado dichas medidas serán de cuenta del consumidor".³³²

La regulación de los viajes combinados pretende que, por regla general, sean el organizador —en su caso, por medio de los prestadores directos de los servicios— o el detallista quienes intervengan una vez éstos hayan incumplido el contrato, tanto si ello tiene lugar antes del inicio del viaje (cfr. art. 9.1 LVC) como después de la salida (cfr. art. 10 LVC). La Ley sólo se refiere a la "obligación" del consumidor de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del

³³⁰ El consumidor no contribuye a causar el incumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista, por lo que no se puede aplicar a su conducta la causa de exoneración de la letra a) del artículo 11.2 LVC ("los defectos observados en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor"), ni la doctrina de la "conurrencia de culpas" (en general, Francisco SOTO NIETO, *La llamada "compensación de culpas"*, RDP, 1968, 409-427, pág. 412; y Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, ADC, 1997, págs. 865-902). Contrástese con DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 245-247. En realidad, el deber del consumidor de mitigar los daños sufridos actúa no en la imputación del incumplimiento a las partes del contrato sino en la imputación de los daños al incumplimiento.

³³¹ Véase, en general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 689.

³³² Actualmente distintos programas de viaje incluyen dicha cláusula redactada en los mismos términos en las condiciones generales del contrato de viaje combinado. Véase, por ejemplo, el programa de viaje CONTINENTAL, *Semana Santa y Primavera, 2000* (fecha de edición: enero de 2000; vigencia: desde febrero a julio de 2000).

contrato (art. 4.1 LVC, letra m). Aun así, el deber del consumidor del viaje de mitigar los daños sufridos se aplicará, sobre todo, cuando éste no acepte sin motivos razonables las soluciones adoptadas por el organizador para continuar el viaje, en el caso de no prestación o prestación deficiente de algunos de los servicios (cfr. art. 10.2 LVC).

Es más, el deber de mitigar los daños sufridos se dará, sobre todo, en aquellos casos en que el consumidor decida actuar por su cuenta frente al incumplimiento contractual, por lo que tendrá un especial significado en el resarcimiento de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo. Ya se ha dicho que la cuantía indemnizatoria de estos daños será equivalente al coste efectivo del negocio de reemplazo, aunque éste sea superior al coste del servicio contratado, siempre que el consumidor del viaje actúe de un modo razonable conforme a la buena fe contractual (art. 1258 CC)(supra § II.2.1 D)).³³³ Por lo demás, en estos casos el deber de mitigar los daños no impedirá al consumidor obtener el resarcimiento de aquellos daños resultantes de haber evitado otros al organizador del viaje a partir de una actuación razonable.

Los sistemas del *Common Law* también tratan este supuesto a partir de la llamada *Mitigation of loss*.³³⁴ Así lo pone de manifiesto el caso *Tucker v OTA Travel* [1986] CLY 383, en el que se ofrece al consumidor un avión alternativo para dar solución a un supuesto de sobrecontratación en el transporte aéreo contratado; transporte que el consumidor no acepta porque el organizador no le garantiza el enlace y por tratarse de un vuelo de noche, inseguro y molesto para su hija de cuatro años. En esta ocasión el órgano judicial declara que el *tour operator* no ha acreditado suficientemente el carácter no razonable de la no aceptación del transporte alternativo por parte del consumidor.³³⁵

³³³ Así, por ejemplo, si el organizador no ejecuta el transporte en autobús del alojamiento al aeropuerto que ha sido incluido en el contrato de viaje, y el consumidor contrata un taxi para realizar este trayecto con el fin de no perder el transporte aéreo que también ha sido contratado.

³³⁴ Así, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 264-269, 282-288, quien también se refiere a otros casos.

³³⁵ Vide SAGGERSON, *Travel Law and Litigation*, cit., págs. 147-149l. El propio *Department of Trade and Industry* ha señalado que en caso de no comunicación del incumplimiento podrá proceder una disminución de los daños a resarcir. Vide POUSTIE/ROSS/GEDDES/STEWART, *Hospitality and Tourism Law*, cit., pág. 296.

En casos como éste, los órganos judiciales deberán deducir de los daños derivados del incumplimiento de la obligación aquéllos que resulten de la no observancia del deber del contratante perjudicado de contribuir en evitarlos, disminuirlos o evitar que éstos aumenten, por tratarse de unos daños que no deben ser considerados ni previsibles en el momento de contratar, ni consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje (cfr. art. 1107 CC). Esos daños no forman parte de los riesgos impuestos al organizador o detallista por el contrato de viaje en caso de incumplimiento, de modo que deberán ser soportados por el consumidor.

Distinto será cuando el consumidor actúe por su cuenta frente al incumplimiento de un modo no razonable, sin evitar o incluso incrementando la extensión de los daños causados por el incumplimiento, sea en casos de resolución del contrato o cancelación del viaje por parte del organizador (art. 9.2 LVC), o de no prestación o prestación defectuosa de servicios del viaje (art. 10 LVC).

Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado municipal número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953,³³⁶ se refiere a un contrato *à forfait* concertado con el objetivo de asistir a un partido de fútbol en Madrid. El contrato incluía una entrada en el estadio, habitación y transporte por el precio alzado de 650 pesetas. En este caso, la agencia comunicó al cliente la cancelación del viaje en el mismo día previsto para la salida, señalando que no había podido adquirir la entrada. El cliente requirió notarialmente el cumplimiento del contrato a la agencia y, acto seguido, se trasladó en taxi para presenciar dicho partido de fútbol. Para ello el cliente tuvo que pagar el taxi (3.800 pesetas), la entrada en la reventa (350 pesetas) y el alojamiento (80 pesetas). Por este motivo, interpuso demanda judicial contra la agencia de viajes y solicitó el reembolso del precio del viaje (650 pesetas) y una indemnización por los daños causados por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo (arts. 1101 y ss. CC). La agencia demandada se opuso a la indemnización alegando una falta de perjuicios económicos e invocando las condiciones generales de los contratos de viaje *à forfait*, con arreglo a las cuales en los "casos de suspensión" el cliente sólo tendría derecho a la devolución del precio del viaje. No obstante, la sentencia no solamente declaró procedente el derecho a la devolución del precio sino tam-

³³⁶ Vide la sentencia del Juzgado municipal número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, 1954, págs. 176-178.

bién el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1101 y ss. CC). Pero el Juzgado de Primera Instancia hizo la siguiente consideración con respecto al alcance del resarcimiento:

"[q]ue el hecho de que el actor [consumidor], al incumplir el contrato la parte demandada [agencia de viajes], contratara un taxi para ser ocupado por él como único viajero y se trasladase a Madrid a presenciar el encuentro, abonando al transportista la suma de tres mil ochocientas pesetas, no quiere decir que la parte demandada esté obligada al abono de tales gastos, porque los daños derivados de su modo de obrar malicioso o imprudente, no deben ser resarcidos, ya que como se ha dicho, en el orden civil ha de aplicarse la teoría de la causalidad adecuada, y a mayor abundamiento, por aplicación del artículo 1103 en que se faculta al Juez para moderar la responsabilidad de la entidad demandada, por lo que los daños y perjuicios se estiman en la cantidad de ochocientas sesenta pesetas".

Según la sentencia, la agencia de viajes no está obligada a indemnizar todos los gastos del viaje ejecutados finalmente a costa del consumidor (taxi, alojamiento y adquisición de entradas para el partido de fútbol). El Juzgado de Primera Instancia declara la responsabilidad contractual de la agencia (art. 1101 CC), pero considera que la actuación negligente del consumidor al realizar el viaje por su cuenta una vez la agencia le comunica la "suspensión del viaje" (cancelación) permite su moderación judicial (art. 1103 CC).

En términos generales, el resultado al que llega el Juzgado municipal número 4 de Valencia parece satisfactorio. El consumidor que sufra daños como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del organizador o el detallista no tendrá derecho a obtener indemnización por aquella parte de los daños que haya podido evitar o disminuir mediante una actuación razonable.³³⁷ Supuesto que el acreedor no haya concurrido de alguna manera en la causación del suceso dañoso, éste asume la carga de tomar las medidas razonables para aminorar la repercusión del daño, conforme al principio de buena fe contractual (art. 1258 CC). Si se considera que la sentencia declara no resarcibles los daños por aplicación de la "teoría de la causalidad adecuada", no en sede de la imputación del incumplimiento a la agencia sino de los daños al incumplimiento —ello no queda demasiado claro en la sentencia—, los razonamientos utili-

³³⁷ En el mismo sentido, SAGGERSON, *Travel Law and Litigation*, cit., págs. 147-149, entiende que si una familia se traslada de un estudio-apartamento a un hotel de cinco estrellas, no tendrá derecho a reclamar la totalidad de los costes resultantes del alojamiento alternativo.

zados resultan plenamente aceptables. Los daños antieconómicos derivados de la actuación no razonable del consumidor no serán resarcibles por no hallarse en relación causal con el incumplimiento (art. 1107 CC).

Entonces sólo cabría considerar controvertida la aplicación del artículo 1103 del Código civil llevada a cabo por el Juzgado municipal número 4 de Valencia Juez para moderar la responsabilidad contractual de la agencia de viajes. En casos como el expuesto parece suficiente que las Salas de Instancia distingan, en el momento de cuantificar los daños, la cuantía de aquellos daños que el consumidor haya podido evitar o disminuir mediante una actuación razonable, del monto de los daños que el incumplimiento del contrato de viaje efectivamente haya causado al consumidor, en consonancia con la valoración de la prueba practicada, sin ser necesario el ejercicio de la facultad de los tribunales de moderar la responsabilidad del deudor (art. 1103 CC).³³⁸

3.2. Resarcimiento de daños ulteriores en supuestos de penalización mínima

A) Penalización mínima prevista en el apartado segundo del art. 9 LVC

Conforme al apartado segundo del artículo 9 LVC, en supuestos de resolución del contrato o cancelación del viaje, tanto si el consumidor acepta la devolución del precio como si participa en un viaje alternativo, "el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda por incumplimiento del contrato, que en ningún supuesto será inferior al 5 por 100 del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10 por 100 si se produce entre los quince y tres días anteriores, y el 25 por 100 en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las cuarenta y ocho horas anteriores".

Aunque en un sentido muy distinto al criterio general de imputación de los daños al incumplimiento (art. 1107 CC), la penalización mínima prevista en el

³³⁸ Véase DÍAZ ALABART, *La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil*, cit., págs. 1180-1181. También, la STS, de 17 de diciembre de 1985 (Sala 1.ª), Ponente: Sr. Rafael Casares Córdoba, RAJ 6589.

apartado segundo del artículo 9 LVC también va a incidir en la extensión de los daños resarcibles.

A diferencia del apartado segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE y de la mayoría de sus transposiciones,³³⁹ esta previsión fija pues a favor del consumidor unas "cuantías mínimas de la indemnización" que eventualmente proceda; cuyo cálculo determina en función de la antelación en que la resolución de la relación obligatoria por modificación del contrato o cancelación tengan lugar con respecto a la fecha prevista para el inicio del viaje.

La intención del legislador español en la implementación de la norma comunitaria parece clara, aunque discutible. Ya establecidos los "límites mínimos de indemnización" en el apartado segundo del artículo 9 del Proyecto de Ley, de 31 de enero de 1995, *reguladora de los viajes combinados*,³⁴⁰ las enmiendas presentadas por algunos grupos parlamentarios ponen de manifiesto que aquellos obedecen al propósito de configurar un mecanismo favorable para el consumidor frente al precio de arrepentimiento previsto en el apartado cuarto del artículo 9 LVC en caso de desistimiento por causa distinta a fuerza mayor, consistente en el 5 por 100 del importe total del viaje, si el desistimiento se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por 100 entre los días tres y diez, y el 25 por 100 dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. Efectivamente, aun no existiendo en este caso incumplimiento contractual, este precepto prevé una pena convencional cuyo pago exime al consumidor de hacer efectivo el precio del viaje (cfr. art. 1153.1 CC: "[e]l deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho"), teniendo derecho a la devolución de las cantidades en su caso abonadas, como resultado de la liquidación de la relación obligatoria, junto al abono por parte del consumidor de los gastos de gestión y anulación del viaje si los hubiere (art. 9.4 LVC).³⁴¹ La aproximación entre los "límites mínimos de in-

³³⁹ Vide, por ejemplo, el artículo 102 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés (JO 27 oct., N.C., pág. 9693).

³⁴⁰ Cfr. BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, 1-6, pág.5.

³⁴¹ No tratándose de un incumplimiento contractual, se han hecho notar las dificultades de hacer compatibles el desistimiento con la penalización (vide Nélida TUR FAÚNDEZ, *El contrato de viaje combinado: notas sobre la ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*, AC, 1996, I, 11-32, págs. 27-28). Con todo, el artículo 9.4 LVC configura una obligación con cláusula facultativa: el deudor podrá desistir pagando la penalización o cumplir con la obligación de pagar el precio del viaje según prevé expresamente la regulación. Sobre la "multa penitencial" o precio de arrepentimiento, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la*

demnización" contenidos en el apartado segundo del artículo 9 del Proyecto de Ley y el precio de arrepentimiento de su apartado cuarto se pretende incluso a base de hacer coincidir los porcentajes aplicables a ambas medidas,³⁴² o de fijar unos porcentajes fijos de penalización al organizador o el detallista para el caso de resolución por modificación del contrato y cancelación.³⁴³

Aunque las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley no prosperen, el caso es que el "mínimo legal indemnizatorio" es el resultado de contraponer la indemnización de daños resultantes de la resolución por modificación del contrato y cancelación del viaje al precio de desistimiento del consumidor.³⁴⁴ Lo que

cláusula penal en el Código civil, ADC, 1993, 511-587, pág. 521-543, señala que, a diferencia de la cláusula penal, se limita a debilitar la fuerza vinculante de la relación obligatoria. Véase también Carlos LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1995, págs.454-455; Manuel ALBALADEJO GARCÍA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (arts 1152 a 1155)*, tomo XV-II, Madrid, Edersa, 1983, 448-493, págs.474-480; Isabel ESPÍN ALBA, *La cláusula penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág.51; y Silvia DÍAZ ALABART, *Las arras (II)*, RDP, 1996, 83-112, pág. 92.

³⁴² La enmienda número 27 del Grupo Federal IU-IC al artículo 9.2 propone sustituir "...el 10 por cien...", por "...el 15 por cien..." para "buscar una mayor paridad entre las partes, en cuanto a indemnizaciones" (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 24 de marzo de 1995, núm. 101-5, 13-34, pág. 19).

³⁴³ La enmienda número 79 del Grupo Parlamentario Popular de adición propone añadir un punto y seguido al párrafo segundo del artículo 9 con el siguiente texto: "[e]n ambos supuestos, la indemnización será el 5 por 100 del importe del viaje si la comunicación al consumidor se produce con más de 10 y menos de 15 días a la fecha de comienzo del viaje; el 10 por 100 entre los días 3 y 10 y el 25 por 100 dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida". La justificación de esta enmienda se halla en la "equidad en la penalización al organizador o detallista respecto a la que debe satisfacer el usuario o consumidor por desistir de los servicios solicitados" (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 24 de marzo de 1995, núm. 101-5, 13-34, pág.33).

³⁴⁴ Puede que la aproximación entre ambas medidas haya tenido lugar por influjo del Derecho francés. El artículo 8 de la *Arrêté du 14 juin 1982, relatif aux conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle* ya prevé a favor del consumidor en caso de cancelación del viaje una "indemnité égale à la pénalité qu'il aurait supporté si l'annulation était intervenue de son fait". Para su comentario, François BOULANGER, *Les relations juridiques entre les agences de voyages et leur clientèle après l'arrêté du 14 juin 1982*, JCP, 1983, I Doctrine, 3117. Y el artículo 102 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés, acoge la misma fórmula, si bien convierte la penalidad en la indemnización mínima ("indemnité au moins égale"). Véase BOULANGER, *Tourisme et Loisirs (Dans les Droits Privés Européens)*, cit., págs. 41-42; y Pierre PY, *Droit du Tourisme*, Paris, Dalloz, 4 éd., 1996, págs. 276-279.

no deja de ser controvertido, puesto que muy poco tienen en común la obligación de indemnización de daños atribuida por la Ley al organizador y el detallista por incumplimiento del contrato y el precio de desistimiento para el caso que el consumidor decida extinguir discrecional y voluntariamente el contrato de viaje;³⁴⁵ salvo que ambos supuestos tienen lugar antes del inicio del viaje, cosa que facilita la fijación de su alcance con base a unos porcentajes con referencia a la anticipación con que aquéllos tienen lugar respecto a la fecha prevista de inicio del viaje.

En cualquier caso, aunque el apartado segundo del artículo 9 LVC se refiera exclusivamente a la obligación de indemnizar del organizador y el detallista, cabe considerar que los importes mínimos del daño previstos en el precepto más bien constituyen una cláusula penal de origen legal. Ese carácter deriva de la doble desventaja que acarrea para el organizador: el consumidor no deberá probar el daño para obtener estos importes, y la cuantía de penalización podrá ser eventualmente mayor a los daños efectivamente producidos y, en definitiva, a la indemnización debida conforme a las reglas resarcitorias comunes. Así, dichas cuantías mínimas reforzarán el cumplimiento de las obligaciones del organizador, toda vez que en caso contrario deberá soportar una prestación pecuniaria mínima, aun cuando no haya prueba del daño o la cuantía del daño probada sea inferior. Ello distingue los importes mínimos previstos en el apartado segundo del artículo 9 LVC del régimen de responsabilidad contractual del organizador, habida cuenta que cabe atribuir a la responsabilidad contractual no una función de prevenir o castigar el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, sino una función puramente indemnizatoria.³⁴⁶

³⁴⁵ En el texto de aprobación por la Comisión, con competencia legislativa plena, del proyecto de ley reguladora de los viajes combinados (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, V Legislatura, 26 de abril de 1995, Comisiones, núm. 481, Comisión de Industria, Energía y Turismo, 14671-14686, pág. 14674), el Grupo Parlamentario Popular señala que la enmienda número 79 de adición al artículo 9.2 pretende "establecer una equidad en cuanto a las responsabilidades de las partes contratantes". Y añade que "si las partes contratan en plano de igualdad, es normal que también sus responsabilidades se establezcan con este criterio y las penalizaciones que se contengan sean iguales o similares"

³⁴⁶ Sobre la función puramente indemnizatoria de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1020-1024.

El cálculo de la penalización prevista en el apartado segundo del artículo 9 LVC plantea algunas dudas. La primera, este precepto no se refiere a cuándo hay que considerar que se produce el incumplimiento contractual a los efectos de determinar el alcance de las cuantías mínimas. Se ha propuesto que para fijar el momento de la cancelación del viaje se deba estar a la fecha de su notificación al consumidor, mientras que para concretar cuándo se produce dicho incumplimiento en el caso de resolución se deba atender a la fecha de la notificación por el organizador de la necesidad de modificar el contrato. Y la segunda cuestión que plantea dicho cálculo, es que de acuerdo con el precepto no queda claro si el porcentaje a aplicar en caso que el incumplimiento tenga lugar quince días antes del inicio del viaje será del 5 o el 10 por 100 del precio total. Esta deficiencia de la regulación debería ser subsanada por el legislador.³⁴⁷

Junto a esta penalización, el consumidor tendrá derecho, en su caso, al resarcimiento del daño ulterior resultante de la resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje. Del mismo modo que la doctrina mayoritaria admite en las cláusulas penales el pacto sobre indemnización del daño excedente con base en el artículo 1153 del Código civil, que confiere a la pena el carácter sustitutivo de la indemnización causada por la falta de cumplimiento "si otra cosa no se hubiere pactado",³⁴⁸ el artículo 9.2 LVC viene a establecer implícitamente que si el importe de los daños y perjuicios causados es superior al valor o montante de la pena, el consumidor del viaje quedará facultado para reclamar también este exceso o diferencia.

Cabe entender que en los supuestos de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje el consumidor únicamente podrá exigir la penalización mínima y, en su caso, el resarcimiento de los daños ulteriores al organizador. Ya se ha advertido que el legislador español resulta contradictorio cuando, en ocasión de la transposición del párrafo segundo del artículo 4.6 Directi-

³⁴⁷ Sobre estas cuestiones relativas al cálculo del mínimo legal indemnizatorio, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 193.

³⁴⁸ Por todos, Juan José BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, Dykinson, 1996, págs. 140-143; por su lado, RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, cit., pág. 575, incluso afirma que si los daños causados por el incumplimiento resultan superiores, no cabe pensar que el acreedor ha querido perder en el acuerdo su derecho a probar los daños, salvo renuncia expresa.

va 90/314/CEE, establece la responsabilidad no solamente del organizador sino también el detallista por los daños y perjuicios que sean consecuencia de estas vicisitudes (art. 9.2 LVC); puesto que previamente la Ley parece atribuir implícitamente la obligación de programación del viaje al organizador cuando, según la misma, es únicamente el organizador quien, en su caso, introduce una modificación significativa en un elemento esencial del contrato, o quien cancela el viaje (arts. 8.1 y 9.1 LVC). Por ello cabe realizar una interpretación correctora del apartado segundo del artículo 9 LVC (supra § I.2.2 B)a(ii)). Habida cuenta de que la resolución por modificación del contrato y la cancelación tienen lugar por incumplimiento de una obligación que sólo incumbe al organizador —la obligación de organizar el viaje—,³⁴⁹ no parece que el consumidor pueda dirigirse contra el detallista para hacer efectivas aquellas medidas.

El posible resarcimiento del daño excedente a la cuantía de la penalización constituirá una medida más bien excepcional en el ordenamiento español,³⁵⁰ aunque no por ello carente de justificación. De no preverse el resarcimiento de estos daños, la presunción de sustitución de la indemnización de daños y perjuicios por la cláusula penal (art. 1153 CC) podría conllevar en la práctica unos efectos muy similares a las llamadas cláusulas de limitación de la indemnización de daños y perjuicios;³⁵¹ lo cual podría debilitar la eficacia "coercitiva" de las cuantías mínimas en aquellos casos en que la pena fuera inferior al daño causado al consumidor como consecuencia de la resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje.³⁵² Por ello, sin resultar demasiado convincentes algunas de las soluciones propuestas por la doctrina para el caso en que

³⁴⁹ Como se ha señalado, la obligación de organizar el viaje sólo corresponde al ámbito de gestión del organizador (cfr. art. 11.1 LVC). Supra § I.2.2 B) a) (ii).

³⁵⁰ El apartado segundo del artículo 27 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos rústicos prevé una medida muy similar, al establecer: "[e]l incumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 26 para oponerse a la prórroga dará derecho al arrendatario a la reanudación del arrendamiento sin computar el tiempo que hubiese durado la interrupción y a que se le indemnicen en cuantía no inferior a un año de renta, los daños y perjuicios que hubiese sufrido si la causa no es justificada [...]" (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1981). RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, cit., pág. 520, califica este mínimo como pena.

³⁵¹ En general, Manuel GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965, págs. 115-121.

³⁵² Ello a parte de la eventual nulidad de la cláusula penal que no cubra el importe de los daños y perjuicios causados por comportamientos dolosos (art. 1102 CC). Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 343.

el daño sea superior a la cuantía de la pena, parece acertada la opción del artículo 9.2 LVC de prever expresamente el resarcimiento de los daños excedentes y, en definitiva, el derecho del consumidor al resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje.

Tales daños posteriores a la penalización no podrán resultar de la lesión del interés de prestación, por aplicación de los derechos a la devolución total o parcial del precio del viaje previstos legalmente (art. 9.1 LVC). Ni podrán consistir en daños corporales ni a objetos del consumidor, por no quedar expuestos estos intereses (interés de indemnidad) al riesgo que resulten afectados por causa de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje. Los daños excedentes a las cuantías mínimas de penalización resultantes de estas vicisitudes únicamente podrán resultar de gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, tales como los costes de vacunación, de medicamentos especiales, de seguros de viaje, de pasaporte y de materiales adquiridos para la realización de viajes en general (p.ej. libros de arte o de rutas con el propósito de obtener información acerca del lugar de destino), o de viajes con fines específicos (p.ej. materiales didácticos para viaje de idiomas); en daños no patrimoniales por pérdida de vacaciones; y en daños y perjuicios constitutivos del llamado lucro cesante.³⁵³

Así pues, el consumidor del viaje podrá obtener, con base a regímenes distintos, los mínimos de penalización legalmente previstos y el resarcimiento del daño ulterior.

La mera resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje dará derecho al consumidor a reclamar las cuantías mínimas de penalización, sin que ni siquiera se exija en estas ocasiones el padecimiento de daños y perjuicios, a diferencia de la mayoría de transposiciones del apartado segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE.

Ello contrasta con el resarcimiento de los daños posteriores a la cuantía mínima de penalización, cuya extensión va a depender de los criterios generales

³⁵³ Vide MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 152-154.

de responsabilidad contractual (arts. 1107 CC).³⁵⁴ En este sentido, tales daños únicamente se resarcirán si resultan previsibles o se han podido prever en el momento de contratar, y son consecuencia necesaria de la resolución del contrato o cancelación del viaje (art. 1107.1 CC), a menos que el organizador modifique el contrato o cancele de modo doloso; en cuyo caso el organizador deberá resarcir todos los daños que no deban ser considerados demasiado remotos de acuerdo con los criterios que limiten de modo razonable la imputación objetiva de los daños resarcibles al incumplimiento (art. 1107.2 CC). Además, si ante la resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje el consumidor opta por el reembolso total del precio del viaje, puede que el consumidor disminuya o evite daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo o daños no patrimoniales con su participación en otro viaje (p.ej. aprovechamiento de los gastos desembolsados en el equipaje). Tales circunstancias únicamente se tendrán en consideración cuando se trate de liquidar la indemnización de los daños excedentes prevista en la regulación del contrato de viaje (art. 9.2 LVC).

Las cuantías mínimas de penalización no podrán ser moderadas por razones de equidad. Aunque el artículo 1154 del Código civil establece que "el Juez podrá modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", sin duda bajo la resolución por modificación del contrato y cancelación del viaje subyace un incumplimiento total del contrato de viaje o, por lo menos, de la obligación garantizada por la penalización prevista en el artículo 9.2 LVC, cual es la de prestar los servicios del viaje convenidos. De modo que en estos casos no será de recibo la moderación judicial de la pena con base a aquel precepto, aunque existan algunas sentencias del Tribunal Supremo que la apliquen a supuestos de incumplimiento total.³⁵⁵ En casos de no aplicación de la moderación prevista en el artículo 1154 del Código civil por incumplimiento total de la obligación garanti-

³⁵⁴ También lo considera así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 280-283. En cambio, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 194, considera que a los efectos de concretar la indemnización prevista en el apartado segundo del artículo 9 LVC y la extensión de los daños resarcibles serán aplicables las reglas generales de los artículos 1106 y 1107 del Código civil, sin distinguir entre las cuantías mínimas de penalización y el resarcimiento de los daños excedentes.

³⁵⁵ Sobre la no aplicación de la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil a supuestos de incumplimiento total, por todos, Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La función liquidatoria de cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1993, págs. 119-165.

zada por la penalización, tampoco será aplicable la facultad de moderación judicial prevista en el artículo 1103 del Código civil.³⁵⁶ Cabe entender que los jueces no pueden hacer uso de esta facultad a su arbitrio, únicamente con base a la aplicación de la equidad y tomando en cuenta las circunstancias del caso, sino que su aplicación deberá ser más bien limitada (infra § II.3.5). Cosa que se ve confirmada por el hecho de que no existan sentencias del Tribunal Supremo, al menos de la Sala Primera, que apliquen el artículo 1103 del Código civil a supuestos de incumplimiento total, debidos a mera negligencia, en que la pena no sea equitativa.³⁵⁷ De nuevo ello difiere sustancialmente del régimen aplicable a los daños que excedan de la cuantía mínima de penalización, los cuales sí podrán ser objeto de la facultad de moderación judicial (art. 1103 CC).

Por último, ya se ha dicho que el consumidor no deberá probar el daño para obtener la penalización mínima prevista en el artículo 9.2 LVC, sino que para ello será suficiente la acreditación de la resolución por modificación del contrato o la cancelación del viaje y la antelación con que se han producido con respecto a la fecha prevista de inicio del viaje. Lo que no regirá para obtener la indemnización de los daños excedentes. En este caso parece que el consumidor deberá probar no los daños excedentes en sentido estricto sino el daño integral sufrido, toda vez que para determinar el daño ulterior será preciso acreditar el daño total producido; lo que no significa que el daño cubierto por las cuantías mínimas de penalización previstas en el artículo 9.2 LVC puedan ser contradichas por el organizador: éste únicamente podrá oponerse a la fijación del daño excedente, con lo cual la prueba de la totalidad del daño sólo será un medio para la del daño ulterior.³⁵⁸

³⁵⁶ Por el contrario, DÍAZ ALABART, *La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil*, cit., pág. 1216.

³⁵⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La función liquidatoria de cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 111-119, pone de relieve la falta de sentencias del Tribunal Supremo en este sentido, y considera que en las cláusulas penales liquidatorias o sustitutivas de la indemnización las partes excluyen la posible aplicación del régimen general de responsabilidad (arts. 1101 y ss. CC) y, en particular, la facultad judicial de moderación (art. 1103 CC).

³⁵⁸ En estos términos se expresa BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, cit., pág. 143, con relación al régimen probatorio de las cláusulas penales que incorporan el pacto sobre el resarcimiento de daños ulteriores.

B) Penalización mínima prevista en el Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular

El fenómeno de la sobrecontratación constituye una práctica habitual en el transporte aéreo. Constatado que el sistema de reservas de vuelos da lugar a un porcentaje más o menos considerable de supuestos en los que el consumidor que ha contratado el transporte no se presenta a la salida para ser transportado (*no show*), los transportistas aéreos usualmente aceptan un número de reservas superior al número de plazas disponibles, procurando que el exceso coincida con el porcentaje de no presentación previsible de acuerdo con un riguroso sistema de cálculo estadístico.³⁵⁹ El error en este cálculo en ocasiones conlleva la denegación de embarque del consumidor de esta modalidad de transporte.³⁶⁰

Si bien el comportamiento del transportista aéreo en caso de denegación de embarque por sobrecontratación constituye un supuesto de incumplimiento contractual, no es menos cierto que se trata de una práctica comercial hasta cierto punto necesaria. La mayor flexibilidad en la reserva y cancelación de los vuelos permite reducir costes económicos a las compañías aéreas y, por consiguiente, el precio del transporte a pagar por parte del consumidor.³⁶¹

³⁵⁹ Véase Pietro GIRARDI, "La disciplina giurídica dell'overbooking nel trasporto aereo di linea e gli indennizzi per el mancato imbarco", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (a cura di), *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, 317-343, págs. 321-322.

³⁶⁰ La equiparación entre los términos *overbooking* y sobrecontratación —en lugar de *overbooking* y sobrerreserva— obedece a los términos en que la regulación actual hace referencia a ese fenómeno, puesto que la denegación de embarque trae su origen en la venta de billetes con reserva confirmada (cfr. art. 1.1 del Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*). Véase Silvio BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, DT, 1993-2, 313-330, págs. 314 y 324. Además, nos referimos a la sobrecontratación que obedece a prácticas comerciales; no a aquella que tiene su origen en causas técnicas (vgr. sustitución de la aeronave prevista por otra de menor capacidad de asientos, error en el sistema informático de reservas), ni en la conducta de los agentes emisores de billetes de pasaje. Vide Enrique MAPELLI, *Hacia un nuevo enfoque práctico del problema del "overbooking"*, RDM, núm. 149, 1978, 361-377, págs. 365-368.

³⁶¹ Así, Pietro GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, DT, 1992-2, 413-429, pág. 415.

El artículo 5 del Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular, dispone lo siguiente:

(1) “[e]n caso de denegación de embarque en un vuelo comercializado como parte de un viaje combinado, el transportista aéreo estará obligado a compensar al operador turístico que lo contrató con el pasajero y que es responsable ante él mismo de la correcta ejecución del contrato de dicho viaje combinado, en virtud de la Directiva 90/314/ CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados”.

(2) “[s]in perjuicio de los derechos y obligaciones que se derivan de la Directiva 90/314/CEE antes mencionada, el operador estará obligado a repercutir en el pasajero las cantidades percibidas con arreglo al apartado 1”.³⁶²

El sistema de compensación únicamente está previsto para el caso de denegación de embarque en el transporte aéreo regular. Si bien es una práctica frecuente que el viaje combinado incluya un servicio de vuelo regular, nótese en este punto que, por regla general, las plazas en vuelo no regular son vendidas por organizadores o detallistas en el marco de viajes combinados. En la actualidad, esta circunstancia limita la eficacia del Reglamento 295/91/CEE para los consumidores de estos viajes.

Con todo, existe una Propuesta de Reglamento del Consejo, presentada por la Comisión europea el 30 de enero de 1998, por el que se modifica el Reglamento 295/91/CEE, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular,³⁶³ que pretende hacer desaparecer la diferencia entre servicios de transporte aéreo regulares y no regulares (art. 1), extendiendo el sistema de

³⁶² Para la aplicación de esta regulación será necesario que se deniegue el embarque en un vuelo regular con salida de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro, independientemente del Estado en que esté establecido el transportista aéreo, de la nacionalidad del consumidor y del lugar de destino (art. 1 del Reglamento 295/91/CEE).

³⁶³ DOCE núm. C 120, de 18 de abril de 1998, págs. 18-21.

compensaciones actualmente vigente a ambos tipos de servicios. En los antecedentes de esta Propuesta figuran las siguientes declaraciones:³⁶⁴

"[u]n pasajero que haya comprado su billete en el marco de un viaje combinado y al que se deniegue el embarque percibirá una indemnización en virtud de la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los servicios combinados. En cambio, un pasajero que haya comprado un producto de transporte aéreo puro y al que se deniegue el embarque en un vuelo no regular no estará cubierto ni por la Directiva 90/314/CEE, que sólo se aplica si la venta de la plaza es parte de una combinación preestablecida de servicios, ni por el Reglamento 91/295/CEE, que sólo se aplica a los vuelos regulares. Por consiguiente, existe el riesgo de que una categoría determinada de pasajeros a la que se deniegue el embarque en un vuelo no regular no perciba compensación alguna".

"[a]sí pues, ya no parece justificarse la distinción entre el pasajero que viaja en un vuelo regular y el que lo hace en un vuelo no regular. En cambio, sigue siendo legítima, por la diferencia en las obligaciones contractuales, la distinción entre el pasajero en un viaje combinado, que ha de ser indemnizado por la combinación de servicios de que se trate, y el pasajero en "seat-only".

Esta justificación de la equiparación de trato entre los vuelos aéreos regulares y no regulares en punto al sistema de compensación por denegación de embarque presenta algún inconveniente. Si bien es cierto que el consumidor de viajes combinados al que se le deniegue el embarque percibirá una indemnización conforme a su regulación específica, no lo es menos que en estos momentos el sistema de compensación contemplado por el Reglamento 295/91/CEE no se aplica a los vuelos no regulares, ni siquiera en el caso en que los participantes sean consumidores de viajes combinados. Ello no se pone de relieve en los trabajos legislativos preparatorios, a pesar de tratarse de una cuestión de gran relieve para los organizadores de viajes combinados. Por ello, acaso hubiera sido preferible justificar la equiparación entre la regulación de vuelos regulares y vuelos no regulares con base en otros argumentos. En particular, la institucionalización del *overbooking*, con la consiguiente compensación a favor del consumidor por la denegación de embarque, parece atractiva en orden a evitar el despilfarro económico que supone el iniciar un vuelo con plazas va-

³⁶⁴ COM (1998) 41 final—98/0022 (SYN).

cantes, producidas por la no presentación de los viajeros que las tenían debidamente reservadas.³⁶⁵

En cualquier caso, la equiparación legal entre vuelos aéreos regulares y no regulares a los efectos del sistema de compensación por denegación de embarque parece que tendrá lugar próximamente. Tanto el Dictamen del Comité Económico y Social, de 1 de julio de 1998,³⁶⁶ como el Dictamen en primera lectura del Parlamento Europeo, de 17 de julio de 1998³⁶⁷ se muestran favorables a la Propuesta de Reglamento del Consejo, presentada por la Comisión europea el 30 de enero de 1998, *por el que se modifica el Reglamento 295/91/CEE, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*. Y aunque el último documento haya introducido algunas enmiendas destinadas a reforzar la Propuesta,³⁶⁸ dando lugar a la aprobación por parte de la Comisión de una Propuesta modificada de Reglamento del Consejo, *por el que se modifica el Reglamento n° 295/91 del Consejo por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo*, con fecha de 19 de octubre de 1998,³⁶⁹ en ningún momento ha sido cuestionada la equiparación entre ambos tipos de vuelos aéreos en este asunto.

Con anterioridad al Reglamento 295/91/CEE la compañías aéreas aplican el esquema de compensación por denegación de embarque elaborado en sede de

³⁶⁵ Este argumento también es utilizado por MAPELLI, *Hacia un nuevo enfoque práctico del problema del "overbooking"*, cit., págs. 365-368. Obsérvese que de este modo, si la Propuesta de Reglamento mencionada prospera, la justificación de la institucionalización del *overbooking* se amplía: de la admisión de esta práctica comercial por la obligación del transportista de efectuar el transporte con independencia del coeficiente de ocupación (vuelo regular), si se aprueba la nueva regulación su fundamento se hallará más bien en las necesidades de este sector económico.

³⁶⁶ DO C núm. 284, de 14 de septiembre de 1998.

³⁶⁷ DO C núm. 292, de 21 de septiembre de 1998.

³⁶⁸ El propósito de tales enmiendas consiste principalmente en extender la mencionada compensación a "anulaciones de vuelos por razones comerciales", aumentar la información de los pasajeros por medio de un prospecto que se entregue sistemáticamente al mismo tiempo que el billete de avión, y mencionar en un informe las compañías aéreas que recurren permanentemente al exceso de reservas.

³⁶⁹ COM(1998) 580 final, de 19 de octubre de 1998. La mayoría de enmiendas introducidas por el Dictamen en primera lectura del Parlamento Europeo, de 17 de julio de 1998, han sido aceptadas íntegramente por la Comisión. Para el seguimiento del procedimiento de modifica-

la *Association of European Airlines*. Así, el pasajero no tenía derecho a indemnización cuando se presentaban al embarque sin un billete válido o con la reserva confirmada, el vuelo era cancelado o retardado, o tenía lugar un cambio de avión por motivos técnicos, de seguridad, o de otros supuestos considerados de fuerza mayor, así como en aquellos casos en que el pasajero viajaba con tarifa gratuita o reducida no disponible para el público (vgr. dependientes de compañías aéreas, funcionarios de la Administración); en los demás casos, ese esquema de compensación preveía una indemnización favorable al pasajero, siempre que el retraso ocasionado al mismo como consecuencia de la denegación de embarque superara ciertos límites de tiempo con respecto al horario de llegada en el lugar de destino, con una cuantía máxima establecida con relación al importe del billete.³⁷⁰

En la actualidad, la compensación a que se refiere el artículo 5 del Reglamento 295/91/CEE viene establecida en el artículo 4, cuyo apartado segundo señala lo siguiente:

“[c]on independencia de la elección del pasajero en el caso contemplado en el apartado 1 [el reembolso sin penalización del precio del billete correspondiente, la conducción lo más rápidamente posible hasta el destino final, o bien la conducción en una fecha posterior que convenga al pasajero], el transportista aéreo pagará, inmediatamente después de la denegación del embarque, una compensación mínima, sin perjuicio de los apartados 3 y 4, igual a: 150 ecus para los vuelos de 3500 Km. como máximo, 300 ecus para los vuelos de más de 3500 Km., en función del destino final fijado en el billete.”³⁷¹

Además de una inminente revisión de las cantidades compensatorias,³⁷² cabe señalar que el actual apartado tercero del artículo 4 del Reglamento

ción del Reglamento 295/91/CEE, puede consultarse <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/9810/p102107.htm> (fecha de consulta: 2.11.2000).

³⁷⁰ El esquema de la *Association of European Airlines* fijaba esos límites en 4 horas para los vuelos europeos y en 6 horas para los vuelos extraeuropeos, mientras que la cuantía indemnizatoria equivalía al 50 por 100 del precio del vuelo, con un mínimo de 15 libras esterlinas y un máximo de 150. Vide GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, cit., págs. 421-422.

³⁷¹ Véase la sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 22.1.1998, RRA 6/1998, págs. 125-127, en la que este tribunal concede a los consumidores una indemnización en la cuantía de 150 ECU por la denegación de embarque en su viaje de regreso de Alicante a Frankfurt am Main, además de acceder a otras de las pretensiones de aquellos.

³⁷² La mencionada Propuesta de Reglamento del Consejo, presentada por la Comisión europea el 30 de enero de 1998, *por el que se modifica el Reglamento 295/91/CEE, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*, establece las siguientes cuantías compensatorias: 185

295/91/CEE faculta a los tribunales para moderar la compensación en los siguientes términos:

“[c]uando el transportista aéreo ofrece la conducción hasta el destino final en otro vuelo con una diferencia en la hora de llegada respecto a la programada para el vuelo inicialmente reservado que no sea superior a dos horas para los vuelos de un máximo de 3500 Km. y a cuatro horas para los vuelos de más de 3500 Km., las compensaciones previstas en el apartado 2 podrán reducirse en un 50 %”.

El apartado cuarto del mismo artículo 4 del Reglamento 295/91/CEE señala que “[e]l importe de las compensaciones podrá estar limitado al precio del billete correspondiente al destino final”; y el apartado quinto del mismo precepto añade que “[l]as compensaciones se pagarán en metálico o, de acuerdo con el pasajero, en bonos de viaje y/u otros servicios”.³⁷³

Las compensaciones establecidas por el Reglamento 295/91/CEE conforman una penalización mínima a la que, como en el caso del artículo 9.2 LVC, el consumidor tendrá derecho si acredita el incumplimiento contractual, o sea, la denegación de embarque en los términos previstos por la norma comunitaria (supra § II.3.2 A)).³⁷⁴ Y tales compensaciones tendrán lugar sin perjuicio, en su caso, del resarcimiento del daño ulterior, como reconoce expresamente el artículo 9.1 del Reglamento 295/91/CEE, al disponer que “[l]as disposiciones del presente Reglamento se aplicarán sin perjuicio de un ulterior recurso ante los

ecus para los vuelos de hasta 3.500 Km. y 370 ecus para los vuelos de más de 3.500 Km. Y la Propuesta modificada de Reglamento del Consejo, *por el que se modifica el Reglamento n° 295/91 del Consejo por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo*, de 19 de octubre de 1998, dispone que “[c]ada tres años, la Comisión [...] asistida por el Comité establecido en el artículo 11 del Reglamento 2498/92 del Consejo, podrá ajustar los importes contemplados en el apartado 2 [compensación por denagación de embarque] si así lo requiere la evolución económica” (art. 4.3).

³⁷³ En cambio, la Propuesta modificada de Reglamento del Consejo, *por el que se modifica el Reglamento n° 295/91 del Consejo por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo*, de 19 de octubre de 1998, prevé que “[l]as compensaciones se pagarán en metálico o, previo acuerdo firmado por el pasajero, por transferencia bancaria, cheque, bonos de viaje u otros servicios” (art. 4.6).

³⁷⁴ De este modo, los artículos 4 y 5 del Reglamento 295/91/CEE van a incidir en la extensión de los daños resarcibles en un sentido muy similar a la penalización mínima prevista en el apartado segundo del artículo 9 LVC.

órganos jurisdiccionales competentes con el fin de obtener indemnizaciones adicionales".³⁷⁵

Ello contrasta con la práctica anterior de las compañías aéreas europeas, las cuales cuentan con autorización administrativa para insertar una cláusula en las condiciones generales del contrato de transporte que establece una compensaciónalzada a favor del consumidor en los supuestos de denegación de embarque con eficacia liberatoria. El esquema de compensación elaborado en sede de la *Association of European Airlines* prevé que el consumidor únicamente puede reclamar indemnización de daños y perjuicios por denegación de embarque por vía judicial si no acepta aquella compensación ofrecida por la compañía aérea y no suscribe la declaración de renuncia a la acción judicial.³⁷⁶

Precisamente, la diferencia más significativa del Reglamento 295/91 CEE con respecto a la regulación española que viene a sustituir, el Real Decreto 1961/1980, de 13 de junio, *por el que se establece un régimen de indemnizaciones optativas para los pasajeros de servicios aéreos regulares a quienes se niegue el embarque en el vuelo contratado*,³⁷⁷ radica en que la efectividad de la penalización prevista en la norma comunitaria no conlleva la renuncia a obtener la indemnización por los daños que excedan de la penalización mínima.³⁷⁸ Por ello, si existen daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, daños no patrimoniales por pérdida de vacaciones, o daños y perjuicios constitutivos del llamado lucro cesante como consecuencia de la denegación de embarque en un servicio de vuelo regular integrante de un viaje combinado que excedan de las cuantías de penalización previstas en la norma comunitaria, el

³⁷⁵ La antes mencionada sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 22.1.1998, RRa 6/1998, págs. 125-127, además de atribuir a los pasajeros una compensación de 150 ECU por denegación de embarque, les concede también una indemnización por los costes de teléfono, comidas y pernoctación con base en el Reglamento 295/91/CEE (arts. 6.1 y 9); en cambio, deniega a los consumidores la indemnización de daños reclamada por pérdida de vacaciones, por no haber contratado éstos un viaje combinado sino solamente el servicio suelto de avión (cfr. § 651 f Abs.2 BGB).

³⁷⁶ Véase GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, cit., págs. 416, 425-426.

³⁷⁷ BOE núm. 238, de 3 de octubre de 1980. Véase también la Orden ministerial, de 12 de marzo de 1984, *por la que se eleva el límite de la indemnización para pasajeros a quienes se niegue el embarque en vuelo contratado*, en cuyo artículo único fija este límite en 50.000 pesetas (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

³⁷⁸ Véase Ignacio QUINTANA CARLO, *La protección del turista como consumidor*, EC, núm. 2, 1984, 65-86, págs. 74-77.

consumidor podrá reclamar la aplicación del régimen de responsabilidad del organizador previsto en el artículo 11 LVC;³⁷⁹ ello sin perjuicio de la eventual renuncia del consumidor a su derecho a reclamar indemnización de los daños excedentes en el momento de recibir la penalización mínima.³⁸⁰

La aplicación del sistema de compensación previsto por el Reglamento 295/91CEE a supuestos de denegación de embarque en el transporte aéreo contratado en el marco de un viaje combinado podrá presentar algunos inconvenientes.

Así, el sistema de reclamación previsto en el artículo 5 del Reglamento 295/91/CEE, que obliga al transportista a compensar al organizador y a éste a repercutir dicha compensación al consumidor, resultará más gravoso para éste que el previsto en general en el artículo 11 LVC, que hace responder a organizadores y detallistas frente al consumidor con independencia de que las obligaciones deban ejecutarlas ellos mismos u otros prestadores de servicios.³⁸¹

Además, como se ha señalado, en los supuestos de denegación de embarque por sobrecontratación, el consumidor no pierde su derecho a viajar, como ocurriría si el mismo no se presentara a la salida de su avión, sino que se le atribuye el derecho a ocupar una plaza en otra ocasión libremente pactada (art. 4.1 del Reglamento 295/91/CEE).³⁸² Sin embargo, en ocasiones la ocupación de otra plaza puede resultar poco atractiva para el participante en un viaje combinado, por decaer su interés en realizarlo; ello podrá tener lugar cuando el consumidor no pueda disfrutar de otros servicios (vgr. viaje para presenciar un espectáculo) o cuando se frustre la finalidad del viaje (p.ej. finalización de las vacaciones).

³⁷⁹ GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, cit., pág. 414, destaca la importancia que puede tener el resarcimiento de daños constitutivos de lucro cesante en caso de denegación de embarque a consumidores que realicen el vuelo por motivos profesionales. Cfr. Ernst FÜHRICH, *EU-Überbuchungsverordnung und Reiserecht*, RRa 4/1998, 87-88, pág. 88.

³⁸⁰ Esa renuncia no constituirá una transacción sobre los efectos patrimoniales causados por la denegación de embarque al consumidor, como pretende BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, cit., págs. 329-330.

³⁸¹ Lo pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 238-239.

³⁸² En estos términos se expresa Luis TAPIA SALINAS, *Derecho aeronáutico*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch Casa Ed., 1993, pág. 463.

3.3. Limitación de responsabilidad con arreglo a convenios internacionales

A) Consideraciones generales

El apartado tercero del artículo 11 LVC establece que "el resarcimiento de los daños, que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones".

Aunque en un sentido muy distinto a los expuestos, la limitación de responsabilidad con arreglo a convenios internacionales a que se refiere este precepto también va a incidir en la extensión de los daños resarcibles.

El propósito de esta disposición consiste en no atribuir un régimen de responsabilidad contractual más grave para el organizador que el que corresponde de ordinario a los prestadores directos de los servicios del viaje (vgr. transportista, hotelero, entre otros) cuando los daños deriven exclusivamente de la prestación de tales servicios por parte de aquellos ("resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado"). En estos casos existen distintos convenios internacionales que establecen límites indemnizatorios a favor de los prestadores de los servicios para evitar que los jueces resuelvan los litigios de un modo discrecional y, sobre todo, con el fin de compensar el rigor de los criterios de imputación de responsabilidad previstos por los mismos.³⁸³ Por ello, la regulación del contrato de viaje tampoco hace responder al organizador íntegramente por todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento del contrato, cuando de no ser prestados estos servicios en el marco de un viaje combinado los prestadores directos podrían limitar su responsabilidad con arreglo a dichos convenios internacionales; ello sin perjuicio de lo que derive de la relación interna establecida entre el organizador y los prestadores de los servicios.

Tal fundamento presupone la responsabilidad del organizador por la conducta de los prestadores de los servicios que utiliza en el cumplimiento del contrato de viaje: los daños deben resultar de la no ejecución o ejecución defectuo-

³⁸³ Véase, por ejemplo, TAPIA SALINAS, *Derecho aeronáutico*, cit., pág. 629.

sa de los servicios del viaje por parte de los prestadores; cosa que excluye la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 11.3 LVC en aquellos casos en que los daños deriven del incumplimiento de otras obligaciones contractuales, tales como la obligación de organización³⁸⁴ o de información al consumidor (cfr. arts. 3, 4 y 6 LVC); y también significa que en ningún caso la limitación con arreglo a convenios internacionales podrá aplicarse con relación a la responsabilidad del detallista, habida cuenta de las obligaciones que éste puede contraer frente al consumidor del viaje (supra § I.2.2 B) a) (ii)).³⁸⁵

El artículo 11.3 LVC se refiere a la limitación de responsabilidad "con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones", sin más especificación. El considerando decimonoveno de la Directiva 90/314/CEE alude a la conveniencia de dicha limitación, en particular, de conformidad con el Convenio de Varsovia de 1929 *sobre transporte aéreo* internacional, el Convenio de Berna de 1961 *sobre el transporte por ferrocarril*,³⁸⁶ el Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 *sobre el transporte por mar* (en adelante, CA)³⁸⁷ y el Convenio de París de 1962 *sobre la responsabilidad de los hoteleros* (en adelante, Convenio de París). No habiendo sido el último con-

³⁸⁴ Ello contrasta con los límites de responsabilidad del organizador contenidos en el artículo 13 CIB para el caso de daños al consumidor con motivo del incumplimiento total o parcial de sus obligaciones de organización, resulten del contrato o de la propia Convención.

³⁸⁵ Puede consultarse, para el Derecho alemán, Rita BIDINGER/Ralph MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1995, § 651 h, 198-207, Rnd. 11, pág. 205; y SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 h, 272-281, Rnd. 17, pág. 280.

³⁸⁶ En realidad, el Convenio Internacional *sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril*, hecho en Berna el 25 de febrero de 1961 (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1973), al que se refiere la norma comunitaria ha sido sustituido por el Convenio Internacional *regulador del transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril*, de 7 de febrero de 1970, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de julio de 1974 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1975) (en adelante, CBerna); además, este Convenio ha sido revisado por el Convenio Internacional *relativo a los transportes internacionales por ferrocarril* (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980 y ratificado por España mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1981 (BOE núm. 16, de 18 de enero de 1986), cuyo Apéndice A *relativo a las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes* (en adelante, Reglas CIV) resulta de especial interés; este convenio ha sido modificado por el Protocolo de Berna de 20 de diciembre de 1990, ratificado por España mediante Instrumento de 1 de septiembre de 1992 (BOE núm. 230, de 23 de septiembre de 1996).

³⁸⁷ Convenio *relativo al Transporte de Pasajeros y de sus Equipajes por Mar*, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974, al que se adhirió España por Instrumento de 22 de septiembre de 1981 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1987); modificado por el Protocolo hecho en Londres, el 19 de noviembre de 1976, al que se adhirió España por Instrumento de 22 de septiembre de 1981 (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1990).

venio ratificado por España,³⁸⁸ los demás que aparecen mencionados por la norma comunitaria resultarán aplicables en el ordenamiento español conforme a las previsiones del artículo 11.3 LVC; sin perjuicio de la posible aplicación de otros convenios internacionales que también regulen los servicios incluidos en el viaje, pues en ningún caso debe considerarse esta enumeración exhaustiva.³⁸⁹ En particular, el Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, *de transporte de viajeros por carretera*, también será aplicable cuando se trate de limitar la responsabilidad del organizador de viajes, aunque España no sea aún Estado miembro de la Convención;³⁹⁰ pues su artículo 1.1 señala que éste "se aplicará a todo contrato de transporte de viajeros, y, en su caso, de sus equipajes, por carretera mediante vehículos, cuando, según lo previsto en dicho contrato, el transporte se realice por el territorio de al menos dos Estados, y que el punto de origen o el punto de destino, o ambos, estén situados en el territorio de un Estado miembro de la Convención. Y ello, cualquiera que sean el domicilio y la nacionalidad de las partes del contrato". Por lo que si un viaje combinado sujeto a la LVC incluye a su vez un servicio de transporte que se ejecuta, por ejem-

³⁸⁸ El legislador español pierde una buena oportunidad para establecer una limitación legal de la responsabilidad del organizador por los daños sufridos por el consumidor en la ejecución del servicio de alojamiento. En cambio, el artículo 40.3 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués prevé un régimen especial de limitación legal de responsabilidad del organizador por los daños consistentes en el deterioro, destrucción o sustracción del equipaje u otros objetos del consumidor ocurridos en el alojamiento: 280.000 escudos globalmente; 90.000 escudos por objeto; y el valor declarado por el consumidor, en cuanto a los objetos depositados en el alojamiento. MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., pág. 226, entiende que esa previsión excluye la posibilidad de limitación legal de la responsabilidad del organizador del viaje por daños corporales o daños a bienes distintos del equipaje (vgr. automóvil, bicicleta estacionados en el garaje del hotel) sufridos por el consumidor en el alojamiento.

³⁸⁹ Así, por ejemplo, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 257-260, incluye entre los convenios internacionales a los que remite el artículo 11.3 LVC, entre otros, el Convenio de Roma, *sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras*, de 7 de octubre de 1952, ratificado por España mediante Instrumento de 1 de marzo de 1957 (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1961); y el Convenio internacional *sobre responsabilidad de los propietarios de buques que navegan por alta mar*, hecho en Bruselas el 10 de octubre de 1957, ratificado por España el 4 de junio de 1959 (BOE núm. 173, de 21 de julio de 1970).

³⁹⁰ El Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, *de transporte de viajeros por carretera*, ha entrado en vigor el día 12 de abril de 1994, cuando la voluntad de incorporarse a la norma internacional expresada por nuevos Estados surgidos de los recientes acontecimientos ocurridos en las antiguas Yugoslavia, Checoslovaquia y URSS ha permitido alcanzar el número mínimo de Estados parte. Los actuales Estados parte del Convenio de Ginebra son: Bosnia-Herzegovina (por sucesión), Yugoslavia (permanece como miembro), República Checa (por sucesión), Eslovaquia (por sucesión) y Letonia (como nuevo miembro).

plo, desde España hacia el territorio de un Estado miembro de la Convención, no habrá inconveniente en aplicar los límites de responsabilidad del transportista terrestre previstos por esta norma internacional.³⁹¹

Siendo aplicables los límites de responsabilidad previstos en estos convenios internacionales, la limitación de responsabilidad del artículo 11.3 LVC tendrá lugar por mandato legal ("quedará limitado"), sin necesidad de su previsión en el contrato de viaje.³⁹²

En ese caso, la limitación podrá referirse al resarcimiento de daños corporales o no corporales porque, como es bien sabido, los convenios internacionales establecen limitaciones a la responsabilidad en ambos casos (párrafo tercero del art. 5.2 Directiva 90/314/CEE).³⁹³ Ello contrasta con el apartado cuarto del artículo 22 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges*, que únicamente prescribe la limitación de acuerdo con los convenios internacionales reguladores de las prestaciones de servicios en lo que se refiere a la indemnización de daños corporales; limitación indemnizatoria que, además, algunas condiciones generales del contrato de viaje reproducen.³⁹⁴ No obstante, la aplicación de la regulación autonómica en ningún caso puede significar que el organizador deba indemnizar en toda su extensión el daño no corporal efectivamente producido sino que, llevando a cabo una interpretación de dicha regulación que sea conforme con el párrafo tercero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, en todo caso serán apli-

³⁹¹ SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La propuesta por IRU de modificar la Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros*, cit., pág. 1526, advierte que es posible que los tribunales de un Estado no miembro de la Convención lo apliquen cuando el accidente acontezca en su territorio.

³⁹² Ello contrasta con las regulaciones inglesa (*Regulation 15 (3)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992) e irlandesa (*Section 20 (5)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17), conforme a las que el contrato puede contener una limitación de los daños como consecuencia de la no ejecución o ejecución defectuosa de los servicios con arreglo a los convenios internacionales.

³⁹³ Aunque, como se verá, no se aplicarán los límites en la cuantía del resarcimiento de daños corporales previstos por algunos convenios (art. 30.2 Reglas CIV y art. 13.1 CVR), por remisión de éstos al Derecho español (arts. 1101 y ss. CC).

³⁹⁴ Por ejemplo, véase la cláusula "Responsabilidad" del catálogo IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998/1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 al 30 abril de 1999). Tal previsión únicamente se comprende si se tiene en cuenta que tales condiciones generales también prevén que, por lo que se refiere a daños que no sean corporales, la indemnización nunca podrá ser superior al precio total del viaje.

cables *ope legis* las limitaciones en las indemnizaciones de daños no corporales previstas en los convenios.

De todos modos, la aplicación de los límites de responsabilidad previstos en estos convenios internacionales únicamente debería tener lugar, de acuerdo con el fundamento del artículo 11.3 LVC, si los mismos también resultasen aplicables en la relación entre prestador directo y consumidor de no incluirse el servicio en un viaje combinado. En caso contrario, con la aplicación de los límites a favor del organizador no se igualará su régimen de responsabilidad contractual con el que corresponde de ordinario a los prestadores directos de los servicios del viaje, sino que aquél recibiría un trato privilegiado sin una justificación aparente.³⁹⁵ Es más, entonces se estará introduciendo una diferencia entre los servicios sueltos y los servicios incluidos en un viaje combinado en cuanto a la extensión de los daños resarcibles que no parece que deba existir.

Ello significa que los límites de responsabilidad previstos en los convenios internacionales no serán aplicables al organizador de viajes combinados en los siguientes supuestos:

A) Cuando el supuesto de hecho no pueda incluirse en el ámbito de aplicación de los convenios internacionales reguladores de las prestaciones incluidas en el viaje combinado. Dado que los convenios internacionales aplicables en el ordenamiento español de acuerdo con el artículo 11.3 LVC también deberían ser aplicables a la relación entre los prestadores directos de los servicios y el consumidor de no quedar incluidos éstos en el viaje combinado, el ámbito de aplicación de cada una de aquellas normas —de acuerdo con su propia regulación— deviene fundamental.

En términos generales, ello significa que las limitaciones indemnizatorias previstas por los convenios internacionales no serán aplicables a viajes en los que el servicio se realice en el interior de España, careciendo del carácter internacional que aquellos en principio les exigen para su aplicación, aun siendo aplicable en estos casos la LVC. En la doctrina de otros países han surgido algunas opiniones partidarias de la aplicación de los convenios internacionales a

³⁹⁵ En este sentido, el mandato legal de la limitación del resarcimiento integral contenido en el artículo 11.3 LVC ("quedará limitado") resulta excesivamente amplio.

viajes en los que los daños sean consecuencia del incumplimiento de servicios ejecutados en un ámbito nacional,³⁹⁶ incluso mediante el recurso a la aplicación por analogía,³⁹⁷ no solamente para colmar la falta de aplicación de la regulación interna de los servicios a los efectos de limitar la responsabilidad del organizador (p.ej. arts. 117 a 119 LNA) sino también en orden a promover una mayor uniformidad en los límites de la cuantía indemnizatoria prevista por la legislación de los Estados miembros. Sin embargo, más bien cabe entender que la expresión "con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones" contenida en el artículo 11.3 LVC, excluye en estos casos la aplicación no solamente de la regulación interna de los servicios,³⁹⁸ sino también de los convenios internacionales.³⁹⁹

Por lo general, esa interpretación literal del precepto dará lugar a un tratamiento dispar de la responsabilidad del organizador según incluya en el viaje servicios a ejecutar por el prestador que sean de alcance nacional o internacional (p.ej. transporte aéreo nacional).⁴⁰⁰ Pero la no posibilidad de aplicar los límites de responsabilidad previstos en los convenios internacionales a servicios del viaje de alcance nacional no excluirá, en ocasiones, un tratamiento idéntico al que tenga lugar cuando el organizador incluya los mismos servicios pero de índole internacional. Ello sucederá, en primer lugar, en lo que concierne a la indemnización por daños corporales. Como se verá, algunos de los convenios se remiten al derecho interno para limitar la cuantía indemnizatoria de estos daños, como en el caso del transporte por ferrocarril (art. 30.2 Reglas CIV); o consideran aplicable el derecho de un Estado no miembro de la Convención cuando éste establezca unos límites superiores a los previstos por la misma o una responsabilidad ilimitada del prestador, como sucede en el caso del trans-

³⁹⁶ Así, Stefano ZUNARELLI, *Package Travel Contracts: Remarks on the European Community Legislation*, Fordham Int. Law Journal 17 (1994), 489-510, pág. 504.

³⁹⁷ Véase MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 280-281.

³⁹⁸ Compárese con la remisión realizada por el § 651 h Abs.1 BGB ("internationale Übereinkommen oder auf solchen beruhende gesetzliche Vorschriften"), que permite la limitación de la indemnización de acuerdo con la regulación alemana aplicable a los prestadores de los servicios del viaje. Vide KALLER, *Reiserecht*, cit., Rnd. 313-334, págs. 291-300.

³⁹⁹ Mantiene la misma opinión, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 245.

⁴⁰⁰ Véanse los artículos 117 a 119 LNA; su redacción ha sido modificada por el Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto, *por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños producidos en la navegación aérea* (BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 1983; corrección de errores en BOE núm. 241, de 8 de octubre del mismo año).

porte terrestre (art. 13.1 CVR). Si a ello añadimos la circunstancia que la regulación española en materia de transportes terrestres no establece ninguna limitación resarcitoria para este tipo de daños, pronto se comprende que el organizador en ningún caso tendrá derecho a la limitación prevista en el artículo 11.3 LVC, sea el transporte terrestre (por ferrocarril o por carretera) nacional o internacional.⁴⁰¹ En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, a veces, ni los convenios internacionales mencionados ni la regulación interna incluyen límites para el resarcimiento de algunas partidas de daños (p.ej. daños no patrimoniales en el transporte aéreo), en cuyo caso tampoco tendrá lugar un doble régimen de limitación de responsabilidad del organizador del viaje según el servicio tenga carácter nacional o internacional. Y en tercer lugar, los límites en el resarcimiento de daños no corporales del consumidor podrán disminuir o aumentar por acuerdo entre las partes hasta ser equiparados a los límites fijados por la ley interna, puesto que las partes siempre pueden fijar por vía contractual unos límites razonables para su indemnización (infra § II.3.4).⁴⁰²

B) Cuando los convenios internacionales reguladores de las prestaciones incluidas en el viaje combinado no sean aplicables por haber actuado los prestadores o sus dependientes con dolo o culpa grave en el incumplimiento contractual. La premisa conforme a la que los límites de responsabilidad previstos en los convenios internacionales únicamente serán aplicables al organizador de viajes combinados cuando también lo fueran al prestador de no incluirse el

⁴⁰¹ Ello restará efectividad al artículo 22.4 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges* (DOGC núm.1924, de 22 de julio; modificado por el Decreto 210/1995, de 11 de julio: DOGC núm.2081, de 28 de julio), cuando establece que por lo que respecta a los daños corporales, el resarcimiento estará limitado de acuerdo con los convenios internacionales reguladores de las prestaciones de servicios.

⁴⁰² Así, por ejemplo, en el contrato de viaje puede fijarse una indemnización máxima de 54.000 pesetas por unidad para casos de pérdida o avería de equipajes, facturados o de mano, sufridos en ejecución del cumplimiento del servicio de transporte aéreo (cfr. art. 118.2 LNA). Cfr. Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, 1973, págs. 85-86; en términos parecidos, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 257, señala que esté o no regulado el *quantum* indemnizatorio en dichos convenios, el artículo 11.3 LVC permite la validez del pacto por el cual se reduzca la cuantía de la indemnización; por contra, se muestran contrarias a pactar el límite de la responsabilidad del organizador en los términos fijados por la ley interna, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 258 y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 246.

servicio en un viaje de ese tipo también conlleva que tales límites no resulten aplicables en el supuesto en que éstos o sus dependientes hayan actuado con dolo o culpa grave en el incumplimiento contractual. Téngase en cuenta que la mayoría de convenios internacionales excluyen la posibilidad de hacer efectivos los límites indemnizatorios previstos en los mismos cuando concurra una "acción u omisión realizadas con intención de causar pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría la pérdida, el daño o el retraso" (p.ej. arts. 42.1 Reglas CIV y 13 CA),⁴⁰³ introduciendo el concepto inglés de *wilful neglect*; o excluyen la aplicación de tales límites en los supuestos en que concurra dolo o culpa grave del transportista (p.ej. art. 18.2 CVR); mientras que la LVC no se refiere a ningún criterio de imputación de responsabilidad de organizadores y detallistas a los efectos de excluir aquellos límites (cfr. art. 11.1 LVC). Con todo, no parece de recibo que en caso de dolo o culpa grave el prestador deba responder íntegramente por los daños ocasionados, mientras que en estos casos el organizador pueda hacer uso igualmente de los límites previstos en los convenios internacionales. Más bien cabe entender que el organizador solamente podrá aprovecharse de la limitación de responsabilidad ex el artículo 11.3 LVC cuando no concurra dolo ni culpa grave en los términos previstos en los convenios internacionales.⁴⁰⁴

En cambio, la remisión del artículo 11.3 LVC a los convenios internacionales no incluye los casos de exoneración de responsabilidad de los prestadores previstos en estas normas. Existe una falta de identidad entre las causas de exoneración de la responsabilidad del organizador y el detallista de viajes combinados y las establecidas en los convenios internacionales reguladores de los servicios del viaje. En un principio parecería que si el convenio exonera de responsabilidad al prestador, el organizador tampoco debería resarcir los daños que resultasen de la no ejecución o mala ejecución de las prestaciones incluidas en

⁴⁰³ Como se verá a continuación, los convenios internacionales conciben el dolo en un sentido más agravado que la jurisprudencia y doctrina españolas. De todos modos, Francisco J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La llamada culpa equiparable a dolo y sus consecuencias en el Contrato de Transporte*, RDM, núm. 216, 1995, 723-735, págs. 728-731, considera que en este Derecho la noción de *wilful neglect* no permite equiparar el dolo a la culpa. Aplicado a estos convenios, ello significaría que el transportista únicamente perdería el derecho a la aplicación de los límites cuantitativos máximos de responsabilidad en caso de dolo.

⁴⁰⁴ Esta cuestión también ha sido planteada en el Derecho austriaco. Véase Wolfgang GRAZIANI-WEISS, *Reiserecht in Österreich (Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreisereichtlinie)*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1995, págs. 52-53.

el viaje combinado.⁴⁰⁵ Ello estaría en consonancia con lo previsto de un modo expreso en otros ordenamientos.⁴⁰⁶ Y, a la inversa, cabría no considerar de recibo una eventual exoneración de responsabilidad del organizador, conforme a la LVC, en circunstancias en las que, según los convenios internacionales, el mismo debería responder.⁴⁰⁷ Sin embargo, lo cierto es que el tenor literal del propio artículo 11.3 LVC no admite esa interpretación. Si este precepto se interpreta sistemáticamente en relación con el apartado cuarto del artículo 11 LVC, que da valor imperativo a los criterios de imputación y exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista previstos en los apartados primero y segundo del mismo precepto, está claro que el apartado tercero del mismo artículo—la remisión a los convenios internacionales—sólo puede constituir una norma especial en cuanto a la limitación de la indemnización de daños y, en ningún caso, para la afirmación o exclusión de la responsabilidad del organizador. Por ese motivo, podrá darse el caso en que aunque el convenio internacional exonere de responsabilidad al prestador del servicio incluido en el viaje, el organizador deba responder frente al consumidor del viaje por no ejecución o ejecución defectuosa del mismo realizada por el prestador, conforme a la regulación del contrato de viaje (apartados primero y segundo del artículo 11 LVC); así como que el organizador se exonere de responsabilidad de acuerdo con esta regulación, mientras que el prestador del servicio del viaje deba responder por vía extracontractual frente al consumidor con arreglo su regulación específica.

Realizadas esas consideraciones generales, a continuación se hace un breve repaso de los límites indemnizatorios previstos por algunos convenios internacionales aplicables en el ordenamiento español de acuerdo con el artículo 11.3

⁴⁰⁵ Sostiene esta opinión GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 257.

⁴⁰⁶ Admiten expresamente la exoneración de responsabilidad del organizador con arreglo a los convenios internacionales, el § 651 h Abs.2 BGB alemán y el artículo 508.2 BW holandés; en cambio, se mantienen el mismo sentido que el párrafo cuarto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, la *Regulation 15 (3)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa; la *Section 20 (5)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa; el artículo 15.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* italiano; y artículo 14.3 de la *Busdesgesetz über Pauschalreise* suíza, de 18 de junio de 1993 (en adelante, PaRG).

⁴⁰⁷ Vide David MORÁN BOVIO, "Transporte internacional de pasajeros: limitación de la responsabilidad del porteador aéreo y viajes combinados", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, 85-100, pág. 88.

LVC. El análisis incluye una referencia a sus ámbitos de aplicación respectivos y las previsiones relativas a la inaplicación de aquellos límites por haber actuado los prestadores o sus dependientes con dolo o culpa grave en el incumplimiento contractual, con el fin de delimitar el alcance que dichos límites podrán tener en la responsabilidad del organizador cuando con motivo de la ejecución de un servicio incluido en un viaje combinado (transporte aéreo, por ferrocarril, marítimo, por carretera) se causen daños al consumidor.

B) Algunos convenios internacionales

a) Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional

Desde el artículo 22.1 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de reglas relativas a los transportes aéreos internacionales*, existe una regulación uniforme que limita la responsabilidad contractual del transportista aéreo. Tales límites fueron doblados en el Protocolo de la Haya de 28 de septiembre de 1955, quedando redactado aquel apartado en los siguientes términos:

"[e]n el transporte de personas, la responsabilidad del transportista, con respecto a cada pasajero se limitará a la suma de 250.000 francos⁴⁰⁸ [o 8.300 Derechos especiales de Giro, para los Estados parte del Protocolo adicional número 1, o 16.600 Derechos especiales de Giro para los Estados parte del Protocolo adicional número 2, ambos hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975].⁴⁰⁹ En el caso de que, con arreglo a la Ley del Tribunal que conozca del asunto, la indemnización pueda ser fijada en forma de renta, el capital de la renta no podrá sobrepasar este límite. Sin embargo, por convenio especial con el transportista, el pasajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado".

Aun así, dichos límites han recibido muchas críticas por su parquedad, llegando a provocar la aprobación del Convenio de Montreal, de 13 de mayo de 1966, que la *Civil Aeronautics Board* (representantes de la Administración de los Estados Unidos) obliga a firmar a las compañías aéreas cuyo transporte in-

⁴⁰⁸ Con fecha 8 de junio de 1999 esta cantidad equivale a 27.368 euros.

⁴⁰⁹ Con fecha 14 de noviembre de 2000, estas cantidades equivalen a 12.443,77 y 24.887,55 euros respectivamente. El Protocolo adicional número 4 no contiene ninguna referencia al apartado primero del artículo 22 CVA y solamente introduce modificaciones en otros apartados del mismo precepto.

ternacional tenga por origen, destino o parada regular el territorio de los Estados Unidos. Este texto eleva el límite de responsabilidad a la misma cifra que el Protocolo de la Haya, pero a su vez excluye la posibilidad del transportista de eximirse de responsabilidad mediante la prueba de haber tomado él o sus dependientes todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas (cfr. art. 20 CVA), favoreciendo notoriamente los intereses del pasajero.⁴¹⁰

Menores problemas ha planteado la aplicación de los otros límites de responsabilidad del transportistas contemplados en los apartados siguientes del mismo artículo 22 CVA:

2. a) "[e]n el transporte de equipaje facturado [y de mercancías, en el caso de los Protocolos adicionales números 1, 2] la responsabilidad del transportista se limitará a la suma de 250 francos⁴¹¹ [o 17 Derechos Especiales de Giro, para los Estados parte de los Protocolos adicionales números 1, 2 y 4, hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975]⁴¹² por kilogramo, salvo declaración especial de valor hecha por el expedidor en el momento de la entrega del bulto al transportista y mediante el pago de una tasa suplementaria, si hay lugar a ello. En este caso, el transportista estará obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que pruebe que éste es superior al valor real en el momento de la entrega" [...].

2. c) "[e]n caso de pérdida, averías o retraso de una parte del equipaje facturado o de las mercancías en ellos contenidos, solamente se tendrá en cuenta el peso total del bulto afectado para determinar el límite de responsabilidad del transportista. Sin embargo, cuando la pérdida, avería o retraso de una parte del equipaje facturado, de las mercancías o de un objeto en ellos contenidos, afecte al valor de otros bultos comprendidos en el mismo talón de equipaje o carta de porte aéreo, se tendrá en cuenta el peso total de tales bultos para determinar el límite de responsabilidad".

⁴¹⁰ Puede consultarse TAPIA SALINAS, *Derecho aeronáutico*, cit., pág. 346; sobre la evolución de la regulación internacional de la responsabilidad contractual del transportista aéreo, SANTIAGO AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, EC, núm. 39, 1996, 57-77, págs. 61-63.

⁴¹¹ Con fecha 8 de junio de 1999, esta cantidad equivale a 27,37 euros.

⁴¹² Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 25,48 euros.

3. "[e]n lo que concierne a los objetos, cuya custodia conserve el pasajero, la responsabilidad del transportista se limitará a 5.000 francos⁴¹³ [o 332 Derechos Especiales de Giro, para los Estados Parte de los Protocolos adicionales números 1 y 2, hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975]⁴¹⁴ por pasajero".

Estas disposiciones han sido aplicables al transporte internacional, definido en el artículo 1 CVA como aquel "transporte en el que [...] el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o trasbordo, están situados, bien en el territorio de dos Altas partes contratantes, bien en el territorio de una sola Alta Parte Contratante si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea una Alta Parte contratante".⁴¹⁵ Mas, de acuerdo con el artículo 25 CVA, "los límites de responsabilidad especificados en el artículo 22 no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, con intención de causar el daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño"; si bien el mismo precepto añade que "[s]in embargo, en el caso de una acción u omisión de los dependientes, habrá que probar también que éstos actuaban en el ejercicio de sus funciones".⁴¹⁶

⁴¹³ Con fecha 8 de junio de 1999, esta cantidad equivale a 547,36 euros.

⁴¹⁴ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 497,75 euros. El Protocolo adicional número 4 no contiene ninguna referencia al apartado tercero del artículo 22 CVA.

⁴¹⁵ Los Protocolos adicionales números 1, 2 y 4, hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975, disponen que los mismos se aplicarán "al transporte internacional definido en el artículo 1 del Convenio, si los puntos de partida y de destino mencionados en dicho artículo se encuentran en el territorio de dos Partes [...] [del Protocolo respectivo] o en el territorio de una sola Parte, si hay una escala prevista en el territorio de cualquier otro Estado".

⁴¹⁶ La redacción expresada del artículo 25 CVA es la establecida por el Protocolo adicional número 4, hecho en Montreal el 25 de septiembre de 1975 (en vigor en España desde el día 14 de junio de 1998). En cambio, la redacción anterior del artículo 25.1 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional* —modificado por el Protocolo de la Haya, de 28 de septiembre de 1955—, establece lo siguiente: "[e]l transportador no tendrá derecho a aprovecharse de las disposiciones de la presente Convención que excluyan o limiten su responsabilidad, si el daño proviene de dolo por parte de él o de una falta (sic) que, según la ley del tribunal competente, se considere como equivalente al dolo". Sobre los presupuestos necesarios para la aplicación del artículo 25 CVA, véase la sentencia alemana OLG Köln Urt. 27.6.1995, RRa 10/1996, págs. 207-208. En caso de resultar aplicable el artículo 25 CVA, se afirma que la obligación de indemnizar se extenderá no sólo al daño material ocasionado por la muerte, heridas o cualquier lesión corporal sufridas por el viajero (cfr. art. 17 CVA) sino también a todos los daños que estén en conexión con la lesión a la integridad corporal sufrida por el consumidor, tales como el precio del dolor (*Schmerzensgeld*). Véase el comentario de Ronald SCHMID a la sentencia AG Hannover, Urt. 24.1.1996, RRa 4/1996, pág. 90.

Con todo, esta situación normativa deviene mucho más compleja con la aprobación del Reglamento 97/2027/CEE, de 9 de octubre, *sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*.⁴¹⁷ Esta norma comunitaria considera que "el límite de responsabilidad que establece el Convenio de Varsovia [el art. 22.1] es demasiado bajo en relación con los niveles económicos y sociales actuales", así como que "como consecuencia de ello, los Estados miembros han incrementado diversamente el límite de responsabilidad con las consiguientes diferencias dentro del mercado interior de la aviación" (Considerando tercero). Por este motivo, la letra a) del artículo 3.1 del Reglamento 97/2027/CEE dispone lo siguiente:

"[l]a responsabilidad de una compañía aérea comunitaria por los daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal por un pasajero en caso de accidente, no estará sujeta a ningún límite financiero, ya sea legal, convencional o contractual".

Y el apartado segundo del artículo 3 del Reglamento 97/2027/CEE añade:

"[c]on respecto a cualquier daño y hasta un importe equivalente en ecus a 100.000 DEG,⁴¹⁸ las compañías aéreas comunitarias no podrán excluir o limitar su responsabilidad demostrando que ellas y sus agentes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el perjuicio o que les resultó imposible adoptar dichas medidas".

La norma comunitaria abarca única y exclusivamente los daños corporales, incluyendo la muerte, por lo que los daños a las cosas por el momento continúan rigiéndose, en su caso, por las previsiones de los apartados segundo y siguientes del artículo 22 CVA (art. 1 del Reglamento 97/2027/CEE).⁴¹⁹ Para

⁴¹⁷ DOCE L núm. 285, de 17 de octubre de 1997.

⁴¹⁸ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 149.925,03 euros.

⁴¹⁹ El artículo 1 del Reglamento 97/2027/CEE expresa que esta norma "establece las obligaciones de las compañías aéreas de la Comunidad en relación con la responsabilidad con respecto a los pasajeros en caso de accidente, por daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por un pasajero, cuando el accidente [...]". (cfr. Considerando 7). Véase Elmar GIEMULLA, *Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen*, NZV 1998, 225-229, pág. 225; en sentido contrario, AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, cit., pág. 71, opina que el artículo 3.2 también se aplicará a cualquier otro daño al equipaje o generado por retraso en el cumplimiento del contrato.

aquellos daños el límite de la indemnización no sólo supondrá un tope máximo sino que marcará la frontera entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa: la compañía aérea responderá objetivamente hasta la cantidad de 100.000 DEG, aun en el caso de intervenir sin culpa en el incumplimiento; y en caso de intervenir la compañía aérea de un modo culposo, la norma comunitaria modifica la responsabilidad de limitada a ilimitada (cfr. art. 22 CVA).⁴²⁰

Además, la norma comunitaria no contempla si el límite de responsabilidad previsto también se aplicará cuando el consumidor pruebe que el daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, con intención de causar daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; pero si tal límite no resulta aplicable para los supuestos de negligencia o culpa no especialmente cualificada, *a fortiori* tampoco lo será en aquellos supuestos en que la conducta del transportista o sus dependientes resulta aún más reprobable. En cuyo caso más bien cabe pensar que no será de aplicación aquel límite, de acuerdo con el artículo 25 CVA, en la medida que el Reglamento 97/2027/CEE no sustituye sino que se sobrepone al "sistema de Varsovia".⁴²¹

En realidad, el Reglamento 97/2027/CEE no hace sino otorgar carácter vinculante al contenido del *Acuerdo sobre responsabilidad frente a viajeros*, de 31 de octubre de 1995, aprobado por la *Asociación del Transporte Aéreo Internacional* (IATA), en el marco de una tendencia a poner solución por vía convencional al carácter irrisorio de los límites indemnizatorios previstos en el artículo 22 CVA.⁴²² En efecto, con anterioridad a la aprobación de la norma, las

⁴²⁰ Sobre el sistema de responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias establecido por el Reglamento 97/2027/CEE, puede consultarse María Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97 de 17 de octubre*, Actualidad Civil, núm. 22, 29 de mayo a 4 de junio de 2000, 813-833, págs. 817-826.

⁴²¹ Véase Klaus TONNER, *Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen*, RRA 11/1998, 211-213, pág. 211; para AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, cit., pág. 63, este texto considera el CVA como fuente subsidiaria (cfr. art. 2.2 del Reglamento 97/2027/CEE).

⁴²² TONNER, *Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen*, cit., págs. 211-212, pone de manifiesto esta tendencia haciendo referencia no solo al Acuerdo de la IATA sino también al importante influjo del Convenio de Montreal, de 13 de mayo de 1966. También para AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, cit., pág. 68-70, el artículo 22.1 *in fine* sirve de apoyo para la aprobación del Convenio de Montreal, de 13 de mayo de 1966, y añade que ello no será así en el caso del Reglamento 97/2027/CEE, pues este texto se aplicará con independencia de que exista una suerte de vinculación especial entre la compañía aérea y el consumidor.

compañías aéreas pertenecientes a la Asociación incorporan en las condiciones generales de los contratos un régimen de responsabilidad idéntico al de estas disposiciones comunitarias, habilitadas por lo dispuesto en la parte final del artículo 22.1 CVA.⁴²³ Con ello no se acepta sin más el medio de defensa previsto por el artículo 20 CVA, que permite al transportista exonerarse de responsabilidad “si prueba que tanto él como sus dependientes tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas”—como hizo el Protocolo de la Haya y reitera el Protocolo adicional número 4, hecho en Montreal el 25 de septiembre de 1975 —,⁴²⁴ pues hasta el límite de 100.000 DEG la responsabilidad del transportista deviene objetiva; y esta tendencia tampoco se limita a rechazar de plano aquel medio de defensa —como hizo el Acuerdo de Montreal de 13 de mayo de 1966—, pues tales condiciones generales de los contratos admiten la aplicación de la previsión del artículo 20 CVA en la medida que el daño exceda de la cuantía de 100.000 DEG.⁴²⁵ Sin embargo, esta situación creada por vía de convenios especiales entre el transportista y el consumidor no impide que algunas compañías limiten igualmente su responsabilidad frente al consumidor al amparo de lo previsto en el artículo 22 CVA, causando una importante distorsión en el mercado interior de la aviación. Es por ello que el artículo 6 del Reglamento 97/2027/CEE da valor imperativo a

⁴²³ Conforme al artículo 22.1 *in fine* CVA, “por convenio especial con el transportista, el pasajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado”.

⁴²⁴ La redacción expresada del artículo 20 CVA es la que se contiene en el Protocolo adicional número 4, hecho en Montreal el 25 de septiembre de 1975. La misma difiere en parte del tenor del artículo 20.1 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional* —modificado por el Protocolo de la Haya, de 28 de septiembre de 1955—, que establece lo siguiente: “[e]l *transportador* no es responsable si prueba que él y sus *representantes* tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas [la cursiva es nuestra]”. Edgar RUHWEDEL, *Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen von 9.10.1997*, *TranspR* 1 (1998), 13-16, pág. 16, pone de relieve la excepcionalidad de esa vía de exoneración de responsabilidad del transportista.

⁴²⁵ Con todo, parece evidente la similitud entre los regímenes de la responsabilidad del transportista aéreo previstos en el Reglamento 97/2027/CEE y el Acuerdo de Montreal de 13 de mayo de 1966. No parece entenderlo así AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, cit., págs. 71-72.

su artículo 3, señalando que esta disposición deberá incluirse en las condiciones de transporte de las compañías aéreas comunitarias.⁴²⁶

Aun así, el Reglamento 97/2027/CEE plantea distintos problemas en cuanto a su ámbito de aplicación. Si bien está claro que la norma comunitaria no se aplica al transporte aéreo internacional en los términos del artículo 1 CVA sino únicamente a las compañías aéreas comunitarias (art. 1),⁴²⁷ tal regulación genera un dualismo con respecto a este convenio internacional. Habida cuenta que la Unión Europea no tiene carácter estatal, el transporte aéreo entre Estados miembros sigue siendo internacional a la luz de aquel precepto, de modo que en estas ocasiones no se descarta la aplicación de los límites indemnizatorios del artículo 22 CVA.⁴²⁸ Por otro lado, siendo el Reglamento 97/2027/CEE aplicable a las compañías comunitarias sin más, resulta que no solamente es aplicable al transporte entre distintos Estados de la Unión sino también al transporte realizado en el interior de un único Estado miembro, lo que da lugar a un nuevo dualismo, en este caso con respecto al derecho interno (cfr. arts. 117 a 119 LNA).⁴²⁹

Ni que decir tiene que con ello no queda nada claro si los organizadores de viajes también podrán hacer efectivo el régimen de limitación de responsabilidad previsto en el artículo 3 del Reglamento 97/2027/CEE frente al consumidor, cuando los daños a indemnizar sean consecuencia de la no ejecución o eje-

⁴²⁶ ÁLVAREZ MORENO, *La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97 de 17 de octubre*, cit., pág. 815, observa que la compañía aérea será comunitaria si su licencia de explotación para el transporte aéreo ha sido concedida por un Estado miembro. Al mismo resultado previsto en el artículo 6 del Reglamento 97/2027/CEE han podido llegar las compañías aéreas extracomunitarias, por convenio especial con el consumidor (cfr. art. 22.1 *in fine* CVA). Véase RUHWEDEL, *Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen von 9.10.1997*, cit., págs. 15-16.

⁴²⁷ En eso, Gabriele SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, DT, 1998-III, 621-637, págs. 632-633, advierte acerca de la irracionalidad de establecer un régimen distinto de responsabilidad en función de la nacionalidad del transportista.

⁴²⁸ Existe una colisión entre la aplicación del CVA al transporte internacional y las exigencias del mercado interior comunitario de la aviación de no distinguir entre vuelos nacionales e internacionales.

⁴²⁹ Sobre los problemas de ámbito de aplicación del Reglamento 97/2027/CEE, GIEMULLA, *Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen*, cit., pág. 227-228; y TONNER, *Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen*, cit., pág. 212.

cución defectuosa de esta modalidad de transporte por parte de una compañía aérea comunitaria utilizada en el cumplimiento del contrato de viaje. Ni esa norma comunitaria se halla inserta en la remisión del Preámbulo de la Directiva 90/314/CEE, ni siquiera se trata de una norma con rango de convenio internacional (cfr. art. 11.3 LVC). En el Derecho alemán hay quien ha señalado que el Reglamento 97/2027/CEE no modifica el régimen de responsabilidad del organizador como "transportista contractual", puesto que a diferencia del llamado "sistema de Varsovia" (cfr. art. 2 del Protocolo de Guadalajara de 18 de septiembre de 1961), la norma comunitaria únicamente se dirige a las compañías aéreas comunitarias.⁴³⁰ En cambio, en el Derecho italiano una parte de la doctrina opina que esa norma no imputa la obligación de resarcir los daños y perjuicios exclusivamente a los sujetos señalados por el legislador, por lo que esa obligación también podrá recaer sobre el organizador de viajes combinados (cfr. letra a) del art. 4); si bien en ese caso, según esa opinión, el organizador será responsable frente al consumidor conforme a los artículos 14 a 17 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, de modo que en realidad sólo se beneficiará del límite resarcitorio de 100.000 DEG por efecto del reenvío previsto por esa regulación (art. 15).⁴³¹ En cualquier caso, si se admite esa última opinión, la introducción de la norma comunitaria dejará a los organizadores que utilicen para el transporte aéreo compañías comunitarias sin la posibilidad de utilizar limitaciones de responsabilidad, las cuales sí podrán hacer efectivas si utilizan compañías aéreas no comunitarias, lo que podría conllevar una importante distorsión de la competencia en el mercado.⁴³²

⁴³⁰ Así, Ronald SCHMID, (*Noch*) *Keine unbegrenzte Haftung der Reiseveranstalter bei Flugfällen*, RRA 1/1999, págs. 3-5).

⁴³¹ Véase SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, cit., págs. 627-628. Por el contrario, PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, cit., págs. 76-77, considera que con el Reglamento 97/2027/CEE el organizador no podrá limitar su responsabilidad entretanto no se modifique la CVA, en la medida que el artículo 15 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* no se remite a las normas que disciplinan con carácter general la responsabilidad del transportista aéreo.

⁴³² En estos términos se expresa GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 247-250; también lo advierte el mismo SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, cit., pág. 634.

Con todo, las dudas surgidas con la aprobación del Reglamento 97/2027/CEE pueden disiparse en un futuro más o menos inmediato. La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) ha elaborado un Convenio internacional *para la unificación de reglas relativas a los transportes aéreos internacionales*, hecho en Montreal con fecha 28 de mayo de 1999, que ha sometido a la ratificación de los Estados que lo consideren conveniente.

Esta norma internacional continúa en la misma línea de superación del llamado "sistema de Varsovia" emprendido por el *Acuerdo sobre responsabilidad frente a viajeros*, de 31 de octubre de 1995, aprobado por la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA) y el Reglamento 97/2027/CEE. El artículo 21 del Convenio de Montreal prevé lo siguiente:

1. "[r]especto al daño previsto en el párrafo 1 de artículo 17 [daño causado en caso de muerte o de lesión corporal] que no exceda de 100.000 derechos especiales de giro ⁴³³ por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad".

2. "[e]l transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17 en la medida que exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, si prueba que: a) el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero".

Así pues, en lugar de limitar la responsabilidad del transportista con respecto a cada pasajero a la suma de 250.000 francos [o 8.300 o 16.600 Derechos especiales de giro, para los Estados parte de los Protocolos adicionales números 1 y 2, hechos en Montreal el 25 de septiembre de 1975] (cfr. art. 22.1 CA), el nuevo Convenio de Montreal establece la limitación de responsabilidad en la suma de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero (art. 21.1 Convenio de Montreal); y en vez de permitir al transportista la exoneración de responsabilidad por no tomar éste o sus dependientes las medidas necesarias para evitar el daño o serles imposible tomarlas, con independencia de la suma indemnizatoria—como hace el art. 20 CVA—, tal eventualidad únicamente se contempla en la medida que los daños por muerte o lesión corporal excedan de 100.000 derechos especiales de giro (art. 21.2 Convenio de Montreal). Además,

⁴³³ Como se ha dicho con respecto al Reglamento 97/2027/CEE, con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 149.925,03 euros.

en el caso de que la exoneración prevista por este apartado no proceda, la responsabilidad del transportista aéreo por tales daños será ilimitada.

El Convenio internacional *para la unificación de reglas relativas a los transportes aéreos internacionales*, hecho en Montreal con fecha 28 de mayo de 1999, a diferencia del Reglamento 97/2027/CEE, también contiene algunas disposiciones que establecen límites de responsabilidad respecto al retraso, el equipaje y la carga (art. 22).

El apartado primero del artículo 22 del Convenio de Montreal dispone que "[e]n caso de daño causado por retraso, como se especifica en el artículo 19 [retrasos en el transporte de pasajeros], en el transporte de personas la responsabilidad del transportista se limita a 4.150 derechos especiales de giro⁴³⁴ por pasajero".⁴³⁵ La amplitud de límite indemnizatorio pretende evitar los retrasos por medio de una planificación adecuada del transporte aéreo, en su caso suprimiendo vuelos en supuestos de huelga, plantilla insuficiente o exceso de movimientos de aterrizaje y despegue (*slots*). Sin duda, este límite puede constituir una novedad de gran interés no solamente para el transportista aéreo sino también para el organizador de viajes combinados, habida cuenta en aquellos países en que no está en vigor el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971 resulta que el CVA no limita la responsabilidad de aquél por estos daños (cfr. arts. 19 y 22.1 CVA).⁴³⁶

Por su lado, el apartado segundo del artículo 22 del Convenio de Montreal señala que la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso en el equipaje se limita a 1.000 derechos especiales de giro⁴³⁷ por pasajero; y el apartado tercero del mismo precepto fija el límite en 17 derechos especiales de giro por kilogramo cuando tales vicisitudes tengan lugar en

⁴³⁴ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esta cantidad equivale a 6.221,88 euros.

⁴³⁵ El artículo 19 del Convenio de Montreal añade: "[s]in embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otras, adoptar dichas medidas".

⁴³⁶ Cfr. Ronald SCHMID, *Neues Haftungsregime für internationale Luftbeförderungen*, RRa 7/1999, 131-132, pág. 132.

⁴³⁷ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 1.499,25 euros.

el transporte de carga. Ello tendrá lugar, en ambos casos, a menos que exista una declaración especial de valor en el lugar de destino, y el pasajero haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello. En este caso el transportista estará obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el destino realizada por el pasajero —en el caso del equipaje— o el expedidor —en el caso de la carga.⁴³⁸

Los límites de responsabilidad respecto a los daños en el equipaje y la carga previstos en estos apartados supondrán una mejora notable para el consumidor de viajes combinados si se comparan con los límites indemnizatorios previstos para estos daños en los apartados segundo y tercero del antes mencionado artículo 22 CVA.

En cambio, el Convenio de Montreal no prevé el resarcimiento de los daños sufridos por pérdida de vacaciones, como tampoco lo ha hecho hasta el momento la regulación de la responsabilidad del transportista aéreo internacional. En el Derecho alemán incluso se ha planteado la exclusión de la indemnización de daños por pérdida de vacaciones prevista en la regulación del contrato de viaje (§ 651 f Abs. 2 BGB) a partir de lo dispuesto por el artículo 24.1 CVA.⁴³⁹ Nótese que, de acuerdo con el Protocolo adicional número 4, hecho en Montreal el 25 de septiembre de 1975, el artículo 24.1 CVA tiene la siguiente redacción: “[e]n el transporte de pasajeros y equipaje, cualquier acción por daños, cualquiera que sea el título, solamente podrá ejercitarse dentro de las condiciones y límites señalados en el presente Convenio, sin que ello prejuzgue la cuestión de qué personas pueden ejercitar las acciones y de sus respectivos de-

⁴³⁸ Por lo demás, el apartado cuarto del artículo 22 del Convenio de Montreal establece: “[e]n caso de destrucción, pérdida, avería o retraso de una parte de la carga o de cualquier objeto que ella contenga, para determinar la suma que constituye el límite de responsabilidad del transportista solamente se tendrá en cuenta el peso total del bulto o de los bultos afectados. Sin embargo, cuando la destrucción, pérdida, avería o retraso de una parte de la carga o de un objeto que ella contenga afecte al valor de otros bultos comprendidos en la misma carta de porte aéreo, o en el mismo recibo o, si no se hubiera expedido ninguno de estos documentos, en la misma constancia conservada por los otros medios mencionados en el párrafo 2 del artículo 4, para determinar el límite de responsabilidad también se tendrá en cuenta el peso total de tales bultos”.

⁴³⁹ Véase la sentencia AG Ludwigsburg, Urt. 2.7.1998, RRa 12/98, págs. 240-241.

rechos”.⁴⁴⁰ Sin embargo, parece que si el consumidor tiene derecho al resarcimiento de los daños sufridos por pérdida de vacaciones conforme a la regulación general (arts. 1101 y ss. CC) o, en su caso, específica del contrato de viaje combinado (art. 11 LVC), éste podrá hacerlo efectivo con independencia de las previsiones reguladoras de la responsabilidad del transportista aéreo.

Si el consumidor probara que el daño causado por retraso en el transporte de personas o los daños en el transporte de equipaje es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño, tales límites indemnizatorios no serían aplicables;⁴⁴¹ siempre que, en el caso de una acción u omisión de un dependiente o agente, se pruebe también que éste actuaba en el ejercicio de sus funciones (art. 25 CVA).

Además, el apartado primero del artículo 24 del Convenio de Montreal señala que “[l]os límites de responsabilidad prescritos en los artículos 21, 22 y 23 [éste se refiere a la conversión de las unidades monetarias] serán revisados por el Depositario cada cinco años, debiendo efectuarse la primera revisión al final del quinto año siguiente a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio o, si el Convenio no entra en vigor dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que se abrió a la firma, dentro del primer año de su entrada en vigor, con relación a un índice de inflación que corresponda a la tasa de inflación acumulada desde la revisión anterior o, la primera vez, desde la fecha de entrada en vigor del Convenio”. Según el mismo apartado, “[l]a medida de la tasa de infla-

⁴⁴⁰ Ese Protocolo —que no ha sido firmado por Alemania— suprime el artículo 24.1 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional* —modificado por el Protocolo de la Haya, de 28 de septiembre de 1955—, que establece lo siguiente: “[e]n los casos previstos en los artículos 18 y 19 [daños a equipajes y daños por el retardo], toda acción exigiendo responsabilidad [al transportista aéreo], cualquiera que ésta sea, no podrá ejercitarse más que en las condiciones y límites previstos por la presente Convención”.

⁴⁴¹ Para el alcance de la exclusión de los límites indemnizatorios, pueden consultarse los casos norteamericanos expuestos por Norman G. COURNOYER/Anthony G. MARSHALL/Karen L. MORRIS, *Hotel, Restaurant and Travel Law (A preventive Approach)*, 5 th. ed., Boston, Delmar Publishers, 1999, págs.399-400.

ción que habrá de utilizarse para determinar el índice de inflación será el promedio ponderado de las tasas anuales de aumento o de disminución del índice de precios al consumidor de los Estados cuyas monedas comprenden el derecho especial de giro mencionado en el párrafo 1 del artículo 23 [Estados señalados por el Fondo Monetario Internacional]. El apartado segundo del artículo 24 añade que si de esa revisión "resulta que el índice de inflación ha sido superior al diez por ciento, el Depositario notificará a los Estados Partes la revisión de los límites de responsabilidad", y que "dichas revisiones serán efectivas seis meses después de su notificación a los Estados Partes"; mas este apartado también dispone que si dentro de los tres meses siguientes a su notificación a los Estados parte, una mayoría de ellos registra su desaprobación, la revisión no tendrá efecto y el Depositario remitirá la cuestión a una reunión de los Estados parte. Aún hay más: el apartado tercero del mismo artículo 24 del Convenio de Montreal faculta a los Estados parte a decidir la revisión de los límites indemnizatorios por su cuenta siempre que un tercio de los mismos exprese el deseo de hacerlo y con la condición de que el índice de inflación mencionado en el apartado primero del mismo precepto haya sido superior al treinta por ciento desde la revisión anterior, o desde la fecha de entrada en vigor del propio Convenio si no ha habido una revisión anterior.

Ni que decir tiene que el Convenio puede contribuir a dilucidar cuáles son los límites indemnizatorios a la responsabilidad del transportista. Ello tendrá lugar no solamente por la inminente entrada en vigor de la norma internacional sino también habida cuenta de la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2000, *por el que se modifica el Reglamento n° 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*,⁴⁴² que inserta en esa norma comunitaria un artículo 3 bis con el fin de incorporar las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a la limitación de responsabilidad del transportista aéreo por pérdida, avería y destrucción de equipajes, y daños ocasionados por retrasos.⁴⁴³

⁴⁴² COM(2000) 340 final, de 6 de junio de 2000.

⁴⁴³ Conforme al apartado primero del artículo 3 bis de la Propuesta, "[l]a responsabilidad de una compañía aérea comunitaria por el daño ocasionado por los retrasos y en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso en el transporte de equipaje se regirá por lo dispuesto en los artículos 19 y 20, los apartados 1, 2, 5 y 6 del artículo 22 y el artículo 31 del Convenio de Montreal". El apartado segundo del mismo precepto dispone que "[l]a suma suplementaria que, de conformidad con el apartado 2 del artículo 22 del Convenio de Montreal, puede solicitar una compañía comunitaria cuando un pasajero hace una declaración especial de interés en la entrega de su equipaje en el lugar de destino se basará en una tarifa que guarde relación con los costes de transportar y asegurar el equipaje en cuestión adicionales a los ocasionados por el equipaje valorado en el límite de responsabilidad o por debajo [...]."

El día 28 de mayo de 1999, el Convenio se ha abierto a la firma de los Estados participantes en la Conferencia internacional de derecho aeronáutico, celebrada en Montreal del 10 al 28 de mayo de 1999. En el momento de la firma, 52 de un total de 122 Estados participantes en la Conferencia han manifestado su voluntad de que el Convenio de Montreal entre en vigor, entre ellos 18 Estados europeos y los Estados Unidos. El propio Convenio prevé que, después del 28 de mayo de 1999, estará abierto a la firma de todos los Estados en la sede de la *Organización de Aviación Civil Internacional* (OACI), en Montreal, hasta su entrada en vigor (art. 53.1). Entrada en vigor que la norma establece que tendrá lugar transcurridos 60 días a contar desde la fecha de depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de por los menos 30 Estados (art. 53.6). Consultada la *Organización de Aviación Civil Internacional*, en estos momentos la institución no tiene noticia del momento en que la norma internacional puede entrar en vigor en España. De todos modos, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2000, *por el que se modifica el Reglamento n° 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*, dispone que para la entrada en vigor de esa norma comunitaria "la Comisión abogará, sin duda, por la fecha más temprana que sea compatible con el proceso legislativo comunitario y la necesaria adaptación de la industria"; y añade que "[n]o obstante, cabe señalar que si dicho Reglamento entrara en vigor antes que el Convenio de Montreal, podría crearse cierta confusión en cuanto a las obligaciones de las compañías aéreas comunitarias; de ahí que se proponga intentar lograr la mayor simultaneidad posible".⁴⁴⁴ Si se tiene en cuenta que las previsiones apuntan a que los actos para la aprobación definitiva de la Propuesta mencionada tendrán lugar por parte de las instituciones europeas desde mediados de febrero hasta los primeros días de abril de 2001,⁴⁴⁵ cabe entender que la entrada en vigor del

⁴⁴⁴ El Reglamento 97/2027/CEE objeto de la modificación señala que "[c]onsiderando que la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) está estudiando actualmente una revisión del Convenio de Varsovia; que, en espera del resultado de dicho estudio de revisión, ciertas acciones emprendidas por la Comunidad con carácter provisional podrían mejorar la protección de los pasajeros; que el Consejo debería revisar el presente Reglamento tan pronto como sea posible tras la revisión de la OACI" (último Considerando).

⁴⁴⁵ Para el seguimiento del procedimiento de elaboración de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2000, *por el que se modifica el Reglamento n° 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*, véase http://www.db.eroparl.eu.int/oeil/oeil_ViewDNL.ProcedureView?lang=1&procid=4232 (fecha de consulta: 2.11.2000).

Convenio de Montreal se producirá aproximadamente en las mismas fechas; ello si bien el artículo 2 de la Propuesta prevé, a modo de prevención, que "[e]l presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y será aplicable desde esa fecha o desde la fecha de entrada en vigor del Convenio de Montreal, si ésta última fuese posterior". En cualquier caso, el éxito de la regulación internacional viene avalado por las más de 100 compañías aéreas de todo el mundo que se acogen al *Acuerdo sobre responsabilidad frente a viajeros*, de 31 de octubre de 1995, aprobado por la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA) que, como se ha expuesto, constituye uno de los antecedentes inmediatos del régimen de limitación de responsabilidad de los transportistas aéreos establecido en el Convenio de Montreal.⁴⁴⁶

Alcanzando el ámbito de aplicación de la norma internacional a todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o trasbordo, estén situados, bien en el territorio de dos Estados parte, bien en el territorio de un solo Estado parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado parte (art. 1.2 Convenio de Montreal),⁴⁴⁷ el apartado segundo del artículo 1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2000, *por el que se modifica el Reglamento n.º 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente* no elimina el dualismo a que antes hemos hecho referencia con respecto a la norma internacional, cuando se limita a sustituir el artículo 1 del Reglamento por el texto siguiente:

⁴⁴⁶ Véase SCHMID, *Neues Haftungsregime für internationale Luftbeförderungen*, cit., pág. 132.

⁴⁴⁷ Ello no incluye el transporte entre dos puntos dentro del territorio de un solo Estado parte, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado. En todo caso, no cabe la menor duda de la eventual aplicación de los límites indemnizatorios previstos en el Convenio de Montreal a la responsabilidad del organizador, por los daños resultantes de la no ejecución o ejecución defectuosa del servicio de transporte aéreo internacional realizado por el prestador que aquél utilice en el cumplimiento del contrato de viaje (cfr. art. 11.3 LVC). En la medida que el Convenio de Montreal viene a sustituir el Convenio de Varsovia en la regulación de los límites de responsabilidad del transportista aéreo internacional, mencionado en el Preámbulo de la Directiva 90/314/CEE, aquella norma internacional también será aplicable, en su caso, a la responsabilidad del organizador de viajes combinados.

"1. [e]l presente Reglamento establece las obligaciones de las compañías aéreas de la Comunidad en relación con la responsabilidad por daños sufridos en caso de muerte o lesión corporal de un pasajero, cuando el accidente que haya causado la muerte o lesión haya ocurrido a bordo de una aeronave o en el curso de cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque".

2. [e]l presente Reglamento hace extensivas ciertas disposiciones del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional a todo transporte de personas y de su equipaje efectuado por una compañía aérea comunitaria a cambio de una remuneración, incluido el transporte entre dos puntos situados en un mismo Estado miembro. Se aplicará asimismo a todo transporte gratuito por aeronave de personas y equipaje efectuado por una compañía aérea comunitaria".⁴⁴⁸

Si la Propuesta obtiene la aprobación definitiva, algunos supuestos podrán recaer tanto en el ámbito de aplicación de la norma internacional como de la norma comunitaria. Con todo, la identidad reguladora entre ambas regulaciones conllevará que aquella circunstancia no tenga mayor trascendencia por lo que se refiere al régimen de limitación de responsabilidad del transportista aéreo.

b) Convenio de Berna de 1961 sobre el transporte por ferrocarril

El artículo 30.2 Reglas CIV establece que el importe de los daños resultantes de la muerte, de las lesiones o de cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero en el transporte por ferrocarril se determinará con arreglo al Derecho nacional; si bien añade que para la aplicación de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril, de 9 de mayo de 1980, "se fijará un límite máximo de 70.000 unida-

⁴⁴⁸ En opinión de la Comisión expresada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2000, *por el que se modifica el Reglamento n.º 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*, "la acción comunitaria en este ámbito garantizará la existencia de una normativa uniforme que regule la responsabilidad con respecto a los pasajeros y su equipaje para todos los desplazamientos aéreos efectuados por compañías de la Comunidad Europea, incluidas las rutas internacionales, intracomunitarias y nacionales, tanto en servicios regulares como chárter".

des de cuenta⁴⁴⁹ de capital o de renta anual correspondiente a dicho capital para cada viajero, cuando el Derecho nacional prevea un límite máximo de un importe inferior".

Este precepto parte de la tradicional remisión al Derecho interno contenida en la regulación internacional de esta modalidad de transporte para la determinación, en su caso, de los límites indemnizatorios correspondientes a los daños corporales;⁴⁵⁰ ello sin perjuicio de señalar un máximo en la limitación de responsabilidad para el caso en que el límite previsto en la regulación de los distintos Estados parte sea inferior.

Con todo, el límite máximo de responsabilidad previsto en el artículo 30.2 Reglas CIV tendrá un ámbito de aplicación más bien reducido. En primer lugar, distintos Estados parte del Convenio (Austria, Dinamarca, Finlandia, Irán, Polonia y Rumania) se han reservado "el derecho de no aplicar a los viajeros, víctimas de accidentes acaecidos en su territorio el conjunto de las disposiciones relativas a la responsabilidad del ferrocarril en caso de muerte y lesiones de los viajeros, cuando éstos sean súbditos suyos o personas que tengan su residencia habitual en ese Estado" (art. 3 Reglas CIV); y en segundo lugar, el límite máximo de responsabilidad previsto en las Reglas CIV tampoco se aplicará cuando los Estados parte, aun no habiendo hecho esta reserva, fijen unos límites superiores en la cuantía indemnizatoria; o bien, por interpretación del artículo 30.2 Reglas CIV, prevean en su regulación una responsabilidad ilimitada del transportista.

El Estado español no ha llevado a cabo dicha reserva, ni su ordenamiento prevé unos límites específicos para el resarcimiento de daños resultantes de la muerte, lesiones o cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero en el transporte por ferrocarril.⁴⁵¹ Sin embargo, la doctrina dominante considera aplicables al transportista los principios y disposiciones generales de la

⁴⁴⁹ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 104.947,52 euros.

⁴⁵⁰ Cfr. el artículo 6 del Convenio Internacional *sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril*, hecho en Berna el 25 de febrero de 1961; y el artículo 25.1 del Convenio Internacional *regulador del transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril*, de 7 de febrero de 1970, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de julio de 1974.

⁴⁵¹ Vide artículo 3.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los transportes terrestres* (BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1990), en su redacción a partir del Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio de 1997).

responsabilidad contractual del Código civil (arts. 1101 y ss.), por lo menos en cuanto a los daños corporales sufridos por el viajero,⁴⁵² con lo que procederá su resarcimiento íntegro. Por este motivo, cabe entender que el límite máximo de 70.000 unidades de cuenta contemplado por el artículo 30.2 Reglas CIV tampoco resultará aplicable en este ordenamiento que, por lo demás, no prevé un límite máximo de un importe inferior.

Luego, cuando resulte aplicable el Derecho español conforme a la remisión establecida en el artículo 30.2 Reglas CIV, cabe pensar que el organizador tampoco podrá limitar su responsabilidad con arreglo al artículo 11.3 LVC por los daños corporales sufridos por los consumidores. A estos efectos, se podría partir del alcance de la reserva del derecho de no aplicar el conjunto de las disposiciones relativas a la responsabilidad del ferrocarril en caso de muerte y lesiones de los viajeros (art. 3 Reglas CIV), para sostener la aplicación del Derecho español en la indemnización de los daños corporales sufridos por los consumidores del viaje que sean víctimas de un accidente de ferrocarril acaecido en territorio español y súbditos españoles o personas con su residencia habitual en España. Sin embargo, parece preferible considerar que la remisión del artículo 30.2 Reglas CIV al Derecho estatal, a los efectos de determinar el importe de los daños y perjuicios en caso de muerte y lesiones del viajero, no solamente incluye la regulación sustantiva sino también las reglas sobre conflicto de leyes de este ordenamiento. De este modo, la aplicación del Derecho español (arts. 1101 y ss. CC) vendría determinada, en particular, por el párrafo primero del artículo 10.5 del Código civil, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pues entre éstas cabe incluir la obligación de indemnización de daños y perjuicios del ferrocarril prevista en el artículo 30.2 Reglas CIV. Y, si ello fuera así, conforme a aquel precepto se aplicaría "la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato". Estos criterios servirían, en definitiva, para determinar en qué supuestos resultaría aplicable el Derecho español (arts. 1101 y ss. CC), con la consiguiente responsabilidad ilimitada del organizador, y en cuáles otro Derecho estatal.

⁴⁵² Véase Francisco VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. II (*Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*), 3.ª ed., Barcelona, J.M.ª Bosch, 1990, pág. 363.

La mayoría de las veces, las condiciones generales del contrato de viaje combinado contienen la cláusula "Regulación jurídica aplicable y aceptación de las condiciones", por medio de la que los organizadores o los detallistas que ofrecen sus viajes desde territorio español se someten a la regulación española de esa modalidad contractual;⁴⁵³ sumisión que deberá entenderse referida también a las disposiciones generales de responsabilidad contractual del Código civil (arts. 1101 y ss.), como supletorias. Ello conllevará, de acuerdo con el artículo 10.5 del Código civil, la obligación del organizador de resarcir íntegramente los daños resultantes de la muerte, lesiones o cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero en el transporte por ferrocarril. La aplicación del Derecho español va a excluir el límite máximo de 70.000 unidades de cuenta contemplado por el artículo 30.2 Reglas CIV.⁴⁵⁴ Téngase en cuenta, además, que la Disposición adicional 1.ª V 28ª LGDCU declara abusivas aquellas cláusulas que tengan por objeto "[l]a sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza".

Esta última disposición restringirá enormemente las posibilidades del organizador de viajes combinados de beneficiarse de la limitación en la cuantía indemnizatoria prevista en el artículo 30.2 Reglas CIV, por someter el contrato de viaje a un Derecho extranjero que prevea un límite máximo de un importe inferior (cfr. art. 11.3 LVC); como también impedirá a aquél, la mayoría de las veces, la aplicación al contrato de un Derecho extranjero que se haya reservado el derecho de no aplicar las disposiciones relativas a la responsabilidad del ferrocarril en caso de daños corporales sufridos por los consumidores (art. 3 Reglas CIV); esto último, de posible interés para el organizador de viajes combi-

⁴⁵³ Véase, por ejemplo, el catálogo IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998/1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 al 30 abril de 1999), que además se remite a la regulación autonómica; en cambio, el catálogo RHODASOL/TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998), se limita a declarar aplicables las cláusulas contenidas en las condiciones generales, "que completan y desarrollan la legislación específica aplicable sin contravenirla".

⁴⁵⁴ Tal responsabilidad ilimitada del organizador por los daños corporales sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento o de la mala ejecución de la prestación por transporte por ferrocarril incluida en el viaje, por aplicación del Derecho español (arts. 1101 y ss. CC), también tendrá lugar cuando, en defecto de sumisión, tanto el organizador como el consumidor sean nacionales españoles; así como, en última instancia, en caso de que el contrato de viaje combinado sea celebrado en territorio española (cfr. art. 10.5 CC).

nados cuando el Derecho extranjero no prevea una responsabilidad ilimitada en estos casos, sólo podrá tener lugar si, además de cumplir con las previsiones de la Disposición adicional 1.ª V 28ª LGDCU, los consumidores sean súbditos del Estado cuyo ordenamiento el organizador pretenda aplicar, o personas que tengan su residencia habitual en el mismo (art. 3 Reglas CIV).

Una vez surgida a obligación del organizador de resarcir íntegramente los daños resultantes de la muerte, lesiones o cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero como consecuencia de un accidente de ferrocarril, para aquél resultará de gran interés en estos casos que la relación interna establezca a su favor una acción de repetición contra el transportista; y, como no, la concertación de un seguro por su propia cuenta frente a una posible responsabilidad civil ilimitada en el resarcimiento de este tipo daños.

Las Reglas CIV también prevén limitaciones legales especiales para la indemnización en caso de pérdida total o parcial o de averías que recaigan sobre objetos que el viajero lleve, bien sobre sí, bien consigo como bultos de mano, incluidos los animales (cfr. art. 26.1.1 Reglas CIV); en este caso el artículo 31 Reglas CIV obliga al transportista a "reparar el daño hasta una cantidad de 700 unidades de cuenta por cada viajero".⁴⁵⁵ Limitación en la cuantía indemnizatoria que, en su caso, también podrá hacer valer el organizador de viajes combinados de acuerdo con el artículo 11.3 LVC.

Por su lado, el artículo 38 de las Reglas CIV establece que en caso de pérdida total o parcial del equipaje, el ferrocarril deberá indemnizar al viajero, si se ha probado el importe del daño, en una cuantía igual a dicho importe "sin que ésta pueda, sin embargo, exceder de 34 unidades de cuenta⁴⁵⁶ por kilogramo de peso bruto que falte o de 500 unidades de cuenta⁴⁵⁷ por bulto"; y si no se ha probado el importe del daño, una indemnización calculada a tanto alzado, de 10 unidades de cuenta⁴⁵⁸ por kilogramo de peso bruto que falte o de 150 unidades de cuenta⁴⁵⁹ por bulto.

⁴⁵⁵ Teniendo en cuenta que la unidad de cuenta prevista por las Reglas CIV es del Derecho Especial de Giro tal y como queda definido por el Fondo Monetario Internacional (art. 6.1 Reglas CIV), con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 1.049,47 euros.

⁴⁵⁶ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 50,97 euros.

⁴⁵⁷ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 749,62 euros.

⁴⁵⁸ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 14,99 euros.

⁴⁵⁹ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 224,88 euros.

En caso de avería de los equipajes, el artículo 39 Reglas CIV expresa que la indemnización no podrá exceder de la cantidad a que habría ascendido en caso de pérdida total, si la totalidad del equipaje resultara depreciado por la avería; o de la cantidad a que habría ascendido en caso de pérdida de la parte depreciada, si solamente una parte del equipaje resultase depreciada por la avería.

Y si existe retraso en la entrega del equipaje, el ferrocarril deberá indemnizar por cada periodo indivisible de veinticuatro horas a partir de la petición de entrega y hasta un máximo de catorce días: a) si el derechohabiente prueba que ha resultado un perjuicio, incluso una avería, una indemnización igual al importe del daño hasta un máximo de 0,40 unidades de cuenta⁴⁶⁰ por kilogramo de peso bruto de los equipajes o de 7 unidades de cuenta⁴⁶¹ por bulto, entregados por retraso; y si el derechohabiente no prueba que de ello ha resultado perjuicio, una indemnización a tanto alzado de 0,07 unidades de cuenta⁴⁶² por kilogramo de peso bruto del equipaje o 1,40 unidades de cuenta⁴⁶³ por bulto, entregados con retraso (art. 40.1 Reglas CIV).⁴⁶⁴ En este caso, la duración del retraso en la entrega del equipaje, los kilogramos de peso bruto de los equipajes entregados con retraso y la prueba o no de los perjuicios ocasionados al viajero actuarán como variables para el cálculo del límite indemnizatorio.

Además, el convenio internacional añade que, en ningún caso, la acumulación de la indemnización prevista por retraso en la entrega a las previstas en caso de pérdida parcial o avería del equipaje podrá dar lugar al pago de una indemnización superior a la que correspondería en caso de pérdida total de los equipajes (art. 40.5 Reglas CIV).

Por último, las Reglas CIV establecen un régimen especial para los supuestos en que el ferrocarril transporte vehículos automóviles. El retraso en la carga o entrega de los mismos que ocasione daños al viajero, obligará al ferrocarril a indemnizarlos hasta un importe que no podrá exceder del precio del transporte

⁴⁶⁰ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 0,59 euros.

⁴⁶¹ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 10,49 euros.

⁴⁶² Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 0,10 euros.

⁴⁶³ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 2,09 euros.

⁴⁶⁴ La modalidad de indemnización, por kilogramo o por bulto, quedará determinada por las tarifas internacionales (arts. 38.1.2 y 40.1.2 Reglas CIV).

del vehículo (art. 41.1 Reglas CIV).⁴⁶⁵ Si existe pérdida total o parcial del vehículo, la indemnización por los daños no podrá exceder de 8.000 unidades de cuenta (art. 41.3 Reglas CIV).⁴⁶⁶ Y la indemnización a pagar por el ferrocarril por daños causados a objetos dejados en el vehículo no podrá exceder de 1.000 unidades de cuenta ⁴⁶⁷ (art. 41.4 Reglas CIV). Las demás disposiciones relativas a la responsabilidad respecto a los equipajes serán aplicables al transporte de vehículos automóviles (art. 41.6 Reglas CIV).⁴⁶⁸

Sin duda, los criterios de cálculo de la limitación de la cuantía indemnizatoria previstos en el texto presentan una notable complejidad; lo que ha llevado a algún autor a afirmar que puede convertirse en un factor disuasorio para la presentación de acciones de reclamación de responsabilidad por parte de los viajeros.⁴⁶⁹ En cualquier caso, los preceptos mencionados (arts. 30, 31, 38 a 41 Reglas CIV) no hacen sino establecer límites en la cuantía indemnizatoria que no solamente podrá hacer efectivos el ferrocarril sino también, en su caso, el organizador de viajes combinados *ex* artículo 11.3 LVC, por mandato legal y sin necesidad de su previsión en el contrato de viaje; cosa que viene a dar un valor añadido a aquella regulación.

Estos límites a la responsabilidad del ferrocarril se aplicarán, según establece el artículo 1.1 de las Reglas CIV, a todos los transportes de viajeros y de equipajes efectuados con títulos de transportes internacionales establecidos para un recorrido que incluya territorios de, al menos, dos Estados parte⁴⁷⁰ y comprenda exclusivamente líneas férreas o transportes internacionales direc-

⁴⁶⁵ Un remolque, con o sin carga, será considerado como un vehículo (art. 41.5 Reglas CIV).

⁴⁶⁶ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 11.994,00 euros.

⁴⁶⁷ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 1.499,25 euros.

⁴⁶⁸ La redacción de las disposiciones relativas al transporte por ferrocarril de vehículos automóviles resulta del Protocolo de Berna de 20 de diciembre de 1990, ratificado por España mediante Instrumento de 1 de septiembre de 1992.

⁴⁶⁹ Esta es la opinión de Adolfo AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, RDM, núm. 206, 1992, 819-862, pág. 861.

⁴⁷⁰ Son Estados parte de las Reglas CIV: Albania, Alemania, Argelia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irak, Irán, Irlanda, Italia, Líbano, Liechtenstein, Luxemburgo, Marruecos, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Siria, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía e Yugoslavia. En la mayoría de estos países, entre ellos España, ha entrado en vigor el día 1 de noviembre de 1996.

tos que utilicen, además de líneas férreas, líneas de vías terrestres y marítimas o vías de agua interiores (art. 2 CBerna), todas inscritas en la lista correspondiente (art. 3 CBerna), por comunicación de los Estados miembro a la Oficina Central (art. 10 CBerna).⁴⁷¹

En cambio, los transportes cuya estación de partida y de destino estén situadas en el territorio de un mismo Estado y no incluyan el territorio de otro Estado más que en tránsito no estarán sometidos a las Reglas CIV, si las líneas por las cuales se efectúa el tránsito son explotadas exclusivamente por un ferrocarril del Estado de partida; o si los Estados o los ferrocarriles interesados han convenido no considerar estos transportes como internacionales (art. 2.1 Reglas CIV). Y "los transportes entre estaciones de dos Estados limítrofes y los transportes entre estaciones de dos Estados en tránsito por el territorio de un tercer Estado, si las líneas por las cuales se efectúa el transporte son explotadas exclusivamente por un ferrocarril de uno de estos tres Estados, y las Leyes y Reglamentos de cada uno de estos Estados no se oponen a ello, estarán sometidos al régimen del tráfico interior aplicable a dicho ferrocarril" (art. 2.2 Reglas CIV).

Finalmente, el artículo 42.1 Reglas CIV prescribe que "las disposiciones de los artículos 30, 31 y 38 a 41 de las Reglas Uniformes o las que prevé el Derecho nacional, que limitan las indemnizaciones a un importe determinado no se aplicarán, si se prueba que el daño procede de una acción u omisión cometidas por el ferrocarril, ya sea con la intención de provocar dicho daño, ya sea de manera temeraria y siendo consciente de que probablemente se producirá por ello dicho daño".⁴⁷²

⁴⁷¹ El artículo 33 Reglas CIV prevé algunas excepciones para el caso de transportes mixtos.

⁴⁷² Este apartado ha sido redactado a partir del Protocolo de Berna de 20 de diciembre de 1990, ratificado por España mediante Instrumento de 1 de septiembre de 1992. Con anterioridad aquél excluía los límites indemnizatorios previstos en los artículos 30, 31 y 38 a 41 en los casos de dolo o culpa grave imputable al ferrocarril. El Protocolo también suprime el texto del apartado segundo del artículo 42 Reglas CIV, que establecía que "en caso de falta grave, la indemnización por pérdida, avería o retraso en la entrega de los equipajes quedará, sin embargo, limitada al doble de los máximos previstos en los artículos 38 a 41".

c) Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre el transporte por mar

El artículo 7 CA se refiere a los límites de responsabilidad del transportista marítimo en caso de muerte o lesiones corporales en los siguientes términos:

"1. [l]a responsabilidad derivada para el transportista de la muerte o las lesiones corporales de un pasajero no excederá en ningún caso de 46.666 unidades de cuenta ⁴⁷³ por transporte. Si, conforme a la Ley del Tribunal que atienda en el asunto, se adjudica una indemnización en forma de renta, el importe del capital constitutivo de la renta no excederá de dicho límite". ⁴⁷⁴

2. [n]o obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, la legislación nacional de todo Estado Parte en el presente convenio podrá fijar, en lo que concierne a los transportistas que sean súbditos suyos, un límite de responsabilidad per cápita más elevado". ⁴⁷⁵

Por su lado, los apartados primero a tercero del artículo 8 CA fijan el límite de responsabilidad del transportista derivada de la pérdida o los daños sufridos por los siguientes bienes: a) por el equipaje de camarote (833 unidades de cuenta ⁴⁷⁶ por pasajero, por transporte); b) por vehículos, incluyendo aquí los equipajes transportados en el interior de éstos o sobre ellos (3.333 unidades de

⁴⁷³ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 69.964,01 euros.

⁴⁷⁴ El Protocolo hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 contiene distintas precisiones acerca de la unidad de cuenta al dar nueva redacción al artículo 9 del Convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974: entre otras, señala que se corresponde al llamado Derecho Especial de Giro tal como éste ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional —anteriormente lo era el franco referido a una unidad compuesta por 65,5 miligramos de oro de 900 milésimas; que es convertible en la moneda nacional del tribunal que conozca de la reclamación o a otra distinta que acuerden las partes; y que la conversión tendrá lugar utilizando como base el valor que tenga esa moneda en la fecha del fallo o en la fecha que hayan convenido las partes.

⁴⁷⁵ Tal disposición se ha tenido en cuenta en el Reino Unido para elevar los límites de responsabilidad hasta las siguientes cantidades: por muerte o lesiones físicas, aprox. 62,491 euros; por daños al equipaje de camarote, aprox. 723,58 euros; y por daños a los automóviles transportados, aproximadamente 1808,95 euros. Véase SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., pág. 118.

⁴⁷⁶ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 1.248,87 euros.

cuenta⁴⁷⁷ por vehículo, por transporte); y c) por equipajes distintos de los anteriores (1.200 unidades de cuenta ⁴⁷⁸ por pasajero, por transporte), ⁴⁷⁹ tales como dinero, efectos negociables, oro, plata, joyería, ornamentos, obras de arte u "otros objetos de valor" (cfr. art. 5 CA).⁴⁸⁰

El apartado primero del artículo 2 CA dispone la aplicación del Convenio "a cualquier transporte internacional siempre que: a) El buque enarbole el pabellón de un Estado parte en el Convenio, o b) El contrato de transporte haya sido concertado en un Estado parte en el Convenio, o c) De acuerdo con el contrato de transporte, el lugar de partida o el de destino esté situados en un Estado parte en el Convenio".⁴⁸¹

Además, el apartado primero del artículo 13 CA prescribe que "el transportista no podrá acogerse al beneficio de los límites de responsabilidad prescritos en los artículos 7 y 8 y en el apartado 1 del artículo 10, si se demuestra que los daños fueron consecuencia de un acto o una omisión del transportista, obrando éste con la intención de causar esos daños o temerariamente y a sabiendas de que probablemente causaría tales daños".

⁴⁷⁷ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 4.997,00 euros.

⁴⁷⁸ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 1.799,10 euros.

⁴⁷⁹ Ni estos límites ni los previstos en el apartado primero del artículo 7 proceden de la versión inicial del Convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974, sino del Protocolo hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976.

⁴⁸⁰ Téngase en cuenta, además, que conforme al artículo 10 CA, "no se incluirán en los límites de responsabilidad estipulados en los artículos 7 y 8 los intereses producidos por la suma en que se cifren los daños, ni las costas judiciales".

⁴⁸¹ Son Estados parte del Convenio de Atenas: Argentina, Bahamas, Bélgica, España, Liberia, Polonia, Reino Unido, Suiza, Vanuatu, Yemen. Únicamente cuando la norma internacional sea aplicable de acuerdo con su artículo 2.1, el organizador de viajes combinados podrá limitar, en su caso, su responsabilidad frente al consumidor de conformidad con las previsiones contenidas en este convenio internacional (cfr. art. 11.3 LVC). En cambio, el artículo 40.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués prevé un régimen especial de limitación legal de responsabilidad del organizador por los daños ocasionados al consumidor durante la ejecución del servicio de transporte marítimo: 88.500.000 escudos, en caso de muerte o daños corporales; 1.580.000 escudos, en caso de pérdida total o parcial del equipaje; 6.300.000 escudos, en caso de pérdida del vehículo automóvil, incluyendo el equipaje contenido en su interior; 2.080.000 escudos, en caso de pérdida del equipaje contenido en el interior del vehículo; y 220.000 escudos, por daños en el equipaje. La redacción del precepto induce a MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., pág. 226, a considerar que las limitaciones de responsabilidad contenidas en el Convenio de Atenas (arts. 7 y 8) no se aplican al organizador cuando el servicio de transporte marítimo es efectuado directamente por el mismo.

d) Convenio de Ginebra, de 1 de marzo de 1973, de transporte de viajeros por carretera

Como se ha dicho, también el CVR será aplicable cuando se trate de limitar la responsabilidad del organizador de viajes conforme al artículo 11.3 LVC, en el caso en que los daños resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de la prestación de transporte por carretera (vgr. transporte en autocar) incluida en el viaje combinado (supra § II.2.1 B) b)).

De todos modos, tales limitaciones no se aplicarán sin más al organizador de viajes combinados. Como sucede en el caso de las Reglas CIV, la responsabilidad del organizador por los daños corporales sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento o de la mala ejecución de la prestación de transporte terrestre incluida en el viaje será ilimitada cuando resulte aplicable el Derecho español (arts. 1101 y ss. CC). Efectivamente, el artículo 13.1 CVR señala lo siguiente con relación a la indemnización por daños a las personas:

"[e]l montante total de los perjuicios a indemnizar por el transportista [muerte, lesiones y cualquier otro detrimento a la integridad física o mental causados al viajero (cfr. art. 11.1 CVR)], en un mismo evento, no podrá superar el límite de 83.333 Unidades de Cuenta ⁴⁸² por víctima. Pero, todo Estado miembro de la presente Convención podrá fijar otro límite, que habrá de ser más alto que el citado. Cuando el transportista tiene su establecimiento principal en tal Estado o en un Estado no miembro de la Convención cuya Ley prevea un límite superior al citado o no prevea límite alguno, se aplicará la Ley de dichos Estados, con exclusión de las reglas sobre conflicto de leyes para la determinación del montante a indemnizar".

De acuerdo con este precepto, cabe entender que si el prestador del servicio de transporte por carretera utilizado por el organizador en el cumplimiento del contrato de viaje tiene su establecimiento en España, cabrá aplicar la regulación española (arts. 1101 y ss. CC), aun tratándose de un Estado no miembro de la Convención. Como se ha dicho, esta regulación no prevé límite alguno para

⁴⁸² La unidad de cuenta es el Derecho Especial de Giro, según establece el artículo 19 CVR. Por ello, con fecha 14 de noviembre de 2000, 83.333 unidades equivalen a 124.937,03 euros.

la cuantía indemnizatoria de los daños corporales sufridos por el consumidor,⁴⁸³ lo que va a significar la responsabilidad ilimitada del organizador, por aplicación de los principios y disposiciones generales de responsabilidad contractual del Código civil.

En este caso, la obligación del organizador de resarcir íntegramente los daños tendrá lugar, además, con exclusión de las reglas internas sobre conflicto de leyes (cfr. art. 10.5 CC). A diferencia de lo que ocurre en el caso de las Reglas CIV (art. 30.2 CIV), la propia remisión del artículo 13.1 CVR al Derecho estatal resuelve la cuestión relativa al Derecho aplicable estableciendo como punto de conexión el establecimiento principal del transportista.

La determinación del alcance de la responsabilidad del organizador del viaje según el Estado en que el transportista por carretera tenga su establecimiento principal va a significar, en cualquier caso, una evidente incertidumbre y falta de uniformidad en cuanto a la determinación de la cuantía del resarcimiento.⁴⁸⁴ Así, por ejemplo, si para un viaje en autocar Madrid- Praga (República Checa)- Banja Luka (Bosnia-Herzegovina)- Madrid el organizador utiliza en su ejecución un transportista cuyo establecimiento principal se halla en España, la indemnización a la que aquél quede obligado en caso de daños corporales por accidente del autocar será ilimitada;⁴⁸⁵ pero si tal prestador tuviese su establecimiento principal en Holanda, el límite indemnizatorio sería de 123.448 Derechos especiales de giro;⁴⁸⁶ y si fuera en Alemania dicho límite se reduciría a 83.333 Derechos especiales de giro, por aplicación del artículo 13.1 CVR habida cuenta que en este país rige un límite máximo de responsabilidad de cuantía inferior.⁴⁸⁷ Con ello, está clara la complejidad que puede ocasionar en este pun-

⁴⁸³ Vide artículo 3.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los transportes terrestres*, en su redacción a partir del Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio.

⁴⁸⁴ Así, SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La propuesta por IRU de modificar la Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros*, cit., págs. 1537-1538, quien señala que, a criterio de IRU, los 83.333 Derechos especiales de giro debería ser el único límite mencionado en la CVR.

⁴⁸⁵ Téngase en cuenta, de nuevo, el artículo 3.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los transportes terrestres*, en su redacción a partir del Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio.

⁴⁸⁶ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 185.915,66 euros.

⁴⁸⁷ SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La propuesta por IRU de modificar la Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros*, cit., págs. 1537-1538, hace notar que Alemania tiene fijado un límite equivalente a 18.434 Derechos especiales de giro (o sea, con fecha 14 de noviembre de 2000, 27.637,18 euros) que, en su caso, será elevado a 83.333 por aplicación del CVR. El autor observa que en este caso este último límite podría aplicarse en un viaje Frankfurt-Praga,

to la limitación de responsabilidad del organizador contenida en el artículo 11.3 LVC.

Frente a esta situación, el organizador que ofrezca al consumidor un viaje combinado entre cuyas prestaciones se incluya el servicio de transporte por carretera, debe procurar que de su relación interna con el prestador directo resulte a su favor una acción de repetición contra éste; pero también, y sobre todo, debe asegurarse por su propia cuenta frente a una posible responsabilidad civil ilimitada en caso de daños corporales por accidentes ocurridos durante la ejecución de esta modalidad de transporte. A estos efectos, le resultará de gran interés identificar el lugar donde el transportista terrestre tiene ubicado su establecimiento principal, pues según ello responderá por estos daños ilimitadamente, hasta un límite superior a las 83.333 unidades de cuenta previstas en el artículo 13.1 CVR o, en su caso, hasta esta cantidad, de conformidad con el artículo 11.3 LVC.

En cambio, la aplicación del CVR en la limitación de la responsabilidad del organizador de viajes conforme al artículo 11.3 LVC, planteará menores dificultades cuando los daños que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución del transporte por carretera recaigan sobre los equipajes del consumidor. El artículo 16.1 CVR establece:

"[c]uando, en virtud de lo dispuesto en la presente Convención, corra a cargo del transportista una indemnización por pérdida total o parcial de equipajes o por avería en los mismos, se podrá reclamar el montante de los perjuicios, sin que éste pueda exceder de 166'67 Unidades de Cuenta⁴⁸⁸ por bulto, ni 666'67 Unidades de Cuenta⁴⁸⁹ por viajero. Además, puede ser reclamado el montante de los perjuicios resultantes de pérdida total o parcial o por avería de los objetos que el viajero llevare sobre sí o consigo, sin que tal montante pueda exceder de 333'33 Unidades de Cuenta⁴⁹⁰ por viajero".⁴⁹¹

pero para los viajeros que descendieran en Munich seguirían siendo aplicables los 18.434 Derechos especiales de giro.

⁴⁸⁸ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 249,88 euros.

⁴⁸⁹ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 999,50 euros.

⁴⁹⁰ Con fecha 14 de noviembre de 2000, esa cantidad equivale a 499,74 euros.

⁴⁹¹ El montante previsto en estos preceptos no comprende las costas jurisdiccionales ni otros gastos efectuados por las partes para hacer valer sus derechos, ni los intereses calculados conforme a la Ley que el tribunal actuante considere aplicable (arts. 13.2 y 16.2 CVR).

Ya se ha dicho que aunque España no sea aún Estado miembro de la Convención, su artículo 1.1 señala que éste "se aplicará a todo contrato de transporte de viajeros, y, en su caso, de sus equipajes, por carretera mediante vehículos, cuando, según lo previsto en dicho contrato, el transporte se realice por el territorio de al menos dos Estados, y que el punto de origen o el punto de destino, o ambos, estén situados en el territorio de un Estado miembro de la Convención";⁴⁹² además, nuevamente, la aplicación de los límites indemnizatorios también exigirá que no intervenga dolo o culpa grave del transportista en el incumplimiento.

Por lo demás, según el artículo 18.2 CVR, "[e]l transportista no tiene derecho a prevalerse de las disposiciones de la presente Convención que excluyen en todo o en parte su responsabilidad o que limiten las indemnizaciones debidas, si el perjuicio resulta de dolo o culpa grave imputables al transportista o a las personas de quienes aquél responde en virtud del artículo 4 [...]".

3.4. Cláusulas contractuales de limitación de la cuantía indemnizatoria

A continuación se hace referencia a las posibilidades de empleo de cláusulas contractuales para limitar la cuantía del resarcimiento en supuestos de responsabilidad contractual del organizador o detallista frente al consumidor de viajes combinados.⁴⁹³

Cabe hacer notar, desde el principio, que la LVC no contiene ninguna referencia a estas cláusulas, pese a que el párrafo cuarto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE disponga que "por lo que se refiere a los daños que no sean corporales que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, los Estados miembros podrán admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato"; a diferencia de la mayoría de implementaciones de la norma comunitaria que, como se verá, han incorpora

⁴⁹² Como se ha indicado, son Estados parte del CVR: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Yugoslavia, República Checa, Eslovaquia y Letonia.

⁴⁹³ Sobre las cláusulas de limitación de responsabilidad del deudor véase, por ejemplo, ADELLA SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación (En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad)*, Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 92-93.

do esta previsión a los distintos ordenamientos en términos muy parecidos.

Así las cosas, esta cuestión deberá tratarse en el ordenamiento español de acuerdo con la regulación general, distinguiendo según si el incumplimiento del contrato de viaje tiene lugar interviniendo dolo o culpa grave del organizador o detallista (art. 1102 CC). Y ello va a significar que las cláusulas de limitación de la cuantía indemnizatoria únicamente serán admisibles cuando el incumplimiento no sea imputable a organizador o detallista en estos términos, en cuyo caso ya se puede avanzar que se hará necesario llevar a cabo una interpretación de la regulación española que sea conforme a la norma comunitaria.

A) Incumplimiento del contrato de viaje con dolo o culpa grave del organizador o el detallista (art. 1102 CC): exclusión de la limitación de la cuantía indemnizatoria

El artículo 1102 del Código civil, después de señalar que "la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones", añade que "la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula".

Este último inciso da pie a que en el ordenamiento español la mayor gravedad del dolo frente a la culpa se traduzca, como criterio de responsabilidad contractual, no sólo en una mayor extensión de los daños indemnizables (art. 1107.2 CC), como se ha visto, sino también en la necesidad de no dejar sujeta la responsabilidad a la autonomía de la voluntad. Ello tiene lugar para dar cumplimiento a la exigencia de no impunidad de la responsabilidad por dolo.

El artículo 1102 del Código civil no solamente excluye la validez de la cláusula de exoneración en sentido propio sino de todo género de cláusulas restrictivas de responsabilidad.⁴⁹⁴ Por eso lo previsto en este precepto también constituye un límite de validez de la cláusula anterior al incumplimiento del contrato de viaje por la que el organizador o el detallista y el consumidor cifren la cuan-

⁴⁹⁴ En general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 337-338; también, Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, Madrid, EDERSA, T. XV-1, 1989, 444-474, pág. 466; y Natalia ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998, pág. 149.

tía de la indemnización en caso de responsabilidad, cuando la misma proviene de dolo. Ello es así en tanto que la norma garantiza un mínimo de responsabilidad tanto en su afirmación como en su integridad.

Han sido distintos los fundamentos atribuidos a la norma. Entre otros, se ha destacado la necesidad de asegurar un mínimo de moralidad en la relación entre contratantes, de evitar que el Derecho ampare la libre comisión de un acto ilícito,⁴⁹⁵ o de tutelar el derecho de crédito como una de las manifestaciones del orden público.⁴⁹⁶ Pero quizá el fundamento más significativo sea el que ve en la necesidad de no impunidad del dolo una nota esencial para el propio concepto de obligación, en el sentido que admitir la no responsabilidad por dolo sería tanto como permitir que el contrato y su cumplimiento quedasen al arbitrio de uno de los contratantes (cfr. arts. 1115 y 1256 CC), esto es, equivaldría al otorgamiento de plena discrecionalidad al deudor en el cumplimiento de la obligación.⁴⁹⁷ Aparte de que todas las cláusulas restrictivas de responsabilidad por dolo desnaturalizan de algún modo la vinculación jurídica del deudor a la relación obligatoria, incluso las que únicamente afectan al *quantum* y no al *an* del juicio de responsabilidad,⁴⁹⁸ esta justificación resulta de particular interés si se tiene en cuenta, además, que en los casos en que resulte aplicable la nulidad de tales cláusulas conforme al artículo 1102 del Código civil, la vinculación a la relación obligatoria persiste hasta tal punto que el acreedor tiene derecho a esperar todo su interés de cumplimiento;⁴⁹⁹ puesto que entonces queda más claro que cualquier cláusula restrictiva de responsabilidad por dolo será nula, con independencia de la partida del daño resarcible a que ésta haga referencia.

⁴⁹⁵ Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 616; y CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 99.

⁴⁹⁶ Así, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 149-153.

⁴⁹⁷ En este sentido, Ferran BADOSA COLL, *Comentario del Código civil (art. 1102)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 36-38, pág. 38; también Adela SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación (En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad)*, cit., págs. 101-103, considera que esta es la justificación principal de la segunda parte del artículo 1102 del Código civil.

⁴⁹⁸ Parece que lo pone en cuestión ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., pág. 153.

⁴⁹⁹ Véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., pág. 468.

Esto último significa la nulidad de cualquier cláusula del contrato de viaje limitativa de la cuantía indemnizatoria prevista para el caso de responsabilidad por dolo del organizador o detallista, se refiera a daños por lesión al llamado interés de prestación, daños corporales a la persona del consumidor, daños a objetos de éste, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, daños no patrimoniales, o daños constitutivos de lucro cesante.

En aras de acometer el análisis del alcance de la prohibición que el artículo 1102 del Código civil supone para estas cláusulas, por dolo se entiende en este punto, no la voluntad del organizador o detallista de incumplimiento, sino el querer y saber proyectado sobre los elementos que componen el hecho típico, que la ley valora como incumplimiento. Aquellos no tienen porque saber que su conducta es constitutiva de incumplimiento del contrato de viaje.⁵⁰⁰ Es en estos términos que debería interpretarse la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1980,⁵⁰¹ cuando define el dolo como un quebrantamiento voluntario de la obligación "con la total conciencia de realizar un acto antijurídico". Parece preferible conservar los elementos volitivo e intelectual tradicionalmente incluidos en el concepto de dolo del deudor, el primero como un cierto grado de intencionalidad por parte de éste respecto del resultado que con su comportamiento va a producir;⁵⁰² y el segundo, como conocimiento del mismo del hecho típico que la ley valora como incumplimiento. Ello aunque más recientemente para parte de la doctrina baste la existencia del elemento intelectual para que el deudor incumpla con dolo: la conciencia del deudor que su comportamiento provoca o puede provocar un daño sin adoptar las medidas exigidas por la buena fe para evitarlo,⁵⁰³ o el conocimiento de que se obra de forma antijurídica.⁵⁰⁴ Además, el elemento intelectual del dolo en su función de imputación nada tiene que ver con el daño resultante del incumplimiento, como en el caso del dolo en su actuación en la cuantificación de los daños ex artículo

⁵⁰⁰ En general, se expresa en estos términos CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., pág. 452, quien además señala que es dolo, por ejemplo, la conducta de la agencia de viajes que economiza costes acomodando al cliente en un hotel de inferior categoría del contratado.

⁵⁰¹ Vide STS, de 21 de junio de 1980, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Jaime Castro García, RAJ 2726.

⁵⁰² También BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., págs. 720-721, pone especial énfasis en la intención del deudor, aunque con relación al cumplimiento de la obligación.

⁵⁰³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 612.

⁵⁰⁴ Así, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., pág. 144.

1107.2 del Código civil; esto es, el dolo se concibe al margen de la intención de dañar.⁵⁰⁵

El dolo en los contratos es enteramente explicable por razones económicas, por lo que en modo alguno el mismo tiene carácter excepcional. El organizador o el detallista incumplirán con dolo cuando el viaje contratado sea ofrecido sin más a otros consumidores; o cuando informen con engaño acerca de la categoría de los servicios del viaje con el fin de hacer frente a la competencia del mercado; o en el caso que la categoría de los servicios facilitados sea inferior a la contratada debido a la pretensión de aquellos de maximizar los beneficios a base de reducir costes (dolo estratégico).⁵⁰⁶ Otra cosa es que en muy pocas ocasiones se discuta acerca de si la intervención del organizador o el detallista en el incumplimiento ha sido dolosa o culposa;⁵⁰⁷ e incluso entonces, cuando se plantean cuestiones de incumplimiento imputable, la mayoría de las veces los órganos judiciales relativizan las diferencias de régimen de dolo y culpa, aunque éstas existan desde un punto de vista normativo (arts. 1102 y 1107 CC).⁵⁰⁸

Además, en sede del artículo 1102 del Código civil la doctrina tiende a equiparar al dolo la llamada *culpa lata*, aun siendo distintos ambos conceptos. En efecto, en el dolo concurre la nota de voluntariedad o intencionalidad de la que carece la negligencia absoluta o grosera; pero es casi unánime tanto en la doctrina como la jurisprudencia la extensión de la prohibición del pacto de dolo a

⁵⁰⁵ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., pág. 453, expresa: "[e]l daño no será entonces un elemento estructural del juicio de reproche por dolo, sino una condición objetiva de responsabilidad".

⁵⁰⁶ En general, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., págs. 444-450.

⁵⁰⁷ La mencionada de la Audiencia Provincial de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.ª, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 356, señala que el incumplimiento del viaje a las Islas Maldivas es claro con la llegada de los consumidores en el lugar de destino, sin existir una publicidad 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". Con todo, esta distinción, tan excepcional entre las sentencias españolas, no sirve en esta ocasión ni para determinar el alcance de los daños indemnizables (art. 1107 CC), ni la validez de alguna cláusula contractual (art. 1102 CC), ni la procedencia de una moderación judicial de la responsabilidad de la agencia de viajes (art. 1103 CC).

⁵⁰⁸ Advierte de esta tendencia, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., págs. 445-446.

la *culpa lata*,⁵⁰⁹ al parecer por comportar un reproche cercano en ambos casos y, en última instancia, por una cuestión procesal: la dificultad de probar en ambos casos el elemento subjetivo. Esta postura mayoritaria parece defendible si, como sostiene alguna autora,⁵¹⁰ se realiza una interpretación del artículo 1102 del Código civil conforme a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada (art. 3.1 CC): habida cuenta del reproche que en la actualidad merece la desidia total del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, no parece adecuado que el Derecho no declare nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando el incumplimiento tenga lugar interviniendo esta conducta; ello pese a la omisión de la *culpa lata* en el artículo 1102 del Código civil y a que la codificación del Derecho civil haya abolido la graduación de la culpa.⁵¹¹ Además, tal equiparación debe tener lugar no a nivel conceptual sino a efectos de lo previsto en este precepto, y no resulta extensible a todas las referencias al dolo contenidas en el Código civil, como, por ejemplo, cuando actúa como criterio de cuantificación del daño resarcible (art. 1107.2 CC).

Así pues, la nulidad no únicamente afectará a cualquier cláusula del contrato de viaje limitativa de la cuantía indemnizatoria prevista para el caso de responsabilidad por dolo del organizador o el detallista sino también a todas aquellas en que éstos incumplan el contrato con una máxima negligencia.

Ello también tendrá lugar en caso que el organizador o el detallista por medio de la cláusula contractual pretendan la limitación de responsabilidad por el incumplimiento doloso o con *culpa lata* de sus auxiliares, en particular, de los prestadores directos de los servicios del viaje.

No lo prevé en estos términos la regulación alemana del contrato de viaje, en donde la inclusión del § 651 h Abs.1 Nr. 2 BGB tiene lugar con el propósito de

⁵⁰⁹ Vide Antonio Manuel MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa*, ADC, 1982, 591-684, págs. 604-609, quien expresa lo siguiente: "[l]a idea de que, al igual que ocurre en el dolo, existen ciertos niveles de culpa de los que no se puede exonerar el deudor [...] es una idea afirmada en la práctica de nuestro Tribunal Supremo a finales del siglo XIX y recibida en nuestro Código Civil"; véase también, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 362.

⁵¹⁰ Así, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 154-159.

⁵¹¹ Por lo demás, la equiparación entre dolo y culpa grave aún ha tenido mayor apoyo doctrinal con vistas a las cláusulas limitativas de responsabilidad contenidas en contratos de condiciones generales, al considerar no sólo el dolo sino también la culpa (en distintos grados) como límite de validez de las cláusulas de exoneración (infra § II.3.4).

dar un tratamiento diferenciado al organizador de viajes frente a los demás deudores que utilizan auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones contractuales: habida cuenta de las especiales dificultades del organizador para controlar el correcto cumplimiento de los servicios por parte de los prestadores, se le permite la limitación por vía contractual de la indemnización aun en el caso en que los prestadores intervengan con dolo o culpa grave —no los demás auxiliares que utilice en el cumplimiento (vgr. empleados)—, siempre que los daños sean ocasionados exclusivamente por los propios prestadores. Esa previsión difiere del régimen general, que sólo admite la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en caso de culpa simple del deudor o de sus auxiliares en el cumplimiento (§ 11 Nr. 7 AGBG);⁵¹² pero la doctrina más moderna ha llevado a cabo una valoración crítica⁵¹³ e interpretación restrictiva de lo dispuesto por el § 651 h Abs.1 Nr. 2 BGB, al valorar el grado de cumplimiento del deber de diligencia del organizador en la selección y vigilancia de los prestadores, surgido del riesgo creado por parte del mismo con respecto a la seguridad de terceros a partir de la preparación y realización del viaje (*Verkehrssicherungspflicht*), y declarar la responsabilidad extracontractual del organizador (§ 823 Abs.1 BGB)⁵¹⁴ o, más recientemente, excluir la aplicación del § 651 h Abs.1 Nr. 2 BGB en los casos en que el prestador mantiene una conexión empresarial y económica con el organizador.⁵¹⁵

Esta tendencia a prohibir al organizador la limitación de responsabilidad por el incumplimiento doloso o con *culpa lata* de sus auxiliares parece tenerse en cuenta por la doctrina con relación a regulaciones de otros países. Incluso en el caso suizo se lleva a cabo esta interpretación, pese a que la regulación general permita la inclusión de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, con independencia de que los daños sean causados interviniendo do-

⁵¹² Incluso puede afirmarse que este tratamiento es el motivo principal de la regulación legal de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de viaje (BT-Drucks 8/2343, 1-13, págs. 11-12). Véase BIDINGER/MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, cit., § 651 h, 198-207, Rnd. 1, pág. 199.

⁵¹³ Por ejemplo, Jochem SCHMITT, *Leistungsstörungen in Reisevertragsrecht (Versuch einer (Re)Integration in das Werkvertragsrecht)*, JR 7 (1987), 265-272, págs. 269-270, observa que el § 651 h BGB empeora la situación del consumidor al permitir limitación hasta el triple del precio del viaje por conducta dolosa de los prestadores de los servicios (cfr. § 11 Z 7 AGBG).

⁵¹⁴ Vide Vera BOY, *Die dogmatische Begründung der Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters und ihre Grenzen*, Köln, Dissertation, 1993, págs. 84-121.

⁵¹⁵ Por todos, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 h, 272-281, Rnd. 10-12, pág. 276-278.

lo o culpa grave de los auxiliares utilizados en el cumplimiento (§ 101 Abs. 2 OR). Conforme a esta opinión, para el § 16 Abs. 2 PaRG es irrelevante que los daños sean causados por el organizador, el detallista, su personal o los prestadores de los servicios del viaje; en todos estos casos únicamente se aplicará la limitación de responsabilidad con los límites previstos en este precepto cuando en el incumplimiento no intervenga dolo ni culpa grave por parte de los mismos (*einfache Fahrlässigkeit*).⁵¹⁶

En el ordenamiento español tampoco existe ningún motivo para conferir una protección jurídica menor al consumidor del viaje, aunque una parte de la doctrina se muestra partidaria de no aplicar el artículo 1102 del Código civil a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por los actos de auxiliares.⁵¹⁷ Más bien parece que el riesgo asumido voluntariamente por el organizador o detallista de actuar por medio de un auxiliar, una vez más, no debe repercutirse al consumidor, sino que serán aquellos quienes deban soportarlo en virtud del principio *eius commoda cuius incommoda*.⁵¹⁸ Téngase en cuenta, además, que si se permitiese al organizador y el detallista, deudores principales, limitar su responsabilidad por los daños producidos por sus auxiliares por dolo o culpa grave, el consumidor no podría satisfacer el derecho de crédito; lo que desnaturalizaría la vinculación jurídica del deudor a la relación obligatoria, que es precisamente lo que la no impunidad de la responsabilidad por dolo o culpa grave prevista en el artículo 1102 del Código civil pretende evitar.

Aunque el artículo 1102 del Código civil declare la nulidad de la "renuncia de la acción" al prohibir cualquier intento de las partes contratantes de exclusión de las normas de responsabilidad contractual, cabe una auténtica renuncia de la acción derivada de dolo ya adquirida por parte del consumidor del viaje, una vez producido el incumplimiento y siendo ya exigible la responsabilidad al or-

⁵¹⁶ Así, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 283-285, para quien la regulación especial del contrato de viaje (art. 16.2 PaRG) aumenta el nivel de protección del consumidor.

⁵¹⁷ Véase, Ángel CRISTÓBAL MONTES, *La responsabilidad del deudor por sus auxiliares*, ADC, 1989, 5-17, pág. 17; y Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, pág. 246, para quien en este caso la actuación dolosa no atenta contra la esencia del vínculo obligatorio.

⁵¹⁸ Sobre la aplicación de este principio, véase Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 598. Se refiere al mismo para aplicar el artículo 1102 del Código civil a esta responsabilidad, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 159-165.

ganizador o el detallista; para ello únicamente será necesario que éste la realice, además de con plena conciencia y libertad, sin contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros (art. 6.2 CC).⁵¹⁹

Por último, la sanción de nulidad de la cláusula limitativa de la cuantía indemnizatoria para el caso de responsabilidad por dolo o culpa grave del organizador o el detallista dará lugar a una nulidad parcial del contrato de viaje. El Juez únicamente podrá declarar la nulidad de la totalidad del contrato "cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada" (apartado 2 del art. 10 bis LGDCU).⁵²⁰

B) Incumplimiento del contrato de viaje sin dolo ni culpa grave del organizador o el detallista: resarcimiento de daños no corporales y carácter razonable de la limitación

Por su lado, cabe plantearse la validez de las cláusulas del contrato de viaje limitativas de la cuantía indemnizatoria previstas para el caso de incumplimiento del organizador o el detallista sin intervenir dolo o culpa grave.

La aplicación de los límites generales de validez a estas cláusulas de limitación de responsabilidad (arts. 1255 y 1102 CC) no plantea mayores dificultades. A menos que tales cláusulas sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público (art. 1255 CC), deberán considerarse válidas a partir de una interpretación en sentido contrario del artículo 1102 del Código civil. De esa norma cabe deducir la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad sin dolo o *culpa lata* del organizador o detallista. De ese modo, las cláusulas del contrato

⁵¹⁹ La doctrina española admite unánimemente la renuncia *ex post* de la acción derivada de dolo. Vide CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., pág. 469; BADOSA COLL, *Comentario del Código civil (art. 1102)*, cit., pág. 38; SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación (En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad)*, cit., pág. 101; y ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 148-149.

⁵²⁰ Con anterioridad a la modificación de la LGDCU por la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., pág. 469, ya propugna la aplicación general del anterior apartado cuarto del artículo 10 LGDCU, o sea, la nulidad total del contrato para el caso en que la desaparición de la cláusula afecte considerablemente el equilibrio económico previsto por las partes al contratar.

de viaje de limitación de la cuantía indemnizatoria para el caso de incumplimiento del organizador o el detallista sin intervenir dolo o culpa grave generalmente serán válidas, lo que constituirá una aplicación más de la diferencia más manifiesta entre dolo y culpa en el ordenamiento español.⁵²¹

Aun así, la doctrina no duda en recurrir a la noción de orden público, como sistema de principios fundamentales del ordenamiento, para declarar nulas las estas cláusulas cuando tengan por objeto limitar la responsabilidad del deudor en caso de muerte o lesiones físicas en el otro contratante (arts. 10 CE y 1255 CC).⁵²² Esta idea también se ha defendido más recientemente desde la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en particular concibiendo los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) como límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.⁵²³ También desde esta perspectiva cabe concluir que cualquier cláusula que proponga limitar la indemnización del daño en caso de muerte o lesiones de la víctima deberá reputarse nula con independencia de si interviene dolo o culpa grave en el incumplimiento.

Esta interpretación coincide con la mayoría de transposiciones del párrafo cuarto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE que, como se ha dicho, autoriza a los Estados miembros a admitir el límite del resarcimiento por vía contractual con respecto a los daños que no sean corporales resultantes del incumplimiento del contrato, como se pone de manifiesto a continuación:

(i). *Alemania*. El legislador alemán ha creído conveniente modificar el ordenamiento para expresar claramente que la posibilidad de limitar contractualmente la responsabilidad del organizador hasta el triple del precio del viaje

⁵²¹ Por el contrario se denota una clara tendencia legal, jurisprudencia y doctrinal a disminuir la diferencia entre dolo y culpa a los efectos de controlar la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Por todos, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, cit., págs. 464-465.

⁵²² Véase, por ejemplo, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 370-371.

⁵²³ En este sentido, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 139-141 y 181, para quien la limitación de responsabilidad de tales cláusulas opera indirectamente: éstas no suponen la exclusión o limitación de aquellos derechos sino de la protección civil de los mismos, al excluir la aplicación de la regulación de responsabilidad civil establecida en caso de lesión de los mismos.

únicamente puede tener lugar con relación a daños no corporales,⁵²⁴ en ese caso, la limitación de la indemnización únicamente podrá tener lugar cuando los daños causados al viajero no sean causados por dolo ni culpa grave del organizador, o el organizador sea responsable por ser causados aquellos daños interviniendo culpa del prestador del servicio que el mismo utilice en el cumplimiento, como venía estableciendo la regulación anterior (cfr. § 651 h Abs.1 BGB).⁵²⁵

(ii). *Austria*. Los § 6 Abs.1 Z 9 y 9 *KSchG*, por remisión de la regulación del contrato de viaje (§ 31 f Abs. 1 *KSchG*), declaran abusiva la cláusula contractual que exonera o limita de responsabilidad del deudor por daños corporales, así como aquella que haga lo mismo con respecto a los demás daños ocasionados interviniendo dolo o culpa grave por parte del deudor o persona por la que éste responda.⁵²⁶

(iii). *Francia*. El Décret num. 94-490 du 15.06.1994 pris en application de l'article 31 de la Loi Numéro 92-645 du 13.07.1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, no hace referencia a la limitación por vía contractual de la responsabilidad de organizadores y detallistas.

(iv). *Holanda*. También la regulación holandesa distingue entre, por un lado, los daños causantes de la muerte o lesiones corporales al consumidor del viaje y, por el otro, los demás daños. No admite cláusula de exoneración o limi-

⁵²⁴ Antes de esta modificación, el *Bundesgerichtshof* ha excluido la aplicación del § 651 h Abs.2 BGB a los daños corporales, los cuales han sido reconducidos a la responsabilidad extracontractual. Véase la sentencia BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 1987, 1931-1938, págs. 1937-1938.

⁵²⁵ Véase, KALLER, *Reiserecht*, cit., Rnd. 287-294 y 308-312, págs. 279-282, 288-290.

⁵²⁶ Sin resultar aplicable todavía el § 31 de la *Bundesgesetz Nr.247/1993, mit dem das Konsumentenschutzgesetz zur Anpassung an das EWR-Abkommen geändert wird* (en adelante, *KSchG*), una decisión del OGH austriaco, de 14 de marzo de 1998, ya declara abusiva la limitación de la indemnización de daños corporales por vía contractual en un caso en que tales daños acontecen con ocasión de un viaje que incluye la posibilidad de participar en una competición de *rafting* sobre nieve. El consumidor reclama una indemnización de 18.000 ECU. Ese tribunal declara que en virtud del § 879.3 ABGB austriaco la limitación de responsabilidad por daños corporales causados por negligencia simple, cómo la establecida en la cláusula inserta en las condiciones generales cuya aplicación invoca la agencia de viajes, es inmoral conforme a la jurisprudencia y doctrina del momento. Véase el extracto de esta sentencia de Gerwin HAYBÄCK, REDC, 1998, págs. 315-316.

tación de responsabilidad alguna con relación a los primeros daños (art. 508 BW); mientras que para los demás daños reconoce la posibilidad de insertar esta cláusula en el contrato de viaje a menos que éstos tengan lugar a partir de una acción u omisión imprudente del organizador, con el conocimiento de que los mismos probablemente tendrán lugar (art.509.1 BW). Además, esta regulación reconoce la facultad del organizador que no preste directamente los servicios de limitar los daños no corporales hasta el triple del precio del viaje (art. 509.2 BW).⁵²⁷

(v). *Inglaterra*. Con anterioridad a la regulación del contrato de viaje, la *Unfair Contract Terms Act 1977 (Section 2(1))* y la *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulation 1994 (Schedule 3.1 (a))* declaran ilícita la cláusula contractual que exonera o limita la responsabilidad por culpa (*negligence*)⁵²⁸ en los supuestos de daños personales (*personal injury*); así como aquella cláusula que exonera o limita la responsabilidad por daños patrimoniales, a menos que tal limitación sea razonable (*Section 2 (2) Unfair Contract Terms Act 1977*). La *Section 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992, Statutory Instruments number 3288 of 1992*, establece que para el caso de daños no personales (*other than personal injury*) el contrato podrá contener una cláusula de limitación de la cuantía indemnizatoria, siempre que tal limitación sea razonable.

(vi). *Irlanda*. La *Section 20 (3) The Package Holidays and Travel Trade Act 1995, Statutory Instruments number 17 of 1995*, admite la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad insertas en el contrato de viaje para el resarcimiento de daños que no resulten de la muerte o daños personales (*death or personal injury*), ni de daños causados al consumidor interviniendo dolo o culpa grave (*wilful misconduct or gross negligence*) por parte del organizador. La *Section 20 (4)* establece, además, que los límites no podrán ser menores, en el caso de un consumidor mayor de edad, que el doble del importe del precio del viaje y, en el caso de un menor de edad, el importe del precio del viaje.

⁵²⁷ Vide artículos 508 y 509 BW holandés.

⁵²⁸ La negligencia es definida en la *Section 1(1)* de la *Unfair Contract Terms Act 1977* "como el incumplimiento de cualquier obligación, resultante de las estipulaciones expresas o implícitas de un contrato, de tener un cuidado razonable" ("as the breach of any obligation, arising from express or implied terms of a contract, to take reasonable care").

(vii). *Italia*. El apartado tercero del artículo 15 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, declara que el daño corporal sufrido por el consumidor es resarcible con los límites previstos por los convenios internacionales reguladores de las prestaciones del viaje y la Convención de Bruselas, de 23 de abril de 1970, relativa al contrato de viaje. El artículo 13 de esa norma internacional limita la responsabilidad del organizador del viaje, para cada viajero, a 50.000 francos oro por daños a las personas. En la medida que las cláusulas contractuales no pueden establecer otros límites indemnizatorios, se ha puesto en cuestión que la nueva regulación del contrato de viaje combinado pretenda compensar la enorme extensión de los daños resarcibles ("qualunque pregiudizio") con una limitación resarcitoria prevista taxativamente por la ley.⁵²⁹ De hecho, con la introducción de algunas disposiciones en el *Codice civile* (arts. 1469 bis-1469 sexies) que implementan la Directiva 93/13, de 5 de abril, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*,⁵³⁰ será abusiva cualquier cláusula contractual que limite el resarcimiento de daños corporales, de acuerdo con las previsiones de la regulación del contrato de viaje (art. 16.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*) y de las cláusulas abusivas (art. 1469 bis punto primero); en línea con aquellos autores que se muestran partidarios de coordinar ambas regulaciones con el fin de evitar que cualquier laguna o imperfección de la denominada disciplina vertical del sector (Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* y Convención de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativa al contrato de viaje*) conlleve un déficit de protección del consumidor con respecto a la que resultaría de aplicar la regulación del *Codice civile* en materia de cláusulas abusivas (arts. 1469 bis-1469 sexies),⁵³¹ incluso hay quien también considera abusiva

⁵²⁹ Así, BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, cit., págs. 15-16, quien prefiere la técnica utilizada por la regulación italiana de la responsabilidad del fabricante por los daños producidos por productos defectuosos, que excluye el resarcimiento de los daños no patrimoniales, pero declara el resarcimiento sin límite de los daños corporales. En particular, el autor presta especial atención al hecho de que el legislador alemán haya modificado su regulación para permitir limitar contractualmente la responsabilidad del organizador únicamente con relación a daños no corporales.

⁵³⁰ DOCE núm. L 95, de 21 de abril de 1993.

⁵³¹ En términos más generales, Enzo ROPPO, *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, NLCC, 1997, I-II, 1-71, pág. 2; véase también, Giorgio DE NOVA, *La novella al Codice civile in tema di clausole vessatorie e i contratti turistici*, DT, 1997-1, 1-9, pág. 4; así como Salvatore MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Una difficile «omogeneizzazione»*, RaDC, 1998-4, 799-807, pág. 801.

aquella cláusula que reproduzca el reenvío realizado por el artículo 15 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* al límite indemnizatorio de estos daños previsto por el artículo 13 de la Convención Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativa al contrato de viaje*; aunque conforme al punto tercero del artículo 1469 del *Codice civile* no son abusivas aquellas cláusulas que reproducen disposiciones legales o ejecutivas de disposiciones y principios contenidos en convenios internacionales de los cuales sean parte todos los Estados de la Unión europea o el conjunto de la comunidad, el hecho de que Italia y Bélgica sean los únicos países europeos adheridos a aquella norma internacional conlleva que tales cláusulas puedan ser consideradas abusivas.⁵³²

Por su lado, el apartado primero del artículo 16 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, faculta a las partes contratantes para concluir, por escrito, cláusulas limitativas de la indemnización de daños no corporales resultantes del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones del viaje, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1341.2 del *Codice civile*.⁵³³ El apartado segundo del mismo precepto añade que en ningún caso dicho límite podrá ser inferior a lo previsto por el artículo 13 CIB, precepto que limita la responsabilidad del organizador del viaje, para cada viajero, a 2.000 francos por daños a las cosas y 5.000 francos para cualquier otro daño causado al viajero con motivo del incumplimiento de

⁵³² En esos términos, Angela LEZZA, en Nicolò LIPARI (*a cura di*), *Diritto privato europeo*, vol. II, Pádova, Cedam, 1997, 867-893, pág. 886; véase también, Enzo ROPPO (*a cura di*), *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, NLCC, 1997, I-II, 1-71, págs. 52-53.

⁵³³ El artículo 1341.2 del *Codice civile* establece la ineficacia de las condiciones que establezcan limitaciones de responsabilidad a favor de los predisponentes, a menos que sean aprobadas específicamente por escrito ("[i]n ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità [...]").

las obligaciones de organización del viaje que resulten del contrato o de la Convención.⁵³⁴ A ello cabe añadir que el apartado tercero del artículo 16 del Decreto legislativo prescribe, para el caso de ausencia de pacto entre las partes contratantes, la aplicación de la limitación de la cuantía indemnizatoria prevista por el artículo 13 CIB, así como de los artículos 1783 y siguientes del *Codice civile*.⁵³⁵

Además, la limitación de responsabilidad del organizador de viajes se excluye cuando el organizador interviene con dolo o culpa grave ya con anterioridad a la transposición de la Directiva 90/314/CEE (cfr. art. 27 CIB en relación con el art. 1229 del *Codice civile*).⁵³⁶

(viii). *Portugal*. El artículo 40.5 del Decreto-ley 209/97 portugués, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo*, establece que la responsabilidad de la agencia por daños no corporales podrá ser limitada por vía contractual hasta el valor correspondiente a cinco veces el precio del "servicio vendido". Además de limitar la aplicación del precepto a los supuestos de indemnización de daños no corporales, la doc-

⁵³⁴ Según el artículo 24 CIB, el franco mencionado en ese Convenio es el franco-oro de 10/31 gramos y 0,900 milésimas. La cuantificación de esta paridad en liras italianas ha dado lugar a alguna dificultad. En la sentencia Trib. Roma 17.1.89, en GI, 1991, I, 2, 66, el tribunal multiplica la unidad de oro prevista en el artículo 24 por el valor del oro representado por los llamados derechos especiales de giro, de modo que convierte los 50.000 francos previstos en el artículo 13 (2) CIB en el equivalente a 29.016.334 liras italianas. Sin embargo, la doctrina ha hecho notar el error de cálculo de esta sentencia, y recordado que el valor de cálculo que debe tenerse en cuenta a la hora de convertir el franco-oro en unidades monetarias nacionales es el valor del oro en el mercado. Aplicando este criterio, el valor de los 50.000 francos previstos en el artículo 13 (2) CIB equivaldrían aproximadamente a 200.000.000 liras italianas. Véase MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., págs. 211-212; y TASSONI, *Il contratto di viaggio*, cit., págs. 261-262.

⁵³⁵ El artículo 1783 *in fine Codice civile* establece que la responsabilidad por las cosas introducidas en el alojamiento no está limitada al valor de cuanto se ha deteriorado, destruido o extraviado, sino al equivalente a cien veces el precio de arrendamiento del alojamiento por jornada. Según el artículo 1784 *Codice civile*, "[l]a responsabilidad del hostelero es ilimitada: 1) Cuando las cosas le han sido consignadas en custodia; 2) Cuando ha rehusado de recibir en custodia una cosa que tenía la obligación de aceptar[...]"; y, por último, el artículo 1785 *bis Codice civile* añade que "el hostelero es responsable, sin que pueda invocar el límite previsto en el último apartado del art. 1783, cuando el deterioro, la destrucción o la sustracción de las cosas llevadas por el cliente en el alojamiento sean debidas a su culpa, los miembros de su familia o de sus auxiliares".

⁵³⁶ Véase MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, cit., pág. 212.

trina de ese país señala que el servicio a que se refiere esta previsión legal consiste en un viaje combinado, de modo que lo relevante a los efectos del cálculo de la limitación de responsabilidad será el “precio con todo incluido”.⁵³⁷

(ix). *Suiza*. El § 16 Abs 1 PaRG prohíbe la limitación del *quantum* de la indemnización de los daños corporales por vía contractual;⁵³⁸ y el § 16 Abs 2 PaRG únicamente admite la limitación de los demás daños sobre el doble del precio del viaje, a menos que se causen con dolo o culpa grave, en cuyo caso se excluye cualquier posibilidad de limitación indemnizatoria.⁵³⁹

Por lo tanto, nótese como la mayor parte de ordenamientos que implementan el párrafo cuarto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE declaran la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad únicamente si existe incumplimiento sin dolo o culpa grave del organizador o detallista y, además, siempre que se trate del resarcimiento de daños no corporales, en línea con la interpretación expuesta de la doctrina española por lo que se refiere a la aplicación de los límites generales de validez a estas cláusulas de limitación de responsabilidad (arts. 1255 y 1102 CC).

Sin embargo, el legislador español ha complicado enormemente esta cuestión al llevar a cabo la transposición del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE. Si atendemos a los trabajos preparatorios de la regulación del contrato de viaje, se comprueba cómo el párrafo segundo del artículo 11.3 del Proyecto de Ley, de 31 de enero de 1995, *reguladora de los viajes combinados*,⁵⁴⁰ establece:

"[l]as partes en el contrato podrán acordar la limitación del resarcimiento por daños no corporales, dentro de unos parámetros razonables"

De este modo, inicialmente la regulación española también admitía la limitación del resarcimiento de los daños no corporales por vía contractual, de

⁵³⁷ Así, MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 227-228.

⁵³⁸ El artículo 16.1 PaRG suiza dispone que la responsabilidad por los daños corporales, resultantes de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato de viaje, no podrá limitarse por vía contractual.

⁵³⁹ Según el artículo 16.2 PaRG suiza, la responsabilidad por los demás daños puede limitarse por vía contractual hasta el doble del precio del viaje combinado, excepto si los daños son ocasionados con dolo o culpa grave.

⁵⁴⁰ Cfr. BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, 1-6, pág. 5.

acuerdo con la posibilidad ofrecida a los Estados miembros por el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE. Sin embargo, este párrafo es suprimido a partir de una enmienda presentada antes de la aprobación definitiva del Proyecto, el 14 de marzo de 1995,⁵⁴¹ sin que el mismo vuelva a recuperarse en la redacción definitiva del artículo 11.3 LVC.⁵⁴²

Aun tratándose de una enmienda cuyos motivos resultan muy poco consistentes, pues en la misma únicamente se hace constar que "la responsabilidad deberá ser fijada por el juez a tenor de los hechos",⁵⁴³ lo cierto es que a partir de entonces la regulación del contrato de viaje no se pronuncia como hubiera sido deseable acerca de una eventual limitación contractual en la indemnización de ese tipo de daños. Esa circunstancia, junto a la prohibición de excepcionar mediante cláusula contractual el régimen de responsabilidad legalmente previsto (art. 11.4 LVC), ha inducido a buena parte de la doctrina a considerar nula toda cláusula de limitación a la reparación integral de cualquier tipo de daño,⁵⁴⁴ inclusive de aquella predispuesta para el caso en que el organizador o detallista no intervengan con dolo ni culpa grave.

Esta postura doctrinal no parece defendible. Para llegar a esta conclusión se ha dicho, en primer lugar, que allí donde el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE dejaba margen a los Estados miembros, la LVC ha consagrado disposiciones más favorables para el consumidor, al no tolerar la limitación contractual de la responsabilidad del organizador o el detallista por daños no

⁵⁴¹ Se trata de la enmienda número 32 presentada por Izquierda Unida (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, de 21 de febrero de 1995, núm. 101, pág. 20).

⁵⁴² Así sucede lo contrario a lo que ocurrió en el procedimiento de elaboración del párrafo cuarto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE. Inicialmente no se contempla la posibilidad de limitación del resarcimiento por daños no corporales, y esta párrafo será añadido por la Posición común del Consejo, de 22 de febrero de 1990, *con vistas a la adopción de la Directiva relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (anuncio), DOCE núm. C 66, de 16 de marzo de 1990, pág. 1, con el fin de admitir la limitación del resarcimiento de daños no corporales en virtud de contrato.

⁵⁴³ BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, de 21 de febrero de 1995, núm. 101, pág. 20.

⁵⁴⁴ Este problema no se plantea en la regulación catalana, ya que el apartado quinto del artículo 22 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges*, dispone expresamente que las partes podrán convenir la limitación de la indemnización por daños no corporales dentro de unos límites razonables.

corporales derivados del incumplimiento (cfr. art. 11.4 LVC).⁵⁴⁵ Sin embargo, este último apartado únicamente señala que "no podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo"; de modo que, como se tendrá ocasión de ver, únicamente prohíbe con carácter imperativo la modificación por vía contractual de los criterios de imputación y exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista legalmente previstos (infra § II.4.3).⁵⁴⁶

En segundo lugar, alguna autora defiende la nulidad de toda cláusula de limitación de la cuantía indemnizatoria de los daños que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje con base en la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU, que declara abusivas las cláusulas que tengan por objeto "la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél [...]".⁵⁴⁷

No cabe duda de la tendencia de la regulación española a controlar con cierto rigor la validez de las cláusulas de limitación de la cuantía indemnizatoria, apreciable desde la entrada en vigor de la LGDCU.

Ya con anterioridad a la modificación de esa regulación, llevada a cabo mediante la mencionada Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, la letra c) del artículo 10.1 LGDCU establece que las condiciones generales de los contratos deben ser acordes a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", lo que, entre otras cosas, excluye "las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario" (parte primera del apartado sexto). La expresión "limitaciones absolutas" contenida

⁵⁴⁵ Así, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 59-60; Juan GÓMEZ CALERO, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Madrid, DYKINSON, 1997, págs. 136-137; también para GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 250-260, la LVC no únicamente califica de imperativas las reglas del apartado 1 y 2 del artículo 11; por su lado, Miguel RUIZ MUÑOZ, *Guía explicativa de la ley de viajes combinados*, EC, núm. 37, 1997, 103-115, págs. 113-114, se limita a señalar que el legislador español no ha hecho uso de la autorización de la norma comunitaria para permitir limitaciones contractuales razonables a los daños no corporales.

⁵⁴⁶ En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 242-243.

⁵⁴⁷ En estos términos, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 253-255.

en el precepto se refiere únicamente a las llamadas cláusulas de exoneración;⁵⁴⁸ pero la doctrina también considera nulas, entre otras, las cláusulas limitativas de la cuantía indemnizatoria insertas en condiciones generales, sobre todo cuando con las mismas se pretende evitar en fraude lo previsto en aquel precepto, estableciendo una fuerte limitación de la indemnización. Entonces se afirma que tales cláusulas serán nulas si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se denota que son contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones o, como no, a los límites generales establecidos para el ejercicio de la autonomía privada (art. 1255 CC). Y lo que aún es más importante, a falta de mayores precisiones en la regulación, se considera la nulidad de estas cláusulas sin distinguir según los tipos de daños a resarcir, ni si el deudor interviene con dolo o culpa grave o no en el incumplimiento.⁵⁴⁹

Tal situación parece consagrarse con la modificación de la LGDCU por la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, al implementar la mencionada Directiva 93/13, de 5 de abril, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*. La letra a) del Anexo de la norma comunitaria únicamente considera abusivas las "cláusulas que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional", admitiendo la licitud, en sentido contrario, de aquellas cláusulas que recaigan sobre daños a objetos del consumidor, daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Mientras que la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU, redactada a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, como se ha dicho, declara abusivas las cláusulas que tengan por objeto "la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél [...]". De ese modo, el ordenamiento español sigue sin distinguir entre los distintos daños a indemnizar a los efectos de declarar abusivas las cláusulas de limitación de la cuantía indemnizatoria insertas en condiciones generales, ni según si el deudor interviene con dolo o culpa grave o no

⁵⁴⁸ Así, ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., pág. 229.

⁵⁴⁹ Véase Silvia DÍAZ ALABART, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 10.1c) 6º*, Madrid, Civitas, 1992, 284-295, pág. 290; SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, cit., págs. 96-100; y ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 221-230.

en el incumplimiento.⁵⁵⁰ Y la doctrina hasta el momento viene admitiendo el tenor literal de esa disposición, al afirmar que se considerarán abusivas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratante profesional por cualquier tipo de daño sufrido por el consumidor, incluidos los patrimoniales y los morales, y que no podrá excluirse ni limitarse la responsabilidad de los profesionales contratantes que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurran en negligencia (aun leve, pues no se distingue), ni predeterminarse una indemnización inferior a la resultante de aplicar los artículos 1101 y 1107 del Código civil.⁵⁵¹

Sin embargo, la actual redacción de la regulación española del contrato de viaje no excluye la admisibilidad de las cláusulas de limitación de responsabilidad del organizador o detallista. Aun no habiéndose conservado el tenor del párrafo segundo del artículo 11.3 del Proyecto de Ley, de 31 de enero de 1995, *reguladora de los viajes combinados*, el artículo 11.4 LVC, al decir que “[n]o podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a la previsto en los apartados 1 [régimen general de responsabilidad del organizador y detallista] y 2 [causas de exoneración] del presente artículo”, excluye el pacto de cláusulas de exoneración de responsabilidad pero no de limitación de la cuantía indemnizatoria.

Esa situación normativa nos permite sostener la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad del organizador o detallista que sean pactadas dentro de los límites fijados por el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, de acuerdo con una interpretación de la Ley conforme con la norma comunitaria, por lo que estas cláusulas sólo se podrán referir válidamente a daños no corporales, y la limitación que establezcan en la cuantía in-

⁵⁵⁰ Por contra, el Proyecto de Ley *de Condiciones Generales de la Contratación*, de 5 de septiembre de 1997 (BOCG, 5 de septiembre de 1997, núm. 78-1) pretende incorporar a la LGDCU una Disposición adicional que contiene una lista de cláusulas abusivas, entre las que destaca la siguiente: “[l]a exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional *por dolo o culpa grave en su cumplimiento*, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquéllos [...]” (la cursiva es nuestra).

⁵⁵¹ En esos términos se expresa Susana QUICIOS MOLINA, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.ª II 10ª)*, Elcano, Aranzadi, 1999, 1007-1020, págs. 1011-1013 y 1015, quien además destaca que las dudas planteadas acerca de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en sentido estricto han desaparecido con la Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU.

demnizatoria deberá ser, en todo caso, razonable;⁵⁵² ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación a esas cláusulas de los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), y habida cuenta que únicamente tendrán cabida en los casos en que el organizador o el detallista intervengan sin dolo ni culpa grave en el incumplimiento (art. 1102 CC).

Ciertamente, las cláusulas limitativas de responsabilidad del organizador o detallista habitualmente se hallarán insertas en condiciones generales de la contratación, en cuyo caso su validez en los términos señalados no resultaría si atendiéramos únicamente al criterio doctrinal mayoritario de interpretación de la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU, redactada a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* que, como se ha expuesto, en su tenor literal considera abusivas todas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratante profesional insertas en condiciones generales.⁵⁵³ Con todo, existen razones suficientes para no seguir la doctrina mayoritaria y admitir la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad del organizador o detallista, incluso cuando las mismas se hallan insertas en condiciones generales de la contratación. Cabe tener en cuenta que casi todos los Estados miembros han transpuesto en términos literales la letra a) del Anexo de la Directiva 93/13, de 5 de abril, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, que, como se ha señalado, únicamente considera abusivas las "cláusulas que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional"; y que esa circunstancia no ha constituido obstáculo alguno para los mismos para admitir la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad del organizador y, en su caso, detallista con respecto a daños no corporales y en una cuantía indemnizatoria razonable, como ya venían haciendo anteriormente, de acuerdo con sus normas respectivas de implementación de la Directiva 90/314/CEE (supra). Dicha uniformidad reguladora sólo podría resultar de un

⁵⁵² En la doctrina española, se muestra partidario de llevar a cabo una interpretación conforme del párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., pág. 9437. En términos parecidos, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 260-268; lo mismo tiene lugar en el Derecho francés, también ante la ausencia de regulación específica en este punto (véase PY, *Droit du Tourisme*, cit., págs. 295-296).

⁵⁵³ Vide QUICIOS MOLINA, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.^a II 10^a)*, cit., págs. 1011-1013 y 1015.

interés relativo si no fuera porque, además, con esa opción legislativa la gran mayoría de países de la Unión europea consiguen dar una respuesta satisfactoria a las necesidades resultantes de la economía interna de los contratos celebrados con consumidores. Así, por lo que se refiere al contrato de viaje combinado, cabe tener en cuenta que los riesgos surgidos de la intervención de prestadores de servicios del viaje únicamente devienen calculables para el organizador mediante el uso de cláusulas de limitación de la cuantía indemnizatoria,⁵⁵⁴ ello será así sobre todo en cuanto al resarcimiento de daños no corporales que puedan resultar de dicha intervención, pues los convenios internacionales reguladores de las prestaciones de los servicios no suele establecer limitaciones legales de responsabilidad con respecto a todos esos daños. Y lo que aún parece más importante, las cláusulas limitativas de responsabilidad admitidas legalmente facilitan al organizador la posibilidad de asegurar los daños no corporales que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje al permitir calcular las primas,⁵⁵⁵ sobre todo con relación a aquellas partidas de daños resarcibles a las que no sean aplicables los límites previstos por los convenios internacionales (p.ej. daños no patrimoniales por pérdida de vacaciones) (cfr. art. 11.3 LVC).⁵⁵⁶ Conscientes de la necesidad de interpretar el silencio de la regulación española del contrato de viaje llevando a cabo una interpretación de la misma que sea conforme con el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE y que, a su vez, no sea contraria el sentido que se atribuya a la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU, redactada a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*,⁵⁵⁷ entendemos que las razones expuestas no solamente justifican la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad del organizador y, en su caso, detallista con respecto a

⁵⁵⁴ En el Derecho alemán, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 h, 272-281, Rnd. 1, pág. 273.

⁵⁵⁵ Así, MARTÍN CASALS, *La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, cit., pág. 9436.

⁵⁵⁶ Ello a pesar de que dichas cláusulas también puedan conllevar algún inconveniente para el organizador y el detallista, pues la limitación de los daños resarcibles prevista en el contrato y, generalmente, en las condiciones generales, podrá alentar a los consumidores a reclamar indemnización por los daños que sean consecuencia del incumplimiento del contrato. En el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., pág. 81.

⁵⁵⁷ Téngase en cuenta que la Disposición adicional 2.^a LGDCU, redactada a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, establece que "[l]o dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla".

daños no corporales y en una cuantía indemnizatoria razonable sino que, además, deberían ser tenidas en cuenta para delimitar el alcance de la mencionada Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU.

Habiendo analizado el límite general de validez de las cláusulas limitativas de la cuantía indemnizatoria contenido en el artículo 1102 del Código civil, a continuación procede hacer alusión a los límites específicos previstos en la norma comunitaria: la referencia a los daños no corporales y el carácter razonable de la limitación de la responsabilidad del organizador o detallista.

Las cláusulas de limitación de la cuantía a indemnizar por parte del organizador o el detallista al consumidor únicamente podrá referirse a los "daños que no sean corporales". Tales cláusulas no podrán hacer referencia al resarcimiento de los daños corporales en sentido estricto (muerte y lesiones físicas), pero tampoco, más ampliamente, a los daños indirectos derivados de estos daños corporales, sean de carácter patrimonial (p.ej. gastos de repatriación del cadáver o de hospitalización), o no patrimonial.⁵⁵⁸ Estos últimos incluirán los trastornos mentales y, en general, todos los daños y limitaciones vitales padecidos por el consumidor de carácter no patrimonial (*pretium doloris*) que sean consecuencia, además del incumplimiento del contrato de viaje (art. 11.1 LVC), de los daños corporales;⁵⁵⁹ así como los daños sufridos por personas allegadas como consecuencia de las lesiones físicas extremadamente graves o muerte ocasionadas al consumidor.⁵⁶⁰ El organizador no podrá prevalerse de una cláusula de limitación de estos daños patrimoniales o no patrimoniales indirectos, los cua-

⁵⁵⁸ Contrátese con el artículo 508.1 BW holandés, que excluye únicamente la posibilidad de exonerar o limitar la responsabilidad del organizador por vía contractual en los casos de muerte o lesiones del consumidor (*dood of letsel van de reiziger*).

⁵⁵⁹ También GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 253, considera que el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE incluye entre los daños no limitables por vía contractual a los daños corporales de carácter extrapatrimonial; en cambio, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., pág. 340, entiende que a tenor de la Directiva 90/314/CEE se admitirá el tope del *quantum* en los supuestos de indemnización de daños económicos y morales.

⁵⁶⁰ La doctrina alemana también se refiere a la necesidad de asegurar el resarcimiento íntegro de todos los daños que estén en conexión con la lesión a la integridad corporal sufrida por el consumidor, también en caso de muerte, y el precio del dolor (*Schmerzensgeld*) (Eckhart PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651 a - §§ 651 I BGB)*, München, Verlag CH Beck, 1995, § 651 h, 259-281, Rnd. 12, págs. 262-263); más explícitamente, BIDINGER/MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, cit., § 651 h, 198-207, Rnd. 5, págs. 201-202, señalan que las partes podrán limitar por vía contractual los daños a cosas, los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales sufridos por el consumidor por frustración o pérdida de vacaciones (cfr. § 651 f Abs.2 BGB).

les por lo demás suelen tener un alcance notable y difícilmente limitable de un modo razonable en función del precio del viaje.⁵⁶¹ El resarcimiento íntegro de estos daños hará inútil, pues, el eventual recurso a la aplicación de la responsabilidad extracontractual a estos efectos.⁵⁶²

En cambio, sí que podrá limitarse en virtud del contrato de viaje la indemnización de daños a objetos del consumidor, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo⁵⁶³ y demás daños no patrimoniales, sean por frustración o pérdida de vacaciones o resulten en el marco de la realización de viajes con fines no vacacionales.⁵⁶⁴

Es precisamente en el resarcimiento de estos otros daños no patrimoniales (vgr. daños por pérdida de vacaciones) donde las cláusulas limitativas tendrán mayor interés. Como se ha hecho notar, en estos casos es cuando se precisa de una mayor seguridad jurídica, al tener especial protagonismo el arbitrio judicial y las circunstancias del caso en la cuantificación de los daños ocasionados (supra § II.2.1 E)). Además, también se ha puesto de manifiesto que los conve-

⁵⁶¹ Véanse las sentencias que declaran indemnización por este concepto por los daños acaecidos en ocasión de un atentado terrorista en un viaje a Egipto: sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, Magistrada juez: Sra. María José Juliá Igual (inérita); SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.^a, Presidente: Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598; sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado juez Sr. Mario Buisan Bernad (inérita); y SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente: Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423.

⁵⁶² También en el Derecho alemán, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 10, págs. 1552-1553, señala que la ventaja que representa para el consumidor el recurso a la responsabilidad extracontractual (*Deliktische Ansprüche*) para obtener el resarcimiento íntegro de los daños corporales, frente a límites previstos en el § 651 h BGB con relación al derecho a indemnización ex § 651 f Abs.1 BGB, desaparecerá al no admitir la Directiva 90/314/CEE una limitación de responsabilidad por daños corporales.

⁵⁶³ Natalia ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, AC, núm. 7, 1998, 13-31, pág. 25, pone como ejemplos de limitación del *quantum* indemnizatorio los supuestos de daños en los casos de demoras en salidas o llegadas, los cambios de itinerario no avisado, y los cambios en las categorías de hotel.

⁵⁶⁴ En contra, a GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 252, le parece que los únicos daños cuyo resarcimiento puede ser limitado en el marco del contrato de viaje, en el sentir de la Directiva 90/314/CEE, son los causados en el patrimonio del consumidor.

nios internacionales reguladores de las distintas prestaciones integrantes del viaje no prevén limitaciones indemnizatorias específicas para este tipo de daños. Todo ello da un particular relieve a las cláusulas limitativas del resarcimiento de estos daños.

Por lo demás, puede afirmarse que todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento en los supuestos de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje podrán limitarse por vía contractual (apartados primero a tercero del art. 9 LVC); como también sucederá en caso de denegación de embarque en el transporte aéreo regular (art. 4 Reglamento 295/91/CEE). La indemnización de todos los daños ulteriores a las penalizaciones mínimas previstas en estos preceptos podrán limitarse por cláusula contractual (supra § II.3.4 B) b)).

En ocasiones incluso podrá considerarse válida aquella cláusula limitativa de responsabilidad que no haga referencia de un modo expreso al resarcimiento de daños no corporales. Así, en no pocas ocasiones aparecen insertas en las condiciones generales del contrato de viaje cláusulas como la siguiente:

"[c]uando los usuarios soliciten, previo pago correspondiente, servicios suplementarios que no les puedan ser confirmados definitivamente por la agencia organizadora y éstos no puedan ser facilitados, la agencia organizadora no contraerá más responsabilidad que la de rembolsar el importe pagado por tales servicios, que el usuario recibirá al final del viaje a través de la agencia detallista".⁵⁶⁵

Está claro que esa cláusula puede ser declarada abusiva por cuanto puede dar pie a unos "incrementos de precio por prestaciones adicionales [...] no expresadas con la debida claridad o separación" (Disposición adicional 1.ª V 24ª LGDCU), o a la vinculación del contrato a la voluntad del profesional (Disposición adicional 1.ª I 1ª, 3ª y 5ª LGDCU).

Mas si tal cláusula observara lo dispuesto en esos preceptos, difícilmente podría ser declarada nula por limitar la responsabilidad de la agencia de viajes sin contener una referencia expresa a los daños indemnizables. Ello en tanto en

⁵⁶⁵ Véase, por ejemplo, la cláusula "Servicios suplementarios" del catálogo JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97.

cuanto los daños que sean consecuencia de la no prestación de los servicios complementarios del viaje carecerán de carácter corporal. Por lo que dicha cláusula resulta conforme al párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, sin perjuicio que en el futuro parece preferible que las cláusulas limitativas de responsabilidad delimiten más explícitamente su aplicación al resarcimiento de daños que no sean corporales.⁵⁶⁶

Por su lado, la limitación en la cuantía indemnizatoria establecida en la cláusula contractual deberá ser "razonable", según dispone el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede que haya sido utilizado por la norma comunitaria con el fin de advertir a los órganos judiciales de la posibilidad de fiscalizar el alcance de los límites concretos en la cuantía indemnizatoria fijados contractualmente.⁵⁶⁷

El mencionado *Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE*, elaborado por los servicios de la Comisión de la Unión Europea, con fecha de 5 de noviembre de 1999,⁵⁶⁸ como se ha señalado, considera que el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE contiene una disposición imprecisa. Advertido que las opiniones sobre qué limitaciones se consideran "razonables" parecen diferir considerablemente entre las distintas transposiciones de la norma comunitaria,⁵⁶⁹ la Comisión se limita a declarar que no lo será aquella disposición "que limitara la responsabilidad del organizador o del minorista o eximiera a éstos en casos de negligencia grave", si bien a continuación la misma institución añade que "esta política parece estar de acuerdo con las normas generales de la ley de responsabilidad civil en todos los Estados miembros".

⁵⁶⁶ Cuestión distinta es la confusión entre los derechos de indemnización de daños y perjuicios y de reembolso del precio del viaje que se aprecia en la cláusula ("[...] la agencia organizadora no contraerá más responsabilidad que la de rembolsar el importe pagado por tales servicios [...]").

⁵⁶⁷ Véase SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., pág. 80.

⁵⁶⁸ Documento SEC (1999) 1800. Accesible en http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/pack_trav/pack_trav02_es.htm (fecha de consulta: 1.12.1999).

⁵⁶⁹ La Comisión ha notado que algunos Estados no han implementado este punto del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, "y aplican las normas generales de su ley de responsabilidad civil".

Ya se ha visto cuáles han sido los criterios utilizados por distintos Estados miembros en el momento de implementar la norma comunitaria en este punto. La mayoría de ordenamientos admiten la limitación del resarcimiento por vía contractual, siempre que el *quantum* supere un mínimo que se hace corresponder con un múltiple del importe del precio del viaje: la limitación de la cuantía indemnizatoria por daños no corporales deberá superar el quíntuplo del precio del viaje (artículo 40.5 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués), el triple (§ 651 h Abs.1 BGB y artículo 509 (2) de la *Wet van 24/12/1992 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgelijke Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten* holandesa),⁵⁷⁰ el doble (§ 16 Abs. 2 PaRG suiza), o bien el doble o el importe del precio del viaje según deba hacerse efectiva la indemnización a favor, respectivamente, de un consumidor del viaje mayor o menor de edad (*Section 20 (4) The Package Holidays and Travel Trade Act 1995, Statutory Instruments number 17 of 1995* irlandesa).⁵⁷¹ Por su lado, ya se ha visto que el apartado segundo del artículo 16 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, se remite al artículo 13 CIB para fijar los límites máximos de limitación de responsabilidad por vía contractual, precepto que fija unas cantidades alzadas según el tipo de daño a resarcir (2.000 francos por daños a las cosas y 5.000 francos para cualquier otro daño).

Tales límites adolecen de algunos inconvenientes. Como todo baremo previsto para la indemnización de daños, excepcionalmente puede que tales límites no sean "razonables" en el caso concreto (p.ej. importe del viaje de 600 euros y valor de las joyas del consumidor de 10.000 euros). Existen algunas circunstancias que en ningún caso podrán tenerse en cuenta por la regulación a la

⁵⁷⁰ Aunque, como se ha señalado, esta regulación establece una limitación en la indemnización de daños no patrimoniales por pérdida de vacaciones que hace corresponder con el importe del precio del viaje (art. 511 BW holandés).

⁵⁷¹ En estos casos no se admiten combinaciones, como por ejemplo, en el caso alemán, el límite del cuádruplo del precio del viaje para daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo y el doble para daños a objetos del consumidor. Todas las partidas de daños cuya cuantía sea limitable quedan sometidas a los mismos límites legales. Además, cuando se contrata el viaje para varias personas (familia, grupo, asociación) a un precio único, los límites se calculan de acuerdo con el número de personas para los que aquél se ha contratado y no con base al precio global. Sobre estas precisiones, BIDINGER/MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, cit., § 651 h, 198-207, Rnd. 6, pág. 202.

hora de fijar los límites máximos de la limitación de la cuantía indemnizatoria por vía contractual; ni siquiera estableciendo distintos mínimos legales en función de la partida de daño resarcible podrá darse solución a esta cuestión, puesto que tales circunstancias pueden concurrir con todos los tipos de daños mencionados.⁵⁷² Además, puede que los límites correspondientes a un múltiple del importe del precio del viaje para la indemnización de daños no corporales no sean razonables cuando concurren cumulativamente daños por pérdida de vacaciones y daños a objetos del consumidor.⁵⁷³

Ninguno de estos inconvenientes se da en el ordenamiento español, donde sigue rigiendo el límite de la razonabilidad en la limitación contractual de la cuantía indemnizatoria a que se refiere el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, al no haberse establecido por el momento en el mismo ningún límite legal específico. En este ordenamiento, pues, los órganos judiciales deberán determinar en cada caso el carácter razonable de la cláusula limitativa de responsabilidad; como también sucede en otras regulaciones que tampoco hacen referencia a cuantías legales máximas de limitación (Francia, Austria), o que se limitan a invocar la aplicación del test de razonabilidad (*the reasonableness Test*) vigente en su ordenamiento interno (*Section 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992, Statutory Instruments number 3288 of 1992* inglesa).⁵⁷⁴

No es posible delimitar los criterios específicos con base a los que los órganos judiciales llevarán a cabo el juicio de razonabilidad de los límites indemnizatorios previstos en el contrato; aunque habida cuenta de la más que posible inserción de las cláusulas limitativas de responsabilidad en condiciones generales, muy probablemente la razonabilidad prevista en la norma comunitaria se hará coincidir con un juicio acerca de su carácter abusivo. En particular, resultará de especial interés la cláusula general contenida en el apartado primero

⁵⁷² Por ello el artículo 13 CIB, al que se remite el apartado primero del artículo 16 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* italiano, que sí distingue entre las partidas de los daños a indemnizar cuando limita la responsabilidad del organizador del viaje, tampoco garantiza en todos los casos la justicia del caso concreto.

⁵⁷³ Cfr. Andreas KAPPUS, *Reise-und Hotelaufnahmebedingungen*, en Friedrich Graf von WESTPHALEN (Hrgs.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2. order, Frankfurt am Main, Verlag C.H. Beck, 1996, 1-51, Rnd. 103, pág. 41.

⁵⁷⁴ En este ordenamiento, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 184-185, consideran que hubiese sido preferible el establecimiento de unos límites legales específicos.

del artículo 10 bis LGDCU, que declara abusivas aquellas cláusulas que "en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".⁵⁷⁵

La posibilidad de hacer coincidir el juicio de razonabilidad a que da lugar el párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE con el control de contenido de las cláusulas insertas en condiciones generales de acuerdo con su regulación específica, también ha sido apuntada en el Derecho inglés. Con anterioridad a la *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulations 1994* inglesa, la parte segunda de la Section 2(2) *Unfair Contract Terms Act 1977* preveía una regla para determinar la razonabilidad de las cláusulas, conforme a la posición de las partes en el contrato, la posibilidad del cliente de concluir un contrato con otro profesional sin la incorporación de la cláusula en cuestión y el conocimiento del cliente del alcance de la misma (*the reasonableness Test*). La doctrina hace notar la falta de consolidación en el *case law* de un test de razonabilidad con respecto a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad de los organizadores de viajes.⁵⁷⁶ Pero con la *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulations 1994* se utiliza la buena fe (*good faith*), junto a otras nociones (*significant imbalance, detriment of the consumer*),⁵⁷⁷ para realizar el juicio tendente, en su caso, a declarar el carácter abusivo de las cláusulas. De ese modo, el test de licitud de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del organizador y el detallista insertas en condiciones generales se llevará a cabo de acuerdo con los mismos parámetros que en el ordenamiento español.

Por el momento, en las condiciones generales del contrato de viaje se suele incluir una cláusula con la siguiente expresión:

"[e]n cuanto al límite del resarcimiento de los daños [que no sean corporales] que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las

⁵⁷⁵ En este sentido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 254, apunta la posibilidad de interpretar que una limitación de responsabilidad incluida en una condición general no será "razonable" cuando la cláusula que la contiene pueda considerarse abusiva en los términos del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.

⁵⁷⁶ Así, PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 92-96.

⁵⁷⁷ Véase Jack BEATSON, *The Incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law*, *ZeUP* 4 (1998), 957-968, págs. 957-958.

prestaciones [...] la indemnización nunca podrá ser superior al precio total del viaje inicialmente contratado".⁵⁷⁸

A falta de un pronunciamiento de los órganos judiciales acerca de la validez de esta cláusula en el caso concreto, se ha sostenido que *a priori* la misma no causa un "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", "en contra de las exigencias de la buena fe" y "en perjuicio del consumidor" (cfr. apartado primero del artículo 10 bis LGDCU).⁵⁷⁹

Mas la realización del juicio de razonabilidad del límite indemnizatorio con respecto al resarcimiento de daños por pérdida de vacaciones presentará algunas dificultades. En este caso, en un principio puede parecer razonable la limitación de su cuantía hasta el importe del precio del viaje. Nótese, en este punto, que los órganos judiciales españoles tienden a conceder una indemnización por este concepto por debajo del precio del viaje (supra Tabla 4).⁵⁸⁰ Distinto sería si la limitación en la cuantía se hiciera extensible al resarcimiento de daños no patrimoniales derivados de daños corporales (vgr. trastornos mentales, *pretium doloris*), en cuyo caso los jueces sin gran dificultad podrían optar por declarar el carácter abusivo de la cláusula;⁵⁸¹ pero ya se ha dicho que las cláusulas de limitación de la cuantía a indemnizar por parte del organizador o detallista al consumidor no podrán hacer referencia a estos daños (supra § II.3.4 B a)). Sin embargo, la necesidad de establecer el límite indemnizatorio de los daños por pérdida de vacaciones resulta contradictoria con el hecho de que el precio del viaje no puede actuar como parámetro para el juez a la hora de fijar la

⁵⁷⁸ Así, por ejemplo, la cláusula Responsabilidad del folleto HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados, Otoño-Invierno 97-98* (vigencia: 1 de noviembre de 1997 al 30 de abril de 1998).

⁵⁷⁹ Lo considera así, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., pág. 25, para quien este tipo de cláusulas serán válidas por no ser prohibidas por el artículo 11.3 LVC y por ser eficaces, en general, a tenor del artículo 10 LGDCU.

⁵⁸⁰ Lo mismo sucede, por ejemplo, en las sentencias recaídas ante los órganos judiciales ingleses. Véase SAGGERSON, *Travel Damages*, cit., págs. 12-13.

⁵⁸¹ Obsérvese cómo para el control de validez de las cláusulas limitativas no será relevante su inclusión en condiciones generales a los efectos de las previsiones específicas previstas para estas cláusulas en la LGDCU (Disposición adicional 1.ª II 10ª), pero sí a los efectos de la cláusula general de control de contenido prevista en el apartado primero del artículo 10 bis de esta regulación. Lo mismo hace notar, para el Derecho alemán (§ 651 h BGB), MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 285; véase también SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 h, 272-281, Rnd. 13, pág. 278.

cuantía del resarcimiento (supra § II.2.1 E) b)). Por ello, no puede excluirse la posibilidad de que los órganos judiciales aprecien el carácter no razonable del límite fijado en el importe del precio del viaje, conforme a la equidad, atendiendo a todas las circunstancias del caso.

Menos compleja será la aplicación del juicio de razonabilidad del límite indemnizatorio al resarcimiento de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, supuesto en que la limitación de la cuantía indemnizatoria hasta el precio del viaje podrá resultar razonable.

3.5. La facultad de moderación judicial (art. 1103 CC)

Para completar el estudio de la extensión de los daños resarcibles en el supuesto de incumplimiento del contrato de viaje también debe tenerse en cuenta el artículo 1103 del Código civil, conforme al que "[l]a responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

Ni que decir tiene que el análisis de la facultad de moderación judicial prevista en este precepto presenta distintas dificultades, resultantes de la carencia de unos antecedentes directos de la norma en el Derecho histórico español;⁵⁸² de la inexistencia de estudios doctrinales monográficos exhaustivos en torno al artículo 1103 del Código civil; así como, más específicamente, de la poca atención que hasta el momento ha suscitado el encuadre de este precepto en el marco de la responsabilidad contractual del organizador y el detallista de viajes combinados. Con todo, no hay inconveniente en aplicar la facultad de moderación judicial (art. 1103 CC) a la responsabilidad contractual del organizador y detallista (art. 11 LVC).⁵⁸³

⁵⁸² Sobre los antecedentes históricos del artículo 1103 del Código civil, puede consultarse Silvia DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, 475-584, págs. 475-488.

⁵⁸³ Por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 252-253, se limita a señalar que la responsabilidad del organizador y detallista derivada de negligencia podrá ser moderada por los tribunales conforme al artículo 1103 del Código civil.

De acuerdo con el artículo 1103 del Código civil, los tribunales estarán facultados para intervenir en la determinación de los daños resarcibles, moderando la responsabilidad cuando ésta proceda de negligencia, en beneficio obviamente del deudor que haya incurrido en culpa; ello significa, en primer lugar, que la moderación judicial presupone la existencia de culpa prestable (según el art. 1104 CC),⁵⁸⁴ sin que aquel precepto reintroduzca en ningún caso un sistema de graduación de la culpa o distintos niveles de diligencia;⁵⁸⁵ en la medida que la culpa también actúa como criterio de imputación de responsabilidad contractual del organizador y el detallista, aunque con inversión de la carga de la prueba (art. 11 LVC), la moderación judicial (art. 1103 CC) resultará plenamente aplicable a este supuesto; y, en segundo lugar, también quiere decir, en sentido contrario, que no será posible dicha moderación cuando la responsabilidad proceda de un comportamiento doloso (art. 1102 CC) o con culpa grave del organizador o el detallista.⁵⁸⁶

Con la moderación judicial de la cuantía indemnizatoria de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, se conseguirá una aplicación de la equidad en esta materia: la responsabilidad que procede de culpa puede resultar injusta "según los casos", de modo que entonces los tribunales podrán moderarla excepcionalmente conforme a principios de justicia.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ En este sentido, BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., págs. 730-731, quien añade que "en el artículo 1103, final, no se trata de discutir (como ocurre en el artículo 1.104) de tipos y grados de diligencia exigible", puesto que el artículo 1104 del Código civil ya ha resuelto esta cuestión. Contrástese con MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa*, cit., pág. 609.

⁵⁸⁵ Así, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 132-133; también, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1037, para quien nada hay en el artículo 1103 del Código civil que respalde la tesis de que la responsabilidad contractual se gradúa, en su cuantía, con arreglo a la gravedad de la culpa del deudor; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 609-610.

⁵⁸⁶ Aun siendo unánime la doctrina y jurisprudencia españolas al no admitir la moderación judicial en caso de comportamiento doloso del deudor, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 493-498, pone de manifiesto una cierta confusión en la jurisprudencia entre el grado de culpa y el alcance del incumplimiento. Con todo, la autora advierte que aun en los supuestos de incumplimiento total debería considerarse procedente, en su caso, la moderación judicial de la responsabilidad.

⁵⁸⁷ En general, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 537-539, cualifica expresamente la moderación judicial como forma de aplicación de equidad; por su lado, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1041, no se pronuncia al respecto, aunque señala que una atribución a la facultad de moderación de un mayor ámbito de aplicación al propugnado por el mismo autor "supondría dejar al arbitrio ju-

La dificultad se halla en delimitar el alcance de la expresión "según los casos" contenida en el artículo 1103 del Código civil a los efectos de facultar a los tribunales para moderar la responsabilidad contractual del organizador o el detallista procedente de culpa. En este punto existen distintas opiniones doctrinales, todas ellas procedentes de fundamentos también diversos de la moderación judicial prevista en este precepto.

En primer lugar, para alguna autora el artículo 1103 del Código civil es producto de la influencia de distintos ordenamientos, de tal modo que en la responsabilidad contractual deberían tenerse en cuenta, como regla general, las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, así como la naturaleza de la obligación (art. 1104 CC); sin perjuicio del trato especial atribuido por la regulación del contrato de mandato (art. 1726 CC) y la llamada gestión de negocios ajenos (art. 1889.2 CC). En este contexto, el artículo 1103 del Código civil tendría por objeto permitir a los órganos judiciales, una vez fijados los daños indemnizables (arts. 1104 y 1107 CC), la moderación de la indemnización cuando ésta no resultase equitativa a partir de alguna circunstancia concurrente. Por lo que el ejercicio de la facultad de moderación se justificaría, por ejemplo, cuando la obligación incumplida hubiese sido contraída gratuitamente (cfr. art. 1726 CC), el incumplimiento contractual causante de los perjuicios proporcionaran a la vez alguna ventaja, concurriera alguna circunstancia de carácter fortuito que hiciera imposible cuantificar la proporción de daños correspondiente a esta causa, o la cuantía de los daños superase notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato.⁵⁸⁸

Esta opinión doctrinal parece incurrir en la misma confusión de que adolecen algunas sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a los conceptos de cuantificación de los daños ocasionados, determinación de los daños resarci-

dicial la posibilidad de hacer injustificada «equidad»; en contra, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 609-610.

⁵⁸⁸ Así, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 484, 488, 493, 575-576.

bles y moderación de responsabilidad.⁵⁸⁹ La cuantificación de los daños ocasionados equivale a la averiguación de su cuantía, en consonancia con la valoración de la prueba practicada o, en ocasiones, el juicio de discrecionalidad realizado (p.ej. indemnización de daños morales); para la determinación de los daños resarcibles es preciso tomar en cuenta las partidas de los daños (art. 1106 CC) y comprobar la conducta del deudor (arts. 1102, 1104 y 1105 CC), así como el nexo causal entre los daños y esta conducta (art. 1107 CC); y la moderación judicial (art. 1103 CC) sólo procede, eventualmente, en un momento posterior, en cuyo caso se rebajará por equidad la cuantía de los daños resarcibles previamente fijada. Estos conceptos se confunden si se admite la moderación de responsabilidad en todos aquellos casos en que, por alguna circunstancia concurrente, la cuantía indemnizatoria deviene inequitativa.⁵⁹⁰ Ello hasta el punto de no quedar suficientemente claro en cuál de estos momentos deberá ser apreciada cada una de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, e incluso de poner en cuestión si las mismas pueden traerse a colación tanto en la cuantificación de los daños ocasionados como en la moderación judicial de la indemnización.

De hecho, dicha confusión también se observa en alguna de las sentencias relativas a la responsabilidad que tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de un contrato de viaje. Por ejemplo, la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, de 13 de julio de 1996,⁵⁹¹ declara procedente la indemnización de daños resultantes de la confirmación de un número de pasajes en todos los vuelos inferior al contratado, lo que en ocasiones provoca la ejecución del transporte en autobús, además de la pérdida de excursiones programadas; pero a continuación modera la cuantía indemnizatoria *ex* artículos 1101 y 1103 del Código civil hasta el 25 por 100 del precio del viaje, frente al 40

⁵⁸⁹ La misma DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 519-531 y 555, pone de manifiesto estas sentencias; lo mismo se desprende de la motivación del ejercicio de la facultad de moderar contenida en estas sentencias según el análisis realizado por la autora: por concurrencia de culpas, por ser los perjuicios causados menores que los que a primera vista parecía, por tratarse de culpa leve, por ser el contrato incumplido de carácter gratuito, entre otros motivos.

⁵⁹⁰ En este sentido, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., pág. 512, considera que el artículo 1103 del Código civil resulta útil "a la hora de valorar daños que carezcan de una base material u objetiva de cálculo, lo son la salud o la vida o los daños morales".

⁵⁹¹ SAP de Vitoria, de 13 de julio de 1996, Ponente: Sr. Picazo Blasco, AC 2009.

por 100 postulado, "en atención a que determinados molestos avatares pudieron asimismo ser suavizados a través de la propia colaboración del colectivo de viajeros, como por ejemplo, la sustitución del viaje en autobús por la parcelación del grupo en dos viajes aéreos". En este caso no se atiende al deber de mitigar los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual que incumbe a los consumidores del viaje conforme a la buena fe (art. 1258 CC), ni a la ruptura de la relación de causalidad entre dicho cumplimiento y los daños producidos, como hubiera sido deseable, puesto que el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento sino de la pasividad o falta de adopción de medidas por parte de los consumidores. En suma, la Audiencia Provincial convierte una cuestión de determinación de los daños resarcibles (art. 1107 CC) en una de moderación judicial de la indemnización por equidad (art. 1103 CC).⁵⁹²

La confusión entre cuantificación y moderación de los daños también se denota en otras sentencias en las que se aplica el artículo 1103 del Código civil por ponerse de manifiesto que no se trata de un incumplimiento total del contrato de viaje y que el consumidor ha podido disfrutar de algunos de sus servicios.⁵⁹³

Con todo, debe considerarse que la apreciación de las circunstancias del caso concreto tendrá lugar a la hora de cuantificar los daños ocasionados y no de llevar a cabo la moderación judicial de la indemnización. Así, por ejemplo, se ha dicho que en el resarcimiento de los daños por frustración o pérdida de vacaciones del consumidor del viaje, no existiendo una prueba objetiva de tales daños, el arbitrio del juez resultará decisivo, debiendo buscar la solución más adecuada atendiendo a las circunstancias del caso concreto (alcance del in-

⁵⁹² La misma observación puede hacerse extensiva a la mencionada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, núm. 112, 1954, págs. 176-178. En esta ocasión el consumidor decide ir al lugar de destino contratando un taxi por su cuenta una vez la agencia de viajes le comunica la cancelación del viaje. El Juzgado declara que ello "no quiere decir que la parte demandada [agencia] esté obligada al abono de tales gastos, porque los daños derivados de su modo de obrar malicioso e imprudente, no deben ser resarcidos, ya que como se ha dicho, en el orden civil ha de apreciarse la teoría de la causalidad adecuada, y a mayor abundamiento, por aplicación del artículo 1.103 en que se faculta al Juez para moderar la responsabilidad de la entidad demandada" (la cursiva es nuestra).

⁵⁹³ Véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583, y de la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658.

cumplimiento del contrato de viaje, tipo de vacaciones objeto del viaje contratado, número de días de vacaciones de los consumidores, medida en que el consumidor puede disfrutar todavía de vacaciones pese al incumplimiento del contrato de viaje). Tales circunstancias se tendrán en cuenta para cuantificar los daños ocasionados y, en ningún caso, para moderar por equidad la indemnización de daños y perjuicios a que queden obligados el organizador o el detallista. Del mismo modo, tampoco se podrá partir de la mayoría de circunstancias mencionadas por la opinión doctrinal expresada relativa a la facultad de moderación judicial de la responsabilidad (gratuidad de la obligación, *compensatio lucri cum damno*, concurrencia de circunstancia de carácter fortuito, etc.).

Es en este sentido que debería considerarse acertada la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de marzo de 1998,⁵⁹⁴ que estima excesiva la indemnización concedida por el Juez de Primera Instancia equivalente al coste de una excursión contratada y no prestada (50.000 ptas. equivalentes al precio de la excursión), "al desconocerse las condiciones ofertadas y compararlas con las realmente ofrecidas", que cuantifica en la suma de 25.000 pesetas; además, la misma sentencia también considera excesiva la cuantía indemnizatoria en concepto de daños no patrimoniales (100.000 ptas.) otorgada por el Juez de Primera Instancia, habida cuenta que los inconvenientes producidos durante la realización del viaje "se solucionaron con llamadas telefónicas y conversaciones con el empleado de P.,S.A. (agencia de viajes demandada) sin que ello supusiera ni el cambio de hotel contratado ni tampoco la pérdida de ningún día de vacación, sino simplemente unas molestias o inquietudes por el retraso en la solución, que tampoco podían ser muchas en unas personas como los actores que reconocen haber realizado varios viajes por distintos países", de modo que fija la cuantía indemnizatoria de estos daños en la suma de 50.000 pesetas. Así pues, en esta ocasión la sentencia se limita a cuantificar los daños ocasionados averiguando su cuantía, en consonancia con la valoración de la prueba practicada, en el caso de los daños patrimoniales, o llevando a cabo un juicio de discrecionalidad de acuerdo con las circunstancias del caso, por lo que se refiere a los daños no patrimoniales. En ningún caso ejerce la facultad de moderación de responsabilidad prevista en el artículo 1103 del Código civil.

⁵⁹⁴ SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.ª, Ponente: Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, págs. 13588-13590.

En segundo lugar, según otra opinión doctrinal, la expresión "según los casos" contenida en el artículo 1103 del Código civil debería significar la facultad de los tribunales de moderar la responsabilidad contractual procedente de culpa o negligencia (art. 1104 CC) con base a la denominada diligencia-esfuerzo, esto es, la voluntad de cumplir del deudor que no consigue el cumplimiento de la obligación. En otras palabras, la moderación judicial de la responsabilidad habría de fundarse en la valoración del elemento subjetivo de la buena fe del deudor que incumpla.⁵⁹⁵ En este sentido, la moderación judicial de responsabilidad no debería entenderse como un medio para corregir la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que incrementen la cuantía de los daños atribuibles a la culpa porque, según esta opinión, para valorar los daños y fijar su extensión regiría únicamente el criterio de la previsibilidad contenido en el apartado primero del artículo 1107 del Código civil. Conforme al artículo 1103 del Código civil, los órganos judiciales deberían apreciar libremente la intensidad del esfuerzo del deudor en el cumplimiento frustrado para, en su caso, moderar la extensión de los daños que serían inicialmente indemnizables según el criterio del apartado primero del artículo 1107 del Código civil.⁵⁹⁶

Sin embargo, esta postura doctrinal adolece de un gran inconveniente: la noción de diligencia-esfuerzo o de buena fe en sentido subjetivo no encuentra un acomodo claro en el artículo 1103 del Código civil español. La buena fe en sede de responsabilidad civil únicamente aparece regulada como carencia de dolo en la conducta del deudor que incumple (art. 1107 CC), por lo que mal puede sostenerse la simple disposición psicológica del deudor en el cumplimiento como criterio de moderación de su responsabilidad.⁵⁹⁷ Ello aparte de que tal subjetivismo podría acarrear un excesivo arbitrio judicial en el ejercicio de la facultad moderadora con base a una pretendida "equidad" contrario a los intereses de los consumidores del viaje combinado.

⁵⁹⁵ Así se expresa, Ferran BADOSA COLL, *Comentario del Código civil (art. 1103)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 38-40, págs. 39-40.

⁵⁹⁶ Así, BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., págs. 730-731.

⁵⁹⁷ Así, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 491-492, quien añade que los órganos judiciales no parten de este criterio.

Por último, en la doctrina española existe otra interpretación de la expresión "según los casos" contenida en el artículo 1103 del Código civil a los efectos de facultar a los tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia. La misma ubica históricamente este precepto y el artículo 1107 del Código civil español en el marco de la polémica existente entre los exegetas franceses acerca de la previsibilidad de los daños contractuales como límite de su resarcimiento (art. 1150 *Code civil*). Dando sentido al ordenamiento español con vistas a este precedente, la previsibilidad en el momento de contratar se exigiría únicamente de los tipos o clases de daños de cuya indemnización se tratara, de modo que éstos serían indemnizables si apareciesen como previsible consecuencia del incumplimiento; y con la proposición final del artículo 1103 del Código civil, se facultaría a los órganos judiciales para moderar la cuantía indemnizatoria en los casos de responsabilidad contractual no dolosa en que la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, de tipos o clases previsibles en el momento de contratar, resultase significativamente superior a la cuantía de daño prevista o previsible en aquel momento.⁵⁹⁸

Aparte del interés de situar de este modo los precedentes históricos de la moderación judicial (art. 1103 CC), la concepción de la institución en estos términos presentará el mismo fundamento que la delimitación de los daños resarcibles realizada por el artículo 1107 del Código civil: el organizador o el detallista únicamente podrán calcular el esfuerzo debido y cuál es la contraprestación que deben exigir al consumidor del viaje si no se considera resarcible aquella cuantía indemnizatoria—en lugar del tipo de daño— que resulte significativamente superior a la prevista o previsible en el momento de contratar (art. 1103 CC).

Aun conscientes de la falta de un fundamento legal claro, así como de la existencia de una línea jurisprudencial nada proclive a realizar una interpretación de la facultad de moderación en estos términos, lo cierto es que la misma no solamente presenta una sólida fundamentación en la tradición histórico-jurídica. Esta interpretación a su vez permite distinguir desde un punto de vista dogmático entre los distintos criterios a tener en cuenta para llevar a cabo la cuantificación de los daños ocasionados, la determinación de los daños resar-

⁵⁹⁸ PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1037-1043, es partidario de esta concepción de la facultad de moderación (art. 1103 CC).

cibles y la moderación de la indemnización: esta última únicamente resultará de un juicio sobre lo que las partes han entendido obligarse al tiempo de contratar para la eventual falta de cumplimiento, sin que en esta fase el órgano judicial, con base a una pretendida "equidad", pueda atender a otras circunstancias extrañas a la voluntad del organizador o el detallista y el consumidor del viaje relativa a la distribución de los riesgos contractuales. Asimismo, dicha interpretación de la moderación de responsabilidad excluye la facultad del órgano judicial de valorar desde un punto de vista subjetivo el empeño del organizador o detallista en cumplir las obligaciones derivadas del contrato de viaje para, en su caso, moderar su responsabilidad contractual con base a una pretendida "equidad" contraria a los intereses de los consumidores del viaje combinado.

Así pues, los órganos judiciales estarán facultados para moderar por equidad la responsabilidad contractual del organizador o el detallista en que inter venga culpa (art. 1104 CC) en aquellos casos en que la cuantía de los daños, cuyas clases o tipos aparecían como previsible consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, resulte significativamente superior a la cuantía de daño prevista o previsible en aquél momento.

Ello restringe notablemente el ámbito de aplicación de la moderación judicial prevista en el artículo 1103 del Código civil. Además de la lógica consecuencia de no resultar aplicable la moderación de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual,⁵⁹⁹ en este punto cabe hacer especial mención a su no aplicación, entre otros casos, cuando exista concurrencia de causas en la producción de los daños. En esta ocasión, con frecuencia la jurisprudencia española trae a colación la facultad de moderación de responsabilidad del artículo 1103 del Código civil.⁶⁰⁰ Sin embargo, más bien cabe entender que entonces los órganos judiciales no hacen sino fijar la cuota que corresponde indemnizar a cada uno de los causantes, con base en la relación de causalidad existente entre el comportamiento de cada uno de los responsables y el

⁵⁹⁹ Véase, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1042. En cambio, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., pág. 510, sostiene lo contrario con base en las palabras "en toda clase de obligaciones" contenidas en el artículo 1103 del Código civil.

⁶⁰⁰ Lo pone de manifiesto, Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 899-901.

daño.⁶⁰¹ Es por ello que no debería considerarse acertada la mencionada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997.⁶⁰² En el caso, el consumidor de un viaje a Egipto pretende obtener una indemnización por daños corporales y no patrimoniales derivados de un atentado terrorista, por no informar las agencias de viajes mayorista y minorista demandadas acerca de los peligros que encerraba dicho viaje. Frente a ello, el Juzgado de Primera Instancia señala que "ambas partes contratantes conocen la situación inestable del país"; por ello el propio Juzgado entiende que "el principal requisito de la posible responsabilidad, cual es la previsibilidad de lo ocurrido, estaba latente; las probabilidades eran pequeñas pero existentes, y el actor contrata pese a conocer, lo que hay que presumir dada su edad, su nivel de instrucción y el eco de los medios de comunicación, la real situación del país y el grado de posibilidad de que hechos de tal naturaleza ocurrieran". Después de declarar procedente la indemnización pretendida, el Juzgado de Primera Instancia expresa lo siguiente:

"[...] debe manifestarse que la conducta del actor y de los codemandados [agencias de viajes y asociaciones de agencias de viajes] al contratar tiene unas precisas manifestaciones; como se ha indicado, la previsibilidad de lo ocurrido es un acto del que se participa por ambos, haciendo obligatoria la aplicación del art. 1.103 del C.C.; y esta facultad de moderación según el citado precepto, se hará por los Tribunales según los casos; en el presente, se estima que esta compensación o concurrencia de culpas o minoración debe aplicarse en un 50 por ciento para cada parte contratante; por tanto, el total a indemnizar será el 50 por ciento de la cantidad de 2.680.000 ptas. lo que da una cantidad a indemnizar de 1.340.000 ptas., más los correspondientes intereses".

Sin embargo, siendo la previsibilidad de los daños para ambas partes contratantes lo que constituye la concurrencia de causas en su producción, al Juzgado de Primera Instancia únicamente incumbía fijar la cuota a indemnizar

⁶⁰¹ En estos términos se expresa DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 573-574. Véase también, Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 899-901, a quien le parece más adecuado el abandono de la mención del artículo 1103 del Código civil en este tipo de supuestos y, por consiguiente, la posibilidad de revisar en casación la concurrencia de culpa de la víctima, por ser los problemas de valoración de las culpas y del nexo causal cuestiones jurídicas, siempre que ello no suponga alterar las circunstancias fácticas sentadas por el tribunal *a quo*.

⁶⁰² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado juez: Sr. Mario Buisan Bernad (inérita).

por cada uno de los causantes, con base en la relación de causalidad existente entre el comportamiento de cada una de las partes y los daños acaecidos. En ningún caso resulta precedente la utilización de la facultad de moderación de responsabilidad contenida en el artículo 1103 del Código civil. Por este motivo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de enero de 1999,⁶⁰³ que resuelve el recurso de apelación presentado por las codemandadas, trata con mejor criterio esta cuestión. Además de señalar que "no existe interrupción del curso causal de los acontecimientos ya que la falta de previsión y de aviso aludidos, imputables a las entidades declaradas responsables dio como resultado, en adecuada relación de causalidad, la producción del resultado lesivo contemplado y acaecido", expresa que no comparte el "criterio cuantitativo estimado en la instancia" dada la entidad de los daños ocasionados, y declara que la cantidad total por los distintos conceptos indemnizatorios debe duplicarse respecto de la indicada en la sentencia apelada. De este modo, la Audiencia Provincial se limita a cuantificar los daños ocasionados para fijar la cuantía indemnizatoria, sin aludir para nada a la moderación por equidad de la responsabilidad de las agencias de viajes.⁶⁰⁴

Por el mismo motivo, la tendencia de los órganos judiciales españoles a considerar la utilidad que para el consumidor han tenido las prestaciones en su caso ejecutadas (p.ej. alojamiento de categoría inferior, prestación de otros servicios) únicamente tiene que ver con la cuantificación de los daños ocasionados, y en ningún caso este supuesto podrá articularse por medio de la facultad judicial de moderación de responsabilidad prevista en el artículo 1103 del Código civil.⁶⁰⁵

Estando los órganos judiciales facultados para moderar por equidad la responsabilidad contractual del organizador o el detallista en aquellos casos en que la cuantía de los daños, cuyas clases o tipos aparecían como previsible consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, resulte significativamente

⁶⁰³ SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente: Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423.

⁶⁰⁴ Cfr. STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Matias Malpica González-Elipe, RAJ 4130.

⁶⁰⁵ Por el contrario, la mencionada SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.^a, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658, hace uso de la facultad moderadora de responsabilidad prevista en el artículo 1103 del Código civil. Véase también, en este sentido, la SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.^a, Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583.

superior a la cuantía de daño prevista o previsible en aquél momento, falta señalar algunas características de la facultad judicial prevista en este precepto, todas ellas resultantes precisamente de considerar que ella hace referencia no a la cuantificación de los daños ocasionados sino a la moderación de los daños indemnizables.

Por de pronto, cabe advertir que será posible moderar la responsabilidad contractual del organizador o el detallista procedente de una obligación de origen legal o convencional que fije la cuantía indemnizatoria. En efecto, aunque el Tribunal Supremo en alguna ocasión ha declarado que en estos casos no puede ejercer la facultad de moderación de responsabilidad *ex* artículo 1103 del Código civil, en este caso el órgano judicial únicamente queda sujeto a cuantificar la indemnización en los términos fijados por el precepto legal o por el acuerdo entre las partes.⁶⁰⁶ De todos modos, el ejercicio de la facultad de moderación de responsabilidad en esta ocasión será muy residual. Ya se ha dicho que en los casos de penalización mínima por resolución del contrato o cancelación del viaje (art. 9.2 LVC) no procederá la facultad de moderación judicial prevista en el artículo 1103 del Código civil, aun tratándose de un incumplimiento total de la obligación (art. 1154 CC).⁶⁰⁷ Y otros límites de responsabilidad, como los resultantes de los convenios internacionales reguladores de las prestaciones del viaje (art. 11.3 LVC) (*infra* § II.3.3), o los que usualmente se incorporaren por vía convencional en el contrato de viaje (art. 11.4 LVC) (*infra* § II.3.4), no plantearán mayores dificultades en el ejercicio de la facultad de moderación de responsabilidad (art. 1103 CC), por tratarse de límites máximos de la indemnización.

El ejercicio de la facultad de moderación judicial de responsabilidad podrá ser instada por el organizador o el detallista, pero también podrá operar de oficio, de acuerdo con la máxima *iura novit curia*. Sobre la base de los hechos que delimitan e individualizan la pretensión de las partes, el juzgador podrá resol-

⁶⁰⁶ DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., pág. 529, advierte sobre esta confusión del Tribunal Supremo en casos en que existe una norma legal que fija el *quantum* indemnizatorio.

⁶⁰⁷ Por el contrario, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 464-568 y 572-573, se muestra partidaria de ejercer la facultad judicial prevista en el artículo 1103 del Código civil para moderar una pena sustitutiva de daños y perjuicios, aunque la obligación principal se haya incumplido totalmente.

ver por otras razones, con otros fundamentos distintos de los alegados y, como no, conforme a lo previsto en el artículo 1103 del Código civil, aunque las partes no hayan solicitado su aplicación.⁶⁰⁸

Además, la moderación judicial de responsabilidad contractual del organizador o el detallista será controlable por el Tribunal Supremo por vía del recurso de casación. Ello podrá tener lugar por error de hecho o de Derecho, así como por infracción de normas, esto es, por no aplicar o aplicar indebidamente el artículo 1103 del Código civil (art. 1692.4 LEC). Este control judicial de la aplicación de la moderación de responsabilidad cabrá aunque exista un gran número de sentencias del Tribunal Supremo que declaren que dicha facultad es exclusiva de la Sala de Instancia por tratarse de una cuestión de hecho,⁶⁰⁹ probablemente debido a la confusión también en este punto entre las actividades de cuantificación de los daños ocasionados y moderación de responsabilidad.

Si estas son algunas de las características de la facultad judicial prevista en el artículo 1103 del Código civil, resultará de sumo interés la interpretación que se haga de la expresión "según los casos" contenida en ese precepto, a los efectos de facultar a los tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia. Si a ésta se le da un contenido amplio, facultando la moderación de responsabilidad en todos aquellos casos en que ésta no resulte equitativa por alguna circunstancia concurrente, a su vez también se facilita a los órganos judiciales la posibilidad de moderar la responsabilidad contractual del organizador o el detallista, de moderar de oficio dicha responsabilidad, y de controlar la moderación por vía del recurso de casación por parte del Tribunal Supremo. Por el contrario, si se circunscribe el ejercicio de la facultad de moderación a la cuantía indemnizatoria de los tipos o clases de daños considerados como previsible consecuencia del incumplimiento en el momento de contratar, como pa-

⁶⁰⁸ Existen distintas sentencias en las que se ha moderado la responsabilidad, en aplicación del artículo 1103 del Código civil, sin que las partes lo hayan solicitado, aunque las que declaran expresamente su aplicación de oficio más bien parecen hacer referencia a una cuestión de cuantificación de los daños ocasionados. Puede consultarse, DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 556-560 y 575, quien considera que la función del artículo 1103 del Código civil no precisa petición de las partes por tratarse de una aplicación de la equidad.

⁶⁰⁹ Véase DÍAZ ALABART, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, cit., págs. 543-555, quien hace un análisis jurisprudencial de la aplicación del artículo 1103 del Código civil por vía del recurso de casación.

rece preferible, la ocasión de los órganos judiciales para moderar por equidad la responsabilidad contractual de los organizadores y detallistas va a ser notoriamente menor, como también lo será la posibilidad de disminuir la cuantía indemnizatoria por vía del recurso de casación.

4. Exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista

4.1. Introducción

Sabido es que la imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o, en su caso, el detallista constituye otro de los presupuestos de su responsabilidad contractual. El párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE imputa dicho incumplimiento al organizador y/o el detallista, a menos que concurra alguna de las causas que contempla a continuación, en los siguientes términos:

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

La mayoría de transposiciones han respetado la redacción de la disposición comunitaria,⁶¹⁰ aunque algunas de ellas se limitan a enumerar las causas de

⁶¹⁰ Así, la *Regulation 15 (2)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa; *Section 20 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa; y el artículo 507.2 BW holandés.

exoneración de responsabilidad;⁶¹¹ se refieren únicamente a algunos de los supuestos exoneratorios contenidos en ese precepto, ofreciendo una mayor protección al consumidor;⁶¹² o introducen otras causas de exoneración bastante controvertidas.⁶¹³

Mención aparte merece, en este punto, la regulación alemana del contrato de viaje. Al implementar el párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, el legislador alemán se ha limitado a incluir en la regulación una fórmula general, conforme a la que el organizador va a responder por los daños y perjuicios derivados de la no realización del viaje, a no ser que ello se deba a una circunstancia que no le sea imputable ("auf einem Umstand, den der Reiseveranstalter nicht zu vertreten hat") (§ 651 f Abs.1 BGB); de ese modo, dicho ordenamiento ni siquiera enumera las causas exoneratorias previstas en la norma comunitaria; si bien la doctrina aboga por llevar a cabo una interpretación de dicha regulación conforme al párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, admitiendo la exoneración solamente en los supuestos enumerados por la misma.⁶¹⁴

Por lo que se refiere a la regulación española, el apartado segundo del artículo 11 LVC reproduce con bastante fidelidad la redacción del párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, al prescribir que la responsabilidad de los organizadores y detallistas por los daños sufridos por el consumidor como

⁶¹¹ Véase el artículo 17.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* italiano; el artículo 23.2 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés; y el artículo 15 PaRG suiza.

⁶¹² El artículo 22 de la *Bekendtgørelse om pakkerejser* danesa, de 21 de septiembre de 1993, únicamente admite la exoneración de la responsabilidad resultante del no cumplimiento de las obligaciones del organizador después del inicio del viaje en los siguientes supuestos: cuando el incumplimiento sea imputable a un tercero, o bien a circunstancias externas al contrato. Véase Susanne STORM, *La protection des consommateurs dans le voyages à forfait. La loi danoise relative aux voyages à forfait*, REDC, 1994, 166-175, pág. 174.

⁶¹³ Así, la letra e) del artículo 39.4 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acesso e o exercício das actividades das agências de viagens e turismo* portugués, exonera de responsabilidad a la agencia organizadora del viaje cuando el prestador del servicio de alojamiento no pueda ser responsabilizado [sic] por el deterioro, destrucción o sustracción del equipaje u otros objetos del consumidor. Para su comentario, MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 220-222.

⁶¹⁴ TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 23a, págs. 1557-1558.

consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato cesará cuando concorra alguna de las circunstancias que enumera el propio precepto.

Ello sugiere, en primer lugar, que la carga de la prueba de la concurrencia de una o varias de las causas de exoneración previstas en este precepto corresponde al organizador o detallista; esto es, ellos son quienes para exonerarse de responsabilidad contractual frente al consumidor del viaje deberán demostrar la concurrencia de alguna de las causas típicamente previstas a estos efectos (infra § III.2.2).

Se ha pretendido explicar el contenido de esta norma comunitaria con base en el hecho de que el organizador y el detallista asumen una obligación de resultado frente al consumidor del viaje.⁶¹⁵ Entonces se afirma que aquellos no podrán exonerarse de responsabilidad contractual con la simple prueba de la ausencia de culpa de su parte o de sus auxiliares en el cumplimiento, sino que habrán de probar que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato se debe a alguna de las causas exoneratorias típicas.⁶¹⁶ Sin embargo, ya se ha expuesto que tanto el organizador como el detallista asumen algunas obligaciones de medios frente al consumidor, de acuerdo con su ámbito respectivo de gestión del viaje (supra § I 2.2 B) a) (ii)), por lo que no parece que esa explicación sea satisfactoria.

Lejos de cualquier otra justificación dogmática, el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE no hace sino recoger una tendencia de los Estados miembros a eximir al consumidor de viajes de la carga de probar la culpa del deudor en el incumplimiento contractual (infra § III.2). Ello no prejuzga para nada el criterio de imputación del incumplimiento al organizador o detallista utilizado por la regulación del contrato de viaje.⁶¹⁷

⁶¹⁵ Sobre las llamadas obligaciones de resultado, J. Miguel LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC, 1992, págs. 651-734.

⁶¹⁶ Hace esta observación, en la doctrina francesa, PY, *Droit du Tourisme*, cit., pág.318; en la doctrina española, véase DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs.208-211 y 239.

⁶¹⁷ En el Derecho alemán, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 23a, págs. 1557-1558, señala que la modificación del § 651 f Abs.1 BGB únicamente se hace con el fin de regular la inversión de la carga de la prueba de la culpa del organizador; además, nótese que la expresión utilizada por las transposiciones inglesa e irlandesa del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE también presume la culpa del organizador o detallista, los cuales deberán probar que el incumplimiento no se debe a su culpa ni a la culpa de otro prestador de servicios sino a alguna de las causas que permita su exoneración ("unless the failure or the improper performance is due neither to any fault of that other party [the organiser or the retailer", en el caso irlandés] nor to that of another supplier of services, because [...]") (vide la *Regulation 15 (2)* de

De hecho cabe señalar, en segundo lugar, que el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE —y el correlativo artículo 11.2 LVC— hacen abstracción del criterio de imputación del incumplimiento al organizador o detallista. Es cierto que la doctrina española ha llevado a cabo distintas interpretaciones del artículo 11 LVC, coincidentes en afirmar que el mismo no requiere culpa del organizador o detallista para imputarle responsabilidad contractual. En ocasiones esa observación ha tenido lugar al poner este precepto en relación con las reglas de la responsabilidad civil derivada de los actos de consumo (arts. 25 y ss. LGDCU);⁶¹⁸ o se ha dicho que la regulación española no se refiere a un criterio de imputación basado en la culpa sino en la naturaleza de la obligación que las agencias de viajes asumen al contratar (obligación de resultado), como si tales obligaciones causaran la exclusión de la culpa como criterio de imputación;⁶¹⁹ y algún autor ha inferido la responsabilidad objetiva de organizadores y detallistas de la propia dicción del artículo 11 LVC.⁶²⁰ Sin embargo, más bien cabe entender que lo que en realidad resulta relevante es que la regulación del contrato de viaje combinado imputa o no el incumplimiento al organizador o el detallis-

la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa; y la *Section 20 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa).

⁶¹⁸ Vide DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., pág. 317; y MARTÍNEZ ESPÍN, *Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*, cit., pág. 476.

⁶¹⁹ Vide DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 208-211 y 239. Sin embargo, incluso en la hipótesis en que el organizador y el detallista únicamente asumieran obligaciones de resultado, ello sólo acarrearía una inversión de la carga de la prueba del criterio de imputación de que se tratara: el organizador o el detallista serían responsables por la falta del resultado debido, salvo que probasen que ello fue debido a alguna causa que no les fuera imputable (cfr. § 651 f BGB). También JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 179, señala que en el caso de las obligaciones de resultado se requiere la verificación del juicio de responsabilidad con carácter posterior al establecimiento del incumplimiento. Por su lado, Massimo BIANCA, *Diritto Civile, T.V (La responsabilità)*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, págs. 27-28, señala que la tesis francesa, según la cual estas obligaciones dan lugar a la responsabilidad objetiva del deudor por la falta de resultado, no ha encontrado acogida en la experiencia contractual italiana.

⁶²⁰ En este sentido, véase GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 232-242.

ta atendiendo únicamente a la eventual concurrencia de los casos exoneratorios típicos.⁶²¹

En tercer lugar, con la redacción del apartado segundo del artículo 11 LVC se pone de manifiesto que la lista de causas de exoneración previstas en las letras a) a d) tiene carácter exhaustivo. La no imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o detallista únicamente puede ser debida a alguna de las causas previstas legalmente en estas letras. La exoneración de responsabilidad contemplada, según aquel apartado, para "cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias", únicamente puede interpretarse en este sentido.⁶²²

Además, nótese que el elenco de causas de exoneración tiene un valor imperativo, puesto que, según el apartado cuarto del artículo 11 LVC, "no podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo", lo que sin duda incluye a aquéllas.

A continuación se analiza el alcance de cada una de las causas de exoneración previstas legalmente; y a partir de tales causas, dado su valor imperativo, también se estudia la validez de algunas de las cláusulas utilizadas más frecuentemente en el contrato de viaje con el propósito de excluir la responsabilidad del organizador y el detallista.

⁶²¹ Por eso, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 123-127, consideran que la discusión acerca de si la lista de causas exoneratorias contenida en el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE incluye situaciones en las que el organizador o detallista no actúan con culpa resulta más bien académica. Con todo, en el análisis de la responsabilidad contractual del organizador de viajes llevado a cabo en otros países también hay quien observa manifestaciones de responsabilidad subjetiva y objetiva, según cual sea la obligación incumplida. Así, MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 202, 205-217, entiende que el organizador responde por culpa en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de información, documentación, asistencia en el viaje, elección de los prestadores de los servicios, combinación o coordinación de estos últimos y de seguro (cfr. art. 39.1 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acesso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo* portugués); mientras que, según el autor, el organizador responde objetivamente por los actos realizados por los prestadores de los servicios durante la ejecución del viaje (cfr. art. 39.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto).

⁶²² Para el caso suizo, véase MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág.102. Para el caso alemán, FÜHRICH, *Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht*, cit., pág. 350.

4.2. Causas de exoneración: enumeración legal

A) Defecto imputable al consumidor (art. 11.2 LVC, letra a)

La letra a) del artículo 11.2 LVC exonera de responsabilidad a los organizadores o detallistas cuando "los defectos observados en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor".

La imputación del incumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista al consumidor del viaje podrá tener lugar tanto antes del inicio del viaje como en un momento posterior. El artículo 9.1 LVC hace alusión al primer supuesto, al hacer responsable a organizador y detallista del pago de la indemnización que, en su caso, corresponda por la cancelación del viaje combinado llevada a cabo por parte del organizador "por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor" (sic). Y la imputabilidad del incumplimiento al consumidor también puede tener lugar en un momento posterior, como lo pone de manifiesto la aplicación de la causa exoneratoria prevista por la letra a) del artículo 11.2 LVC a los supuestos de "no ejecución o ejecución deficiente del contrato".

Pero para que se produzca efectivamente la exoneración de responsabilidad por aplicación de la letra a) del artículo 11.2 LVC, el incumplimiento de las obligaciones del organizador o el detallista deberá resultar imputable exclusivamente al consumidor. Únicamente si aquellos prueban que el incumplimiento contractual sólo es imputable a la conducta del consumidor podrán exonerarse de acuerdo con este precepto.

Ello debe distinguirse de aquellos supuestos en que el incumplimiento de las obligaciones del organizador o el detallista sea imputable tanto a éstos como al consumidor del viaje. En estos casos se aplicará la doctrina de la "concurencia de culpas", surgida en sede de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC),⁶²³ a la responsabilidad contractual del organizador o el detallista

⁶²³ Véase SOTO NIETO, *La llamada "compensación de culpas"*, cit., pág. 411; Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 865-902; y Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, *Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa*, RDP, 1992, 113-132, págs. 114-115.

ta.⁶²⁴ Así ha ocurrido en otros ordenamientos de los Estados miembros, en donde esta figura ha alcanzado una regulación específica.⁶²⁵ Ello hará necesario determinar qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir al organizador o el detallista y qué parte debe asumir el consumidor, de acuerdo con la culpa y la entidad causal de los distintos comportamientos con relación a los daños y perjuicios producidos. La respectiva entidad de las culpas concurrentes será relevante para el régimen de responsabilidad contractual del organizador o el detallista;⁶²⁶ pero también lo será la contribución de cada una de las conductas en la causación de los daños al consumidor;⁶²⁷ ello aun cuando en muchas sentencias del Tribunal Supremo el único criterio sometido a valoración en sede de la llamada "conurrencia de culpas" sea el de la culpa.⁶²⁸ A partir de estos dos parámetros, los órganos judiciales determinarán la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios a pagar por el organizador o el detallista al consumidor, sin que ello constituya una manifestación más de la facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa (art. 1103 *in fi-*

⁶²⁴ Varios autores han distinguido entre la causa de exoneración del artículo 11.2 LVC, letra a) (o de su antecedente inmediato, el art. 5.2 Directiva 90/314/CEE) y la llamada "conurrencia de culpas". Así, AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, cit., pág.856; DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 244-247; y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 192-193.

⁶²⁵ En el ordenamiento alemán, TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, págs. 457-458, pone de relieve que si bien la regulación de la concurrencia de culpa (*Mitverschulden*) (§ 254 BGB) no se tiene en consideración con relación a la mayoría de medidas de que dispone el viajero frente al incumplimiento del contrato (§§ 651 c - e BGB), ello no es así con relación al derecho a la indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f BGB); para el Derecho suizo, Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pág. 586, afirma que en la letra a) del artículo 15.1 PaRG suiza "se encuentra la noción de concurrencia de culpa (*faute concomitante*) (CO 44)"; por último, también en el Derecho inglés se impone la llamada "conurrencia de culpas" (*contributory negligence*). Para la *Section 20 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa, BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág.39; contrástese con Alan SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 61-64.

⁶²⁶ En esta línea, en el Derecho alemán, Thomas HEINZ, *Reisevertragsrecht von A-Z*, Herne/Berlin, Verlag für die Rechts-und Anwaltspraxis, 1994, pág. 158, se refiere al hurto de una cámara de fotografiar abandonada dentro del autobús de modo negligente por parte del viajero durante la comida (LG Frankfurt NJW-RR 1990, 571).

⁶²⁷ En el Derecho de daños, véase SOTO NIETO, *La llamada "compensación de culpas"*, cit., págs. 413-415; de modo parecido, con relación a la responsabilidad del organizador y detallista, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 192-193.

⁶²⁸ Vide Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 886-889, quien se muestra partidario de calibrar estos factores en su conjunto, de forma equitativa y en atención a las particulares circunstancias del caso.

ne CC) (supra § II.3.5). Por lo general, las conductas del organizador o el detallista y el consumidor no eliminarán la obligación de indemnizar de aquellos.⁶²⁹ Sólo excepcionalmente la aplicación de esta doctrina podrá conllevar la exoneración de responsabilidad del organizador o el detallista. Para ello deberá apreciarse culpa grave o dolo en la conducta del consumidor, por lo menos cuando la entidad causal del comportamiento del consumidor en el incumplimiento no sea suficiente a estos efectos;⁶³⁰ o bien la cuota de participación del organizador o el detallista en la causación del incumplimiento deberá ser muy reducida (p.ej. inferior a un 10 %) y devenir irrelevante frente a la contribución del consumidor del viaje en la causación de los daños.⁶³¹ Así, por ejemplo, los tribunales alemanes han exonerado al organizador del viaje por concurrencia de culpas en un caso en que el consumidor participa en una excursión en barco aun dándose cuenta antes de su inicio que aquél no dispone de suficientes localidades a cubierta para el caso de condiciones atmosféricas adversas.⁶³²

Por el momento, la jurisprudencia española se muestra reacia a aplicar la doctrina de la "concurrencia de culpas" a la responsabilidad contractual del organizador y el detallista. En este sentido, resulta de interés la sentencia del Tri-

⁶²⁹ Del mismo modo, el Tribunal Supremo lo afirma en sede de responsabilidad extracontractual cuando el agente y la víctima incurren en un comportamiento culposo que no llega a romper la relación de causalidad (vide sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1991, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes, RAJ 4431, FD 2, y de 31 de octubre de 1991, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, RAJ 7248, FD 2).

⁶³⁰ Se trata de resarcir los daños en proporción a la entidad de la negligencia del consumidor en la imputación del incumplimiento del contrato de viaje. De este modo se llega a una solución menos radical que en el Derecho romano, que libera al agente tan pronto como se hace notar una culpa leve del perjudicado (D. 50, 17, 203: *Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*). En este sentido, SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 889-891, indica que "[l]a conducta consciente y voluntaria de la víctima libera al agente del deber de indemnizar el daño. Del mismo modo que el comportamiento doloso del agente excluye los efectos de la culpa concurrente del dañado".

⁶³¹ Con relación a la llamada "concurrencia de culpas" en sede de responsabilidad extracontractual, SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, cit., págs. 889-891.

⁶³² Vide OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, pág. 1461. Véanse otros muchos supuestos en KALLER, *Reiserecht*, cit., Rnd. 274, págs. 262-263. Por ejemplo, este autor se refiere al caso en que el organizador omite la información necesaria en cuanto a las condiciones aplicables en materia de pasaportes y visados en una reserva realizada a solicitud del consumidor muy poco antes del inicio del viaje.

bunal Supremo, de 26 de mayo de 1995,⁶³³ en la que la demandante reclama a la agencia de viajes indemnización por las lesiones físicas sufridas al resbalar en la nieve cuando, por orden del conductor y el guía turístico, iba a solicitar ayuda a otros viajeros para colocar las cadenas al autobús en que viajaban, en el marco de una de las excursiones programadas para la práctica del esquí. En este caso, el Tribunal Supremo considera que la conducta de la consumidora del viaje no ha interrumpido la relación de causalidad entre el comportamiento de la agencia —en este caso, el transportista y el guía turístico— y el incumplimiento del contrato. Por ese motivo, la sentencia se limita a declarar la responsabilidad contractual de la agencia de viajes, al considerar que la intervención del consumidor en la causación del incumplimiento contractual ha sido determinada o provocada por el prestador de los servicios del viaje (arts. 1101 y ss. CC). Sin embargo, en esta ocasión el comportamiento llevado a cabo por los auxiliares de la agencia de viajes en el cumplimiento del contrato se halla conectado con la conducta de la consumidora hasta el punto de permitir imputar el incumplimiento de la obligación de la agencia de realizar el transporte en condiciones de seguridad para el consumidor tanto a aquella como a éste.⁶³⁴ Con lo que en este caso bien pudiera haberse planteado la aplicación de la doctrina de la "conurrencia de culpas".

Fuera del requisito de imputabilidad exclusiva del incumplimiento de las obligaciones del organizador o el detallista al consumidor, la causa exoneratoria prevista en la letra a) del artículo 11.2 LVC tendrá un amplio margen de aplicación.

La conducta del acreedor que se causa un daño a sí mismo —como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje—, no deberá ser valorada en términos de negligencia *ex* artículo 1104, o dolo *ex* artículo 1102 del Código civil, para exonerar de responsabilidad contractual al organizador o detallista. Como admite la mayor parte de la doctrina española,⁶³⁵ la causa de exonera-

⁶³³ STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Matias Malpica González-Elipe, RAJ 4130.

⁶³⁴ En línea con esta jurisprudencia, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 247, señala que en estos supuestos el consumidor deberá probar que su conducta no ha sido la que ha provocado el incumplimiento, o que ésta ha sido debida a las indicaciones de la agencia, para que la agencia no se exonere de responsabilidad.

⁶³⁵ DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 244-247; más explícitamente, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 232-238; en cambio, véase En este sentido, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., pág. 323.

ción del artículo 11.2 LVC, letra a), no exige llevar a cabo una valoración de la conducta del consumidor. Puesto que este precepto se limita a exigir que el incumplimiento del contrato de viaje sea "imputable al consumidor", basta con que medie una relación causal entre su conducta y dicho incumplimiento, de modo que para la exoneración del organizador y/o detallista, no es imprescindible que haya culpa por parte del consumidor. Así, por ejemplo, el organizador o el detallista se exonerarán de responsabilidad por los daños y perjuicios que sean consecuencia de la no realización del viaje cuando el consumidor no pueda participar en el mismo o deba regresar de inmediato del viaje iniciado por motivos profesionales o familiares (ej. enfermedad o accidente de un hijo). En la medida que la regulación únicamente exime al organizador o el detallista del deber de prestar la asistencia necesaria al consumidor que se encuentre en dificultades en aquellos casos en que la exoneración tenga lugar por incumplimiento imputable al consumidor (último párrafo del artículo 11.2 LVC), se ha advertido que esta regla sólo estaría justificada en el caso de que hubiese mediado culpa (o dolo) por parte del mismo.⁶³⁶ Sin embargo, que el organizador o el detallista no deban asistir al consumidor en la realización del negocio de cobertura correspondiente, ni siquiera en el caso en que el incumplimiento del contrato de viaje sean imputable al consumidor sin intervenir de modo culposo, no parece motivo suficiente para obligar al organizador o el detallista a indemnizar al consumidor en estos casos por no resultar aplicable la causa exoneratoria contemplada en el artículo 11.2 LVC, letra a).

Además, para que el organizador o el detallista se exoneren de responsabilidad con arreglo a la letra a) del artículo 11.2 LVC, tampoco será preciso que el consumidor del viaje incumpla alguna de sus obligaciones contractuales.

Está claro que el incumplimiento contractual por parte del consumidor podrá ocasionar, en su caso, la exoneración de responsabilidad del organizador o el detallista. Así, por ejemplo, el consumidor tiene la obligación contractual de no causar molestias al resto de participantes en el transcurso del viaje. La no observancia de esta obligación podrá significar a su vez un incumplimiento de la obligación del organizador de ejecutar las prestaciones convenidas en el contrato a favor del mismo consumidor imputable exclusivamente a éste (p.ej.

⁶³⁶ Véase GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 233- 234.

exclusión del consumidor en el transcurso de una excursión contratada); caso en que el organizador se exonerará de responsabilidad contractual conforme a la letra a) del artículo 11.2 LVC. Ciertamente es que en estos casos incluso cabe reconocer al organizador, detallista, o auxiliares que éstos utilicen en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (vgr. prestadores directos de los servicios del viaje) el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato (art. 1124 CC);⁶³⁷ además, en su caso, éstos podrán hacer efectiva dicha facultad junto a la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual frente al consumidor (arts. 1101 y ss. CC). En esta línea, la cláusula decimoctava ("Deber de colaboración del consumidor al normal desarrollo del viaje") de las *Condiciones generales del contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, expresa lo siguiente:

"1. [e]l consumidor deberá atenerse a las indicaciones que le facilite la agencia para la adecuada ejecución del viaje, así como a las reglamentaciones que son de general aplicación a los usuarios de los servicios comprendidos en el viaje combinado. En particular, en los viajes en grupo guardará el debido respeto a los demás participantes y observará una conducta que no perjudique el normal desarrollo del viaje".

2. "[l]a infracción grave de estos deberes faculta a la agencia para resolver el contrato de viaje combinado. En este caso, si el contrato incluye el viaje de regreso, la agencia proporcionará al consumidor un medio de transporte equivalente al contratado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido. La agencia tendrá derecho además a la indemnización que proceda por los daños imputables a la conducta del consumidor."

Los derechos del organizador a resolver el contrato y a indemnización de los daños y perjuicios frente al consumidor ponen de manifiesto que la conducta exigida al consumidor no constituye una carga sino una obligación contractual de no causar molestias al resto de participantes en el viaje.⁶³⁸

⁶³⁷ Cfr. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 134.

⁶³⁸ Sobre la distinción entre la carga del acreedor y el deber de prestación, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, págs. 47-50.

Es más, la no prestación de alguno de los servicios del viaje al consumidor causante de las molestias en caso de resolución del contrato por parte del organizador no obligará a éste a indemnizar los daños y perjuicios resultantes, por tratarse de un incumplimiento imputable exclusivamente al consumidor (letra a) del artículo 11.2 LVC).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 7 de junio de 1995,⁶³⁹ resuelve un recurso interpuesto por una agencia de viajes sancionada por "abandonar un cliente antes de finalizar el viaje" en esta línea. Contratado un viaje "Circuito Aventura" a Papúa (Nueva Guinea), una de las cláusulas del contrato establece que "en el supuesto de que uno de los viajeros perturbase manifiestamente la buena marcha del viaje y su organización, podrá ser invitado por los responsables de la agencia a abandonarlo de inmediato, poniendo a su disposición la documentación necesaria, los medios necesarios, para la vuelta al lugar de origen". Las resoluciones de la Dirección General de Turismo y del Consejo de Economía sancionan la conducta llevada a cabo por la agencia, considerando esa cláusula nula por contraria al artículo 10.1 c) 2º LGDCU, que en su anterior redacción considera abusivas "las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato [...]".⁶⁴⁰ Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la agencia de viajes, declarando que esa cláusula no tiene carácter abusivo puesto que la agencia "no obró discrecionalmente [...] sino que tuvo como causa la desequilibrada prestación del Sr. A. [consumidor] [...] que de forma general comprometió el buen desarrollo del «circuito aventura» y la normal convivencia del grupo de personas que optaron por tal modalidad de viaje, y su sano disfrute".⁶⁴¹ Además, la misma sentencia añade

⁶³⁹ Vide la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 7 de junio de 1995, en Rev. jur. esp. La Ley, 1995-4, págs. 217-219. .

⁶⁴⁰ A partir de la modificación introducida por la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, la Disposición adicional 1.ª III 17ª LGDCU considera abusiva "[l]a autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato".

⁶⁴¹ Al parecer, los demás integrantes del grupo exigieron a la agencia que el señor en cuestión fuera separado del grupo, por comprometer su seguridad debido a su mal comportamiento con la gente del país.

que a pesar de que el abandono —esto es, la resolución del contrato de viaje— se produjo cuando aún faltaban 10 días para el final del programa, la agencia de viajes se atubo a lo pactado, al proporcionar al consumidor los medios para regresar al lugar de origen, "y que, según lo dispuesto en el art. 25 L 26/1984, [el consumidor] no tendría derecho a indemnización alguna por daños y perjuicios al estar «causados por su culpa exclusiva»".

Pero en otros supuestos dicha exoneración puede darse sin que tenga lugar un incumplimiento previo de las obligaciones contractuales del consumidor.⁶⁴² En particular, ello podrá suceder cuando éste incumpla alguna de las cargas de cooperación o colaboración que asume mediante el contrato, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC), con el fin de que el organizador se encuentre en condiciones para llevar a cabo la prestación prometida:⁶⁴³ a) Informar al organizador o detallista de todas aquellas circunstancias cuyo conocimiento sea fundamental para que éstos puedan cumplir el programa de prestación acordado y con las que no tenga por qué contar (ej. si va a viajar con menores de edad, o con animales, o con una persona con minusvalías); b) Cumplir con los requisitos necesarios en cuanto a pasaportes, visados, formalidades sanitarias y condiciones físicas adecuadas para la realización del viaje; c) Presentación puntual al lugar de salida por parte del consumidor, o a los distintos servicios que componen el viaje (p.ej. acudir al comedor del hotel en el horario establecido);⁶⁴⁴ d) Presentación del título o entrada, cuando el servicio

⁶⁴² Con relación al artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991), SALVADOR CODERCH, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, cit., págs. 657-659, señala que para su aplicación no es necesario que el comportamiento del acreedor consista en una violación de las obligaciones contractuales.

⁶⁴³ En general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 597-602, quien afirma que el incumplimiento es imputable al acreedor si es él quien hace imposible el cumplimiento o incumple con su carga de colaborar con el deudor cuando es preciso para que éste pueda ejecutar la prestación debida.

⁶⁴⁴ La doctrina española tiende a considerar que la presentación al inicio del viaje constituye una carga del consumidor. Por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, cit., págs. 351-353. Se destaca en este sentido que cuando el consumidor no se presente al inicio del viaje el deudor quedará liberado de su obligación de ejecutar los servicios contratados sin perder su derecho a la contraprestación, esto es, al precio del viaje (párrafo segundo del art. 9.4 LVC, letra a) (así, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 134-135).

incluido en el contrato lo requiera (vgr. espectáculo, museo),⁶⁴⁵ y e) Atender a las instrucciones facilitadas por el organizador, detallista o prestadores de los servicios relativas a la ejecución del viaje.⁶⁴⁶ El incumplimiento de estas cargas podrá constituir a su vez un supuesto de incumplimiento de las obligaciones del organizador —de realizar el viaje en los términos acordados— imputable al consumidor del viaje, con la consiguiente pérdida del derecho a la indemnización de daños *ex* artículo 11.2 LVC, letra a).⁶⁴⁷

Interesa señalar en este punto que el incumplimiento de las cargas de cooperación o colaboración podrá constituir no solamente un supuesto de no prestación sino incluso de prestación defectuosa de los servicios convenidos imputable al consumidor que exonere al organizador de responsabilidad contractual (letra a) del art. 11.2 LVC). Esto mismo se reconoce en el caso británico *Hartley v. Intasun* [1987] C.L.Y. 1149, en que el demandante llega al aeropuerto con un día de retraso con respecto a la fecha prevista para la salida del viaje. La agencia de viajes demandada Intasun embarca al demandante en el próximo avión disponible y, cuando éste llega al lugar de destino, el alojamiento ha sido asignado a otros clientes, de modo que se ve obligado a aceptar un alojamiento de inferior categoría. El demandante reclama indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la diferencia de categoría entre los servicios acordados y prestados, pero la sentencia declara que su llegada con retraso al inicio del viaje da derecho al *tour operator* demandado a no hacer nada por el demandante (*cancelation of the contract*) y que, por tanto, el organizador no queda obligado a indemnizar al consumidor.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Vide DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., pág. 323.

⁶⁴⁶ Así, por ejemplo, si hay prevista una excursión con guía y el consumidor se sale del grupo y de la ruta programada y por ello resulta dañado de alguna forma, la obligación de reparación de estos daños no puede imputarse a la agencia. Véase, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 244-247, quien se refiere a la mencionada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 7 de junio de 1995, en Rev. jur. esp. La Ley, 1995-4, págs. 217-219.

⁶⁴⁷ En términos parecidos, según CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, cit., pág. 49, "[l]as consecuencias perjudiciales que derivan de la inobservancia de la carga [del acreedor] han de ser soportadas exclusivamente por el acreedor, sin que quepa su desplazamiento al deudor, pues son el resultado de una conducta que sólo a aquél es imputable".

⁶⁴⁸ GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 124-125 y 170, señalan con relación a este caso que, en términos de la *Regulation 15, The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, la no prestación del servicio de alojamiento acordado es atribuible a la propias acciones del consumidor —llegada con retraso al aeropuerto—, por lo cual aplicando esta regulación el *tour operator* se exoneraría de responsabilidad contractual.

La exoneración de responsabilidad del organizador prevista en el artículo 11.2 LVC, letra a) no resulta contradictoria con los efectos propios del incumplimiento de dichas cargas. Cuando el consumidor cumple con las cargas de cooperar o colaborar en la realización del viaje, su interés se halla en hacer posible su derecho a participar en los distintos servicios que lo integran, o en recibir las prestaciones acordadas en las condiciones más óptimas.⁶⁴⁹ Por ese motivo, el incumplimiento de estas cargas debe ser considerado como una causa de exclusión del derecho del consumidor a participar en tales servicios, o a obtenerlos en las condiciones contratadas. En cambio, como señala la doctrina anterior a la regulación del contrato de viaje combinado, aquellas cláusulas que contemplaran la pérdida del derecho del consumidor a reclamar indemnización de daños a la agencia de viajes por incumplimiento de esas cargas debieran considerarse abusivas (art. 10 LGDCU), por lo menos en aquellos casos en que tales daños fueran consecuencia de un incumplimiento imputable a la agencia.⁶⁵⁰ Y es en esta línea que debe interpretarse la exoneración de responsabilidad del organizador prevista en el artículo 11.2 LVC, letra a), que sólo tendrá lugar cuando el incumplimiento de las obligaciones del organizador resulte exclusivamente imputable al consumidor del viaje.

Por último, la causa de exoneración prevista en el artículo 11.2 LVC, letra a) será aplicable cuando el incumplimiento sea imputable al consumidor, sea éste el contratante principal, el beneficiario del viaje o el cesionario (cfr. art. 2.7

⁶⁴⁹ La carga del acreedor sólo conlleva la pérdida de una posición ventajosa o de una oportunidad de hacer valer el propio derecho. Federico DE CASTRO y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, Rivadeneyra, 1976, págs. 47-48, destaca que la misma se refiere a un bien o derecho determinado, y que su cumplimiento únicamente condiciona evitar un perjuicio o pérdida, respecto a dicho bien o derecho. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, cit., pág. 44, señala que la carga "implica la necesidad de observarla para la realización del propio interés".

⁶⁵⁰ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, cit., págs. 351-353, cuestiona por abusiva (art. 10 LGDCU) la cláusula que impone al consumidor la pérdida del derecho a indemnización en caso de *overbooking* por incumplimiento de la carga de presentación; y también califica de abusiva la cláusula de exoneración de responsabilidad de la agencia de viajes por incumplir el consumidor la carga de comprobar el horario de salida e itinerario cuarenta y ocho horas antes de la salida, cuando no exista una justa causa que justifique la variación en el horario de salida o en el itinerario del viaje realizado por la agencia.

LVC). La relación entre ambos preceptos permitirá, sin duda, exonerar de responsabilidad al organizador o el detallista con respecto a los daños sufridos por el beneficiario del viaje que sean consecuencia de un incumplimiento imputable en exclusiva al mismo; lo que tendrá gran interés para éstos cuando el beneficiario del viaje no tenga plena capacidad de obrar (vgr. hijo menor de edad de la persona que ha contratado el viaje).⁶⁵¹ Es más, cabe pensar que tal exoneración del organizador o detallista tendrá lugar cuando los daños y perjuicios por el incumplimiento imputable exclusivamente al beneficiario también sean sufridos por el contratante principal, esto es, por la persona que ha contratado el viaje en nombre de aquél, siempre que ésta deba responder civilmente por el mismo ex artículo 1903 del Código civil.⁶⁵² Si, por ejemplo, los padres contratan un viaje en nombre de su hijo menor no emancipado y, a raíz de los gritos y lloreras de éste, todos ellos son excluidos de algunos de los servicios contratados por molestar a los demás participantes, el organizador se exonerará de responsabilidad por los daños resultantes, en la medida que la no prestación de dichos servicios sea imputable en exclusiva a la conducta del menor. Ello será resultado de haber actuado los padres como representantes legales al contratar el viaje, por su propia iniciativa y sin estar sujetos a las instrucciones o deseos del menor; aunque en estos casos también podrá suceder que sea el contratante principal quien haya incumplido la carga de informar al organizador o el detallista acerca de la minoría de edad del beneficiario del viaje con el fin de facilitar la ejecución del contrato al organizador (*ex art. 1258 CC*), en cuyo caso, como se ha dicho, podrá imputársele el incumplimiento del contrato en exclusiva; entonces, cuando los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento imputable exclusivamente al representante legal sean sufridos tanto por éste como por la persona sometida al régimen legal de guarda (p.ej. daños por la caída del menor en la piscina por falta de vigilancia de sus padres), también cabrá admitir la exoneración de responsabilidad del organizador *ex artículo 11.2 LVC*, letra a); sin perjuicio de las responsabilidades del representante legal frente al beneficiario del viaje de acuerdo con el régimen legal de guarda correspondiente (cfr. arts. 168.2 y 270 CC).

⁶⁵¹ Vide GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág.193.

⁶⁵² Vide MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 216.

B) Defecto imputable a tercero (art. 11.2 LVC, letra b)

La responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes también cesará cuando, conforme a la letra b) del apartado segundo del artículo 11 LVC, "dichos defectos sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable".

El artículo 11.2 LVC, letra b), define los elementos que deberán concurrir para producir el efecto de exoneración: 1.º La falta de cumplimiento tiene que ser imputable a un tercero; 2.º El tercero debe ser una persona ajena al suministro de las prestaciones previstas en el contrato; y 3.º Tiene que tratarse de un suceso imprevisible o insuperable.⁶⁵³

1.º *La falta de cumplimiento tiene que ser imputable a un tercero.* Del mismo modo que en el caso del incumplimiento del contrato imputable al consumidor (letra a) del art. 11.2 LVC), la conducta llevada a cabo por el tercero que ocasione daños a este último como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del organizador o el detallista no debe ser valorada en términos subjetivos. También en este caso únicamente será necesario que su acción u omisión rompa la relación de causalidad existente entre la conducta del organizador o detallista y el incumplimiento del contrato de viaje para que el incumplimiento resulte imputable al tercero ("dichos defectos sean imputables a un tercero"). El propio Tribunal Supremo ha sostenido en alguna ocasión que la exoneración de responsabilidad del deudor por incumplimiento imputable a tercero requiere una concurrencia de causas en el mismo, como resultado de la conducta del deudor y el tercero, así como que la acción u omisión de este

⁶⁵³ La mayoría de ordenamientos europeos que implementan esta disposición conservan los elementos definitorios de la causa de exoneración en términos parecidos. Así, el apartado segundo del artículo 23 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*; la *Regulation 15 (2) (b) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992; el artículo 17.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*; por el contrario, como se ha dicho, la regulación alemana (§§ 651 a - I BGB) no se refiere a las causas concretas de exoneración de responsabilidad contractual del organizador del viaje.

último interrumpa el nexo causal.⁶⁵⁴ En consecuencia, la causa de exoneración prevista por el artículo 11.2 LVC, letra b) se aplicará, en su caso, con independencia de la diligencia observada por parte del tercero en la causación del incumplimiento del contrato de viaje;⁶⁵⁵ ello sin perjuicio de que el consumidor sólo pueda ejercitar acción de responsabilidad extracontractual frente al tercero en caso de actuación dolosa o culposa por parte del mismo (art. 1902 CC). Por lo demás, la exoneración prevista en el artículo 11.2 LVC, letra b) no procederá cuando la conducta del tercero con relación al incumplimiento contractual no tenga una entidad causal suficiente, en cuyo caso eventualmente podrá disminuirse la cuantía de la indemnización a la que queden obligados el organizador o el detallista frente al consumidor.

2.º El tercero debe ser una persona ajena al suministro de las prestaciones previstas en el contrato. La letra b) del artículo 11.2 LVC exige que el tercero sea "ajeno" al suministro de la prestaciones convenidas.

La doctrina española ha delimitado en términos muy amplios la noción de tercero, al contraponerla a la del auxiliar que interviene en el cumplimiento de las obligaciones contractuales del organizador o detallista. Acaso por influencia de la redacción del apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE,⁶⁵⁶ se considera que no va a tener la condición de tercero aquella persona que intervenga, como colaboradora o auxiliar del organizador o detallista y por iniciativa o voluntad de éstos, en las actividades relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones que median entre los mismos y el consumidor del viaje

⁶⁵⁴ Por ejemplo, la STS, de 11 de marzo de 1988, Sala 1.ª, Ponente: Sr. José Luis Albácar López, RAJ 1961, entiende que el hecho del tercero exonera de responsabilidad al deudor porque en este caso existe una ruptura de la relación de causalidad: "la intervención del tercero dentro del curso de acontecimientos directamente productores del daño, exime de responsabilidad al inculpaado cuando la actuación de aquél implique un accidente extraño a la acción, en cuyo caso el nexo causal quedará interrumpido".

⁶⁵⁵ Así, por ejemplo, el organizador podrá exonerarse de responsabilidad cuando los daños sufridos por el consumidor resulten de una colisión del medio de transporte contratado con un automóvil que desliza como consecuencia del mal estado de la carretera por la que circula.

⁶⁵⁶ El párrafo primero del apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE dispone: "[p]or 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 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 [...] dichas faltas [observadas en la ejecución del contrato] sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable" (la cursiva es nuestra).

(vgr. prestadores directos de los servicios y sus auxiliares). Ello ha tenido lugar hasta el punto de acudir a la doctrina relativa a la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento para atribuir la condición de tercero a quien se introduce en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista por su propia voluntad, en cuyo caso se afirma que el organizador se exonerará de responsabilidad *ex artículo 11.2 LVC, letra b)*.⁶⁵⁷

Sin embargo, la regulación de esta causa exoneratoria (párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE; y letra b) del art. 11.2 LVC) no utiliza en vano la expresión "tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato" —y no la de persona distinta al prestador de los servicios o, si se prefiere, auxiliar en el cumplimiento del contrato de viaje; la propia jurisprudencia española ha señalado que el hecho del tercero debe tener un carácter ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones para que opere como causa de exoneración de responsabilidad contractual del deudor.⁶⁵⁸ Aun tratándose de un criterio poco esclarecedor, lo cierto es que la regulación del contrato de viaje acoge la idea del carácter ajeno del acontecimiento con una notable fidelidad.

Ello conlleva que existan personas que, aun teniendo la condición de auxiliares en el cumplimiento del contrato de viaje, sean consideradas como terceros a los efectos exoneratorios de la letra b) del artículo 11.2 LVC, por tener su actuación carácter ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones. Y que otras personas, aun no teniendo la condición de auxiliares en el cumplimiento, tampoco puedan ser consideradas como terceros a los efectos exoneratorios, por no ser ajenas "al suministro de las prestaciones previstas en el contrato".

⁶⁵⁷ AURIOLÉS MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, cit., pág. 856; DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 247-249; también, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 197-198.

⁶⁵⁸ Véase la STS, de 11 de marzo de 1988, Sala 1.^a, Ponente: Sr. José Luis Albácar López, RAJ 1961.

En efecto, los auxiliares utilizados por el organizador o detallista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales no podrán tener la condición de tercero a los efectos exoneratorios de la letra b) del artículo 11.2 LVC cuando el daño se produzca en el ámbito de la actividad cumplidora; ello en coherencia con el apartado primero del artículo 11 LVC, que imputa la responsabilidad contractual a organizadores o detallistas con independencia de que las obligaciones derivadas del contrato las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios.⁶⁵⁹ No siendo el acontecimiento ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones, ni el organizador ni el detallista se exonerarán de responsabilidad por tratarse de un incumplimiento imputable a tercero (letra b) del artículo 11.2 LVC).⁶⁶⁰

De acuerdo con el ámbito de gestión del viaje (supra § I.2.2 B) a) (ii)), lo mismo tendrá lugar si quienes causan el incumplimiento son trabajadores dependientes del organizador,⁶⁶¹ o empresarios titulares de las empresas que presten directamente los servicios del viaje (vgr. transportistas, hoteleros), siempre que su actuación tenga lugar en tanto que auxiliares del organizador en el ámbito del cumplimiento del contrato;⁶⁶² en cuyo caso, no parece que se pueda distinguir entre las empresas prestadoras de los servicios del viaje monopolistas y las no monopolistas, a los efectos de imputar el incumplimiento contractual del contrato de viaje al organizador o el detallista, en la medida que la regulación de los viajes combinados no hace ninguna distinción en este punto (art. 11.2 LVC, letra b).⁶⁶³

⁶⁵⁹ Cfr. BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág. 39, al comentar la *Section 20 (2) (b)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa.

⁶⁶⁰ También, en el Derecho alemán, Otto TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht*, JuS 2 (1984), 81-92, pág. 86; y Jörg DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, Münster, Dissertation, 1990, págs. 105-106, quien afirma que el organizador responde por los actos llevados a cabo por los auxiliares situados en su ámbito personal de influencia con base a la regulación general de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares (§ 278 BGB).

⁶⁶¹ El artículo 1.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del *Estatuto de los Trabajadores* (BOE de 14 de marzo de 1980) dispone que "[l]a presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

⁶⁶² En el mismo sentido, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 247-249.

⁶⁶³ Lo mismo ocurre en el caso del artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, *sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. La doctrina entiende que el deudor sólo se exonera de responsabilidad contractual si la empresa monopolista es su proveedora, pero en ningún caso si actúa como auxiliar en el cumplimiento del contrato. Véase PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1069- 1070.

Parecidamente, cuando el incumplimiento contractual sea imputable a una actuación llevada a cabo en el ámbito de comercialización del viaje por parte del detallista o de los auxiliares que éste utilice en el cumplimiento del contrato (vgr. personal dependiente), el detallista no podrá hacer efectiva la causa de exoneración de responsabilidad prevista por la letra b) del artículo 11.2 LVC. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 23 de marzo de 1999,⁶⁶⁴ incluye la siguiente descripción de los hechos sucedidos:

"[e]n cuanto al primer motivo del recurso [interpuesto por el consumidor del viaje] dirigido a combatir la apreciación de la prueba practicada que realiza la juzgadora de la primera instancia, es obvio que, aunque no fuera esencial y determinante para la aceptación de la oferta que se realizó, mediante la información, suponemos verbal y gráfica que le mostró la demandada [agencia de viajes], por su personal y que convenció al actor, incluía la misma y en el Hotel elegido, la posibilidad de la práctica de la equitación en el propio Hotel, pues, a más de otros servicios, venía incluido entre ellos, al consignar la palabra «caballos» [...] así como entre los servicios en el panel de entrada al Hotel, y esas expresiones no van referidas a la mera visión, sino mostrar dicha posibilidad de esa práctica deportiva, es decir, su monta, sea en paseos o en otras actividades propias de esos animales y su utilización por el hombre".

Por no tener el hotel contratado esos servicios, la sentencia condena a la agencia demandada a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, resultantes del traslado de hotel, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de poner a disposición del consumidor un programa o folleto con la información clara y precisa sobre las principales características del establecimiento de alojamiento (cfr. letra c) del art. 3.1 LVC en relación con el art. 11 LVC).

En cambio, cuando el daño resultante de la actuación de los auxiliares utilizados por el organizador o detallista en el cumplimiento de sus obligaciones no se produzca en el ámbito de la actividad cumplidora, aquellos podrán tener la condición de terceros a los efectos exoneratorios de la letra b) del artículo 11.2 LVC. Aunque pueda sorprender la consideración del auxiliar que el organi-

⁶⁶⁴ SAP de Granada, de 23 de marzo de 1999, Ponente: Sr. Domingo Bravo Gutiérrez, marginal 739, Aranzadi Civil, núm. 7, julio 1999, págs. 1037-1039.

zador o detallista utilice en el cumplimiento como "tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato",⁶⁶⁵ esta interpretación del precepto se hace necesaria si se quiere preservar la configuración propia de la causa de exoneración de responsabilidad contractual del deudor por incumplimiento imputable a tercero. Como se ha dicho, en esta causa se requiere que la actuación del tercero sea ajena al ámbito de cumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista; y ello con independencia de que éstos, a su vez, deban responder por sus auxiliares.⁶⁶⁶ Así, por ejemplo, si un empleado del hotel incluido en el viaje, descontento de su relación laboral, tiñe el agua de la piscina haciendo que la misma devenga inutilizable para el consumidor, el organizador podrá exonerarse de responsabilidad contractual por ser el incumplimiento imputable a tercero (letra b) del art. 11.2 LVC).⁶⁶⁷

Exonerados de responsabilidad contractual el organizador o el detallista por resultar los daños de una actuación de los auxiliares ajena al ámbito de la actividad cumplidora (letra b) del artículo 11.2 LVC), el consumidor podrá utilizar la acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss.) frente a dichos auxiliares. Con todo, también el régimen de responsabilidad civil de los empresarios respecto de los daños y perjuicios causados por sus dependientes exige que tales daños sean causados "en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones" (art. 1903.4 CC); por lo que en no

⁶⁶⁵ Esa nota se da en la medida que el sujeto no deja de tener la condición de auxiliar, por haber sido introducido voluntariamente por el organizador en el cumplimiento del contrato (en general, véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., págs. 168-192), aunque causa daño al consumidor del viaje al margen de la actividad estrictamente cumplidora.

⁶⁶⁶ Parecidamente, para JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 249, la responsabilidad del deudor por los auxiliares presupone, entre otras cosas, que los daños causados por éstos al acreedor se vinculen intrínseca o esencialmente a la actividad de cumplimiento de la obligación, y no de forma accidental u ocasional.

⁶⁶⁷ El ejemplo es puesto por GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág.125, quienes señalan que en el Derecho inglés el empresario normalmente es responsable por los ilícitos realizados por sus empleados en el curso de su empleo (*vicarious liability*). Siendo un acto de vandalismo como éste ajeno al empleo, los autores no obstante consideran que la causa de exoneración prevista en la *Regulation 15 (2) (b) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, parece incluir casos como el expuesto. Con todo, GRANT/MASON afirman que el empleado probablemente no es un tercero (*third party*) ni se halla ajeno (*unconnected*) al contrato.

pocas ocasiones dicha acción carecerá de efectividad práctica (p.ej. el consumidor únicamente podrá interponer dicha acción contra el empleado que ha vertido la tinta en la piscina, pero no contra la empresa hotelera).

En cualquier caso, cabe distinguir los daños contractuales derivados de una actuación de los auxiliares ajena al ámbito de la actividad cumplidora de aquellos daños que se causen por los mismos que no sea consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales o deberes integrantes del contrato de viaje (cfr. art. 1258 CC), los cuáles serán objeto de reclamación por vía de acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC), quedando al margen de la responsabilidad contractual del organizador o detallista (art. 11 LVC).⁶⁶⁸

Además de los auxiliares que el organizador o detallista utilizan en el cumplimiento, existen otras personas que, en su caso, podrán no ser ajenas "al suministro de las prestaciones previstas en el contrato". Y ello porque, como se ha señalado, lo que determina la causa de exoneración prevista por la letra b) del artículo 11.2 LVC es que el incumplimiento del contrato de viaje sea imputable a un tercero ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones del organizador y detallista; siendo indistinto para ello que el tercero tenga la condición de auxiliar del organizador o el detallista; incluso podrá considerarse como no ajena "al suministro de las prestaciones previstas en el contrato" una persona que no tenga relación contractual alguna con el organizador o detallista, ni con los prestadores de los servicios del viaje. La idea de "tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato" va más allá de aquellas personas que mantengan alguna relación contractual con estos últimos o con el consumidor del viaje.⁶⁶⁹

En este punto, resultará irrelevante que la persona que intervenga sea introducida voluntariamente por la sola voluntad del organizador. En algunos casos, puede que la misma no tenga la condición de tercero al permitir el organizador —usualmente, por medio del prestador directo del servicio— su acceso en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones. Ello podrá ocurrir en la ejecución

⁶⁶⁸ En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 247-249, afirma que si el transportista se pelea con el consumidor sólo habrá responsabilidad civil de aquél (art. 1902 CC).

⁶⁶⁹ En el Derecho inglés, véase SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 64-66.

de los servicios singulares del viaje combinado (p.ej. molestias ocasionadas por las visitas de otros clientes del alojamiento).⁶⁷⁰ Y tendrá un particular relieve con relación a los daños y perjuicios sufridos por el consumidor que sean consecuencia de un incumplimiento imputable a otros participantes en el viaje.⁶⁷¹

La no exoneración de responsabilidad del organizador en estos casos también se explica, además, por la inobservancia de su deber especial de conducta, conforme al principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC), de vigilar y controlar no solamente los prestadores de los servicios, sino también los demás participantes en el viaje. Inobservancia que causará que el incumplimiento de la obligación de procurar los servicios del viaje sea imputable al organizador (art. 11.1 LVC).

Cierto es que con anterioridad al inicio del viaje, los demás participantes podrán ser considerados como terceros a los efectos de exonerar al organizador de responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC, letra b). Así se desprende de lo previsto en la letra a) del artículo 9.3 LVC, que exonera al organizador y detallista —aunque cabe entender que se refiere sólo al organizador (supra § I.2.2 B) a) (ii)— de la obligación de indemnizar "cuando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato". En estos casos, el incumplimiento contractual (cancelación del viaje) causado por la no participación de otros consumidores no va a ser imputable al organizador (art. 11.2 LVC, letra b).⁶⁷² Sin embargo, una vez iniciado el viaje, la actuación del consumidor deja de ser ajena al ámbito de cumplimiento de las obligaciones del organizador ("ajena al suministro de las prestaciones previstas en el contrato"), por lo que el incumplimiento

⁶⁷⁰ Vide DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, cit., págs. 106-107, 154-156, quien también se refiere a las molestias ocasionadas por las prostitutas y mendigos que rondan en las inmediaciones del hotel.

⁶⁷¹ En contra, MARTÍNEZ ESPÍN, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, cit., pág. 216.

⁶⁷² Vide DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., págs. 325-328; también, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 247-249.

contractual causado por los demás participantes podrá excluir la aplicación de la causa de exoneración prevista en el artículo 11.2 LVC, letra b).⁶⁷³

Como se ha dicho, el consumidor tiene la obligación contractual de no causar molestias al resto de participantes en el transcurso del viaje; y el incumplimiento de esa obligación, además de permitir la exclusión del consumidor de alguno de los servicios contratados sin que ello sea imputable al organizador (letra a) del artículo 11.2 LVC), incluso puede facultar a éste —y a los auxiliares que el mismo utilice en el cumplimiento— a resolver el contrato (art. 1124 CC) y, en su caso, a reclamar indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC). Dicho resarcimiento podrá tener cabida, entre otros supuestos, en vía de repetición, cuando el organizador se vea obligado a hacer frente a las reclamaciones de indemnización interpuestas por parte del consumidor por los daños y perjuicios ocasionados por otros participantes en el viaje (art. 11.1 LVC); en cuyo caso el organizador no podrá invocar frente al consumidor que haya sufrido las molestias, la causa de exoneración de la letra b) del artículo 11.2 LVC, contemplada para los casos en que el incumplimiento del contrato de viaje sea imputable a tercero. En estos casos los demás participantes en el viaje causantes de las molestias al consumidor no podrán ser considerados como terceros a los efectos de exonerar de responsabilidad al organizador. Nótese que este último pudiera haber evitado las molestias sufridas por los demás participantes en el viaje, excluyendo al consumidor de alguno de los servicios contratados o incluso, en caso de infracción grave de la obligación de respeto de los demás consumidores del viaje, resolviendo el contrato de viaje (art. 1124 CC).

Por lo demás, la indemnización por los daños sufridos por el consumidor por las molestias ocasionadas por los demás participantes en el viaje tendrá lugar sin perjuicio de la obligación del organizador de abonar a aquél el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas en el caso que, pese a la no prestación o prestación defectuosa de algunos de los servicios

⁶⁷³ De nuevo, será necesario distinguir este supuesto del caso en que los consumidores del viaje sean responsables civiles (art. 1902 CC), en que no se planteará la aplicación del régimen de responsabilidad contractual previsto en el artículo 11 LVC. En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit.,

del viaje, el consumidor decida continuarlo con las soluciones adoptadas por el organizador (art. 10.1 LVC). En cuyo caso, no obstante, se excluirá la indemnización de los daños resultantes de la lesión del interés de prestación del consumidor (supra § II.2.1 A a)).

El derecho de aminoración del precio del viaje que corresponde al consumidor constituye la medida más utilizada en el Derecho alemán para hacer frente a las molestias causadas por los demás participantes. Tal aminoración incluso ha sido reconocida por los tribunales alemanes en algunos supuestos en que las molestias son causadas por un grupo de disminuidos físicos y psíquicos que comparten el alojamiento con el consumidor, dando lugar a una enorme discusión doctrinal en ese ordenamiento.⁶⁷⁴

págs. 247-249, se refiere al consumidor que, durante la realización del viaje, se pelea con otro consumidor y a consecuencia de esta pelea sufre lesiones.

⁶⁷⁴ Así, en la sentencia AG Frankfurt, Urt. 8.12.1977, NJW 36 (1980), pág. 1965, el demandante reclama la devolución del precio total de un viaje a Euboea (Grecia) debido a la lentitud de los servicios, la imposibilidad de utilizar alguno de ellos y la suciedad del alojamiento, circunstancias todas ellas ocasionadas por la presencia de un grupo de disminuidos físicos y psíquicos. El AG Frankfurt declara el derecho del consumidor a una disminución del 60 por 100 del importe del viaje con base al siguiente razonamiento: "[d]er blosse Anblick von geistig und körperlich behinderten Menschen kann einen Anspruch auf Minderung des Reisevertrags nicht begründen. Eine Beeinträchtigung des Reisegenusses liegt aber vor, wenn sich diese Behinderten bei den Mahlzeiten erbrechen und Wasser lassen" ("[l]a simple vista de personas disminuidas psíquica y físicamente no puede fundamentar el derecho a la disminución del contrato de viaje (sic). En cambio, sí que puede existir un perjuicio en el disfrute del viaje si estos disminuidos durante la comida vomitan y orinan"). Véase la crítica a esta sentencia llevada a cabo por Hans BRONX, *Störungen durch geistig Behinderte als Reisemangel?*, NJW 26 (1980), págs. 1939-1940. Por su lado, la sentencia LG Frankfurt, Urt. 25.2.1980, NJW 21 (1980), págs. 1169-1170, declara con relación a otro caso similar: "[d]ie von einer Gruppe von 25 geistig Schwerbehinderten ausgehenden Störungen können unter besonderen Umständen für einen empfindsamen Menschen eine Beeinträchtigung des Urlaubsgenusses darstellen" ("[l]as molestias que parten de un grupo de 25 disminuidos graves pueden representar en particulares circunstancias un perjuicio en el disfrute del viaje para aquellas personas sensibles"). Para su comentario, vide Heinrich SCHOLLER, *Die Störung des Urlaubsgenusses eines "empfindsamen Menschen" durch einen Behinderten*, JZ 20 (1980), págs. 672-677, quien advierte de las consecuencias discriminatorias de este tipo de sentencias, puesto que a partir de ellas el organizador será más reacio en admitir a personas disminuidas como integrantes de un grupo de viajeros; así como de la difícil situación en la que colocan al organizador, quien no puede comprometerse expresamente en una oferta de viaje a que no participen en el mismo personas disminuidas por ser contrario a la moral (§ 138 BGB). En cambio, DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, cit., págs. 145-147, se muestra acorde con estas sentencias: aunque el mero contacto con las personas disminuidas constituye un riesgo general de la vida (*allgemeinen Lebensrisiko*), el autor considera necesario no dar a las mismas un trato distinto al que reciben el resto de personas que se hallan bajo el ámbito de control del organizador.

Entre las personas que, aun no teniendo la condición de auxiliares en el cumplimiento, tampoco pueden ser consideradas ajenas "al suministro de las prestaciones previstas en el contrato" cabe incluir también a los controladores aéreos, a los funcionarios de aduanas, e incluso a aquellas personas que intervengan espontáneamente en la ejecución de alguna de las obligaciones del organizador del viaje (p.ej. la persona que se ofrece a transportar el equipaje al hotel lo pierde).⁶⁷⁵ Ninguno de ellos puede ser considerado auxiliar del organizador, puesto que este último no los introduce voluntariamente en el cumplimiento del contrato de viaje. Mas ello no significa, sin más, que los mismos deban ser considerados terceros ajenos a las prestaciones de dicho contrato. Ya se ha dicho que la condición de tercero no viene dada por la introducción del mismo por la voluntad del organizador sino por su carácter ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones del contrato de viaje; de modo que el incumplimiento imputable a los mismos no exonerará al organizador de responsabilidad contractual con arreglo a la letra b) del artículo 11.2 LVC.⁶⁷⁶ Con todo, la no consideración de estos sujetos como terceros no obstará a que, en su caso, el organizador se exonere de responsabilidad contractual por constituir su actuación un acontecimiento imprevisible e insuperable (art. 11.2 LVC, letra d) (infra § II.4.2.C) b)).

En consecuencia, la noción de tercero ajeno a las prestaciones previstas en el contrato expresada por el artículo 11.2 LVC, letra b) admite su aplicación a la actuación de los auxiliares utilizados por el organizador o el detallista en el cumplimiento del contrato de viaje, pero también restringe notoriamente el alcance de esta causa de exoneración por excluir a distintos grupos de personas de la condición de tercero.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ En el ordenamiento inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 64-66.

⁶⁷⁶ En sentido contrario, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 197-201, opina que, a pesar del tenor literal de la letra b) del artículo 11.2 LVC, no parece de recibo que la agencia de viajes deba responder por los terceros que intervienen espontáneamente en la ejecución del contrato.

⁶⁷⁷ Además de los conductores negligentes que ocasionen un accidente en el transcurso del transporte contratado, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 64-66, pone otros ejemplos de tercero a que se refiere la *Regulation 15 (2) (b) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992: los *football hooligans* que destrozan el centro de la ciudad donde se hallan alojados los consumidores, o los que perpetren cualquier otra actividad criminal que provoque el incumplimiento del contrato.

3.º *Tiene que tratarse de un suceso imprevisible o insuperable.* La letra b) del artículo 11.2 LVC añade que, para que el organizador o el detallista se exoneren de responsabilidad por un hecho imputable a tercero deberá tratarse de un suceso de carácter imprevisible o insuperable.

Con la introducción de este elemento definitorio, la LVC no lleva a sus últimas consecuencias la idea expuesta más arriba, según la cual para que el incumplimiento del contrato de viaje sea imputable a tercero su intervención debe provocar una ruptura de la relación de causalidad entre la conducta del organizador y dicho incumplimiento. En efecto, ni que decir tiene que calificado el supuesto como de concurrencia de causas en el incumplimiento del contrato de viaje, el mismo debería ser netamente distinguido del llamado caso fortuito (art. 1105 CC); sin perjuicio de que la concurrencia de causas que significa la intervención del tercero pudiera reunir, a su vez, los presupuestos propios de este precepto, esto es, la imprevisibilidad e inevitabilidad del evento dañoso para, en ese caso, el organizador del viaje.⁶⁷⁸ Sin embargo, la Ley requiere que el incumplimiento imputable al tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato revista un carácter imprevisible o insuperable; así aproxima la causa exoneratoria prevista en la letra b) del artículo 11.2 LVC al caso fortuito (art. 1105 CC), acaso por influencia de aquella doctrina tradicional del Derecho de contratos que considera el hecho de tercero como constitutivo de esta última causa exoneratoria.⁶⁷⁹ Doctrina que, por lo demás, en la actualidad aún sostienen distintas sentencias del Tribunal Supremo cuando de trata de valorar el incumplimiento contractual imputable a tercero.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ En general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 596-597, 603-604.

⁶⁷⁹ En general, véase Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, 630-666, págs. 637-638.

⁶⁸⁰ Por ejemplo, la STS, de 3 de octubre de 1994, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 7443, se refiere a un caso en el que la actuación violenta de unos vecinos derriba los postes de un tendido eléctrico causando el incumplimiento de un contrato de suministro de energía eléctrica, con los consiguientes daños y perjuicios en los cultivos de la finca que hasta el momento se aprovechaba del suministro. En esta ocasión, el Tribunal Supremo declara que la "asonada, motín, rebeldía y actuación violenta por vía de los hechos ya expuestos suponen un caso típico, paradigmático, de fuerza mayor que impide el cumplimiento contractual de suministro energético, sin posibilidad de su previsión por la Compañía distribuidora y menos aún de poner los medios a su alcance, pero eficientes, que garantizaran (sic) tal siniestro". Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de abril 1965, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín, RAJ 2118; 10 de junio de 1986, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Rafael Pérez Gimeno, RAJ 3382; 31 de octubre de 1986, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes, RAJ 6024; y 6 de abril de 1987, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Rafael Casares Córdoba, RAJ 2495.

La necesidad de que el hecho del tercero sea imprevisible o insuperable exigirá llevar a cabo una valoración de la conducta del organizador o el detallista conforme al nivel de diligencia que les sea exigible, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104 CC): ⁶⁸¹ deberá examinarse en qué medida la actuación del tercero impeditiva del cumplimiento de la relación obligatoria podía ser prevista por parte del organizador o el detallista, así como el nivel de diligencia utilizado por estos sujetos para superar esta actuación. ⁶⁸²

En este punto, merece especial atención la eventual responsabilidad contractual del organizador por los daños sufridos por el consumidor en el alojamiento como consecuencia de los ruidos ocasionados por terceros. ⁶⁸³ Tratándose de ruidos efectivamente producidos por terceros, por tener los mismos carácter ajeno al ámbito de cumplimiento de las obligaciones del organizador, ⁶⁸⁴ en no pocas ocasiones el incumplimiento resultará imprevisible para el organizador, de acuerdo con el nivel de diligencia que le sea exigible (art. 1104 CC). Así, por ejemplo, la imprevisibilidad podrá tener lugar cuando el organizador

⁶⁸¹ En este sentido, en el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 264, afirma algo muy similar. El autor entiende que para determinar si una acción u omisión de un tercero podía haber sido prevista o evitada resulta decisivo el cuidado que un "organizador o detallista normal" hubiese empleado en la situación concreta de acuerdo con criterios objetivos.

⁶⁸² En ocasiones, tal valoración podrá resultar complicada. Así, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 238-240, se limita a señalar que la compañía eléctrica responsable del corte de suministro de agua o electricidad al hotel contratado es tercero en el sentido del artículo 11.2 LVC, letra b), mientras que GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 197-201, se limita a opinar lo contrario. Con todo, admitido que el suministro provenga de un tercero, deberá determinarse si esta circunstancia es imprevisible o insuperable a los efectos de exonerar de responsabilidad al organizador del viaje (p.ej. un camión rompe la conducción de agua del hotel en un accidente de circulación). Sobre esta distinción, DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, cit., págs. 142-143.

⁶⁸³ En el Derecho alemán, véase Harald BARTL, *Recht der Touristik*, R-Tour 24, 1989, Cruppe 130, § 651 f, págs. 100-112; DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 134, 235-237; también, la sentencia LG Frankfurt, Urt. 7.1.1985, NJW 25 (1985), págs. 1474-1475. Vide sentencia OLG Frankfurt, Urt.1.12.1982, NJW 5 (1983), págs. 235-237.

⁶⁸⁴ No serían ruidos provocados por terceros, por ejemplo, aquellos procedentes de la instalación de un nuevo ascensor en el hotel donde se alojan los consumidores del viaje.

se vea sorprendido por los ruidos derivados de la construcción de nuevos edificios en las inmediaciones del alojamiento incluido en el viaje una vez celebrado el contrato.⁶⁸⁵ En casos como éste no parece que existan demasiados inconvenientes para que el organizador se exonere de responsabilidad con arreglo a las previsiones de la letra b) del artículo 11.2 LVC. En cambio, si en el lugar de destino domina una expansión urbanística que da lugar a nuevas edificaciones causantes de este tipo de ruidos, la letra c) del apartado primero del artículo 3 LVC obliga al detallista o, en su caso, al organizador, a poner a disposición de los consumidores un programa o folleto que contenga la oferta del viaje e incluya, entre otros extremos, el tipo, situación, categoría o nivel de comodidad del establecimiento de alojamiento y sus principales características; por lo que cabe entender que el organizador no se exonerará de responsabilidad cuando asuma dicho deber y no incluya en el programa o folleto información alguna acerca de las molestias ocasionadas por el *boom* urbanístico existente en el lugar donde se ubica el alojamiento —en su caso, será el detallista quien asuma la responsabilidad por omitir dicha información. Entonces, siendo previsible el incumplimiento imputable a tercero, el organizador y el detallista no podrán exonerarse de responsabilidad con arreglo a las previsiones de la letra b) del artículo 11.2 LVC, a menos que los ruidos resulten insuperables para los mismos. Tales ruidos resultarán superables para el organizador o el detallista si los pueden superar a un coste menor que el valor de los daños producidos, trasladando a los consumidores del viaje a otro alojamiento distinto del contratado, conforme a la diligencia que le sea exigible (art. 1104 CC).

Asimismo, también cabe hacer una mención aparte al supuesto de responsabilidad contractual del organizador por los daños sufridos por hurto o robo de objetos del consumidor introducidos en el alojamiento contratado. En este caso, podrá acudir a la doctrina relativa a la responsabilidad contractual de los hosteleros (cfr. arts. 1783 y 1784 CC) para determinar si su autor es ajeno a la prestación de alojamiento incluida en el viaje (cfr. art. 11.2 LVC, letra b). Aunque el artículo 1784 del Código civil declare la responsabilidad del hostelero incluso por los daños ocasionados a los objetos de los viajeros por parte de

⁶⁸⁵ Algo parecido podría suceder en caso de ruidos de vehículos que tuviesen lugar como resultado de un incremento del tráfico por las obras realizadas en una de las calles principales de la ciudad en la que se encontrara el alojamiento contratado, a menos que el Ayuntamiento advirtiera con antelación al organizador —o al prestador del servicio de alojamiento— acerca de las mismas.

"extraños",⁶⁸⁶ esta doctrina sostiene que el incumplimiento será imputable al hostelero únicamente en aquellos supuestos en que los daños procedan de la conducta de sus empleados, huéspedes estables, personas que "entran y salen del alojamiento" (vgr. proveedores),⁶⁸⁷ o de las personas presentes en el establecimiento debido a su carácter público, aunque las mismas no mantengan una relación de dependencia con el hostelero.⁶⁸⁸ Pronto se advierte que ninguna de estas personas es ajena al ámbito de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el hostelero y, por extensión, del organizador del viaje (cfr. art. 11.1 LVC), por lo que no hay inconveniente en excluir también en estos casos la aplicación de la causa de exoneración prevista en la letra b) del artículo 11.2 LVC, por no tratarse de un incumplimiento del contrato de viaje imputable a tercero.⁶⁸⁹

Con todo, la exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 11.2 LVC, letra b) sólo será aplicable si, además de ser el autor del robo o hurto al quien "ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato", la conducta del mismo es imprevisible o insuperable para el organizador conforme a la diligencia que le sea exigible (art. 1104 CC). Ello introduce una diferencia importante con respecto al régimen de exoneración de responsabilidad del hostelero basada en la existencia de un incumplimiento imputable a tercero. Efectivamente, en este caso se presume sin prueba en contrario que el robo o hurto cometido en el interior del establecimiento de alojamiento por alguno de los sujetos mencionados ocurrió interviniendo culpa del hostelero;⁶⁹⁰ mientras que el hostelero se eximirá de la obligación de indemnizar

⁶⁸⁶ Conforme al artículo 1784 del Código civil, "[l]a responsabilidad a que se refiere el artículo anterior [de los fondistas y mesoneros por daños a los efectos introducidos en su establecimiento] comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor".

⁶⁸⁷ Véase, Ferran BADOSA COLL, *Comentario del Código civil (arts. 1783 y 1784)*, T.II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 1696-1701, pág. 1700.

⁶⁸⁸ Cfr. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 197-201, quien considera al organizador responsable por el hurto cometido por un empleado del hotel aprovechando que tiene acceso a ciertos efectos del viajero.

⁶⁸⁹ Cfr. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 238-240, quien también considera "tercero" en el sentido del artículo 11.2 LVC, letra b) al ladrón ajeno al personal del hotel que sustrae el equipaje depositado por el viajero en su habitación.

⁶⁹⁰ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., págs. 641-642, señala que el artículo 1784 del Código civil asigna ciertos riesgos al hostelero que no suelen ocurrir sin culpa.

aquellos daños que provengan de otras personas sobre las que el hostelero no tenga ninguna capacidad de control, esto es, de sucesos externos con relación a los que el ordenamiento excluye toda presunción de culpa por parte del mismo.⁶⁹¹ Ello contrasta con el régimen de exoneración de responsabilidad del organizador previsto en el artículo 11.2 LVC, letra b), que exige que el hecho del tercero sea imprevisible o insuperable para éste. De este modo, se impone la necesidad de llevar a cabo una valoración subjetiva de la conducta del organizador: aunque se presume la negligencia del organizador del viaje combinado en caso de hurto o robo de objetos del consumidor introducidos en el alojamiento contratado, el organizador puede probar la concurrencia de la causa de exoneración del artículo 11.2 LVC, letra b), esto es, la imputabilidad del incumplimiento a un tercero ajeno a las prestaciones previstas en el contrato y su carácter imprevisible o insuperable. Ello se valorará ateniendo a la frecuencia de los hurtos y robos en el lugar donde se encuentra el alojamiento contratado, la eventual información acerca de la posibilidad de los mismos facilitada por el detallista u organizador al consumidor (cfr. letra c) del apartado primero del art. 3 LVC), y las medidas adoptadas por parte del organizador —así como del prestador directo del servicios de alojamiento— en orden a prevenirlos o evitarlos (vgr. incremento de las medidas de seguridad de un coste inferior a los daños ocasionados).⁶⁹² Lo que en muchas ocasiones va a excluir la aplicación de esta causa de exoneración.

⁶⁹¹ Así, por ejemplo, el robo a mano armada exonera de responsabilidad al hostelero. CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105)*, cit., págs. 641-642; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pág. 788. Por contra, QUINTANA CARLO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pág. 83, y Juan ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (artículos 1740 a 1808 del Código Civil)*, T. XXII-1, Madrid, EDERSA, 1983, 297-307, pág. 306, consideran que el hostelero no va a responder por la conducta del propio cliente, de personas que lo acompañen, o de personas que lo visiten en el establecimiento.

⁶⁹² Al respecto, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 125, se plantean si se tratará de un acontecimiento imprevisible o insuperable cuando sean unos vándalos los que irruman en el hotel contratado y tiñan el agua de la piscina. En este caso los autores afirman que el *tour operator* también responderá si antes esta acción ya se había producido con una cierta regularidad (*on a regular basis*), y se hubiera podido evitar adoptando unas medidas de seguridad más estrictas (cfr. *Regulation 15 (2) (b) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992). En términos muy parecidos, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 200.

En la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de abril de 1999,⁶⁹³ el consumidor de un viaje combinado reclama al organizador indemnización de daños y perjuicios resultantes del robo de distintos objetos introducidos en el apartamento. La demanda sostiene que el detallista informó verbalmente al consumidor de que dicho apartamento disponía de mecanismos de cierre en sus ventanas, estaba situado en zona de acceso limitado y protegido por una empresa de seguridad que patrullaba por la zona. Frente a la pretensión del organizador de no responder contractualmente debido a su condición de intermediaria con respecto al servicio de alojamiento, la Audiencia Provincial declara su responsabilidad frente al consumidor como consecuencia de la ejecución deficiente del contrato con arreglo a la regulación del contrato de viaje combinado (art. 11.2 LVC), en la medida que el apartamento contratado "adolecía de deficiencias de mantenimiento provocando con ello o cuando menos facilitando, el robo que en el mismo se produjo".

Algunos tribunales alemanes renuncian al presupuesto de la culpa del organizador de viajes para la aplicación del derecho del consumidor a la indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f BGB), y aplican analógicamente el régimen de responsabilidad objetiva del hostelero (*Gastwirtshaftung*) (§ 701 BGB) cuando el viaje contratado comprende el servicio de alojamiento.⁶⁹⁴ Aunque este criterio, planteado sobre todo con relación al robo de objetos de viajeros ocurrido en el hotel, no es unánime en este ordenamiento; puesto que también se ha sostenido la exoneración de responsabilidad del organizador en aquellos casos en que se demuestre que el hostelero prestador directo del servicio de alojamiento ha adoptado todas las medidas de seguridad que se le exigen conforme a la diligencia debida.⁶⁹⁵ Entonces el organizador sólo va a responder cuando, por ejemplo, no pueda demostrar que ha sido suficientemente diligente en la custodia de las llaves del alojamiento, o en el caso que las cerraduras de la puerta de acceso al mismo presenten defectos.⁶⁹⁶ Con lo que se considera preferible la inversión de la carga de la prueba de la culpa

⁶⁹³ Vide SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente: Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000.

⁶⁹⁴ Cfr. LG Berlin 52. Zivilkammer NJW 1985, pág. 2425.

⁶⁹⁵ Vide TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 24-25, pág. 1558.

⁶⁹⁶ Así, Peter SCHWERDTNER, en *Staudigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch (*Recht der Schuldverhältnisse*) (§§ 620-651 k), 12. Neubearb. Auf., Berlin, Arthur L. Sellier & Co. –Walter de Gruyter & Co., 1991, § 651 f, 137-164, Rnd. 17, pág. 143.

que ha venido realizando el *Bundesgerichtshof* alemán con relación a la regulación de la indemnización de daños del contrato del viaje (§ 651 f Abs.1 BGB).⁶⁹⁷ Llegándose así al mismo régimen de exoneración de responsabilidad establecido por la regulación comunitaria de los viajes combinados (art. 5.2 Directiva 90/314/CEE).⁶⁹⁸

En todo caso, exonerado de responsabilidad contractual el organizador o el detallista por resultar el incumplimiento imputable a tercero (letra b) del art. 11.2 LVC), el consumidor podrá interponer una acción de responsabilidad extracontractual frente al mismo con el fin de obtener indemnización de los daños y perjuicios sufridos (arts. 1902 y ss.).⁶⁹⁹

C) Otras causas de exoneración

a) Fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c)

(i) Elementos definitorios

Durante el procedimiento de elaboración de la Directiva 90/314/CEE se puso de manifiesto la necesidad de definir la fuerza mayor a los efectos de exonerar al organizador de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por la cancelación del viaje por cualquier motivo no imputable al consumidor. Aunque en un primer momento el artículo 4.6 de la Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión europea el día 23 de marzo de 1988, se limitaba incluir entre las causas de exoneración de la obligación de indemnizar la cancelación debida a motivos de fuerza mayor,⁷⁰⁰ el Dictamen del Comité Económico y Social sobre esta Propuesta, de 23 de febrero de 1989, indicó que la noción de fuerza mayor tenía "escaso significado en la normativa de los Estados miembros" y consideró que debía definirse en la Directiva.⁷⁰¹ Aunque la Propuesta modificada de Directiva, presentada por la

⁶⁹⁷ Vide BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 32 (1987), págs. 1938-1939.

⁶⁹⁸ Por ejemplo, véase la sentencia BGH, Urt. 25.3.1982, NJW 28 (1982), págs. 1521-1522.

⁶⁹⁹ Sobre la llamada "tutela extracontractual del derecho de crédito", véase Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero*, RJC, 1962, págs. 571-601. Con relación al contrato de viaje, hacen referencia a la posible acción de responsabilidad extracontractual del consumidor frente al tercero, Adolfo AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, cit., pág. 856; y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 200-201.

⁷⁰⁰ DOCE núm. C 96, de 12 de abril de 1988, págs. 5-9.

⁷⁰¹ DOCE núm. C 102, de 24 de abril de 1989, págs. 27-30.

Comisión europea el día 6 de julio de 1989, no acogió inmediatamente esta indicación,⁷⁰² la Posición común adoptada por el Consejo, el día 22 de febrero de 1990, con vistas a la adopción de la Directiva, exonera de responsabilidad contractual al organizador —la regulación también se refiere a la exoneración del detallista—, cuando la cancelación se deba a motivos de fuerza mayor, salvo en caso de exceso de reservas, y los define en los siguientes términos:

"circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada".⁷⁰³

Esta definición de fuerza mayor es acogida literalmente por el artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE, apartado segundo, letra ii). Y el apartado primero del artículo 5.2 se remite a esta disposición para aplicar la misma noción de fuerza mayor como causa de no imputación de responsabilidad al organizador y/o el detallista por los "daños sufridos por el consumidor a causa de la no ejecución o mala ejecución del contrato".⁷⁰⁴

De este modo, la causa de fuerza mayor va a ser aplicable tanto con relación a la cancelación del viaje (art. 4.6.2, letra ii) Directiva 90/314/CEE) como en los supuestos de no prestación o prestación deficiente de alguno de los servicios del viaje combinado (art. 5.2.1 Directiva 90/314/CEE).

Establecidas las bases para exonerar de responsabilidad contractual a organizadores y detallistas por motivos de fuerza mayor por la Directiva 90/314/CEE, han sido distintas las vías utilizadas para su transposición. Mientras que algunos Estados han optado por incluir esta causa de exoneración en su ordenamiento e incorporar la misma definición que la norma co-

⁷⁰² COM (89) 348 final. Texto publicado en el DOCE núm. C 190, de 27 de julio de 1989, págs. 10-20.

⁷⁰³ Vide el anuncio en DOCE núm. C 66, de 16 de marzo de 1990, pág. 1. En la exposición de motivos del Consejo sólo se destaca en este punto lo siguiente: "en el inciso ii) del párrafo segundo del apartado 6 se excluye de la definición de fuerza mayor el caso del exceso de reservas, con el fin de proteger a los consumidores de una práctica habitual pero abusiva". El texto de dicha Posición común puede obtenerse dirigiéndose a la Secretaría General del Consejo, rue de la Loi 170, oficina 12/53, B-1048, tel. 234 76 21.

⁷⁰⁴ Dicha remisión al inciso ii) del apartado 6 del artículo 4 aparece por vez primera en la Posición común del Consejo, el día 22 de febrero de 1990, con vistas a la adopción de la Directiva, al incluir las causas de exoneración de responsabilidad del organizador y/o detallista. Véase el anuncio en DOCE núm. C 66, de 16 de marzo de 1990, pág. 1.

munitaria (Austria, España, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda),⁷⁰⁵ otros simplemente se refieren a la fuerza mayor y se remiten implícitamente a su ordenamiento interno para delimitarla (Francia, Italia, Suiza),⁷⁰⁶ y alguno también se remite a su ordenamiento sin ni siquiera incluir de un modo expreso la fuerza mayor entre las causas de exoneración de responsabilidad del organizador (Alemania).⁷⁰⁷

Con todo, en lo referente a la noción de fuerza mayor no parece que vayan a originarse grandes disonancias entre, por un lado, los ordenamientos que acogen tal cual la definición contenida en la norma comunitaria y, por el otro, aquellos que utilizan una noción propia de esta causa de exoneración.⁷⁰⁸ La noción de fuerza mayor definida en el apartado primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE tiene su origen en los criterios mantenidos por la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas.⁷⁰⁹ La misma contiene dos elementos definitorios: a) el carácter ajeno de las circunstancias exoneratorias con respecto al organizador y/o detallista; y b) el carácter anormal e imprevisible de las circunstancias exoneratorias —e inevitable de sus consecuencias—, de acuerdo con un modelo de conducta o diligencia de refe-

⁷⁰⁵ Vide el inciso (i) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992; la letra c) del artículo 507.2 BW holandés; el § 31d Abs. 2 Z 2 KschG austriaca; y la *Section 20(2) (c) (i)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa.

⁷⁰⁶ Vide, para Francia, el artículo 23.2 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*; en cuanto a Italia, artículo 17.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*; y para el caso suizo, el artículo 15.1 c) PaRG.

⁷⁰⁷ Es el caso del § 651 f Abs.1 BGB, que utiliza la expresión genérica "nicht zu vertreten" hat para exonerar al organizador de viajes.

⁷⁰⁸ Cfr. Klaus TONNER, *Reiserecht in Europa*, Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 1992, págs. 69-73.

⁷⁰⁹ Sobre la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas acerca de la noción de fuerza mayor, véase el caso *Firma Schwarzwaldmilch GmbH v. Einfuhr und Vorratstelle für Fette*, de 11 de julio de 1968, Asunto C-4/68, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1968-XIV, 548-574, pág. 565; y el caso *Einfuhr und Vorratsteell für Getreide v. Pfutzenreuter*, de 28 de mayo de 1974, Asunto C-3/74, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1974, Parte I, 589-606, pág. 599. Hace un estudio de esta noción Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 1992, págs. 463-468; véase también, para el Derecho inglés, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 240-246; y BUTT-MORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., pág. 39.

rencia.⁷¹⁰ Elementos de la causa exoneratoria que también forman parte de la concepción de fuerza mayor vigente en la mayoría de ordenamientos europeos.

Los ordenamientos de países pertenecientes a la cultura jurídica de ámbito alemán (Alemania, Austria, Suiza) incluyen ambos elementos en la noción de fuerza mayor que utilizan en la actualidad. Si bien a principios del siglo XX en estos ordenamientos la noción de fuerza mayor (*höhere Gewalt*), entendida como suceso "externo" al círculo de riesgo del deudor, adquiere una notable influencia,⁷¹¹ más adelante a la "extraneidad" se añaden otros elementos hasta concebir la causa de exoneración, en la actualidad, como "aquel acontecimiento extraordinario, sin ninguna conexión manifiesta con la empresa, e inevitable pese al empleo de todo el cuidado esperado", tanto por la doctrina⁷¹² como por la jurisprudencia.⁷¹³

Por ello, la implementación de la causa de fuerza mayor prevista en el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE no parece que vaya a plantear mayores dificultades en estos ordenamientos. La regulación alemana no incluye la fuerza mayor entre las causas de exoneración de responsabilidad del organizador (§ 651 f Abs.1 BGB), sino que la misma es utilizada como causa de la denominada

⁷¹⁰ La expresión "circunstancias" utilizada por el artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE, apartado segundo, letra ii), más bien sugiere una subjetivación de la responsabilidad del organizador y detallista de viajes combinados. Contrástese con SALVADOR CODERCH, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)* (art. 79), cit., 635-656, pág. 639, que entiende que el cambio de la expresión "circunstancias" (anterior art. 74 LUVI) por la de "impedimento" (actual art. 79 C.Viena) sugiere una tendencia hacia una objetivación de la responsabilidad del deudor.

⁷¹¹ Esta noción se construye a partir de la concepción objetiva de responsabilidad contractual del derecho romano clásico y, en particular, del principio *cuis commoda et eius incommoda*. Véase, Adolf EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) (Im römischen und heutigen Verkehrsrecht)*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1870 (Neudruck der Ausgabe Wien 1883); L. GOLDSCHMIDT, *Vermischte Schriften*, Bd. II, Berlin, J.Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1901, págs. 418-460; y Ernst von CAEMMERER, en Carl HEINRICH/ Julius MAGNUS/ Oscar MÜGEL/Walter SIMONS/ Heinrich TITZE/ Martin WOLFF, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil-und Handelsrechts des In-und Auslandes*, Bd. IV (Höhere Gewalt), Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1933, págs. 239-267.

⁷¹² Para el Derecho alemán, Ulrike STÄDLER, *Schadenersatz im falle Höherer Gewalt?*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1986; en el Derecho suizo, Charles-André JUNOD, *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie., 1956.

⁷¹³ Así, BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 32 (1987), págs. 1938-1939.

desaparición de la base del negocio jurídico (*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*) (§ 651 j BGB).⁷¹⁴ Aun así, la noción de fuerza mayor utilizada por la doctrina relativa a esta modalidad contractual incluye tanto el carácter ajeno de la circunstancia exoneratoria con respecto al organizador como la inevitabilidad de sus consecuencias, conforme a la diligencia debida.⁷¹⁵

La regulación austriaca del contrato de viaje utiliza la noción de fuerza mayor en los mismos términos del apartado primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE —por remisión al artículo 4.6, apartado segundo, letra ii) de la norma— para exonerar de responsabilidad al organizador en los casos de cancelación del viaje (§ 31d Abs. 2 Z 2 KSchG).⁷¹⁶ Y aunque una parte de la doctrina de este país haya opinado que hubiera sido preferible que dicho precepto no hubiera incorporado la noción comunitaria de fuerza mayor en ese ordenamiento,⁷¹⁷ no es menos cierto que también se ha propugnado la aplicación extensiva de la misma al incumplimiento producido después del inicio del viaje, por dos razones: la primera, porque no se comprende que el incumplimiento contractual anterior al inicio no reciba el mismo trato en lo referente a su imputación al organizador o detallista que el que tenga lugar posteriormente (p.ej. no cabe distinguir entre si el viaje no se realiza por no resultar disponible el alojamiento, o si se prestan algunos de los servicios del viaje pero no el alojamiento porque no resulta disponible); y la segunda, porque esta distinción no es conforme al artículo 5 Directiva 90/314/CEE, que establece una responsabilidad del organizador y/o detallista basada en la culpa e incluye la causa de exoneración de fuerza mayor —con remisión a la noción contenida en el artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE— tanto para los supuestos de incum-

⁷¹⁴ Vide RECKEN, en Wilfrid BEMM/Gerhard BOLDT/Jochen CORTS/Hans EISEMANN/Heinrich GEBRING/Heinz RECKEN/Waldemar RÖHSLER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar §§ 651 a bis 651 k)*, cit., § 651 f, 53-58, Rnd. 3, pág. 54; Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurzkommentare)*, Bd. 7, 56 neuarb. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 1997, § 651, 748-760, pág. 755.

⁷¹⁵ Sobre esta noción, vide Edgar ISERMANN, *Reisevertragsrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 1988, pág. 74. Cfr. Franz BETHÄUSER, *Reiserecht und Umweltprobleme—Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung*, DAR 12 (1991), págs. 441-444; y Ernst FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, BB 8 (1991), 493-495, pág. 494, quien concluye que el acontecimiento no puede recaer en el ámbito de riesgo del organizador ni detallista.

⁷¹⁶ Vide el § 31d Abs. 2 Z 2 KschG.

⁷¹⁷ GRAZIANI-WEISS, *Reiserecht in Österreich (Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreisereichtlinie)*, cit., págs. 98-99.

plimiento total como de cumplimiento defectuoso.⁷¹⁸ Lo que pone en evidencia el grado de acogimiento que ha tenido en este Derecho la fórmula empleada por el apartado primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE en cuanto a esta causa de exoneración.

La regulación suiza no define en ningún momento la noción de fuerza mayor (*höhere Gewalt*), ni siquiera al contemplarla como causa de exoneración de la obligación de indemnizar en los supuestos de cancelación del viaje (cfr. § 11 Abs. 2 Z 2). Aun así, tampoco parece que en este ordenamiento la transposición de la causa exoneratoria ofrezca excesivas dificultades. Nótese que una parte de su doctrina, en el empeño de hacer de la exterioridad del acontecimiento una condición de la fuerza mayor, ha llegado a una definición de fuerza mayor extraordinariamente similar a la contenida en el apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE.⁷¹⁹ Por lo que en el Derecho suizo resultará plausible llevar a cabo una interpretación de la noción de fuerza mayor que sea conforme a la norma comunitaria.⁷²⁰

Por su lado, en la mayoría de ordenamientos de base romanista también concurren los elementos definitorios de la fuerza mayor definida en el apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE. En estos ordenamientos, la codificación o, por lo menos, la doctrina y jurisprudencia modernas han añadido el requisito de la "extraneidad"⁷²¹ al suceso exoneratorio, tradicionalmente

⁷¹⁸ En estos términos, Constanze FISCHER-CZERMAK, *Leistungsstörungen beim Reiseveranstaltungsvertrag*, JBl 119 (1997), 274-284, pág. 281. Cfr. Heinrich MAYRHOFER, *Anmerkungen zur Umsetzung der EG-Pauschalreisenrichtlinie in das KSchG*, ZfRV 36 (1995), 229-244, págs. 236-238.

⁷¹⁹ Vide Andreas VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Madrid, Ed. Reus, 1934, pág. 101, que califica como completa y exacta una definición formulada por el Tribunal Supremo suizo (*Reichsgericht*), que la describe como "un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración a pesar de su frecuencia". Cfr. JUNOD, *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile*, cit., págs. 141-150.

⁷²⁰ Cfr. MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 255.

⁷²¹ Sobre la locución *cause étrangère* utilizada por el artículo 1147 *Code civil* francés, Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, págs. 223-225; François CHABAS, *Force Majeure*, Encyclopédie DALLOZ, Civil, V, E-INC, 1997, 1-19, págs. 9-12; en el Derecho italiano, Gastone COTTINO, en Francesco CALASSO (*direzione e coordinamento*), *Enciclopedia del Diritto (caso fortuito e forza maggiore)*, Milano, Giuffrè Editore, 1960, VI (Cap-Cine), 377-390, págs. 381-382.

concebido como aquél que el deudor no puede prever ni evitar conforme a la diligencia debida.⁷²² De este modo, hasta cierto punto se comprende que países como Francia o Italia no hayan incorporado la noción de fuerza mayor de la norma comunitaria; aunque ello no excluye algunas divergencias con respecto a los elementos definitorios del caso exoneratorio en estos ordenamientos, lo que va a impedir una completa armonización entre las legislaciones de los Estados miembros.⁷²³

No resultando extraña la causa de exoneración expresada en el apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE a la noción de fuerza mayor vigente en la mayoría de países del *Civil Law*,⁷²⁴ a continuación cabe plantearse hasta qué punto la misma coincide con el caso fortuito como límite de la responsabilidad del deudor previsto en el ordenamiento español.

Como se ha indicado, el legislador ha optado por incorporar la noción de fuerza mayor prácticamente en los mismos términos del apartado primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE—por remisión al artículo 4.6, apartado segundo, letra ii) de la norma. La letra c) del artículo 11.2 LVC exonera al organizador o el detallista de la obligación de indemnizar los daños cuando el incumplimiento se deba 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

⁷²² Para un análisis de la concepción clásica del caso fortuito procedente del *ius commune*, Giuseppe Ignazio LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale (La responsabilità per custodia)*, Milano, Giuffrè Editore, 1938, págs. 1-63.

⁷²³ Sobre la noción de fuerza mayor en la transposición italiana de la Directiva 90/314/CEE, Marina DEMARCHI, "La Direttiva n. 314/90, del 13 giugno 1990, sui viaggi e vacanze "tutto compreso" e la recezione nel nostro ordinamento mediante il D.G.L. 17 marzo 1995, n.111", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (a cura di), *I contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, 11-38, págs. 36-37.

⁷²⁴ Por su lado, las implementaciones inglesa e irlandesa incorporan la fuerza mayor definida en el apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE en los mismos términos que la norma comunitaria. Vide el inciso (i) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992; para su comentario, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 240-250; por lo que se refiere a la regulación irlandesa, véase la *Section 20(2) (c) (i)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa; para su comentario, BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, cit., págs. 54-55.

la diligencia debida".⁷²⁵ Sin duda, tal expresión contrasta con el tenor literal de artículo 1105 del Código civil, conforme al que "[f]uera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". No obstante, se trata de un contraste que conviene relativizar. En efecto, aunque tradicionalmente se ha hecho una interpretación culpabilista de los elementos definitorios del caso fortuito —delimitando las notas de previsibilidad o evitabilidad conforme a la diligencia exigible al deudor (cfr. art. 1104 CC)⁷²⁶—, la doctrina moderna ha añadido el requisito de la "extraneidad" al suceso exoneratorio contenido en este precepto, refiriendo la conducta del deudor de prever o evitar con la diligencia debida a una causa materialmente ajena a su ámbito o marco de control.⁷²⁷ De modo que, concebida la fuerza mayor en estos términos, la misma coincide sustancialmente con la causa de exoneración prevista en la letra c) del artículo 11.2 LVC.

Con todo, la letra c) del artículo 11.2 LVC delimita el supuesto exoneratorio por medio de unos elementos definitorios en parte distintos a los de la regulación general (art. 1105 CC), por lo que resulta indispensable hacer una mención a cada uno de ellos.

1.º La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por una circunstancia ajena al ámbito de control del organizador o detallista ("circunstancias ajenas a quien las invoca"). Las circunstancias constitutivas de fuerza mayor, conforme a la letra c) del artículo 11.2 LVC, deben ser "ajenas a quien las invoca", esto es, a la esfera de control del organizador o detallista para exonerarles de responsabilidad contractual, en línea con la doctrina que se acaba de mencionar (cfr. art. 1105 CC). La regulación no apunta con base a qué debe delimitarse el carácter ajeno de la circunstancia que permite la exoneración de organizadores y detallistas. En un principio podría parecer que el

⁷²⁵ La distinción entre las expresiones "pese a toda la diligencia empleada" (inciso ii del art. 4.6.2 Directiva 90/314/CEE) y "a pesar de haber actuado con la diligencia debida" (art. 11.2 LVC, letra c) no parece que conlleve ninguna diferencia semántica.

⁷²⁶ Hace referencia a esta concepción, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (1105 CC)*, cit., págs. 636-638.

⁷²⁷ Así, BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pág. 415; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 588-590.

contrato de viaje se convierte en la única fuente de distribución de los riesgos asumidos por estos últimos.⁷²⁸ No obstante, el apartado cuarto del artículo 11 LVC prohíbe la exclusión o limitación de responsabilidad del organizador o detallista en términos más amplios de los permitidos por los apartados 1 y 2 de este artículo, los cuales incluyen la causa de exoneración de fuerza mayor de la letra c) del apartado segundo. Por este motivo, más bien cabe admitir que el carácter ajeno del suceso exoneratorio se determinará objetivamente, según la naturaleza de la prestación y el objeto del contrato;⁷²⁹ en cuyo caso la actuación del organizador con la diligencia debida en orden a su previsión y evitación de sus consecuencias va a permitir la exoneración de responsabilidad prevista por la letra c) del artículo 11.2 LVC.⁷³⁰ En definitiva, el carácter imperativo con que se impone la "extraneidad" de la fuerza mayor con el fin de proteger el derecho de crédito del consumidor de viajes tiene preferencia a lo previsto en el contrato.⁷³¹ En caso contrario, mantener que únicamente es imperativo el carácter ajeno de la circunstancia de exoneración, pero que tal "extraneidad" pudiera ser delimitada exclusivamente por el contrato, equivaldría a dejar sin efectos la prohibición del apartado cuarto del artículo 11 LVC por lo que se refiere a la causa de fuerza mayor (letra c) del art. 11.2 LVC). Por ello, el contrato de viaje tan sólo podrá incluir cláusulas que ejemplifiquen los eventos liberatorios que ya lo sean con arreglo al criterio legal de responsabilidad, esto es, que objetivamente sean externos al ámbito de control del organizador y detallista (p.ej. el llamado *factum principis*, conflictos laborales, sucesos meteorológicos, conflictos bélicos); sin perjuicio que el organizador o

⁷²⁸ Con relación a la causa de exoneración prevista en el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, SALVADOR CODERCH, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)* (art. 79), cit., 635-656, págs. 636-637, afirma que existirá responsabilidad por incumplimiento siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que queda bajo el dominio del deudor según el contrato.

⁷²⁹ En general, delimita la "extraneidad" del suceso exoneratorio en estos términos, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 210.

⁷³⁰ A partir de este criterio, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 203, se refiere al supuesto de un accidente casual ocurrido en el traslado del aeropuerto al hotel como suceso ajeno al organizador que lo invoca.

⁷³¹ Cosa distinta es que la cláusulas pueden delimitar el propio contenido del contrato de viaje, es decir, el ámbito de lo debido, sin el límite de validez del apartado cuarto del artículo 11 LVC. *Infra* § II.4.3 D) c).

detallista asuman la responsabilidad resultante del incumplimiento contractual provocado por alguna o todas estas circunstancias (cfr. art. 11.4 LVC).⁷³²

2.º *Tiene que tratarse de una circunstancia en sí anormal e imprevisible.* Mientras que la anormalidad parece hacer referencia a la frecuencia objetiva, según estadísticas, de la circunstancia exoneratoria descrita por el artículo 11.2 LVC, letra c), su carácter imprevisible debe ser delimitado de acuerdo con los criterios de diligencia exigible.⁷³³ Ello tendrá lugar del mismo modo que la doctrina general tradicionalmente ha interpretado en términos de culpa las notas del caso fortuito (art. 1105 CC), aunque en esta ocasión ello tendrá lugar con respecto a una circunstancia ajena al ámbito de control del organizador o el detallista.

Así, la imprevisibilidad significa que el organizador o el detallista no pueden prever la causa materialmente ajena a su ámbito de control provocadora de la falta de cumplimiento, de acuerdo con la diligencia correspondiente a un profesional en la organización y venta de viajes combinados, y atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (cfr. art. 1104.1 CC).⁷³⁴ De acuerdo con estos parámetros, no cabe concebir una previsibilidad ilimitada del suceso exoneratorio.⁷³⁵ En particular, se tendrá en cuenta el grado de conocimiento de que se dispone en el país de destino del viaje para llegar a predecir la circunstancia de que se trate (p.ej. tormentas tropicales).⁷³⁶

⁷³² Sobre la admisión de las cláusulas contractuales de agravación de responsabilidad del organizador y el detallista, infra § II.4.3.

⁷³³ SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69, reconoce que resulta difícil imaginar una circunstancia normal e imprevisible, pero el autor señala que ella tendría lugar de producirse un terremoto en el lugar donde se ubica el centro Disneyland (Francia).

⁷³⁴ El suceso no es "en sí mismo imprevisible", como establece literalmente el artículo 11.2 LVC, letra c), sino que su carácter imprevisible es relativo, al depender del tiempo y lugar en que se produce, así como del modelo de conducta que lo define. Para el Derecho francés, CHABAS, *Force Majeure*, Encyclopédie DALLOZ, cit., págs. 4-6.

⁷³⁵ En términos parecidos, GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 242, pone de manifiesto que la nota de imprevisibilidad ("unforeseeable") del inciso (i) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, resulta por sí misma ilimitada, a menos que se le atribuya un significado más restringido, en términos de previsibilidad razonable (*reasonable foreseeable*).

⁷³⁶ En el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69.

Además, la imprevisibilidad deberá tener lugar en el momento de conclusión del contrato de viaje.⁷³⁷ Con relación al suceso exoneratorio (art. 1105 CC) acaecido en una relación obligatoria duradera, se haya afirmado que la previsibilidad se predica del mismo modo de todo momento posterior al contrato.⁷³⁸ No obstante, tal extensión del deber de previsión de la circunstancia exoneratoria no parece aplicable al suceso exoneratorio previsto en el artículo 11.2 LVC, letra c). En esta ocasión la imprevisibilidad de la causa de fuerza mayor también debe delimitarse exclusivamente según los riesgos implícitamente asumidos al tiempo de contratar.⁷³⁹ Únicamente si se exige al organizador o detallista un sacrificio económico conforme a los riesgos asumidos al contratar se les permite llevar a cabo un cálculo racional de las consecuencias por las que deberán responder en caso de incumplimiento. Además, es entonces cuando la medida de indemnización de daños se adecua a la particular función —siempre económica— de las prestaciones contractuales, y se asignan al consumidor del viaje los riesgos atípicos, especiales o conocidos exclusivamente por éste (información asimétrica).⁷⁴⁰ De modo que la causa exoneratoria prevista en el artículo 11.2 LVC, letra c) tiene aplicación aun cuando las circunstancias se revelen

⁷³⁷ En el mismo sentido, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., pág. 329; DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., pág. 252, quien añade que debe tratarse de un suceso posterior a la constitución de la obligación, pues si es anterior el contrato puede y debe ser prevista por una agencia de viajes que actúa con la diligencia que establece el artículo 1104 CC.

⁷³⁸ Así, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105)*, cit., pág. 660, señala: "[h]ay sucesos que son imprevisibles al contratar, pero que posteriormente se revelan como previsibles. Aun no siéndole exigible su previsión al contratar, al deudor que gestiona intereses del acreedor se le pueden cargar, de acuerdo a su modelo de conducta, con el deber de prever un suceso y actuar en consecuencia: la diligencia es exigible «según circunstancias de personas, tiempo y lugar» (art. 1104)".

⁷³⁹ CHABAS, *Force Majeure*, cit., págs. 6-7, destaca que la tendencia actual en la doctrina y jurisprudencia francesas es la de tener en cuenta la imprevisibilidad del suceso en el momento de concluir el contrato; véase también, Patrice JOURDAIN, *Responsabilité civile*, RTD civ., núm. 4, 1994, 865-877, págs. 872-873.

⁷⁴⁰ En la doctrina española, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., págs. 1065-1068, con relación a los elementos definatorios del caso fortuito (art. 1105 CC), afirma que "parece perfectamente lógico que, si la previsibilidad relevante para la determinación del *quantum respondatur* es la previsibilidad al tiempo de contratar (art. 1107.I CC), lo mismo suceda en el ámbito del *an respondatur*: para la determinación de los sucesos causantes del incumplimiento, de los que el deudor debe responder". En el Derecho italiano, vide Carlo ROSSELLO, *Il danno evitabile (La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza)*, Padova, CEDAM, 1990, págs. 22-25.

como previsibles con posterioridad a la conclusión del contrato.

3.º *Y ha de ser una circunstancia inevitable en sus consecuencias, a pesar de haber empleado la diligencia debida.* Conforme al artículo 11.2 LVC, letra c), una vez ocurrida la circunstancia, el organizador o detallista sólo se exonerarán de responsabilidad si utilizan todos los medios con el fin de evitar sus consecuencia, de acuerdo con la diligencia debida.

En la mayoría de casos, dicha inevitabilidad irá unida a la imprevisibilidad de la circunstancia, ya que una circunstancia que se presenta durante el viaje combinado generalmente es inevitable para el organizador o detallista por ser imprevisible;⁷⁴¹ pero eso no quiere decir que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento se convierta en un mero presupuesto lógico de su inevitabilidad, puesto que el carácter imprevisible de la circunstancia constituye un requisito autónomo de la causa de exoneración,⁷⁴² como también ha sido apuntado por una parte de doctrina con relación al suceso exoneratorio (art. 1105 CC).⁷⁴³ Por ello, puede que el organizador o detallista no se exoneren de responsabilidad por concurrir una circunstancia ajena a su ámbito de control que, aun siendo imprevisible, resulte evitable en sus consecuencias.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ Así DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 249-253.

⁷⁴² En el mismo sentido, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, cit., págs. 328-330.

⁷⁴³ Aunque la descripción del suceso exoneratorio contenida en el artículo 1105 del Código civil ("aquellos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables") parece como si configurara la imprevisibilidad del suceso como un mero presupuesto lógico de su inevitabilidad —si el suceso no es previsible, lógicamente tampoco va a ser evitable—, algunos autores se muestran partidarios de mantener separados ambos requisitos (vide Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I (*Parte General. Teoría general del contrato*), 3.ª ed., Barcelona, J.M.Bosch, 1994, págs. 181-184; y CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., pág. 662.

⁷⁴⁴ Ese parece ser el caso de la sentencia francesa de la *Cour de cassation (Iere. Civ.)*, de 8 de diciembre de 1998, extractada por Jérôme Franck, REDC, 1999, pág.85. En ese caso una empresa cancela un viaje a Marruecos organizado para sus empleados con motivo de la agravación de la crisis del Golfo Pérsico. Frente a la pretensión de la empresa de no soportar indemnización de daños y perjuicios por no haber actuado con negligencia, la *Cour de cassation* expresa lo siguiente: "[c]ette rupture unilatérale ne pouvait être assimilée à un cas de force majeure car d'une part, la circonstance invoquée n'était pas insurmontable et, d'autre part, le Maroc ne faisait pas partie des lieux à risque d'attentat selon le Ministère français des Affaires Etrangères".

Parte de la doctrina refiere el elemento de la inevitabilidad del suceso exoneratorio no solamente al mismo sino también a sus consecuencias (cfr. art. 1105 CC);⁷⁴⁵ mientras que, conforme al artículo 11.2 LVC, letra c), únicamente una vez acaecida la circunstancia ajena al ámbito de control del organizador o detallista, éstos deberán evitar sus consecuencias de acuerdo con la diligencia debida. En particular, el organizador deberá procurar que no se produzcan los daños que pueden tener lugar en ocasión de la sustitución del viaje, en los supuestos de resolución del contrato o cancelación (art. 9.1 LVC); ni aquellos daños que puedan surgir a raíz de la adopción de las soluciones adecuadas para su continuación (art. 10.1 LVC) o del regreso al lugar de salida (art. 10.2 LVC), en los casos de no prestación de servicios que tengan lugar como consecuencia de la circunstancia exoneratoria.

Como es sabido, la inevitabilidad de la circunstancia de exoneración también se valorará conforme a la diligencia exigible ("a pesar de haber actuado con la diligencia debida"). Por consiguiente, sólo serán inevitables aquellas consecuencias que no se hayan podido evitar según la diligencia que corresponda a un profesional en la organización y venta de viajes combinados, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104.1 CC). En este caso la diligencia admisible parece que puede delimitarse conforme a la fórmula *Learned Hand* del análisis económico del Derecho: las medidas en orden a evitar las consecuencias del suceso no serán exigibles conforme a la diligencia debida si su coste es superior a su beneficio en términos de prevención de daños (p.ej. coste de la sustitución del hotel superior a los daños ocasionados al consumidor por la circunstancia exoneratoria).⁷⁴⁶ La prueba por parte de organizador o detallista de la falta de información acerca de la circunstancia de exoneración (p.ej. no información del

⁷⁴⁵ Con relación al suceso exoneratorio (art. 1105 CC), CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., pág. 660, afirma que "[e]l deudor responde si el suceso era evitable, aunque no sus efectos. Y a la inversa, responde igualmente si el suceso era inevitable, pero pudieron evitarse o disminuirse sus efectos".

⁷⁴⁶ Véase la justificación económica de esta causa exoneratoria en Richard A. POSNER/Andrew M. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis*, J. Leg. Stud. 6 (1977), págs. 83-118; a favor de introducir esta fórmula con relación a la inevitabilidad definitiva del caso fortuito (art. 1105 CC), PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1068.

consulado o de la oficina de turismo del país de destino del viaje) no será suficiente para exonerarlos de responsabilidad *ex* artículo 11.2 LVC, letra c).⁷⁴⁷

La letra c) del artículo 11.2 LVC prevé la "extraneidad" e imprevisibilidad de la circunstancia de exoneración, y la inevitabilidad de sus consecuencias de modo cumulativo. El organizador o detallista únicamente podrán exonerarse de responsabilidad si concurren todas las notas previstas por este precepto. Así, esta regulación se aparta de una tendencia a dar un mayor valor a la inevitabilidad del suceso exoneratorio. Ello ha sido mantenido por una parte de la doctrina en la interpretación de la regulación española del caso fortuito (art. 1105 CC),⁷⁴⁸ en la doctrina de otros países,⁷⁴⁹ e incluso lo prevén algunos convenios internacionales.⁷⁵⁰ Esa circunstancia significará que la causa de exoneración de la letra c) del artículo 11.2 LVC tenga una aplicación bastante limitada. Así lo ha puesto de relieve tanto la jurisprudencia alemana,⁷⁵¹ como la doctrina más reciente en ocasión de la implementación del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE en los Estados miembros.⁷⁵²

⁷⁴⁷ SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69, interpreta en estos términos el inciso i) de la letra c) del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE.

⁷⁴⁸ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., pág. 660, interpreta que las notas del suceso exoneratorio (art. 1105 CC) deben darse cumulativamente; en cambio, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 217-218, se limita a señalar que la imprevisibilidad no basta por sí sola para determinar la inimputabilidad del evento impeditivo al deudor.

⁷⁴⁹ En el Derecho francés, SÉRIAUX, *Droit des obligations*, cit., págs. 223-224, también da mayor relieve a la inevitabilidad de la fuerza mayor (*force majeure*) del artículo 1148 del *Code civile*. La sentencia de la *Cour de cassation*, de 9 de marzo de 1994 (RTD civ. 1994, núm.5, pág. 871) declara que la verdadera condición de la fuerza mayor es la insuperabilidad del acontecimiento. También se muestran favorables a este criterio, Paul-Henri ANTONMATTEI, *Ouragan sur la force majeure*, JCP, núm. 7, 1996, 83-84, pág. 84; y JOURDAIN, *Responsabilité civile*, cit., págs. 871-872.

⁷⁵⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 20 CVA.

⁷⁵¹ En Alemania, el incendio en un crucero por el Nilo (sentencia BGH, Urt.12.3.1987, NJW 1987, pág. 1988), o la intoxicación en la comida ofrecida en el hotel no constituyen supuestos de fuerza mayor imprevisible a los efectos de facultar la resolución del contrato (§ 651 j Abs.1 BGB) (véase FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 494).

⁷⁵² También la concibe de un modo más bien restrictivo GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., pág. 126, quien con relación al inciso (i) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992, quien afirma: "[a]part from acts of God such as earthquakes and hurricanes and sudden outbreaks of war or civil unrest this exception will not be available to the organiser" ("a parte de los actos de Dios tales como los terremotos, huracanes y estallidos repentinos de guerras o disturbios civiles esta excepción no será disponible para el organizador"); igualmente, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69.

(ii) Supuestos

Aunque la letra c) del artículo 11.2 LVC no contiene una lista cerrada de supuestos que puedan considerarse exoneratorios —tampoco los prevé el párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE—, a continuación se examinan algunos casos en los que podrá plantearse la exoneración prevista en estos preceptos.

1. *Decisiones de la Administración pública. El llamado "factum principis"*. Está claro que en ocasiones los actos o decisiones de las Administraciones públicas o, en general, de los poderes públicos (actos de la autoridad), pueden ser motivo de incumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista asumidas en el contrato (p.ej. prohibición de entrada en un país de paso o de destino del viaje combinado).⁷⁵³ En estos casos el consumidor del viaje, además, puede sufrir daños como consecuencia de dicho incumplimiento (p.ej. pérdida de las vacaciones). Esta situación habitualmente podrá ser calificada como circunstancia ajena al ámbito de control del organizador o detallista, anormal e imprevisible, e inevitable en sus consecuencias, en cuyo caso el organizador o detallista se exonerarán de responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC, letra c).⁷⁵⁴

Con todo, dicha exoneración no procederá cuando la circunstancia que provoca el incumplimiento pueda ser prevista por el organizador o el detallista, de acuerdo con la diligencia exigible.⁷⁵⁵ Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando resulte previsible para éstos que la Administración prohíba el acceso a las

⁷⁵³ Sobre el llamado *factum principis* como uno de los supuestos del caso fortuito (art. 1105 CC), DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 591-592.

⁷⁵⁴ En el comentario al artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, SALVADOR CODERCH, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, cit., 635-656, pág. 646, señala que las intervenciones estatales o administrativas que impiden el cumplimiento de estos contratos tienen, normalmente, el carácter de impedimentos ajenos a la voluntad del deudor si éste adoptó las medidas exigibles, según la buena fe, para evitarlas o paliar sus efectos.

⁷⁵⁵ Vide la condición general de viajes número 14 (*Pass-, Visa und Gesundheitsvorschriften*) de las ARB 1997 alemanas.

playas del lugar de destino del viaje, por no tener el agua del mar las condiciones de salubridad requeridas para el baño, de acuerdo con la información de que disponen.⁷⁵⁶ Entonces, estos sujetos deberán responder por los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de no tener acceso a las playas.

Además, con la regulación del contrato de viaje combinado se deberían limitar notablemente las posibilidades de aplicación de esta circunstancia de exoneración. En la medida que los apartados segundo y tercero del artículo 2 LVC no exigen al organizador ni al detallista la condición de agencia de viajes,⁷⁵⁷ de *lege ferenda* la revocación del título-licencia por parte de la autoridad administrativa competente no debería ser considerada como impeditiva del cumplimiento del contrato de viaje; y en ningún caso este acto administrativo debería exonerar al organizador o el detallista de viajes combinados de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor que sean consecuencia del incumplimiento del contrato.⁷⁵⁸

2. *Conflictos laborales* (huelga, cierre patronal). No parece que haya inconveniente en considerar los conflictos laborales como circunstancias de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista, de acuerdo con las previsiones de la letra c) del artículo 11.2 LVC. Ello tendrá lugar si tales conflictos pueden reputarse, en su génesis y evolución, como ajenos al ámbito de control del organizador o detallista (vgr. huelga general o de un determinado sector económico) (art. 11.2 LVC, letra c); mientras que otra forma de huelga en la empresa de estos últimos o de los prestadores de los servicios del viaje que no reúna la nota de la "extraneidad" no causará dicha exoneración.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Por contra, en el Derecho alemán, FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 494, califica este supuesto como exoneratorio; idénticamente, sobre el cierre de playas en el lugar de destino provocado por plagas de algas, BETHÄUSER, *Reiserecht und Umweltprobleme—Eine systematische Darstellung der Rechtprechung*, cit., págs. 442-443. Aun así, téngase en cuenta que en ese ordenamiento sólo se exige a la fuerza mayor el carácter ajeno del acontecimiento, e inevitable para el organizador conforme a la diligencia debida.

⁷⁵⁷ *Supra* § I.2.2 A).

⁷⁵⁸ Pese a que la Disposición adicional primera prescriba que "[e]l incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley por parte de los organizadores o detallistas de viajes combinados será sancionado de conformidad con la legislación vigente [...]", su aplicación a aquéllos que además tengan la condición de agencia de viajes no debería afectar para nada el régimen de responsabilidad contractual previsto en el artículo 11 LVC.

⁷⁵⁹ Con relación a la aplicación del suceso exoneratorio (art. 1105 CC) a los supuestos de huelga, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., pág. 649; en términos similares, PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1069. Lo mismo se ha afirmado con respecto al contrato de viaje, en la doctrina española, por parte de GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 205, aunque la autora no refiere los supuestos de huelga a la circunstancia exoneratoria de

Verificada esta circunstancia, la regulación del contrato de viaje además requiere examinar hasta qué punto la huelga resulta previsible para el organizador o detallista. En este sentido, con relación al suceso exoneratorio (art. 1105 CC) se ha afirmado que sólo podrán ser de exoneración aquellas huelgas absolutamente inesperadas, sin que en ningún caso lo puedan ser las primaverales que coincidan con la aprobación de convenios colectivos.⁷⁶⁰

Por último, para la exoneración de responsabilidad del organizador o detallista las consecuencias de la huelga deberán resultar inevitables, conforme a la diligencia debida (letra c) del art. 11.2 LVC). Por este motivo, deberá tenerse en cuenta si la huelga afecta a toda la industria de los viajes combinados, el grado de influencia que tengan el organizador o el detallista en la misma, esto es, la competencia en ese mercado, así como el origen del conflicto y su participación en el mismo.⁷⁶¹ En principio no exonerarán al organizador de responsabilidad aquellos conflictos que afecten a algunos pero no a todos los proveedores de los servicios del viaje (p.ej. huelga de trabajadores de una empresa transportista determinada), puesto que entonces el organizador aún puede utilizar auxiliares en el cumplimiento del contrato; mientras que podrá resultar exoneratoria aquella huelga que paralice al único proveedor disponible. En todo caso, el hecho de evitar los daños sufridos por el consumidor (vgr. coste de la resolución del conflicto laboral) no puede resultar desproporcionado para el organizador, detallista o prestador de los servicios. Por eso las huelgas generales van a ser consideradas como inevitables a los efectos de la aplicación de la causa de exoneración (art.11.2 LVC, letra c).

la letra c) del artículo 11.2 LVC sino de la letra d) del mismo precepto. Para el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 267-268.

⁷⁶⁰ Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 594-595.

⁷⁶¹ En estos términos, con relación al suceso exoneratorio previsto en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, vide SALVADOR CODERCH, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena) (art. 79)*, cit., 635-656, pág. 644.

3. *Sucesos meteorológicos.* También los fenómenos o eventos naturales (p.ej. inundaciones, terremotos, huracanes, aludes de nieve) pueden motivar un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el organizador o el detallista, a consecuencia del cual el consumidor del viaje sufra daños (p.ej. la no continuación del viaje como consecuencia de un huracán origina una pérdida de vacaciones).

Sin duda, estos sucesos pueden ser invocados por el organizador o el detallista como circunstancias ajenas con el objeto de exonerarse de responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC, letra c).⁷⁶² Mas los sucesos meteorológicos tampoco pueden ser considerados por sí mismos como causa de exoneración en todos los casos. Para ello también debe valorarse la capacidad de previsión de tales hechos en el lugar en que los servicios del viaje deban ejecutarse, dentro de los márgenes estadísticos o de la frecuencia de estos sucesos;⁷⁶³ así como si los fenómenos o eventos naturales son inevitables en sus consecuencias a pesar de haber empleado el organizador o el detallista la diligencia debida (art. 11.2 LVC, letra c).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995,⁷⁶⁴ se refiere a una controversia surgida en torno a un contrato para la realización de un viaje al Valle de Arán, cuando "debido a una copiosa nevada la comunicación por carretera entre Andorra y Viella quedó cortada" y los consumidores tuvieron que pernoctar en un hotel distinto al convenido. En estas circunstancias, se dejaron de prestar algunos de los servicios del viaje y la guía informó a los consumidores que el equipaje les sería remitido al lugar de salida. Por este motivo, éstos tuvieron que abonar nuevamente el almuerzo de la mañana siguiente y el billete de avión de regreso, y regresar al lugar de inicio del viaje. Transcurrido aproximadamente un mes, "la agencia de viajes avisó a los consumidores que podían pasar a recoger el equipaje que había quedado en el hotel, recibiendo la maleta total y absolutamente vacía de equipaje". Ante la

⁷⁶² En el Derecho alemán, la climatología o la cantidad de nieve en el país de destino del viaje son riesgos que normalmente deberá soportar el consumidor del viaje por pertenecer al llamado riesgo general de la vida del viajero (*allgemeinen Lebensrisiko des Reisenden*). (vide FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 494).

⁷⁶³ La nota de la imprevisibilidad también es puesta de manifiesto por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 595-596, con relación a los fenómenos y eventos naturales como supuestos del caso fortuito (art. 1105 CC).

⁷⁶⁴ SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núms. 628-639, 1997, págs. 1140-1143.

reclamación del importe correspondiente a los servicios de almuerzo y avión de regreso, así como de una indemnización derivada de la pérdida del equipaje, la Audiencia Provincial declara:

"[...]para el triunfo de la pretensión eran suficientes los razonamientos contenidos en la resolución atacada de la responsabilidad de las agencias de viajes expuestas y definidas reglamentariamente, que entre otras impone a la agencia proporcionar a su cliente, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen y a devolver las cantidades que proporcionalmente correspondan (art. 33 del RAV),⁷⁶⁵ cuando por causas de fuerza mayor se viera obligado a no poder facilitar a sus clientes la totalidad de los servicios contratados y tales causas sobrevinieran después el iniciado el viaje (*sic*)".

Y con relación a la indemnización de daños por pérdida del equipaje la Audiencia Provincial añade:

"[...] ya que la misma [la responsabilidad de la agencia de viajes] deriva del contrato concertado con los demandantes que le obligaba a procurar al cliente el regreso hasta el punto de origen, obligación que naturalmente comprende la de reintegro del íntegro equipaje que, debido a fuerza mayor, quedó en el establecimiento hotelero, o cuando menos acreditar suficientemente en autos que la pérdida o sustracción del mismo lo fue sin culpa o negligencia por su parte, en vez de declinar toda responsabilidad hacia el establecimiento y empresa transportista a la que encargó directamente la recuperación y traslado del mismo a su punto de origen para entrega a sus clientes: por lo que procederá confirmar íntegramente la sentencia de instancia [condena al pago de la suma total de 280.000 pesetas reclamadas por los demandantes]".

Aunque con base en la regulación administrativa balear de la actividad de las agencias de viajes, los razonamientos de la sentencia igualmente parecen

⁷⁶⁵ Según el artículo 33.2 del Decreto balear 9/1988, de 11 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes* (BOIB núm. 25, de 27 de febrero), en vigor en el momento de producirse los hechos juzgados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, "[s]i tales causas [imposibilidad de prestar los servicios del viaje por razones no imputables a la agencia, no alcance del número suficiente de inscripciones o fuerza mayor] sobrevienen después de iniciado el viaje, la Agencia vendrá obligada a proporcionar a su cliente, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen y a devolver las cantidades que proporcionalmente correspondan". Esa norma ha sido derogada por el Decreto balear 43/1995, de 6 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes* (BOIB núm. 61, de 13 de mayo), sustituido posteriormente por el Decreto 60/1997, de 7 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes* (BOIB núm. 63, de 24 de mayo).

defendibles a la luz de la regulación del contrato de viaje combinado. Con arreglo a la misma, la no prestación de servicios provocada por la intensidad de la nevada acaecida en el transcurso del viaje puede cualificarse, en términos generales, como una circunstancia de fuerza mayor que exonera de responsabilidad al organizador y detallista (letra c) del art. 11.2 LVC). No obstante, cabe admitir dos observaciones realizadas por la sentencia. La primera, que tal exoneración no exime al organizador de la obligación de facilitar al consumidor, en su caso, un transporte de regreso (cfr. art. 10.2 LVC); y la segunda, que puede que aquellos no se exoneren de responsabilidad contractual cuando, como ocurre en este caso respecto a los daños por pérdida del equipaje, las consecuencias del suceso exoneratorio habrían podido evitarse de haber actuado con la diligencia debida (cfr. art. 11.2 LVC, letra c).

Con todo, en ocasiones la apreciación de la concurrencia de los elementos de la circunstancia exoneratoria de la letra c) del artículo 11.2 LVC frente a sucesos meteorológicos puede resultar controvertida. Así, probado que la estación de esquí contratada se encontró cerrada por falta de nieve en el transcurso de un viaje a los Alpes franceses, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de septiembre de 1998,⁷⁶⁶ declara la responsabilidad del organizador del viaje con base en las siguientes consideraciones:

"[l]a demandada sólo cumplió parcialmente sus obligaciones contractuales, pues a tenor de las condiciones generales predispuestas por ella misma para este tipo de viajes, no informó a los viajeros sobre el estado en que se encontraba la estación de esquí francesa, donde el día 26 de diciembre debían llegar, permitiendo que aquéllos desembolsaren las cantidades pendientes de pago los días inmediatamente anteriores a la salida del viaje".

"[e]n efecto, durante los días 19 a 26 de diciembre de 1994, la estación de «los siete lagos» estuvo cerrada por falta de nieve. Esta circunstancia tenía obligación de conocerla la organizadora del viaje, y de este modo proceder, tal y como señalan las condiciones generales antedichas, a la anulación de los gastos que fueron satisfechos finalmente por las demandantes".

"[c]omo quiera que el día de llegada de los viajeros a la estación de esquí correspondiente se procedió, al menos, a una apertura parcial de la estación y además

⁷⁶⁶ SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658.

se les ofreció, por parte de los prestatarios del servicio, la alternativa de desplazarse a otra estación próxima, en la que la nieve se encontraba en mejores condiciones, no debe entenderse, a juicio de la Sala, que el incumplimiento de la demandante fuera completo, puesto que los referidos viajeros pudieron disfrutar (aunque limitadamente) de aquel deporte de invierno, sino también del resto de las instalaciones y servicios que en cualquier estación de esquí se ofrecen".

Esa sentencia parece excesivamente rigurosa cuando obliga a la organizadora a indemnizar los daños ocasionados por el incumplimiento contractual (25.000 pesetas por consumidor) a los consumidores del viaje. En primer lugar, la falta de cumplimiento del contrato de viaje es provocada, en esta ocasión, por una circunstancia ajena al ámbito de control del organizador, cual es la falta de nieve en la estación de esquí; y no por el cierre del establecimiento en sí mismo considerado, que objetivamente, según la naturaleza de la prestación y el objetivo del contrato, excluiría el carácter ajeno de la circunstancia exoneratoria. En segundo lugar, resulta poco plausible la asunción por parte del organizador de la obligación de informar a los consumidores acerca del estado de la estación de esquí —la sentencia apunta esta posibilidad sin transcribir las cláusulas contractuales correspondientes—, si se tiene en cuenta la práctica contractual más habitual en este tipo de viajes; ni siquiera la nueva regulación del contrato de viaje combinado exige la inclusión de tal información en el programa y oferta de viaje (art. 3 LVC), ni en el contenido del contrato (art. 4 LVC), ni la misma figura entre la información sobre el viaje combinado que los detallistas o, en su caso, los organizadores, deberán facilitar a los consumidores con el tiempo necesario antes del inicio del viaje (art. 6 LVC). Aunque distinto sería si el organizador del viaje hubiera asumido en las condiciones generales del contrato la obligación de garantizar una práctica de esquí satisfactoria, con independencia de las condiciones climáticas de la zona. Pero la sentencia tampoco señala que en el presente caso el organizador haya convenido tal obligación con los consumidores.⁷⁶⁷ En tercer lugar, la Audiencia Provincial de Castellón señala, sin más, que la organizadora del viaje demandada tenía la obligación de conocer el cierre de la estación de esquí. Aun así, es discutible que la previsión de la circunstancia que provoca el cierre sea exigible al

⁷⁶⁷ En el Derecho alemán, Wolfgang NETTESHEIM, *Reiserechtliche Aspekte schneearmer Winter*, DAR 4 (1992), págs. 136-140, se muestra partidario de aplicar los derechos del viajero previstos en la regulación del contrato de viaje —incluida la indemnización de daños y perjuicios (§§ 651 c - I BGB)— cuando el folleto o programa de viaje facilitado por el organizador contiene información acerca de las características de la nieve en la estación de esquí.

organizador, de acuerdo a la diligencia de un buen profesional del sector, la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 1104 CC). Téngase en cuenta el carácter excepcional que la falta de nieve en la estación de esquí puede significar para el organizador, tanto por la época (llegada a la estación de esquí el día 26 de diciembre) como por el lugar (Alpes franceses) en que se produce. Y en cuarto lugar, parece que el organizador del viaje ha empleado la diligencia debida en orden a evitar las consecuencias de la falta de nieve en la estación de esquí, al ofrecer el traslado de los consumidores a otra estación próxima (cfr. art. 11.2 LVC, letra c). Por todo ello, puede concluirse que la falta de nieve pudiera haber dado pie al tribunal a apreciar, en ese caso, la concurrencia de los elementos de la circunstancia exoneratoria de la letra c) del artículo 11.2 LVC.

b) Acontecimiento imprevisible e insuperable (art. 11.2 LVC, letra d)

(i) Implementación de la causa exoneratoria

Además de la causa de fuerza mayor, el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE exonera de responsabilidad al organizador y/o detallista del viaje cuando los defectos (sic) se deban: "[...] a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestatario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar".

Esta causa de exoneración se aparta de la noción de fuerza mayor presente en la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, contenida en la primera parte del guión tercero del párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, sin que los motivos de su previsión puedan deducirse del procedimiento de elaboración de la norma comunitaria.⁷⁶⁸

Salta a la vista que, en esta ocasión, la causa de exoneración no se fundamenta en el carácter ajeno del acontecimiento con respecto al organizador y/o detallista sino, exclusivamente, en la imprevisibilidad e inevitabilidad de la circunstancia de exoneración, de acuerdo con un modelo de diligencia de referencia.

⁷⁶⁸ Esta causa de exoneración se formula por vez primera en los mismos términos en la Posición común adoptada por el Consejo, el día 22 de febrero de 1990, con vistas a la adopción de la Directiva. Véase el anuncio en DOCE núm. C 66, de 16 de marzo de 1990, pág. 1.

Está claro que dicha causa de exoneración no se corresponde a la noción del suceso exoneratorio propio de la mayoría de ordenamientos de los Estados miembros, los cuales, como se ha dicho, incluyen la "extraneidad" de la circunstancia entre sus elementos definitorios.

Por este motivo, la previsión del acontecimiento imprevisible e insuperable como causa de exoneración sí que va a originar grandes disonancias entre, por un lado, los ordenamientos que acogen tal cual la definición contenida en la norma comunitaria y, por el otro, aquellos que utilizan una noción propia de esta causa de exoneración.

Han sido muy variadas las vías utilizadas por los Estados miembros para la transposición de la norma comunitaria en sus respectivos ordenamientos. En algunos Estados la causa de exoneración ha sido incorporada en el Derecho interno en los mismos términos que la Directiva 90/314/CEE (Holanda, Inglaterra, Irlanda, Suiza);⁷⁶⁹ en otros casos la causa exoneratoria parece recogerse mediante el empleo de la noción del caso fortuito, contrapuesto a la fuerza mayor (Italia);⁷⁷⁰ y, por último, otros Estados miembros no hacen alusión a esta causa de exoneración, sea porque se remiten a la noción unitaria de fuerza mayor y caso fortuito de su ordenamiento interno (Francia),⁷⁷¹ porque no regulan en términos generales las causas de exoneración de la responsabilidad contractual del organizador y/o detallista (Austria)⁷⁷² o, simplemente, porque esta descripción se ofrece negativamente por referencia a la no imputación del

⁷⁶⁹ Vide el inciso (ii) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992; la *Section 20 (2) (c) (ii)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa, aunque en lugar se usa la expresión "the other party to the contract" se refiere directamente al organizador (*organiser*) y detallista (*retailer*); la letra c) del artículo 507.2 BW holandés; y el artículo 15.1 c) PaRG.

⁷⁷⁰ El artículo 17.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, exonera de responsabilidad al organizador (*organizzatore*) y detallista (*venditore*) cuando la no ejecución o ejecución deficiente del contrato es debida a un caso fortuito o de fuerza mayor.

⁷⁷¹ Este parece ser el razonamiento subyacente en el caso francés, al referirse el artículo 23.2 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*, únicamente a la fuerza mayor (*force majeure*).

⁷⁷² Como se ha dicho, es el caso de la regulación austriaca, que sólo prevé las causas de exoneración para los supuestos de incumplimiento total del contrato (§ 31 Abs. 2 Z 2 KSchG).

incumplimiento contractual al organizador de viajes (Alemania).⁷⁷³ La disparidad entre las distintas regulaciones contribuirá a que el párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE añada complejidad al sistema de causas de exoneración con la introducción de otra causa con unos elementos definitorios particulares, salvo que aquellos Estados que no han implementado la norma comunitaria en sus términos literales hagan una interpretación de su ordenamiento conforme a la noción de la directiva.

La transposición de esta causa de exoneración en el ordenamiento español tiene lugar por medio del artículo 11.2 LVC, letra d), que también en este caso incorpora la disposición comunitaria de un modo casi literal. El precepto exonera al organizador y el detallista de la obligación de indemnizar los daños sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento cuando "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". La letra d) del artículo 11.2 LVC se refiere a la previsibilidad y superabilidad del acontecimiento para el detallista o, en su caso, el organizador, mientras que el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE alude al organizador y/o detallista y también incluye al prestatario (sic). De todos modos, esta diferencia no va a plantear ningún problema en la medida que, como se ha visto, el artículo 11.1 LVC hace responder aquellos "con independencia de que éstas [obligaciones derivadas del contrato] las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios".

Aunque ni siquiera se ponga en cuestión la conveniencia de esta causa de exoneración en el procedimiento de elaboración de la regulación española,⁷⁷⁴ su inclusión en la misma no sólo resulta controvertida desde el punto de vista de su relación con la causa de fuerza mayor (art.11.2 LVC, letra c), sino también

⁷⁷³ Recuérdese el empleo de la fórmula causa no imputable ("nicht zu vertreten hat") del § 651 f Abs.1 BGB alemán para designar la exoneración de responsabilidad contractual del organizador. En este ordenamiento dicha expresión también se utiliza en general para designar la causa de la imposibilidad de la prestación liberatoria (§ 275 Abs. 1 BGB). JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 216, se refiere a este último párrafo para señalar que la noción de causa no imputable permite refundir en una sola las expresiones tradicionales de caso fortuito y fuerza mayor que en otro tiempo suscitaban discusiones.

⁷⁷⁴ La misma ya aparece publicada con la misma redacción en la primera versión del Proyecto de Ley, de 6 de febrero de 1995, *reguladora de los viajes combinados* (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, págs. 1-6).

porque, a diferencia de las demás causas de exoneración, en este caso la diligencia aparece formulada como un criterio de no imputación con unos contornos particularmente favorables a la exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista de viajes combinados.

(ii) Relación con la fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c)

Cabe plantearse hasta qué punto el acontecimiento fortuito del artículo 11.2 LVC, letra d) no hubiera podido refundirse con la llamada fuerza mayor (cfr. artículo 11.2 LVC, letra c), en una única causa de exoneración.

No son pocos los autores que sostienen que la distinción establecida por la regulación del contrato de viaje entre ambos supuestos de exoneración se basa en un criterio clásico de caracterización del caso fortuito frente a la fuerza mayor: la esfera en que se sitúa el impedimento imprevisible e inevitable para el cumplimiento. De este modo, cuando el suceso quedase dentro del círculo propio de la obligación o esfera de actividad del organizador o detallista, sólo la aplicación del artículo 11.2 LVC, letra d) les podría exonerar de responsabilidad, con tal que fuese imprevisible e inevitable; mientras que para este caso no resultaría aplicable la causa de fuerza mayor (cfr. artículo 11.2 LVC, letra c), al tener que tratarse en este caso de un suceso "ajeno a quien lo invoca".⁷⁷⁵

Sin embargo, actualmente la doctrina española mayoritaria no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor con relación al suceso inimputable previsto en la regulación general (art. 1105 CC); por lo menos, mantienen esta opinión aquellos autores que han añadido el requisito de la "extraneidad" al suceso exoneratorio contenido en este precepto, refiriendo la conducta del deudor de

⁷⁷⁵ Así, QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, cit., pág. 56; GÓMEZ CALERO, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, cit., pág. 133; y GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 241. E igualmente, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 18-19; y Guillermo ALCOVER GARAU, *La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español*, RDM, núm. 232, 1999, 687-703, págs. 701-702. En la misma línea, el artículo 17.1 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* también distingue entre caso fortuito y fuerza mayor. En el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 268, interpreta en los mismos términos el artículo 15.1 c) PaRG.

prever o evitar con la diligencia debida a una causa materialmente ajena a su ámbito o marco de control;⁷⁷⁶ por lo demás, ello tiene lugar parecidamente a lo que sucede en otros ordenamientos, en donde fuerza mayor y caso fortuito también son tratados como términos sinónimos, aunque las normas únicamente hagan referencia a uno de ellos.⁷⁷⁷ Por lo que no parece que esta diferenciación pueda fundamentar la formulación por separado de las causas de exoneración previstas en las letras c) y d) del artículo 11.2 LVC.

Ello ha sido puesto de relieve por algunas autoras con relación a la regulación española del contrato de viaje; quienes, siguiendo a la doctrina española mayoritaria relativa al suceso exoneratorio (art. 1105 CC), no dudan en hacer una interpretación unitaria de ambas causas de exoneración, y exigir en los dos casos no solamente el carácter imprevisible e inevitable del suceso sino también el carácter externo de la circunstancia que provoca el incumplimiento del contrato de viaje con respecto a la actividad del organizador o el detallista.⁷⁷⁸ Conforme a esta interpretación, el artículo 11.2 LVC, letra d), tampoco establecería un cauce para que el organizador o detallista pudieran exonerarse de responsabilidad contractual en aquellos casos en los que la circunstancia imprevisible y de consecuencias inevitables tuviese lugar dentro de su ámbito de control (cfr. art. 11.2 LVC, letra c).

Nótese que tal solución tendría cabida en el Derecho francés, donde el artículo 23.2 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* parece ser formulado en este sentido, al hacer sólo referencia a la fuerza mayor (*force majeure*) y existir una doctrina que interpreta de un modo unitario el suceso exoneratorio (arts. 1147 y 1148 Code civil), incluyendo la "extraneidad" entre sus elementos definitorios.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ Vide ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit., pág. 176; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., págs. 588-590.

⁷⁷⁷ Para el Derecho italiano, COTTINO, en Francesco CALASSO (*direzione e coordinamento*), *Enciclopedia del Diritto (caso fortuito e forza maggiore)*, cit., págs. 380-381; y para el Derecho francés, SÉRIAUX, *Droit des obligations*, cit., págs. 223-224.

⁷⁷⁸ Véase DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 249-253; y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 201.

⁷⁷⁹ Vide SÉRIAUX, *Droit des obligations*, cit., págs. 223-224.

Aun así, esta opinión tampoco resulta del todo satisfactoria. Ya se ha dicho que no son claros los motivos por los que el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE exonera de responsabilidad al organizador y/o detallista del viaje cuando el incumplimiento se deba a un acontecimiento que los mismos, o el prestador, no podían prever ni superar poniendo toda la diligencia necesaria. Pero en esta ocasión no se exige la "extraneidad" de la circunstancia provocadora del incumplimiento, en contraste con la formulación de la causa de fuerza mayor. Y aunque se haya mantenido que hubiese sido preferible refundir las circunstancias fortuitas de las letras c) y d) del artículo 11.2 LVC,⁷⁸⁰ lo cierto es que su implementación por separado en el Derecho español impide llevar a cabo una interpretación unitaria de ambas causas de exoneración.

De hecho, la "extraneidad" de la circunstancia de exoneración no se exige en todos los casos, como se pone de manifiesto en la misma regulación. En el supuesto previsto en la letra a) del artículo 9.3 LVC, el organizador y detallista se exoneran de la obligación de indemnizar "cuando la cancelación del viaje se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato".⁷⁸¹ En esta ocasión el organizador y el detallista no son responsables contractuales pese a que aquello que provoca el incumplimiento tiene lugar dentro de su ámbito de control, habida cuenta de la naturaleza de la prestación y el objeto del contrato.⁷⁸²

De todo ello se deduce que la diferencia entre la causa de fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c) y el acontecimiento imprevisible e insuperable (art. 11.2 LVC, letra d) únicamente radica en la esfera en que se sitúa la circunstancia

⁷⁸⁰ En estos términos, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 201.

⁷⁸¹ Por el contrario, en el Derecho alemán esta vicisitud no se considera un supuesto de resolución del contrato por causa de fuerza mayor (§ 651 j Abs.1 BGB), por ser un riesgo perteneciente a la empresa del organizador de viajes (vide FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 494).

⁷⁸² Con relación al antecedente inmediato de este precepto, la letra i) del apartado segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE, AURIOLÉS MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, cit., pág. 856, afirma: "[...] no se comprende la posición adoptada por la Directiva haciendo recaer sobre el consumidor el riesgo derivado de una circunstancia —número insuficiente de inscripciones— que pertenece a la esfera de actuaciones del propio organizador del viaje [...]".

exoneratoria: mientras que en el primer caso la circunstancia será externa al ámbito de control del organizador o detallista, en el segundo el mismo tendrá lugar dentro de este ámbito.

Por el contrario, las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad deben ser interpretadas en unos términos muy similares en ambas causas de exoneración (supra § II.4.2 C) a) (i)), aunque se aprecien algunas diferencias en su redacción. Ciertamente, únicamente la descripción de la causa de fuerza mayor (art. 11.2 LVC, letra c), la imprevisibilidad del acontecimiento se relaciona expresamente con la diligencia exigible al detallista o, en su caso, al organizador; aunque ya se ha dicho que la misma también debe utilizarse para valorar el elemento de imprevisibilidad de la causa exoneratoria de fuerza mayor; tampoco parece que deba distinguirse entre las nociones de inevitabilidad (art. 11.2, letra c) e insuperabilidad (art. 11.2, letra d) contempladas, respectivamente, por cada una de ambas causas de exoneración,⁷⁸³ y la omisión de la letra d) del artículo 11.2 LVC en cuanto a la conducta del prestador directo del servicio no debe permitir la exoneración de responsabilidad del organizador en el caso de circunstancias imprevisibles e insuperables para éste, pero no para el prestador directo del servicio (cfr. párrafo tercero del art. 5.2 Directiva 90/314/CEE),⁷⁸⁴ como tampoco sucederá en el caso de fuerza mayor (art. 11.2, letra c). Acaso la diferencia más remarcable entre ambas causas exoneratorias sea que en la causa de fuerza mayor se hace referencia a la inevitabilidad de las consecuencias de la circunstancia de exoneración (art. 11.2 LVC, letra c), mientras que en la otra causa exoneratoria a la insuperabilidad del acontecimiento como tal (art. 11.2 LVC, letra d).

⁷⁸³ Aunque en el Derecho francés, ANTONMATTEI, *Ouragan sur la force majeure*, cit., págs. 83-84, distingue entre ambas nociones en ocasión de la sentencia mencionada de la *Cour de cassation*, de 9 de marzo de 1994 (RTD civ. 1994, núm.5, pág. 871): mientras que la inevitabilidad (*inévitabilité*) únicamente permite apreciar el comportamiento del deudor con anterioridad al acontecimiento, la insuperabilidad (*irrésistibilité*) permite una tal apreciación durante su realización.

⁷⁸⁴ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 205.

(iii) Alcance del efecto exoneratorio

(a) Exclusión de la "extraneidad": su aplicación en los casos de huelga

La no exigencia de la "extraneidad" del acontecimiento exoneratorio por parte del artículo 11.2 LVC, letra d) puede resultar particularmente favorable a la exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista de viajes combinados.⁷⁸⁵

Si se comparan los ordenamientos de los Estados miembros que han transpuesto en términos literales la causa de exoneración prevista en el párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE con aquellos otros que no lo han hecho, pronto se pone de manifiesto que dicha virtualidad exoneratoria va a tener un relieve especial en lo que se refiere a un suceso tal como la huelga.

En los primeros ordenamientos, se comprueba cómo la no referencia a la nota de la "extraneidad" da un gran alcance exoneratorio a la huelga. Un suceso tal como la huelga de los empleados del organizador o el detallista, o de los empleados de los auxiliares utilizados en el cumplimiento del contrato por parte del organizador podría resultar exoneratorio de acuerdo con las previsiones del párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE —y de todos los ordenamientos que lo implementan— siempre, claro está, que el organizador o el detallista no la hayan podido prever ni superar a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria.⁷⁸⁶

Así, por ejemplo, ante el inciso (ii) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, la doctrina inglesa ha afirmado que la misma puede aplicarse en los casos de huelga de los controladores aéreos o del personal del hos-

⁷⁸⁵ No es de extrañar que algunos catálogos no incluyan la circunstancia de fuerza mayor (letra c) del art. 11.2 LVC) entre las causas exoneratorias, habida cuenta del alcance del acontecimiento imprevisible e inevitable (letra d) del art. 11.2 LVC) al que sí hacen referencia. Véase, por ejemplo, la cláusula "Alteraciones" del catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998).

⁷⁸⁶ También GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 241, aunque a partir de la equiparación de la causa exoneratoria de la letra d) del artículo 11.2 LVC al caso fortuito (art. 1105 CC).

telero prestador directo del servicio de alojamiento del viaje.⁷⁸⁷ En este ordenamiento, el contrato de viaje suele incluir en la noción de fuerza mayor circunstancias tales como la guerra, la inestabilidad política, los conflictos laborales, los actos terroristas o los actos que hagan imposible o dificulten el cumplimiento del contrato.⁷⁸⁸ La doctrina entiende que la expresión "conflicto laboral" (*industrial dispute*) incluye las huelgas de los empleados de los prestadores de servicios,⁷⁸⁹ si bien para ello será crucial conocer qué motivo la ocasionó, su duración, y hasta qué punto pudo evitarse de un modo razonable por parte del organizador o detallista.⁷⁹⁰ Ello es admitido en este ordenamiento por no resultar relevante la distinción entre el carácter interno o externo de la circunstancia exoneratoria.

En cambio, el alcance exoneratorio de la huelga en aquellos ordenamientos que no han transpuesto en términos literales las previsiones del párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE será más limitado.

Así, en el ordenamiento alemán se considera que la huelga sólo exonera de responsabilidad contractual al organizador de viajes si se halla fuera de la esfera de influencia tanto de éste como del consumidor (cfr. § 651 j BGB).⁷⁹¹ Habida

⁷⁸⁷ Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 126-127, quienes expresan que el inciso (ii) de la letra c) de la *Regulation 15.2 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, hará disminuir drásticamente la responsabilidad del organizador. Los autores opinan que ese inciso cabe aplicarlo a las huelgas de controladores aéreos que no son imprevisibles pero sí inevitables, así como a las huelgas de camareros. Además, los autores se refieren al caso reciente *Bedeschi & Holt v. Travel Promotions Ltd (Central London County Court, enero 1998)* para hacer notar el alcance que puede llegar a tener esa causa exoneratoria. En esta ocasión los demandantes habían sufrido vómitos y diarrea como consecuencia de la comida y bebida en mal estado que los mismos consumieron a bordo de un crucero realizado por el Nilo (Egipto). Interpuesta demanda de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, la *County Court* exonera de responsabilidad al organizador del viaje por considerar que el riesgo de infección —aun siendo previsible— no pudo ser evitado habida cuenta de los niveles de higiene existentes en ese país. En términos parecidos, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69.

⁷⁸⁸ Véase la cláusula primera de la *Association of British Travel Agents Tour Operator's Code of Conduct* (abril 1993).

⁷⁸⁹ Así, PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 174-175.

⁷⁹⁰ Puede consultarse SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 66-69.

⁷⁹¹ Ya se ha dicho que en este ordenamiento la fuerza mayor (*höhere Gewalt*) se suele utilizar como causa de la denominada desaparición de la base del negocio jurídico (*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*) (§ 651 j BGB), pero la misma también se entiende comprendida dentro de la expresión "nicht zu vertreten hat" referida al derecho del consumidor a la indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f Abs.1 BGB). Vide RECKEN, en Wilfrid BEMM/Gerhard BOLDT/Jochen CORTS/Hans EISEMANN/Heinrich GEBRING/Heinz RECKEN/Waldemar RÖHSLER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar §§ 651 a bis 651 k)*, cit., § 651 f, 53-58, Rnd. 3, pág. 54; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurzkommentare)*, cit., § 651, 748-760, pág. 755.

cuenta que la "extraneidad" constituye un elemento esencial de la fuerza mayor,⁷⁹² la distinción entre el carácter interno o externo de la huelga es compartida por la doctrina mayoritaria alemana; ello pese a que el Informe de la Comisión jurídica (*Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses*),⁷⁹³ con fecha 4 de diciembre de 1978, relativo al *Proyecto de Ley sobre el contrato de organización de viaje (Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag)*,⁷⁹⁴ excluya expresamente la huelga continuada en el país del viaje (*dauernde Streiks*) del concepto de fuerza mayor por su carácter previsible (§ 651 j BGB).⁷⁹⁵ El caso es que se considera que la resolución del contrato puede tener lugar cuando la huelga sea protagonizada por personas ajenas a la esfera de influencia del organizador de viajes (funcionarios de aduanas, controladores aéreos, personal de aeropuertos), del mismo modo que en los casos de huelga general.⁷⁹⁶ Mientras que el § 651 j BGB no será aplicable cuando la huelga provenga del personal laboral del propio organizador o los prestadores de los servicios (personal del hostelero, del transportista aéreo, etc.),⁷⁹⁷ toda vez que entonces el suceso recae bajo la esfera de influencia del organizador y no constituye un supuesto de fuerza mayor.⁷⁹⁸ Por todo lo cual no se duda en afirmar que la noción alemana de fuerza mayor (§ 651 j BGB) podrá aplicarse igualmente en el futuro al resultar más favorable para los intereses del consumidor que la contenida en la normativa comunitaria (cfr. art. 8 Directiva 90/314/CEE).⁷⁹⁹

⁷⁹² Así, FÜHRICH, *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, cit., pág. 494.

⁷⁹³ BT-Drucks 8/786, págs. 1-36.

⁷⁹⁴ BT-Drucks 8/2343, 1-13, pág. 12.

⁷⁹⁵ Véase Otto TEMPEL, *Probleme der Berechnung von Vergütung und Entschädigung bei höherer Gewalt in Reisesachen*, NJW 10 (1997), págs. 621-625.

⁷⁹⁶ Vide PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 174-175.

⁷⁹⁷ Así, por ejemplo, BIDINGER/MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, cit., § 651 j, 222-228, Rnd. 4, págs. 224-225; véase también Ernst FÜHRICH, *Reiserecht*, 3. völlig Neubearb. Auf., Heidelberg, C.F.Müller, 1998, § 651 j, 432-448, Rnd. 440, pág. 440.

⁷⁹⁸ Así, Walter LÖWE, *Das neue Reisevertragsgesetz*, BB 27-30 (1979), 1357-1366, págs. 1364 y 1266, quien distingue entre la huelga de auxiliares en el cumplimiento del contrato (*Erfüllungsgehilfen*) (§ 278 BGB) y terceros.

⁷⁹⁹ Así, Klaus TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a - k BGB*, 3. Auf., Berlin, Luchterhand, 1994, § 651 j, 229-237, Rnd. 9-10, págs. 232-233.

Nótese que ello coincide sustancialmente con los conflictos laborales presentados más arriba como supuestos eventualmente constitutivos de fuerza mayor, ajenos al organizador o el detallista que los invoca (letra c) del art. 11.2 LVC). Y que si no fuera porque esta causa de exoneración no admite una interpretación unitaria con respecto a la circunstancia imprevisible e inevitable contemplada en la letra d) del artículo 11.2 LVC, la solución del Derecho alemán coincidiría esencialmente con la regulación española, salvando ciertas disparidades en cuanto a las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso exoneratorio.⁸⁰⁰

Más controvertida será la exoneración de responsabilidad contractual del organizador o detallista en el Derecho francés, en la medida que en este ordenamiento no existe un criterio uniforme en cuanto a la exigencia del elemento de la "extraneidad" para calificar la huelga como suceso exoneratorio.⁸⁰¹ Con todo, la jurisprudencia francesa con frecuencia exige que la huelga sea externa a la empresa para exonerar al deudor de responsabilidad por causa de fuerza mayor, además de su carácter imprevisible e insuperable (arts. 1147 y 1148 *Code de civil*);⁸⁰² lo que significa que, por lo general, únicamente aquella huelga que reúna este requisito exonerará de responsabilidad contractual al organizador o detallista.⁸⁰³ Esto es, tal exoneración no tendrá lugar cuando la huelga tenga su origen y desarrollo en la propia empresa del organizador o el detallista, ni en caso que la misma provenga del personal de los prestadores de servicios del viaje. Como en el Derecho alemán, únicamente la huelga realizada por terceros va a permitir la exoneración de responsabilidad del organizador o el detallista, en esta ocasión por aplicación del artículo 23.2 de la Ley 645/1992, de 13 de julio, *fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*.⁸⁰⁴ Es por este motivo que la doctrina afirma

⁸⁰⁰ En este sentido, según GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 205, únicamente las huelgas con carácter ajeno a la agencia de viajes (vgr. de controladores aéreos, personal de un museo, funcionario de aduanas) tendrán eficacia exoneratoria; ello en la medida que, para la autora, el suceso exoneratorio previsto en la letra d) del artículo 11.2 LVC también debe revestir carácter externo al organizador o detallista.

⁸⁰¹ Véase JOURDAIN, *Responsabilité civile*, cit., págs. 873-874.

⁸⁰² Vide CHABAS, *Force Majeure*, cit., págs. 7-8 y 11; aunque una parte de la doctrina propugna la exclusión de la "extraneidad" de las notas definitorias de la fuerza mayor (por ejemplo, ANTONMATTEI, *Ouragan sur la force majeure*, cit., págs. 83-84).

⁸⁰³ Cfr. BOULANGER, *Tourisme et Loisirs (Dans les Droits Privés Européens)*, cit., págs. 60-61.

⁸⁰⁴ En contra, PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 174-175.

que esta regulación ofrece una mayor protección al consumidor de viajes que el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, puesto que al remitirse a la noción de fuerza mayor (*force majeure*) del Derecho interno no hace sino añadir el requisito de la "extraneidad" al acontecimiento imprevisible e insuperable previsto en la norma comunitaria, con lo que disminuyen las posibilidades de exoneración de organizador y detallista (cfr. art. 8 Directiva 90/314/CEE).⁸⁰⁵

Así las cosas, se comprenden las Preguntas escritas núm. 285/92 del Sr. Jacques Vernier (RDE) a la Comisión de las Comunidades Europeas, de 24 de febrero de 1992, sobre la Directiva *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*.⁸⁰⁶ La primera cuestiona si la huelga de un servicio público y, más concretamente, de los servicios de control aéreo de un Estado miembro, se incluye entre algunas de las causas de exoneración contempladas en el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, a lo que, con fecha 14 de mayo de 1992, el Sr. Van Miert responde lo siguiente en nombre de la Comisión:

"[c]omo indica su Señoría, el apartado 2 del artículo 5 Directiva 90/314/CEE dispone que en caso de circunstancias de «carácter imprevisible o insuperable» puedan limitarse las obligaciones indemnizatorias del organizador de viajes. En efecto, la huelga de un servicio público a que hace alusión Su señoría podría incluirse en esta categoría. No obstante, la interpretación definitiva incumbe a las instancias nacionales competentes y, en su caso, al Tribunal de Justicia europeo".

Habida cuenta de lo expuesto, tampoco sorprende la cautela con que la Comisión europea responde la otra pregunta formulada en la misma ocasión, sobre cuáles son los regímenes de indemnización y de recurso de que disponen los consumidores y los Estados miembros en lo que se refiere a los daños derivados de la ejecución insatisfactoria de un contrato de viaje combinado a causa de la huelga de un servicio público. A ello responde el Sr. Van Miert en nombre de la Comisión en los siguientes términos:

"[p]or lo que respecta a los regímenes de indemnización y de recurso de que disponen los consumidores de los Estados miembros, la Comisión no posee información precisa, ya que la fecha límite de transposición de la citada directiva es el 31 de diciembre de 1992".

⁸⁰⁵ Véase PY, *Droit du Tourisme*, cit., págs. 284-286.

⁸⁰⁶ DOCE núm. C 235, de 14 de septiembre de 1992, págs. 43-44.

Con todo, parece que en todas las regulaciones de los Estados miembros la huelga de controladores aéreos y servicios públicos va a exonerar de responsabilidad a organizadores y detallistas —en el caso de ordenamientos que no han implementado tal cual las previsiones del párrafo primero del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, por concurrir el elemento de la "extraneidad"—, siempre que estas circunstancias reúnan las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad propias de las distintas nociones del suceso exoneratorio.

Mayor divergencia se producirá con respecto a la huelga del personal de los prestadores de los servicios del viaje —e incluso del personal del organizador o el detallista. Este tipo de huelga no va a exonerar al organizador de viajes ni el detallista en los ordenamientos que no han transpuesto en términos literales la causa de exoneración del acontecimiento imprevisible e insuperable (art. 5.2 Directiva 90/314/CEE) (p.ej. Alemania, Francia); mientras que los demás ordenamientos favorecerán la exoneración frente a dicha huelga, por no exigir la "extraneidad" entre los elementos del suceso exoneratorio, con el único límite que la misma sea imprevisible e insuperable para el organizador o detallista de acuerdo con la diligencia debida (p.ej. España, Inglaterra, Irlanda).

(b) Imprevisibilidad e insuperabilidad: la no exoneración por sobrecontratación en los servicios del viaje

Como ha quedado expuesto, la exoneración de responsabilidad del organizador o el detallista de viajes combinados con arreglo al artículo 11.2 LVC, letra d), no atenderá al carácter interno o externo del acontecimiento provocador del incumplimiento del contrato sino a su previsibilidad y superabilidad de acuerdo con la diligencia debida.

Constituyendo las notas de la previsibilidad y superabilidad del acontecimiento exoneratorio el único límite a la aplicación del artículo 11.2 LVC, letra d), el organizador o, en su caso, el detallista no se exonerarán de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al consumidor cuando lo

que provoque el incumplimiento del contrato sea la sobrecontratación en los servicios del viaje (*overbooking*).⁸⁰⁷

Con ello no se hace sino confirmar un criterio ya mantenido por la jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo anterior a la regulación de los viajes combinados, según el cual los supuestos de sobrecontratación en los servicios del viaje no constituyen causa de fuerza mayor por tratarse de una situación previsible y evitable dentro de una diligente organización del viaje; aunque estas sentencias lo afirmen simplemente a los efectos de exonerar a la agencia de responsabilidad administrativa por incumplimiento del contrato de viaje.

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1986,⁸⁰⁸ se discute acerca de la imputabilidad a la agencia del retraso en la entrega de los billetes de avión para un viaje turístico a Manila-Yakarta-Singapur-Penag, así como del incumplimiento del programa, del cambio de habitaciones del hotel de Bali y de la falta de custodia del equipaje. Frente a la alegación de la agencia de viajes que "se dio causa de fuerza mayor al existir en los lugares donde estuvieron un exceso de contratación de turistas por coincidencia con otros viajeros", el Tribunal declara que la sanción administrativa [multa de 50.000 pesetas] obedece a la correcta aplicación de los artículos 51 y 55 de la Orden ministerial de 9 de agosto de 1974, *por la que se aprueba el Reglamento del régimen jurídico de las agencias de viajes*, hoy derogada, al considerar que dichas irregularidades en el cumplimiento del contrato "pudieron haber sido evitadas, al ser preVISIBLES dentro de una normal organización por Agencia de Viajes de las condiciones concurrentes en «Viajes P., S.A.»". Por lo demás, nótese que esta sentencia se refiere a la previsibilidad del fenómeno de la sobrecontratación como si de un presupuesto lógico de su inevitabilidad se tratara, cuando la doctrina más reciente tiende a considerar ambos caracteres como autónomos en el suceso exoneratorio (cfr. art. 1105 CC).⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ Sobre el resarcimiento de los daños por sobrecontratación en los servicios del viaje, supra § II.3.2.

⁸⁰⁸ STS, de 3 de octubre de 1986, Sala 3.^a, Ponente: Sr. Antonio Agúndez Fernández, RAJ 5661.

⁸⁰⁹ Véase CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1105 CC)*, cit., pág. 662; y DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho Civil*, cit., págs. 181-184.

En términos parecidos, la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 12 de marzo de 1998,⁸¹⁰ se refiere a un caso en el que los consumidores son trasladados a otro hotel debido a la sobrecontratación existente en el hotel convenido, en el marco de un viaje de luna de miel a las Islas Maldivas. En esta ocasión, la Audiencia Provincial declara la obligación de las agencias de viajes a indemnizar a los consumidores los daños morales ocasionados con base en la regulación general (art. 1101 CC).

Cualquiera que sea el fundamento legal utilizado —regulación administrativa de la actividad de las agencias de viajes o régimen general del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC)—, ninguna de las sentencias considera el *overbooking* en los servicios del viaje como una causa de fuerza mayor. Y ello no porque se trate de una circunstancia provocadora del incumplimiento no ajena al ámbito de control de la agencia de viajes sino debido a que las situaciones de sobrecontratación pudieron haber sido evitadas, al ser previsibles por la agencia dentro de una normal organización del viaje.⁸¹¹

El tratamiento recibido por el fenómeno de la sobrecontratación en los servicios del viaje no se altera con la incorporación de la causa exoneratoria prevista por la letra d) del artículo 11.2 LVC: en ese supuesto el organizador o, en su caso, el detallista no se exonerarán de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por consumidor por tratarse de una circunstancia previsible y superable de acuerdo con la diligencia necesaria.

En este punto únicamente cabe hacer un reproche de carácter más bien técnico a la regulación del contrato de viaje. No parece demasiado acertada la redacción de la letra b) del artículo 9.3 LVC,⁸¹² que contempla la obligación del organizador y detallista de indemnizar los daños sufridos por el consumidor cuando la cancelación del viaje tenga lugar en supuestos de exceso de reservas, como si se tratara de una excepción a la exoneración de responsabilidad que

⁸¹⁰SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.ª, Ponente: Sr. Miguel Gil Martín, RAJ 356.

⁸¹¹ En estos términos, Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *La jurisprudencia relativa al contrato de viaje organizado por agencia*, Aranzadi Civil, núm. 1, 1996, 109-127, págs. 125-127.

⁸¹² En el mismo sentido, la letra ii) del párrafo segundo del artículo 4.6 Directiva 90/314/CEE.

tiene lugar cuando la cancelación se debe a motivos de fuerza mayor.⁸¹³ El fenómeno de la sobrecontratación en los servicios del viaje más bien debiera haberse previsto como una excepción al acontecimiento imprevisible e insuperable con eficacia exoneratoria previsto en la letra d) del artículo 11.2 LVC, toda vez que aquél mantiene una mayor similitud con el mismo y le falta la "extrañidad" propia de la causa de fuerza mayor (letra b) del art. 9.3 LVC y letra c) del art. 11.2 LVC).⁸¹⁴ Esto es, cabe entender que la sobrecontratación en los servicios del viaje no constituye una circunstancia exoneratoria no porque no reúna los elementos definitorios de la fuerza mayor (letra c) del art. 11.2 LVC) sino por no resultar un acontecimiento imprevisible e insuperable de acuerdo con la diligencia necesaria (letra d) del art. 11.2 LVC).⁸¹⁵ Por lo demás, ni que decir tiene que la sobrecontratación puede dar lugar no solamente a la cancelación del viaje sino también a la no prestación o prestación defectuosa de alguno o algunos de los servicios una vez iniciado el viaje. Con todo, la previsión de la letra b) del artículo 9.3 LVC por lo menos tiene la virtud de excluir el exceso de reservas de la exoneración de responsabilidad contractual del organizador y detallista en los supuestos de cancelación del viaje.

4.3. Exclusión de la responsabilidad del organizador y el detallista mediante cláusula contractual

A) Procedimiento de elaboración del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE

Expuestas las distintas causas de exoneración de responsabilidad de organizadores y detallistas, cabe plantearse hasta qué punto la regulación del contrato de viaje que las establece tiene carácter imperativo, a saber, si las partes

⁸¹³ En contra, en el Derecho italiano, DEMARCHI, "La Direttiva n.314/90, del 13 giugno 1990, sui viaggi e vacanze "tutto compreso" e la recezione nel nostro ordinamento mediante il D.G.L. 17 marzo 1995, n.111", cit., pág. 37, se limita a señalar que tal excepción es coherente con la exigencia de que, en el caso de fuerza mayor, el incumplimiento debe ser provocado por una circunstancia ajena al organizador o detallista.

⁸¹⁴ Para el Derecho alemán, Ronald SCHMID/Bernhard SONNEN, *Rechtsprobleme bei der Luftbeförderung im Rahmen von Flugpauschalreisen*, NJW 8 (1992), 464-472, pág. 468; para el Derecho europeo en general, TONNER, *Reiserecht in Europa*, cit., pág. 269.

⁸¹⁵ Por la misma razón, resulta criticable aquella doctrina que contrapone los supuestos de *overbooking* a la fuerza mayor, entendida como aquella causa ajena a quien la invoca, sin constatar diferencias apreciables entre las letras c) y d) del artículo 11.2 LVC (vide GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 203).

contratantes podrán excluirlas o introducir modificaciones en las mismas por vía contractual (art. 1255 CC).⁸¹⁶

El procedimiento de elaboración del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE resulta particularmente significativo en este punto. El carácter imperativo de las causas de exoneración de responsabilidad contractual de organizadores y detallistas no se plantea sino hasta la enmienda número 27 de la Propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, de 15 de febrero de 1989, *sobre una Directiva relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*,⁸¹⁷ con la que se propone añadir al apartado segundo del artículo 5 una última frase del tenor siguiente:

"[c]ualquier cláusula del contrato que tenga por objeto limitar o excluir la responsabilidad del organizador, el detallista o un tercero del contrato de viaje combinado será nula y sin efecto".

El artículo 5.2 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión europea el 6 de julio de 1989, *relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*,⁸¹⁸ asume esta redacción en unos términos similares al establecer:

"[s]erá nula y sin efecto cualquier cláusula contractual tendente a limitar o excluir la responsabilidad del organizador, del detallista o de un tercero que facilite bienes o servicios al consumidor en relación con el viaje combinado".

Sin embargo, la norma comunitaria no adquiere su redacción definitiva hasta el momento de admitir la limitación del resarcimiento de daños no corporales en virtud de contrato.⁸¹⁹ A partir de entonces el artículo 5.3 se formula de modo más críptico, prescribiendo lo siguiente:

⁸¹⁶ En este punto, cabe tener en cuenta las diferencias de contenido y alcance entre las cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad. Véase ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 30-33.

⁸¹⁷ DOCE núm. C 69, de 20 de marzo de 1989, pág. 101.

⁸¹⁸ DOCE núm. C 190, de 27 de julio de 1989, pág. 18.

⁸¹⁹ Ello tiene lugar a partir de la Posición común del Consejo, de 22 de febrero de 1990, con vistas a la adopción de la Directiva relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (anuncio), DOCE núm. C 66, de 16 de marzo de 1990, pág.1. La Memoria explicativa del Consejo señala que excepto en los casos específicamente admitidos de limitación de la indemnización —limitación por vía contractual de la indemnización de daños no corporales resultantes del incumplimiento—, "no podrá establecerse excepción

"[s]in perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del apartado 2, no podrán establecerse excepciones a las disposiciones de los apartados 1 y 2 mediante una cláusula contractual".

De este procedimiento se infiere que el legislador comunitario no pretende convertir en imperativo todo el régimen de responsabilidad contractual, sino exclusivamente la imputabilidad (art. 5.1) e inimputabilidad (art. 5.2, párrafos primero a tercero) del incumplimiento contractual al organizador o detallista; esto es, el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE tiene por objeto prohibir cualquier cláusula contractual que altere el régimen de imputación del incumplimiento al organizador o el detallista y las causas de exoneración previstas legalmente, por lo menos cuando ello tenga lugar en perjuicio del consumidor del viaje (cfr. art. 8 Directiva 90/314/CEE).

Ello significa que a partir de la regulación del contrato de viaje combinado las partes contratantes no pueden excluir las causas de exoneración de responsabilidad de organizadores y detallistas previstas legalmente, ni introducir modificaciones en las mismas por vía contractual en contra de los intereses del consumidor.

El carácter imperativo de la regulación de las causas de exoneración parece hallar su justificación en la necesidad de incentivar el tráfico (intercambio) en materia de viajes combinados, a base de atribuir un alto nivel de protección al derecho de crédito del consumidor; así como en dispensar una protección mínima al consumidor frente al fenómeno de la contratación en masa de viajes combinados. Ello, evidentemente, en perjuicio del alcance de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) en la economía interna del contrato, puesto que no se admitirá una reducción de la responsabilidad del organizador y el detallista prevista legalmente (apartados 1 y 2 del art. 11 LVC), ni siquiera a cambio de una disminución de la retribución a pagar por parte del consumidor.⁸²⁰

contractual alguna a la norma de responsabilidad, como deseaba el Parlamento en su enmienda n^o 27".

⁸²⁰ Sobre la autonomía de la voluntad y sus implicaciones globales con relación al problema de la responsabilidad contractual, véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 321-327.

A lo que cabe añadir que el régimen imperativo de las causas de exoneración impuesto por el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE va a provocar la nulidad de cualquier cláusula contractual que de algún modo la contravenga; sin distinguir, a estos efectos, entre las que se redactan particularmente una vez negociadas entre el organizador o el detallista y el consumidor, y aquellas otras, mucho más usuales, insertas en las condiciones generales de la contratación, predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos. La regulación de las causas de exoneración se impone como criterio de validez de ambas formas de contratación, en coherencia con la noción amplia de consumidor de viajes combinados (art. 2.4).

Aunque en la práctica resultan poco frecuentes las condiciones particulares que modifican el régimen legal de las causas de exoneración, ello va a introducir una novedad destacable en el tratamiento de las cláusulas de exoneración de responsabilidad llevada a cabo en los distintos ordenamientos;⁸²¹ en donde, como se analiza a continuación, existe un mayor rigor a la hora de admitir la validez de las cláusulas modificadoras de los criterios de imputación de responsabilidad insertas en las condiciones generales.

B) Algunas implementaciones de la Directiva 90/314/CEE

A continuación se analizan algunas transposiciones del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE y los criterios de validez de las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista en los distintos ordenamientos.

(i) *Alemania*. La regulación alemana no hace ninguna referencia a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador de viajes, ni con anterioridad a la implementación del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE, ni con posterioridad a la norma comunitaria.⁸²² Con todo, la regulación general no

⁸²¹ En esta ocasión la noción de cláusula de exoneración de responsabilidad no debe entenderse como aquella que excluye la resarcibilidad del daño y su relevancia jurídica, por afectar a la cuantía exoneratoria, sino a aquella cláusula concerniente a los criterios de imputación de responsabilidad. Sobre los tipos de "cláusulas restrictivas de responsabilidad", véase ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., págs. 25-47.

⁸²² Como se ha visto, el legislador alemán únicamente ha creído conveniente modificar el ordenamiento para expresar claramente que la posibilidad de limitar contractualmente la responsabilidad del organizador sólo puede tener lugar con relación a daños no corporales (§ 651 h Abs.1 BGB).

admite una cláusula no inserta en condiciones generales que exonere de responsabilidad al deudor cuando el incumplimiento contractual sea provocado por su conducta dolosa (§ 276 Abs. 2 BGB). Así, se afirma que el organizador de viajes no puede exonerarse de responsabilidad con base a esta cláusula cuando contrata aun siendo conocedor de la sobrecontratación en alguno de los servicios del contrato, o cuando a sabiendas deja de poner en conocimiento del consumidor un defecto considerable en el viaje una vez el mismo se halla en el lugar de destino.⁸²³ En estas ocasiones, la actuación dolosa del organizador de viajes excluye la posibilidad de exoneración de responsabilidad. Y cuando la cláusula de exoneración aparece inserta en condiciones generales del contrato de viaje aun resulta más difícil admitir su licitud, puesto que entonces ni siquiera se admite la exoneración de responsabilidad del organizador cuando interviene con culpa en el incumplimiento. En este caso, el *Bundesgerichtshof* ha considerado en distintas ocasiones que el § 651 h Abs.2 BGB únicamente permite la limitación del alcance y no la exclusión absoluta de la obligación de indemnización de daños y perjuicios del organizador (§ 651 f BGB).⁸²⁴ La transposición del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE no modifica el § 651 h BGB en el sentido de prohibir expresamente las cláusulas de exoneración. Pero la doctrina más reciente no duda en afirmar que a partir del § 651 h Abs.1 BGB no puede admitirse la completa exoneración de responsabilidad del organizador de viajes cuando el incumplimiento tenga lugar por su culpa o por culpa de los auxiliares (vgr. prestadores de los servicios), por lo menos en los casos en que dichas cláusulas se incorporan en condiciones generales (cfr. §§ 9 a 11 *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*).⁸²⁵

⁸²³ Vide TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, pág. 455.

⁸²⁴ Véase la sentencia OLG Frankfurt, Urt. 29.4.1982, NJW 39 (1982), pág. 2200; así como la sentencia BGH, Urt. 14.4.1983, NJW 29 (1983), págs. 1612-1614, que declara lo siguiente: "(1) [d]ie Bestimmung in "Reisebedingungen", wonach ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Reiseveranstalter ausgeschlossen ist [...] verstößt gegen § 651 h Abs.2 BGB; (2) Eine solche Klausel benachteiligt die Reisenden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam" ("(1) [l]a disposición en las "Condiciones del viaje" de la exclusión de un derecho a indemnización de daños frente al organizador es contraria al § 651 h Abs.2 BGB; (2) Una cláusula de ese tipo perjudica de un modo desproporcionado al viajero en contra de la buena fe y por ello es ineficaz"). Pese a que esta sentencia pone de relieve la existencia de una doctrina dividida en este punto, la misma declara la ineficacia de la cláusula por infracción del § 9 AGBG, aduciendo como argumentos el tenor literal del § 651 h Abs.2 BGB, los antecedentes de este párrafo, su finalidad y los intereses que protege.

⁸²⁵ *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vom 9. Dezember 1976* (BGBl. I 1976, S. 3317; última modificación, BGBl. I 1996, S. 1013) (en adelante, AGBG). Vide Hans Erich BRANDNER, en Peter ULMER/Hans Erich BRANDNER/Horst-Diether HENSEN/Harry SCHMIDT, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, Anh. §§ 9-11, 1249-1268, Rnd. 593, págs. 1262-1263; TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f,

(ii) *Austria*. La incorporación del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE en el Derecho austriaco presenta algunas peculiaridades en comparación con los demás ordenamientos. Ya se ha dicho que el § 31f Abs.1 de la KschG declara aplicables al contrato de viaje algunos preceptos de la misma regulación (§ 6 Abs. 1 Z 9 und § 9 de la KschG) a los efectos de delimitar el alcance de la prohibición de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad del organizador.⁸²⁶ De este modo, el § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG, según la redacción dada con ocasión de la implementación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*,⁸²⁷ declara abusiva la cláusula contractual que exonere o limite de responsabilidad al deudor por los daños ocasionados a la persona, así como aquella que haga lo mismo con respecto a los demás daños ocasionados interviniendo dolo o culpa grave por parte del deudor o persona por la que éste responda.⁸²⁸ Por este motivo, se ha considerado que la exclusión de responsabilidad por daños corporales es acorde con la Directiva 90/314/CEE, mientras que la posible exoneración de responsabilidad en los supuestos en que el incumplimiento del contrato ocasiona otros daños interviniendo culpa leve del organizador resulta más controvertida.⁸²⁹ A ello cabe añadir que la regulación austriaca no da una respuesta específica a los supuestos en que la cláusula de exoneración de responsabilidad no se inserte en condiciones generales del contrato de viaje, lo que puede originar dos regímenes, sin que tampoco parezca conforme a la norma comunitaria;

1549-1567, Rnd. 23, pág. 1557. Cfr. TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, págs. 455-457.

⁸²⁶ El § 31 f Abs. 1 KschG prevé: "§ 6 Abs. 1 Z 9 und § 9 sind auch auf solche Verträge über Reiseveranstaltungen anzuwenden, die im übrigen dem I. Hauptstück nicht unterliegen" ("[l]os § 6 Abs. 1 Z 9 y § 9 también se aplican a aquellos contratos de organización de viajes que no están sujetos al Título I").

⁸²⁷ DOCE núm. L 95, de 21 de abril, págs. 29-32.

⁸²⁸ BGBl. I 1997/6. Con anterioridad, el § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG prohibía las cláusulas exoneratorias en los supuestos de incumplimiento en que intervenía dolo o culpa grave del deudor. Se trataba de una prohibición que, según la jurisprudencia, no impedía la exclusión de la obligación de indemnizar por acciones u omisiones realizadas con culpa leve, incluso cuando los daños a indemnizar fueran corporales.

⁸²⁹ Así, GRAZIANI-WEISS, *Reiserecht in Österreich (Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreisereichtlinie)*, cit., págs. 109-112.

aunque se ha sostenido que la prohibición de las cláusulas de exoneración rige para todos los contratos de organización de viaje; también aquellos que no sean contratos de consumo.⁸³⁰

(iii) *Francia*. Aunque el ordenamiento francés carezca de una norma reguladora de la validez de las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad del organizador o detallista, la *Loi n.º 95-96 du 1.º février 1995, sur les clauses abusives et la présentation des contrats*, que implementa la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, prohíbe, además de aquellas cláusulas insertas en condiciones generales de la contratación que excluyan o limiten la responsabilidad legal del profesional en casos de dolo o culpa grave en el incumplimiento, aquellas otras que hagan lo mismo con respecto al resarcimiento de daños corporales sufridos por el consumidor.

(iv) *Holanda*. Como se ha visto, la regulación holandesa no admite cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad alguna con relación a los daños causantes de la muerte o lesiones corporales al consumidor del viaje (art. 508); mientras que para los demás daños reconoce la posibilidad de insertar esta cláusula en el contrato, a menos que éstos tengan lugar a partir de una acción u omisión imprudente del organizador, con el conocimiento de que los mismos probablemente tendrán lugar (art.509.1). Por lo que este ordenamiento reconoce la licitud de la cláusula de exoneración de la obligación de indemnizar daños no corporales, aunque subordinada a una cierta diligencia en la conducta del organizador.

(v) *Inglaterra*. La transposición del artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE que quizá presenta una mayor claridad en este punto sea la realizada por los ordenamientos anglosajones. Como se ha dicho, con anterioridad a la regulación del contrato de viaje, la *Unfair Contract Terms Act 1977 (Section 2(1))* y la *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulation 1994 (Schedule 3.1 (a))* inglesas declaran ilícita la cláusula contractual que exonera o limita la responsabilidad por culpa (*negligence*) en los supuestos de muerte o lesiones corporales (*personal injury*); así como aquella cláusula que exonera o limita la responsabilidad por daños patrimoniales, a menos que tal limitación sea razonable

⁸³⁰ Mag Erich FEIL, *Konsumenschutzgesetz (KSchG)*, Wien, Linde Verlag, 1995, § 31 f, 157-159, Rnd. 1, págs. 157-159.

(*Section 2 (2) Unfair Contract Terms Act 1977*); carácter razonable que en la actualidad, en los contratos de consumo, debe ser delimitada conforme a los criterios de validez de las llamadas cláusulas abusivas (*good faith, significant imbalance, detriment of the consumer*), según se desprende de la regulación especial (cfr. *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulations 1994*).⁸³¹ En la medida que esta norma excluye de su campo de aplicación cualquier cláusula incorporada en un contrato con el propósito de cumplir con los mandatos previstos en otras regulaciones (*Regulation 13*), en la actualidad dicha regulación debe considerarse superada por la *Regulation 15 (5) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, en lo referente a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista insertas en el contrato de viaje.⁸³² Norma que todavía añade más claridad a esta cuestión, al disponer que la responsabilidad de los apartados primero y segundo de la misma, relativos a los criterios de imputabilidad e inimputabilidad del incumplimiento al organizador o detallista, no puede ser excluida por cláusula contractual, sin perjuicio de la limitación indemnizatoria conforme a los convenios internacionales —apartado tercero— y la limitación contractual de la indemnización de los daños no corporales —apartado cuarto.⁸³³

(vi) *Italia*. El Código civil italiano dispone la nulidad de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave; así como de las cláusulas de exoneración previstas para los casos en que la conducta del deudor o de sus auxiliares constituya el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas de orden público (art. 1229 *Codice civile*). Entre estas normas la doctrina incluye a aquéllas que atienden a la protección del acreedor en su integridad física y moral, de las que resulta la obligación del deudor de indemnizar los daños corporales que sean consecuencia del incumplimiento del contrato. Por ello, la doctrina mayoritaria considera radicalmente nulas todas

⁸³¹ La *Unfair Contract Terms Act 1977* es aplicable tanto a los contratos de consumo como a los demás contratos, mientras que *Unfair Terms in Consumer Contract Terms Regulation 1994* sólo se aplica a los contratos de consumo.

⁸³² En este sentido, Richard LAWSON, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, London, Sweet & Maxwell, 1998, pág. 161, quien precisamente pone como ejemplo la regulación del contrato de viaje.

⁸³³ En términos muy parecidos, la *Section 20 (6) de la Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa establece que sin perjuicio de las subsecciones (3), (4) y (5), la responsabilidad de acuerdo con las subsecciones (1) y (2) no puede ser excluida por ninguna cláusula contractual.

aquellas cláusulas que exoneran al deudor de esa obligación.⁸³⁴ Por el contrario, este ordenamiento admite la validez de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad por culpa leve en la indemnización de los demás daños. Los mismos criterios rigen para las cláusulas insertas en condiciones generales de la contratación. La doctrina entiende que las cláusulas de exoneración insertas en las condiciones generales, declaradas sospechosas de ser abusivas y sin efecto si no han sido claramente aprobadas por escrito (art. 1341 *Codice civile*), solamente serán válidas en la medida que se refieran a exoneraciones de responsabilidad no sancionadas por aquel precepto.⁸³⁵ En esta línea, los artículos 1469 bis, ter, quater, quinquies y sexies, que reproducen la letra a) del Anexo de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, prohíben aquellas cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del profesional en caso de daños corporales sufridos por el consumidor.

(vii) *Portugal*. Frente a la tradicional tendencia a no admitir la cláusula de exoneración de responsabilidad por actos propios del deudor con base en el artículo 809 del Código civil portugués,⁸³⁶ independientemente del grado de culpa, en ese ordenamiento se ha ido imponiendo la validez de la cláusula exoneratoria en los supuestos de responsabilidad por culpa leve. Para ello ha resultado decisivo el Decreto-ley 446/1985, de 25 de octubre, que establece el régimen jurídico para las condiciones generales de la contratación (*cláusulas contratuais gerais*). Avanzándose incluso a las previsiones de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, el Decreto-ley prohíbe las cláusulas exoneratorias en caso de dolo o culpa grave (art. 18, párrafos c) y d)), permi-

⁸³⁴ Vide BIANCA, *Diritto Civile*, T.V (*La responsabilità*), cit., págs. 65-72. La relevancia del orden público en el Derecho italiano también es puesto de manifiesto por algunas normas específicas, las cuales declaran la nulidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista por los siniestros que afectan a la persona del viajero en el transporte terrestre (art. 1681 *Codice civile*), marítimo (art. 415 cnav) y aéreo (art. 948 cnav).

⁸³⁵ Así, Giorgio CIAN/Alberto TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile (art. 1341)*, 4.ª ed., Padova, CEDAM, 1992, 1061-1065, pág. 1064.

⁸³⁶ El artículo 809 del Código civil portugués declara la nulidad de la cláusula mediante la que el acreedor renuncia anticipadamente a cualquiera de los derechos que le son atribuidos en las secciones anteriores para el caso de no cumplimiento o mora del deudor, salvo lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 800. Este último admite la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad por actos de los representantes legales y auxiliares del deudor, a menos que los mismos constituyan infracción de deberes impuestos por normas de orden público.

tiendo, por argumento *a sensu contrario*, la validez de esas cláusulas en caso de culpa leve. Con esa regulación, la doctrina pronto advierte la necesidad de considerar válida, en su caso, la cláusula exoneratoria por culpa leve que se halla inserta no solamente en condiciones generales de la contratación sino también aquélla que se incluye en el contenido de contratos negociados.⁸³⁷ Ello sin perjuicio de su inadmisibilidad por razones de orden público. En particular, según los términos del párrafo b) del artículo 18 del Decreto-ley portugués, es nula la cláusula limitativa o de exclusión de responsabilidad del deudor por daños personales.⁸³⁸

Con todo, recientemente existe algún autor portugués que se resiste a admitir la validez las cláusulas de exoneración de responsabilidad de las agencias organizadoras y detallistas de viajes combinados. Ello tiene lugar por considerar que la aplicación del artículo 800.2 del Código civil al contrato de viaje combinado, admitiendo la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad por actos de los representantes legales y auxiliares del deudor, podría excluir la eficacia de la regla de responsabilidad de las agencias por los actos de los prestadores de los servicios prevista en el artículo 39.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo*,⁸³⁹ dificultando la tutela del consumidor.⁸⁴⁰ Además, la misma opinión doctrinal pone de manifiesto como el legislador comunitario define restrictivamente las distintas hipótesis de limitación de responsabilidad (párrafos tercero y cuarto del art. 5.2 Directiva 90/314/CEE), sin referirse en ningún momento a la posibilidad de excluir ésta por vía contractual; así como que el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE atribuye carác-

⁸³⁷ Vide Antonio PINTO MONTEIRO, *Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 83, 1995, 195-213, págs. 203-207.

⁸³⁸ El texto del Decreto-ley 446/1985, de 25 de octubre, que establece el régimen jurídico para las condiciones generales de la contratación, con las modificaciones introducidas por el Decreto-ley 220/1995, de 31 de agosto, que transpone en el Derecho portugués la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, puede consultarse en Antonio PINTO MONTEIRO, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, RDM, núm. 219, 1996, 79-115, págs. 103-115.

⁸³⁹ El artículo 39.2 del Decreto-ley 209/97, de 23 de agosto, *que regula o acceso e o exercício da actividades das agências de viagens e turismo*, establece lo siguiente: “[q]uando se tratar de viagens organizadas, as agências sao responsáveis perante os seus clientes, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros e sem prejuízo do direito de regresso”.

⁸⁴⁰ Vide MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., págs. 222-223.

ter imperativo a aquellas normas, circunstancia de la que deduce que sólo puede existir una limitación de responsabilidad por vía contractual en los casos previstos expresamente por la norma comunitaria y, en ningún caso, una cláusula de exoneración de responsabilidad de las agencias organizadoras y detallistas de viajes combinados; y ello más aún si se tiene en cuenta que dicha regulación se halla inserta en una “Directiva de mínimos” (art. 8 Directiva 90/314/CEE).

(viii) *Suiza*. La regulación del contrato de viaje suiza tampoco prohíbe expresamente las cláusulas que modifican los criterios de imputación del incumplimiento al organizador.⁸⁴¹ En esta ocasión es también la regulación general la que considera nula toda estipulación que por anticipado exonere de responsabilidad al deudor en caso de dolo o culpa grave; pero admite la exclusión convencional de la responsabilidad en los supuestos de culpa leve (§ 100 OR). Mas Suiza no cuenta con ninguna ley especial que regule las condiciones generales de la contratación; aunque algún autor ha destacado que van a aplicarse los principios generales y la *Ley de competencia desleal* (art. 8) para delimitar el alcance de la prohibición de las cláusulas de exoneración.⁸⁴²

En consecuencia, se observa como la mayoría de ordenamientos de otros países europeos prohíben las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador y, en su caso, el detallista en supuestos de dolo o culpa grave en el incumplimiento contractual, con independencia de si tales cláusulas se insertan o no en condiciones generales del contrato de viaje. Ello tiene lugar a partir de la regulación general (Suiza), la regulación de protección de los consumidores (Austria), ambas regulaciones (Italia), o la doctrina y esta última regulación (Francia y Portugal). A ello se añade en muchos casos la implementación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, que prohíbe las cláusulas de exoneración insertas en condiciones generales de los contratos — incluso por culpa leve— cuando se trate de resarcir daños corporales (Austria, Francia, Italia, Portugal), cosa que en algún ordenamiento se contiene en la propia regulación del contrato de viaje (Holanda).

⁸⁴¹ Aunque en esta ocasión el título del artículo 16 PaRG alude a la exclusión de responsabilidad (*Beschränkung und Wegbedingung der Haftung*).

⁸⁴² *Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, de 19 de diciembre de 1986, SR 241. Vide MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 282-290.

Habida cuenta de que únicamente algunas regulaciones del contrato de viaje se refieren sin más al carácter imperativo de las causas de exoneración de responsabilidad contractual de organizadores y detallistas, al transcribir lo previsto en el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE (Inglaterra, Irlanda, Portugal), queda por ver hasta qué punto el régimen de las cláusulas exoneratorias vigente en los demás ordenamientos —dejando a salvo la solución alemana—, los cuales dejan un cierto margen para la validez de algunas cláusulas de exoneración (vgr. el incumplimiento del contrato ocasione daños no corporales interviniendo culpa leve) podrá aplicarse en el futuro a la responsabilidad contractual de los organizadores y detallistas de viajes combinados.

C) Regulación española: carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC)

El ordenamiento español también implementa el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE refiriéndose, sin más, al carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC):⁸⁴³

"[n]o podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo".

En la medida que los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC regulan, respectivamente, el régimen de imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o el detallista, y las causas de exoneración de su responsabilidad contractual, no cabe duda de que las partes contratantes no podrán introducir modificaciones en estas cuestiones ni excluir su aplicación por vía contractual.

Es más, si se entiende que las cláusulas de exoneración tienden a excluir la responsabilidad del organizador o el detallista en casos en que, de aplicarse los criterios legales, ésta se afirmarí, ⁸⁴⁴ ni que decir tiene que el carácter impera-

⁸⁴³ El Proyecto de Ley, de 31 de enero de 1995, *reguladora de los viajes combinados*, ya aparece redactado casi en los mismos términos (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, 1-6, pág. 5). Únicamente va a modificarse la salvedad relativa a la limitación contractual de la indemnización de daños no corporales, cuando se suprima su reconocimiento inicial.

⁸⁴⁴ Véase, en general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 336.

tivo de los mismos (art. 11.4 LVC) en esta ocasión prohíbe expresamente la utilización de tales cláusulas.

La sumisión de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista al régimen imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC constituye una importante novedad en el ordenamiento español.

Por de pronto, es de señalar que la prohibición de las cláusulas de exoneración tiene lugar con independencia de si tales cláusulas se insertan o no en condiciones generales.

Incluso cabe pensar que dicha prohibición contenida en la LVC desplazará, en su caso, la regulación de las llamadas cláusulas abusivas. Siendo nulas las cláusulas por contravenir lo dispuesto imperativamente en los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC, carece de sentido continuar fundamentando su ineficacia con base en la Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU, que considera abusiva toda cláusula que implique "la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional"; o de acuerdo con la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU que, según se ha indicado, declara abusivas las cláusulas que tengan por objeto "la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél [...]."⁸⁴⁵ Si la Disposición adicional segunda LGDCU, redactada a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, establece que "[l]o dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto

⁸⁴⁵ En cambio, la doctrina alemana considera ineficaz la llamada cláusula de intermediación en el viaje por contraria al § 9 Abs. 2 AGBG, por ocasionar un perjuicio no razonable al viajero y restringir hasta tal punto los derechos y obligaciones resultantes de la naturaleza del contrato de viaje que pone en peligro la consecución del fin del contrato. Vide BRANDNER, en Peter ULMER/ Hans Erich BRANDNER/Horst-Diether HENSEN/Harry SCHMIDT, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, cit., Anh. §§ 9-11, 1249-1268, Rnd. 597, págs. 1265-1266; aunque ello resulte redundante habida cuenta que tal cláusula es prohibida por la propia regulación sustantiva del contrato de viaje (§ 651 a Abs. 2 BGB).

en aquella", no parece que haya inconveniente en considerar que las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son nulas por contrarias a los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC.

Ello contrasta con la situación creada antes de la regulación del contrato de viaje, cuando se distingue entre dos regímenes, según si las cláusulas contractuales se hallan o no insertas en condiciones generales de los contratos.

Con anterioridad a la LVC, se admite como regla general la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del deudor no insertas en condiciones generales de los contratos, de acuerdo con lo establecido para todo tipo de contratación (arts. 1255, 6.2, 1103, 1104.2 y 1107 CC).⁸⁴⁶ Mas los pactos de exención de responsabilidad se consideran nulos cuando son contrarios a los límites a la autonomía privada —ley, moral y orden público— (art. 1255 CC)⁸⁴⁷ así como también, y como límite de carácter general, en los casos de dolo (art. 1102 CC),⁸⁴⁸ sea en la actuación u omisión del organizador o detallista, o bien de los auxiliares que aquellos utilizan en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de viaje;⁸⁴⁹ y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias

⁸⁴⁶ Sobre los distintos fundamentos legales de la regla general de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 78-91.

⁸⁴⁷ Sobre los límites generales de la autonomía privada (art. 1255 CC) como límites a las modificaciones convencionales de la responsabilidad contractual, véase, por todos, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 165-206.

⁸⁴⁸ Así, por ejemplo, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 360-424, afirma: "[l]o que hace el artículo 1.102 del Código civil es asegurar un nivel mínimo del criterio de imputación que opera generalmente en el seno del hecho liberatorio-extintivo, de forma que el ámbito de la liberación no puede ensancharse convencionalmente, ni el resarcimiento puede dejar de ser integral por debajo de ese mínimo".

⁸⁴⁹ Sobre la discusión de la doctrina española acerca de la aplicación del artículo 1102 del Código civil al ámbito de la responsabilidad del deudor por los actos de los auxiliares en el cumplimiento, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 159-165. Además de esta autora, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pág. 599, también se muestra partidario de la aplicación del precepto en estos casos. En contra, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 145, y JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, cit., págs. 246-247.

también consideran nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por daños causados interviniendo culpa grave del deudor.⁸⁵⁰

Mientras que una vez inserta la cláusula contractual de exoneración en las condiciones generales del contrato, la doctrina entiende que, además de la aplicación de los límites generales de validez de toda cláusula contractual (arts. 1255 y 1102 CC), la protección del consumidor debe ser mayor que la existente en la contratación general (art. 51 CE).⁸⁵¹ Esa idea tiene lugar aunque no haya acuerdo doctrinal a la hora de delimitar el alcance de este *plus* de tuición, existiendo distintas interpretaciones en torno a la prohibición de las "limitaciones absolutas de responsabilidad" establecida por la cláusula sexta de la letra c) del artículo 10.1 LGDCU, hoy derogada y sustituida por la Disposición adicional 1.^a II 10^a a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*. Alguna autora se limita a afirmar que con base en aquel precepto se considerarán abusivas las exenciones de responsabilidad por daños causados por dolo y culpa grave —a diferencia de lo que sucede en la contratación general, en este caso sin ninguna duda⁸⁵²; otra autora considera que

⁸⁵⁰ Aunque la doctrina no se muestra unánime en torno a la consideración que merecen las cláusulas de exoneración de responsabilidad en caso de culpa. Considera que las cláusulas que exoneren o limiten de responsabilidad derivada de dolo o culpa grave son nulas, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 30 y 154-159, tanto por razones históricas como para superar dificultades de prueba, con base en una interpretación del artículo 1102 del Código civil según la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 CC), aunque sean dolo y culpa grave sean dos conceptos distintos; véase también, MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa*, cit., págs. 604-609; contrástese con BADOSA COLL, *Comentario del Código Civil (art. 1103 CC)*, cit., pág. 39, quien afirma: "[...] el art. 1103 al no mencionar el tema de la autonomía de la voluntad en orden a la responsabilidad por culpa se separa del art. 1102, puesto que la «renunciabilidad» de las «acciones» es un principio general tal como lo había enunciado el derogado art. 4 II y se mantiene, aunque con redacción menos clara, en el vigente art. 6 II".

⁸⁵¹ El principio constitucional de protección del consumidor (art. 51 CE) exige un mayor rigor en las condiciones de validez de las "cláusulas restrictivas de responsabilidad", cuando éstas se oponen a un consumidor en el marco de la contratación por medio de condiciones generales (véase, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 207-208).

⁸⁵² Vide SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, cit., págs. 112-114, quien concluye: "[e]n consecuencia y respecto a este tipo de cláusulas que excluyen la responsabilidad en caso de dolo, la norma del apartado 6.º del artículo 10.1.º, c) [LGDCU] [como se ha dicho, derogada y sustituida por la cláusula décima de la Disposición adicional primera a partir de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*] no supone una mayor protección jurídica respecto a la prevista específicamente en el artículo 1102 del CC; más bien, la Ley de 1984 cumpliría una función persuasoria al «recordar» a cualquier predisponente que estas cláusulas, además de ser ilícitas ex artículo 1102 del CC, son, en todo caso, abusivas".

también lo serán las exenciones cuando los daños se hayan causado por culpa leve, si no existe en contrapartida algún beneficio para el consumidor como, por ejemplo, un precio más reducido;⁸⁵³ además, hay quien entiende que las cláusulas de exoneración constituyen una excepción a la admisibilidad de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por culpa (*ex art. 1102 CC*);⁸⁵⁴ y otra autora afirma que la limitación absoluta de responsabilidad establecida en las condiciones generales de la contratación será siempre nula.⁸⁵⁵ La disparidad de criterios acerca de cuál debe ser la mayor protección que debe resultar para el consumidor de los límites de validez de las cláusulas insertas en las condiciones generales incluso persiste en la interpretación doctrinal de la Disposición adicional 1.^a II 10^a LGDCU.⁸⁵⁶ De modo que no queda nada claro hasta qué punto serán válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad contractual insertas en condiciones generales de los contratos.

En cualquier caso, con el artículo 11.4 LVC no solamente desaparece del ámbito del contrato de viaje el distinto tratamiento recibido por las cláusulas de exoneración según se inserten o no en las condiciones generales del contrato

⁸⁵³ DÍAZ ALABART, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 10.1c) 6º*, cit., 284-295, pág. 290, interpreta en estos términos la prohibición de las limitaciones absolutas de responsabilidad previstas en el artículo 10.1c) 6º LGDCU.

⁸⁵⁴ Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II (Las relaciones obligatorias)*, cit., págs. 615-616, quien considera indiscutible que las cláusulas de exoneración establecidas en las condiciones generales de la contratación son uno de los casos más claros de "cláusulas abusivas" según se deduce del artículo 10 LGDCU.

⁸⁵⁵ Vide ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 223-227.

⁸⁵⁶ Así, QUICIOS MOLINA, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.^a II 10^a)*, cit., pág. 1012, señala que no podrá excluirse ni limitarse la responsabilidad de los profesionales contratantes que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en cualquier tipo de negligencia; mientras que M.^a Eulalia AMAT LLARI, en Ignacio ARROYO MARTÍNEZ/Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.^a II 10^a)*, Madrid, Tecnos, 1999, 375-379, pág. 378, afirma que "en el supuesto de daños a las cosas la responsabilidad no puede exonerarse en caso de dolo o culpa grave, pero sí en los de culpa leve y levísima y será el Juez el que deba valorar si dicha limitación responde a las circunstancias del caso y si no comporta desequilibrio respecto de las prestaciones del consumidor".

de viaje, sino que este precepto además simplifica el régimen aplicable a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista: esas cláusulas serán nulas de pleno derecho si son contrarias al régimen legal e imperativo de exoneración previsto en el artículo 11.2 LVC (art. 6.3 CC).⁸⁵⁷

Con todo, cabe hacer algunas observaciones acerca del control de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad que va a resultar del carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC.

La formulación en términos absolutos de la prohibición de las cláusulas exoneratorias resulta excesiva. El apartado cuarto del artículo 11 LVC establece el carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC, del mismo modo que el artículo 5.3 Directiva 90/314/CEE, y, por ello, la inadmisibilidad de cualquier modificación de éstos por vía contractual. Sin embargo, más bien cabe considerar que esa regulación no admite ninguna alteración del régimen de responsabilidad que aparece configurado en los apartados primero y segundo que vaya en perjuicio del consumidor, habida cuenta de la protección de mínimos del consumidor que pretende la propia norma comunitaria (art. 8 Directiva 90/314/CEE); mientras que nada debe obstar a que la alteración del régimen de imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o detallista, y las causas de exoneración de su responsabilidad contractual pueda ir a favor de los intereses del consumidor.⁸⁵⁸

Una vez más el déficit de la regulación española podría llegar a tener un relieve particular en este punto, en la medida que no otorga carácter imperativo al conjunto de sus disposiciones en beneficio del consumidor, sino que se limita a hacer suyos los objetivos de la Directiva 90/314/CEE. La LVC se limita a señalar, en el párrafo cuarto de su Exposición de motivos, que "[j]unto a este propósito armonizador, la Directiva comunitaria pretende, también, una ma-

⁸⁵⁷ El propio JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 360-424, pone de relieve que el límite del dolo y la culpa grave a él equiparada no es el único que el legislador establece para la validez de los pactos limitativos de la responsabilidad contractual, puesto que nada impide que ante supuestos específicos que planteen especiales necesidades de protección el legislador establezca límites de validez más rigurosos que los que, con carácter general, derivan del artículo 1102 del Código civil.

⁸⁵⁸ Así, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 253-255; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 260-262.

por protección a los consumidores, a través de las pautas contenidas en la comunicación de la Comisión al Consejo sobre «Nuevo impulso a la política de protección de consumidores», que se aprobó por Resolución del Consejo de 6 de mayo de 1986 [...]".

Una breve incursión en la regulación alemana del contrato de viaje nos confirma que la imperatividad impuesta por el artículo 11.4 LVC únicamente puede actuar a favor de los intereses del consumidor. Aquella regulación prescribe que no cabe apartarse de los mandatos de sus normas en perjuicio del viajero (§ 651 I BGB),⁸⁵⁹ ni por pactos singulares entre las partes, ni por medio de cláusulas insertas en condiciones generales de la contratación. Lo que significa la admisión de aquellas cláusulas contractuales que establezcan un régimen de imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador y de las causas de exoneración de su responsabilidad contractual más favorable para el consumidor que el previsto legalmente.⁸⁶⁰

De modo que cabe concluir que el artículo 11.4 LVC no excluye las siguientes cláusulas contractuales de agravación de responsabilidad de organizador y detallista: a) cláusulas de agravación de la cuantía del resarcimiento, sin perjuicio de su moderación judicial (art. 1154 CC); b) cláusulas por las que se establece la responsabilidad contractual solidaria de organizador y detallista frente al consumidor (cfr. art. 11.1 LVC); c) cláusulas de ensanchamiento de la imputabilidad del incumplimiento contractual —o cláusulas de asunción convencional del caso fortuito por el deudor—, se refieran a eventos específicos (p.ej. imputación de responsabilidad al organizador por huelga de los prestadores servicios) o a riesgos en general que conforme a la ley exoneran, como sucede en el caso de exclusión de alguna de las causas de exoneración previstas en el apartado segundo del artículo 11 LVC (p.ej. fuerza mayor);⁸⁶¹ y d) cláusulas de agravación

⁸⁵⁹ Conforme al § 651 I BGB, "[v]on den Vorschriften der §§ 651 a bis k kann nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden" ("[l]as disposiciones de los §§ 651 a a k no pueden ser desviadas en perjuicio del consumidor").

⁸⁶⁰ Por este motivo, en alguna ocasión el *Bundesgerichtshof* alemán ha declarado la ineficacia de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad contractual del organizador de viajes acudiendo no solamente a la AGBG sino también al § 651 k (con la implementación de la Directiva 90/314/CEE, actual § 651 I). Vide BGHZ 87, 191.

⁸⁶¹ Cfr. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 253-255. Con respecto a la regulación general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 618, considera que una interpretación del artículo 1105 del Código civil ("[f]uera de los casos especialmente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse [...]") en sentido contrario permite la asunción por vía contractual de responsabilidad del deudor por sucesos fortuitos.

del grado de diligencia exigible (cfr. art. 1104 CC).⁸⁶² En todas estas cláusulas se consigue un incremento de la tutela del derecho de crédito del consumidor a partir de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), a menudo a cambio de una mayor retribución a favor del organizador del viaje.

Por su lado, el control de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del organizador y detallista con arreglo al artículo 11 LVC deberá distinguirse de aquél que reciban las cláusulas limitativas de responsabilidad en sentido estricto, a saber, aquéllas que limitan la cuantía del resarcimiento con respecto a su medida resultante de la aplicación de los criterios legales de liquidación del daño (cfr. arts. 1106 y ss. CC). Conforme a una parte de la doctrina, los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) resultan aplicables a ambos tipos de cláusulas en la contratación en general; así como el límite específico del artículo 1102 CC previsto para los casos de dolo y culpa grave.⁸⁶³ Ese mismo tratamiento también se da cuando las cláusulas de exoneración y limitativas de responsabilidad se hallan insertas en condiciones generales. Entonces, como se ha señalado, a estos límites de validez se añaden los propios de la regulación protectora del consumidor en materia de condiciones generales de la contratación (Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU). Aun así, ello no podrá mantenerse con respecto a la responsabilidad contractual del organizador y el detallista de viajes combinados, al prohibirse tan sólo las excepciones a lo previsto en los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC. En ese caso, las cláusulas de exoneración quedarán sujetas al contenido imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC), mientras que las cláusulas limitativas de responsabilidad en sentido estricto deberán respetar los criterios generales de validez (arts. 1255 y 1102 CC; Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU, entre otras).

Además, el legislador español ha desaprovechado una buena oportunidad para hacer una referencia en el artículo 11.4 LVC a las consecuencias de establecer excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del mismo artículo. La regulación general se muestra insuficiente para

⁸⁶² Sobre los pactos de agravación de responsabilidad, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 327-332.

⁸⁶³ Por todos, véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 332-348.

delimitar el alcance de la contravención de estos apartados (art. 6.3 CC: "[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"). Aun así, cabe entender que en estos casos se tratará de una nulidad no de todo el contrato de viaje sino únicamente de la cláusula de exoneración. Nulidad parcial que derivará del carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC), sin necesidad de indagar, por tanto, acerca del valor que las partes dieron a la cláusula suprimida en orden a la conclusión del contrato.⁸⁶⁴ Lo que va a dar lugar a la sustitución de la cláusula contractual declarada nula por el contenido de la norma imperativa vulnerada, actuando en interés del consumidor. Sustituida la cláusula por los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC, en el caso de que la cláusula exoneratoria esté inserta en condiciones generales, el juez ya no podrá declarar la ineficacia del contrato de viaje debido a que las cláusulas subsistentes "determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada" (cfr. apartado segundo del art. 10 bis LGDCU).⁸⁶⁵

D) Algunas cláusulas contractuales insertas en condiciones generales y el régimen imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC

Con el fin de delimitar el alcance del carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC), a continuación se examinan algunas de las cláusulas contractuales que aparecen insertas en las condiciones generales de los contratos de viaje. Para ello se distingue entre las cláusulas que hacen referencia al régimen de imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o el detallista (art. 11.1 LVC), y aquellas relativas a las causas de exoneración de su responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC).

⁸⁶⁴ Sobre la eficacia de los límites de validez de la exoneración de la responsabilidad contractual, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 412-419.

⁸⁶⁵ Véase SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, cit., pág. 149, al comentar el artículo 10.4 LGDCU, hoy sustituido por el apartado segundo del artículo 10 bis LGDCU; también con relación al anterior artículo 10.4 LGDCU, Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 10.1c) 6º*, Madrid, Civitas, 1992, 336-347, pág. 347, concluye que la ineficacia total del contrato no puede perjudicar al adherente.

a) Cláusulas contractuales y carácter imperativo del apartado primero del artículo 11 LVC

Un examen de las cláusulas contractuales más comunes contenidas en las condiciones generales del contrato de viaje pone de relieve una clara tendencia a respetar el criterio de imputación del incumplimiento al organizador y detallista previsto legalmente (art. 11.1 LVC).

En este sentido, es de destacar la práctica desaparición en la contratación de viajes de las llamadas cláusulas de intermediación, del tenor siguiente:⁸⁶⁶

"[l]a agencia declara explícitamente que obra únicamente como intermediaria entre los viajeros y las entidades o personas llamadas a facilitar los servicios que constan en los itinerarios, o sea, las empresas de transporte, hoteles, restaurantes, etc., y por consiguiente, declara toda irresponsabilidad por deficiencias en cualquiera de los servicios prestados, así como por cualquier daño, herida, accidente, retraso o irregularidades que puedan ocurrir durante la ejecución de los servicios a las personas que efectúen el viaje por su mediación, así como el equipaje y demás objetos de su propiedad".

Aunque este tipo de cláusulas cuenta con una importante tradición en la contratación de viajes, se comprueba su progresivo abandono en los distintos ordenamientos.

La regulación alemana prevé expresamente que la declaración en el contrato de la condición de intermediario de los servicios singulares a realizar por prestadores directos (*Leistungsträger*) no se tendrá en consideración cuando las demás circunstancias (condición de organizador impresa en el programa de viaje, precio global, coordinación objetiva de una pluralidad de servicios) ponen de manifiesto la asunción por parte del organizador de la obligación de

⁸⁶⁶ A esta cláusula se refiere ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., pág. 20, extraída de un folleto publicitario de 1995.

ejecutar los servicios previstos en el contrato bajo su propia responsabilidad (§ 651 a Abs.2 BGB).⁸⁶⁷

En Francia se denota un apego especial a la consideración de la agencia de viajes como intermediaria entre los prestadores de los servicios y el consumidor.⁸⁶⁸ Es la *Arreté*, de 14 junio de 1982, *relatif aux conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle* la que marca un punto de inflexión en la prohibición de tales cláusulas. Aunque este texto no declare expresamente su nulidad, la asunción por parte de la agencia de la obligación de realizar el viaje por sí o por medio de prestadores de los servicios excluye la posibilidad de su exoneración a partir de una cláusula en la que aparezca como mera intermediaria entre estos últimos y el consumidor.⁸⁶⁹

Otro tanto puede afirmarse en el caso del Derecho inglés. La exoneración de responsabilidad del *tour operator* con base en su función de intermediación entre los prestadores de los servicios del viaje y el consumidor también ha sido utilizada con gran asiduidad en este ordenamiento. Mas la cláusula de intermediación será nula cuando el organizador del viaje sea miembro de la *ABTA* o asuma la responsabilidad por la realización de servicios llevados a cabo de hecho por los prestadores que utilice en el cumplimiento.⁸⁷⁰

Dejando de lado los antecedentes de otros países, en el ordenamiento español la cláusula de intermediación entre prestadores directos de los servicios y consumidor contraviene el régimen previsto en el apartado primero del artículo 11 LVC, conforme al que la responsabilidad de los organizadores y detallistas por el correcto cumplimiento del contrato tendrá lugar "con independencia de

⁸⁶⁷ Vide Roberto PARDOLESI, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, Riv.Dir.Civ., 1981, I, 55-83, págs. 66-67, quien pone de manifiesto que con anterioridad a la introducción de la regulación del contrato de viaje en el Código civil alemán (*Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 4.5.1979*; BGBl. I S. 509) la jurisprudencia de este país ya prohibía las llamadas cláusulas de intermediación (*Reisevermittelnklauseln*).

⁸⁶⁸ Sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad de las agencias de viajes en el Derecho francés, véase por ejemplo, René RODIÈRE, *La responsabilité delle agenzie di viaggio*, RDCo, 1959, I, págs. 81-90. Más recientemente, BOULANGER, *Tourisme et Loisirs (Dans les Droits Privés Européens)*, cit., págs. 49-51.

⁸⁶⁹ Así, PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 137-138.

⁸⁷⁰ Vide PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, cit., págs. 92-96.

que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios"; por lo que tal cláusula debe ser considerada nula de pleno derecho, toda vez que, como se ha dicho, el artículo 11.4 LVC atribuye carácter imperativo a aquél apartado (art. 6.3 CC).⁸⁷¹

Ello a no ser que la agencia de viajes exprese en el contrato su condición de intermediaria de los servicios singulares a realizar por prestadores directos y, además, concurren las circunstancias que pongan de manifiesto la no asunción por su parte de la obligación de ejecutar los servicios previstos en el contrato bajo su propia responsabilidad (vgr. simple entrega de los títulos o bonos de transporte, alojamiento u otros servicios); en cuyo caso no estaremos ante un contrato de viaje combinado sino ante un contrato de "servicios sueltos" del viaje (cfr. letra a) del art. 25 OMAAV),⁸⁷² como ya ha puesto de manifiesto alguna sentencia española.⁸⁷³

Eso mismo establece la cláusula 9.3 [responsabilidad del organizador de viajes] de las ARB 1997 alemanas, con las siguientes palabras:⁸⁷⁴

"[r]ealizado un viaje o, de un modo adicional a éste, un transporte de línea regular, y entregado por ello el correspondiente título de transporte al viajero, el organizador realiza prestaciones ajenas, si es que él hace una referencia expresa a las mismas en la contratación del viaje y en la confirmación del viaje. Por este motivo el organizador del viaje

⁸⁷¹ Así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 262.

⁸⁷² La letra a) del artículo 25 OMAAV establece que el contrato de "servicios sueltos" tiene lugar "cuando se facilitan a comisión los elementos aislados de un viaje o una estancia".

⁸⁷³ La SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 1.ª, Ponente: Sra. María de las Mercedes Oliver Albuerne, RAJ 542, hace una distinción exhaustiva entre las actividades de las agencias de viajes de mediación de servicios sueltos y organización de los llamados "paquetes turísticos". Según la Audiencia: "[e]n el primer supuesto "servicio suelto" la Agencia desarrolla una actividad de mediación calificable de contrato de comisión de transporte por medio de otro transportista y en el segundo, una actividad de organización y "venta" de determinados servicios"; y más adelante la misma sentencia añade lo siguiente: "[e]n el primer supuesto no contrata en nombre propio [la agencia] pues como puede observarse, los billetes se expenden por el tercero a nombre de los comitentes, por lo que el comisionista queda fuera del contrato de realización, mientras que en el segundo la Agencia viene obligada directamente a facilitar la totalidad de los servicios contratados con las condiciones y características estipuladas pues es ella la que organiza y vende".

⁸⁷⁴ Sobre el antecedente de esta cláusula, vide Frank FISCHER, *Zur Wirksamkeit und den Folgen der "Beförderungsfremdleistungsklauseln" in der Nr. 9.3 der DVR-Kontitionenempfehlung (ARB 1994)*, RRA 10/98, págs. 187-192.

no responde por sí mismo de la realización de la prestación de transporte. En este caso la eventual responsabilidad se regula de acuerdo con las disposiciones relativas al transporte de estas empresas [...]."⁸⁷⁵

Es más, la nulidad de la cláusula de intermediación reproducida más arriba no solamente tendrá lugar cuando sea opuesta frente al consumidor por el organizador del viaje sino también cuando la misma sea predispuesta por parte del detallista. En un principio pudiera parecer que la cláusula transcrita no contradice el régimen de responsabilidad del detallista dimanante de la regulación del contrato de viaje. Salvando que el detallista no es en realidad intermediario del viaje, lo cierto es que la obligación de ejecutar los servicios del viaje concierne únicamente al organizador (supra § I.2.2 B) a) (ii)). Por eso una parte de la doctrina considera válida esta cláusula cuando es predispuesta por el detallista frente al consumidor con el objeto de excluir su responsabilidad por el buen fin del viaje.⁸⁷⁶ Sin embargo, cabe entender que el detallista tampoco puede predisponer tal cláusula porque con ella da pie a la agencia organizadora del viaje a aparecer también como intermediaria, eludiendo su responsabilidad en la organización del viaje. No se puede olvidar, al fin y al cabo, que en la mayoría de casos tanto el organizador como el detallista van a tener la condición de agencia de viajes.⁸⁷⁷

Por su lado, también se aprecia una clara tendencia a respetar el criterio de distribución de responsabilidad contractual entre organizadores y detallistas previsto legalmente (art. 11.1 LVC).

⁸⁷⁵ En el Derecho alemán, BRANDNER, en Peter ULMER/Hans Erich BRANDNER/Horst-Diether HENSEN/Harry SCHMIDT, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, cit., Anh. §§ 9-11, 1249-1268, Rnd. 597, págs. 1265-1266, añade que si el organizador desea aparecer como intermediario de los servicios del viaje, debe indicarlo en la reserva, confirmación y facturación del viaje, al margen de las condiciones generales; también, Manfred WOLF en Manfred WOLF/Norbert HORN/Walter F.LINDACHER, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, 3. Auf., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, § 9 *Reisevertrag*, 818-850, pág. 825.

⁸⁷⁶ Véase ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., pág. 20.

⁸⁷⁷ RUIZ MUÑOZ, *Guía explicativa de la ley de viajes combinados*, cit., págs. 112-113, pone de relieve esta objeción a la cláusula contractual, si bien afirma que el detallista puede utilizar tal cláusula en tanto que desarrolla una labor de intermediación en la venta de viajes organizados; a diferencia del organizador, que no puede hacerlo al asumir el buen fin de la operación como vendedor de un servicio propio.

En este punto, cabe tener en cuenta la evolución experimentada por los límites de validez de las cláusulas utilizadas por las agencias minoristas con el fin de delimitar su responsabilidad frente al consumidor con respecto a la responsabilidad correspondiente a la agencia del viaje mayorista. Con anterioridad a la regulación del contrato de viaje, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 1994,⁸⁷⁸ la agencia minorista demandada y recurrente sostiene que no puede responder frente al cliente que contrató el «paquete turístico» ofertado, habida cuenta que los déficit de organización y prestación de los servicios son imputables a la agencia mayorista organizadora del viaje. Frente a esta pretensión, la Audiencia Provincial declara lo siguiente:

"[e]xaminando todo lo actuado y analizados los argumentos del recurso éste no puede prosperar, por cuanto aun siendo cierto que la entidad demandada es minorista y que no pone a disposición de sus clientes directamente los servicios ofertados por las empresas mayoristas [...] también es lo cierto que desde un punto de vista jurídico el usuario en general por lo general [sic] con quien contrata es con la empresa minorista la cual, generalmente sin ostentar el carácter de mero representante o apoderado de la mayorista, cobra el importe de los servicios contratados y garantiza el buen fin de lo que oferta; y esta relación no es sino la propia de las que se establece en virtud del contrato de comisión mercantil en la versión del artículo 246 del Código de Comercio que preside ciertamente, la del caso que nos ocupa, pues de la documental obrante en autos y en concepto de la factura que consta librada a los actores (folios 10, 11, 11.bis, 12, 13) y programa de actividades queda claro que Viajes A. [agencia minorista] contrató por cuenta propia con los actores el paquete turístico «Safari y Relax» sin mencionar en modo alguno que la gestión o prestación efectiva de tales servicios iban a ser de la exclusiva responsabilidad de otros profesionales y en todo caso sin el concurso de los mismos, en la contratación, para quedar contractualmente vinculados con los hoy actores".

Habiendo sido superada por la regulación del contrato de viaje combinado la reconducción de la actuación de la agencia de viajes minorista al esquema de la representación indirecta (supra § I.1.2 A)), en este punto interesa destacar

⁸⁷⁸ Vide la SAP de Barcelona, de 14 de julio de 1994, Sección 1.ª, EC, núm. 33, 1995, pág. 131.

las afirmaciones realizadas a continuación por la misma sentencia en cuanto a los efectos exoneratorios de una de las cláusulas contractuales contenidas en las condiciones generales del contrato de viaje:

"[n]o es de recibo la pretendida exclusión de responsabilidad figurante en las condiciones generales del contrato según argumenta la demanda [léase, demandada] por cuanto tales condiciones figuran en todo caso en el folleto de la mayorista (folios 62 y siguientes) no formados ni manifestados conocidos (sic) en su absoluta integridad por los hoy actores como debiera haber sucedido, en todo caso, para surtir el efecto exonerador (sic) por el artículo 10.1.º, a), b) y c), en concreto apartado 6.º, en relación con el número 4 del mismo precepto, de la Ley 26/34 [léase, 26/84], de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,⁸⁷⁹ puesta en relación con el antes mentado precepto del Código de Comercio determinante de la responsabilidad del minorista frente al cliente [...] pues de otro modo el usuario quedaría indefenso al no haber contratado con aquellas mayoristas a las cuales sólo cubriría en puridad demandar por responsabilidad extracontractual, pues quien «vende» el paquete turístico contrata la prestación por terceros de un complejo de servicios cuya bondad garantiza y por cuya cuenta debe responder, además de percibir un precio, con arreglo a las exigencias normales de la buena fe (arts. 1.101,1.104 y 1.254 y concordantes del Código Civil) [...]".

Con todo, en la actualidad el control de validez de cualquier cláusula invocada por el detallista del viaje combinado con la que pretenda delimitar su responsabilidad frente al consumidor, resultará de contrastar tal cláusula no con la regulación de las cláusulas abusivas insertas en condiciones generales, sino con el régimen legal correspondiente a la responsabilidad contractual del organizador y detallista (art. 11.1 LVC). Únicamente cuando tal cláusula sea contraria a las previsiones del apartado primero del artículo 11 LVC, que prescribe la responsabilidad de los organizadores y detallistas por el correcto cumplimiento del contrato "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado", deberá ser considerada nula de

⁸⁷⁹ Las letras a), b) y c) del artículo 10.1 LGDCU hacen referencia a los requisitos que deberán cumplir las condiciones generales de la contratación: concreción, claridad y sencillez en la redacción, entrega de documentación acreditativa de la operación y buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. En cuanto al último requisito, téngase en cuenta que el entonces vigente apartado sexto de la letra c) del artículo 10.1 LGDCU excluía, como se ha indicado, "las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor y usuario" (cfr. Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU).

pleno derecho por contraria a una norma imperativa (arts. 11.4 LVC y 6.3 CC).

Es en este sentido que debe considerarse válida la cláusula inserta actualmente en las condiciones generales del contrato de viaje del tenor siguiente:⁸⁸⁰

“[l]a Agencia de viajes organizadora y la vendedora final del viaje combinado, responderán, en proporción a las obligaciones que les corresponda por su ámbito de gestión del Viaje combinado, de la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato con el consumidor, con independencia que las susodichas obligaciones deban ser ejecutadas por ellas u otros prestadores o proveedores de servicios, sin perjuicio del derecho de la Agencia Organizadora de emprender acciones contra los mismos, y siempre dentro de los límites establecidos en estas condiciones generales y en la legislación aplicable.[...]”

Aunque con una redacción prácticamente coincidente con la literalidad del apartado primero del artículo 11 LVC, es de lamentar que esta cláusula no delimite más concretamente el ámbito de gestión del viaje correspondiente a organizador y detallista a los efectos de distribuir su responsabilidad contractual frente al consumidor.⁸⁸¹

Por ello, incluso parece preferible el uso de una cláusula con la siguiente redacción:⁸⁸²

⁸⁸⁰ Véase la cláusula "Responsabilidad" de los catálogos AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996); HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998), IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998/1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 al 30 abril de 1999), JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97, RHODASOL/TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998), SALDUBA TOURS, *Estancias en Playa: Hoteles-Apartamentos*, verano 1998 (vigencia: 1 mayo al 31 octubre de 1998); TURAVIA, *Playas de América*, invierno 96-97 (vigencia: 1 noviembre de 1996 a 30 de abril de 1997) y TURYCO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998).

⁸⁸¹ Supra § I.2.2 B) a) (ii).

⁸⁸² Véase la cláusula "Limitación de responsabilidad" de los catálogos CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998) y TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998).

“[l]a Agencia de viajes Minorista, mediadora en la venta de los circuitos en el presente programa, entre el comprador y/o pasajero y la empresa Transrutas, SA, queda excluida de las condiciones generales de Inscripción, limitando su responsabilidad: a una adecuada entrega de la documentación correspondiente, a facilitar una información veraz, a tener al cliente localizable y de haber hecho entrega al mismo de las condiciones de inscripción existente en el presente folleto, así como también de proporcionar cualquier modificación que Transrutas notificara a la Agencia Minorista antes de la salida del viaje. “

Aunque a esta cláusula se le pueda reprochar el uso de términos actualmente superados por la regulación del contrato de viaje combinado (vgr. agencia minorista, mediación en la venta de viajes, circuito turístico), no parece que haya grandes dificultades para admitir su validez.

Por lo demás, téngase en cuenta que no cabrá distinguir entre las cláusulas de distribución de responsabilidad entre organizador y detallista frente al consumidor formuladas como un pacto individual y las cláusulas con el mismo contenido incluidas en las condiciones generales del contrato de viaje a los efectos de controlar su validez. En ambos casos tales cláusulas deberán respetar el contenido imperativo del apartado primero del artículo 11 LVC (art. 11.1 LVC, por remisión del art. 11.4 LVC; art. 6.3 CC); sin que en ello tenga relevancia alguna la regulación de las cláusulas abusivas insertas en condiciones generales de los contratos (art.10.1 LGDCU, letra c).

b) Cláusulas contractuales exoneratorias y carácter imperativo del apartado segundo del artículo 11 LVC

Al prever con carácter imperativo y exhaustivo los criterios de exoneración de responsabilidad contractual de organizadores y detallistas (apartados segundo y cuarto del art. 11 LVC), la nueva regulación del contrato de viaje también constituye un criterio de validez de las cláusulas contractuales que tienen por objeto la exclusión de dicha responsabilidad.

(i) No presentación del consumidor: letra a) del artículo 11.2 LVC

Entre las cláusulas usadas con mayor frecuencia en la contratación de viajes combinados con el fin de excluir la responsabilidad contractual del organizador, la cláusula "Presentación a la salida" contenida en catálogos de viajes con servicio de transporte aéreo establece lo siguiente:

"[l]a presentación en el aeropuerto deberá efectuarse con una antelación de 90 minutos a la hora de salida anunciada para su vuelo.⁸⁸³ La organización no se hace responsable de la pérdida del vuelo".⁸⁸⁴

Ya se ha dicho que la presentación puntual al lugar de salida, o a los distintos servicios que componen el viaje, podrá significar que el incumplimiento de la obligación asumida por el organizador de prestar los servicios del viaje sea imputable totalmente al consumidor, en cuyo caso aquél se exonerará de responsabilidad por los daños que sean consecuencia de tal incumplimiento (letra a) del art. 11.2 LVC).

Adviértase que la cláusula únicamente hace referencia a la exoneración de responsabilidad contractual del organizador del viaje, en la medida que la no presentación del consumidor en el lugar de salida únicamente afecta al cumplimiento de una obligación que corresponde a aquél, por su ámbito de gestión del viaje, cual es la de ejecutar los servicios del viaje combinado (supra § I.2.2 B) a) (ii)).

Algunas cláusulas incluso exoneran de responsabilidad al organizador del viaje cualquiera que sea el motivo que impida la presentación del consumidor a la salida del viaje, mediante el empleo de la fórmula siguiente:

"[p]ara la buena marcha de las excursiones rogamos a los clientes que se presenten en nuestra Terminal o punto de salida, media hora antes

⁸⁸³ El catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - Abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996) no prevé las consecuencias del incumplimiento de la carga de presentación puntual al lugar de salida.

⁸⁸⁴ Véase el catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998).

de la señalada en cada viaje, excepto en los viajes aéreos que la presentación es de 2 horas antes de la salida en el aeropuerto que se indique. La Agencia Organizadora declina toda responsabilidad por la no presentación de los Viajeros en el aeropuerto a la hora de la que se fije, cualesquiera que sean las razones que lo impidan".⁸⁸⁵

En la misma línea, aunque únicamente con relación al servicio de traslado desde el lugar de llegada al lugar previsto en el contrato, otros catálogos disponen:

"[e]l servicio de traslado desde el aeropuerto, puerto o estación al hotel u otro lugar previsto en el viaje, se encuentra contratado, como norma general, hasta una hora después de la llegada oficial prevista del usuario a los mismos. Por ello, si la citada llegada del usuario se produce después de ese plazo, aunque sea por causas de fuerza mayor, el servicio de traslado podría no ser prestado."⁸⁸⁶

La validez de esas cláusulas resulta indudable, por cuanto que para la aplicación de la causa de exoneración prevista por la letra a) del artículo 11.2 LVC basta con que medie una relación causal entre la conducta del consumidor y el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el organizador.⁸⁸⁷

Exonerado el organizador de responsabilidad contractual, será el consumidor quien asuma el riesgo de la prestación. Como se ha indicado, el incumplimiento de la carga del consumidor de presentación puntual al lugar de salida, además de eximir al organizador de la obligación de ejecutar los servicios contratados, conllevará que éste no pierda su derecho a la contraprestación, esto

⁸⁸⁵ Así, el catálogo CONTINENTAL, *Verano 98* (fecha de edición: abril de 1998; vigencia: de mayo a diciembre de 1998). Nótese, además, la falta de uniformidad en cuanto a la antelación exigida para la presentación a la salida del viaje. Compárese también con el catálogo TURVICO, *Circuitos Nacionales e Internacionales, verano-otoño 98* (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998), que dispone: "[e]n el caso de viajes en autocar los viajeros han de presentarse en el lugar de salida con una antelación de 30 minutos a la hora de salida anunciada. En el caso de viajes en avión la presentación será de 2 horas antes".

⁸⁸⁶ Véase, por ejemplo, la cláusula "Alteraciones" del catálogo TURAVIA, *Playas de América*, invierno 96-97 (vigencia: 1 noviembre de 1996 a 30 de abril de 1997).

⁸⁸⁷ La sentencia alemana AG Düsseldorf, Urt.13.6.1997, RRa 9/1997, pág. 178, declara que el organizador no responde por no tener nada que ver el hecho de que los empleados del hotel no hayan despertado al consumidor con la pérdida del avión de regreso por parte de éste. Véase también la sentencia alemana AG Homburg, Urt. 4.2.1998, RRa 5/1998, pág. 101.

es, al precio del viaje, salvo acuerdo de las partes en otro sentido (párrafo segundo del art. 9.4 LVC, letra a).⁸⁸⁸ Lo que contrasta con lo que va a suceder si es la intervención de un tercero, la fuerza mayor o el acontecimiento imprevisible e inevitable lo que provoca la imposibilidad de continuar el viaje, en cuyo caso será el organizador quien deba rembolsar al consumidor el precio que corresponde a la parte del viaje no realizada (arg. ex art. 10.1 LVC).

Es por ello que parece particularmente acertada la cláusula decimocuarta ("Falta de presentación a la salida") de las *Condiciones generales del contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, que expresa lo siguiente:

"1. Existirá falta de presentación a la salida si el consumidor no comunica su voluntad de no llevar a cabo el viaje y no se presenta en el tiempo y lugar previstos para la salida.⁸⁸⁹ En este caso, pierde el derecho a la devolución de las cantidades entregadas y continúa obligado a abonar las que estuvieran pendientes de pago.

2. No obstante, si la falta de presentación tiene lugar por una causa de fuerza mayor, el consumidor tendrá derecho a que se le devuelvan las cantidades entregadas, deducidos los gastos de gestión y los de anulación. A estos efectos, se considerará causa de fuerza mayor la muerte, el accidente o enfermedad graves del consumidor o de alguna de las personas con quien conviva o cualquier supuesto análogo que le impida participar en el viaje y comunicar a la agencia esa imposibilidad antes de la salida".

Aun resultando prescindible la valoración de la conducta del consumidor a los efectos de exonerar de responsabilidad al organizador con arreglo a la letra a) del artículo 11.2 LVC, la predisposición de una cláusula como la expuesta por parte de los organizadores en ocasiones podrá actuar como incentivo para la contratación del viaje.

⁸⁸⁸ En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 134-135.

⁸⁸⁹ Esta previsión distingue los supuestos de no presentación de los de desistimiento del contrato por parte del consumidor (cfr. art. 9.4 LVC).

(ii) Falta de documentación: letras a) y c) del artículo 11.2 LVC

Otra cláusula inserta en la mayoría de catálogos con el fin de exonerar de responsabilidad al organizador es la llamada cláusula "Documentación", cuyo tenor es el siguiente:⁸⁹⁰

"[t]odos los usuarios, sin excepción, deberán llevar en regla su documentación personal y familiar correspondiente, sea el pasaporte o D.N.I , según las leyes del país o países que se visitan. Será por cuenta de los mismos, cuando los viajes así lo requieran, la obtención de visados, pasaportes, certificados de vacunación, etc. Caso de ser rechazada por alguna Autoridad la concesión de visados, por causas particulares del usuario o ser denegada su entrada en el país por carecer de los requisitos que se exigen, o por defecto en la documentación exigida, o por no ser portador de la misma, la Agencia Organizadora declina toda responsabilidad por hechos de esta índole, siendo por cuenta del consumidor cualquier gasto que se origine, aplicándose en estas circunstancias las condiciones y normas establecidas para los supuestos de anulación o desistimiento voluntario de servicios. Se recuerda igualmente a todos los usuarios que deben asegurarse, antes de iniciar el viaje, de tener cumplidas todas las normas y requisitos aplicables en materia de visados, a fin de poder entrar sin problemas en todos los países que vayan a visitarse".

Esta cláusula vincula el supuesto de la falta de documentación a dos consecuencias bien distintas: la primera, a la responsabilidad de la agencia organizadora como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje ("la Agencia Organizadora declina toda responsabilidad por hechos de esta índole"); y la segunda, a las "normas establecidas para los supuestos de anulación o desistimiento voluntario de servicios". En realidad, cabe entender que ambas consecuencias tendrán cabida en situaciones distintas.

⁸⁹⁰ Véase la cláusula "Documentación" de los catálogos AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - Abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996); HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998), IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998-1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998; vigencia: 1 noviembre de 1998 al 30 abril de 1999), JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97, TURAVIA, *Playas de América*, invierno 96-97 (vigencia: 1 noviembre de 1996 a 30 de abril de 1997) y TURICO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998).

Si con anterioridad al inicio del viaje el consumidor no cuenta con la documentación exigida para su realización, podrá ejercer la facultad de desistimiento prevista por el apartado cuarto del artículo 9 LVC, poniendo fin a la relación obligatoria preexistente de un modo absolutamente discrecional. En cuyo caso, tendrán lugar las consecuencias previstas por el mismo apartado: el consumidor deberá abonar al organizador o el detallista los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por 100 del importe del total del viaje, si el desistimiento se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por 100 entre los días tres y diez, el 25 por 100 dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. En definitiva, en caso de desistimiento por falta de documentación el consumidor asumirá la obligación de compensar al organizador o detallista por los beneficios dejados de obtener —el cobro del precio total del viaje— como consecuencia de la extinción avanzada del contrato.⁸⁹¹

En cambio, si el consumidor no desiste con anterioridad al inicio del viaje, la no prestación de todos o —más frecuentemente— algunos de los servicios del viaje con motivo de la falta de documentación del consumidor no constituirá sino un incumplimiento de la obligación contractual del organizador. Téngase en cuenta que el consumidor no podrá desistir una vez iniciado el viaje, según la regulación española (art. 9.4 LVC), por lo que con frecuencia será a partir de entonces que tendrá lugar dicho incumplimiento (p.ej. se detecta la falta de documentación una vez iniciado el viaje). En estos casos cabrá plantearse a quien resulta imputable el incumplimiento para, en su caso, declarar la obligación del organizador de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor.

⁸⁹¹ Sobre los efectos liquidatorios de la relación obligatoria como consecuencia del desistimiento de los contratos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 893; José María CABALLERO LOZANO, *Una compra-venta especial: la ventas fuera de establecimiento*, RDP, 1994, 1047-1064, pág. 1058; María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA/Lluís PUIG i FERRIOL/ Jacinto GIL RODRÍGUEZ/José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 392; y Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 218-220.

En algunos supuestos de falta de documentación no habrá inconveniente en considerar que el incumplimiento de la obligación de ejecutar las prestaciones del viaje resulta imputable exclusivamente al consumidor (art. 11.2 LVC, letra a); circunstancia que tendrá lugar, según se desprende del tenor literal de la propia cláusula, "[c]aso de ser rechazada por alguna Autoridad la concesión de visados, por causas particulares del usuario [...]"; e incluso en otros casos, como cuando el consumidor disponga de la documentación necesaria para la realización del viaje y se la olvide en el momento de la salida.⁸⁹² Entonces, el organizador podrán exonerarse de responsabilidad contractual por la no prestación de servicios conforme a aquella previsión.

Mas, en otros casos, la falta de documentación oficial podrá resultar imputable no al consumidor del viaje sino a una decisión de la autoridad pública de un país de paso o destino del viaje (*factum principis*). En particular, puede que los funcionarios de aduanas prohíban la entrada del grupo de consumidores en dichos países, por haber aumentado repentinamente las formalidades documentales exigibles. Sin duda, tal circunstancia podrá ocasionar el incumplimiento de las obligaciones del organizador asumidas en el contrato. En cuyo caso, el organizador también podrá exonerarse de responsabilidad contractual, por concurrir una causa de fuerza mayor, siempre que la decisión administrativa pueda ser calificada como ajena su ámbito de control, además de imprevisible e inevitable en sus consecuencias de acuerdo con la diligencia debida (art. 11.2 LVC, letra c).⁸⁹³ Únicamente si concurren estos requisitos procederá el segundo supuesto de exoneración previsto en la cláusula reproducida, cual es la denegación al consumidor de "su entrada en el país por carecer de los requisitos que se exigen, o por defecto en la documentación exigida, o por no ser portador de la misma [...]". Se tratará, en definitiva, de otro supuesto de falta de documentación en que el organizador también podrá exonerarse de responsabilidad contractual.

⁸⁹² Ya se ha dicho que la inobservancia por parte del consumidor de las formalidades necesarias en materia de pasaportes y visados para la realización del viaje va a significar el incumplimiento por su parte de una carga de cooperación o colaboración asumida con el contrato, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC), imprescindible para que el organizador o el detallista se encuentren en condiciones para llevar a cabo la prestación prometida.

⁸⁹³ Supra § II.4.2 C) a).

La distinción entre ambos casos de inimputabilidad del incumplimiento del contrato al organizador no es baladí. Adviértase que cuando tal incumplimiento resulte imputable al propio consumidor (letra a) del art. 11.2 LVC), en ocasiones el riesgo de la prestación correrá a su cargo. Ello ocurrirá cuando la conducta del consumidor relativa a la documentación exigible provoque la cancelación del viaje. Ya se ha dicho que los derechos al reembolso de todas las cantidades pagadas, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior —con el reembolso, en su caso, de la diferencia de precio— únicamente tendrá lugar cuando la cancelación del viaje no sea imputable al consumidor (art. 9.1 LVC);⁸⁹⁴ y en caso de que el incumplimiento resulte imputable a este último, además de quedar el organizador exonerado de responsabilidad contractual, ni éste ni el detallista tendrán la obligación de "prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades" (art. 11.2 *in fine* LVC). Ello contrastará con lo que va a suceder en los supuestos de falta de documentación imputables a una causa de fuerza mayor (letra c) del art. 11.2 LVC). Entonces el consumidor podrá optar entre el reembolso de todas las cantidades pagadas, o bien a la realización de otro viaje combinado en caso de cancelación del viaje (art. 9.1 LVC); e iniciado el viaje, el organizador deberá rembolsar al consumidor el precio que corresponda a la parte del viaje que no se ha realizado (art. 10.1 LVC). Además, siendo la fuerza mayor la que provoca la imposibilidad de continuar el viaje, el organizador exonerado de responsabilidad contractual (letra c) del art. 11.2 LVC) y, eventualmente, el detallista, estarán obligados a prestar aquella asistencia al consumidor (art. 11.2 *in fine* LVC).

En cualquier caso, la cláusula transcrita únicamente se refiere a la exoneración de responsabilidad contractual del organizador del viaje, acaso por considerar sólo la hipótesis de no prestación de todos o algunos de los servicios del viaje por la falta de documentación del consumidor.

No obstante, en este punto cabe tener en cuenta que tanto el organizador como, en su caso, el detallista, asumen la obligación de incluir en la oferta del viaje información acerca de las condiciones aplicables a los nacionales de los

⁸⁹⁴ Por el contrario, el organizador deberá abonar "el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas" en el caso de no prestación de servicios después de la salida del viaje, aun cuando la falta de documentación que provoque la imposibilidad de prestar una parte importante de los servicios previstos en el contrato sea imputable en exclusiva al consumidor (art. 10.1 LVC).

Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y visados (cfr. art. 3.1 LVC, letra e);⁸⁹⁵ información que también deberá hacer referencia, en su caso, a las eventuales modificaciones de las disposiciones sobre tales cuestiones que tengan lugar antes del inicio del viaje. La misma cláusula contractual establece que "[e]l usuario recibirá de la Agencia detallista la información pertinente sobre la documentación específica necesaria para el viaje elegido [...]". De ese modo, puede que el organizador o, como ocurre en este caso, el detallista deban indemnizar los daños sufridos por el consumidor en supuestos de falta de documentación —en particular, gastos de regreso y daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo— que sean motivados por una falsa o inexistente información.⁸⁹⁶

En esta ocasión quien asume la obligación de informar en materia de pasaportes y visados es la agencia detallista, mientras que quien se exonera de responsabilidad contractual por los daños que sean consecuencia de la no prestación de los servicios del viaje en los supuestos de falta de documentación es la agencia organizadora. Ello parece obedecer a la idea según la cual únicamente el organizador del viaje responde por los daños resultantes de la no prestación de los servicios, toda vez que ello forma parte de las obligaciones que a éste corresponden por su ámbito de gestión del viaje (cfr. art. 11.1 LVC). Sin embargo, esa idea se presenta muy controvertida en la regulación del contrato de viaje. En caso de que el detallista incumpla su obligación de informar en materia de pasaportes y visados (cfr. art. 3.1 LVC, letra e), no existe un fundamento legal claro para no imputar los daños sufridos por el consumidor a la no prestación de servicios por parte del organizador (cfr. art. 1107 CC). Mas en este caso no hay ningún obstáculo para considerar que todos los daños sufridos por el consumidor son en realidad consecuencia del incumplimiento de la obligación de informar en materia de pasaportes y visados asumida por el detallista (cfr. art. 1107 CC). Supuesto en que únicamente debería declararse la responsabilidad

⁸⁹⁵ Dicha obligación de información no existe cuando el consumidor del viaje sea nacional de otro país.

⁸⁹⁶ Vide la condición general de viajes número 14 de las ARB 1997 alemanas, que además añade que en los viajes a Estados no miembros de la Unión Europea el organizador queda obligado a facilitar la información del consulado correspondiente. Con todo, alguna sentencia declara que el organizador no será responsable por la información falsa facilitada por el consulado, toda vez que éste no tiene la condición de auxiliar en el cumplimiento del contrato de viaje (véase la sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 15.12.1994, RRA 4/1995, págs. 63-64).

contractual del detallista del viaje.⁸⁹⁷ Es más, tal parece ser la solución más defendible, pues en caso contrario carecería de sentido la distribución de responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes realizada por el apartado primero del artículo 11 LVC.⁸⁹⁸ Por ello, puede concluirse que la cláusula contractual transcrita por lo menos también debiera prever la exoneración de responsabilidad de la agencia detallista, habida cuenta que en este caso es ella la que asume la obligación de informar en materia de pasaportes y visados.

(iii) Causa de fuerza mayor: letra c) del artículo 11.2 LVC

Si bien la mayoría de catálogos se limitan a reproducir la definición de fuerza mayor contenida en la letra c) del artículo 11.2 LVC, alguno de ellos incluye una enumeración ejemplificativa de lo que debe considerarse fuerza mayor, como la siguiente:

"[l]a Agencia Organizadora no se responsabilizará de los gastos de cualquier tipo que se originen como consecuencia de retrasos en las salidas o regresos por causas ajenas a su voluntad ya sean meteorológicas, huelgas, inconvenientes de tipo técnico u otros de fuerza mayor".⁸⁹⁹

Pronto se advierte que estos incisos de las cláusulas contractuales presentan algunas deficiencias. Aparte de prever la exoneración de responsabilidad de la agencia organizadora únicamente con relación al resarcimiento de daños por

⁸⁹⁷ En el ordenamiento alemán existe una fuerte discusión acerca de la responsabilidad contractual del detallista (*Reisebüro*) por el incumplimiento de la obligación de informar acerca de las formalidades necesarias para realizar el viaje. Véase, por todos, el comentario de Otto TEMPEL a la sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 10.12.1998, RRa 3/1999, págs. 55-59.

⁸⁹⁸ Los tribunales alemanes tienden a no declarar la responsabilidad contractual del organizador o detallista en casos en que no llega a realizarse el viaje por falta de la documentación necesaria. Véanse las sentencias OLG Frankfurt am Main, Urt. 29.8.1996, 2/1997, págs. 38-39, AG Bielefeld, Urt. 2.9.1997, RRa, 2/1998, pág. 47, AG Ludwigsburg, Urt. 24.9.1997, RRa 10/1998, págs. 199-20 y AG Bonn, Urt. 5.2.1998, RRa 8/1998, pág. 155. Aunque de ellas se desprende que, en su caso, el detallista deberá indemnizar todos los daños sufridos por el consumidor que sean consecuencia del incumplimiento del contrato.

⁸⁹⁹ Véase la cláusula "Responsabilidad" del catálogo TURRYCO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998).

gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, algunas de las circunstancias enumeradas por la cláusula difícilmente pueden considerarse ajenas al organizador que las invoque (algunas huelgas, inconvenientes de tipo técnico), como se verá en el próximo apartado, por cuanto que se trata de cuestiones que forman parte del ámbito de organización del viaje.⁹⁰⁰ Además, en la cláusula transcrita se hecha de menos una breve referencia al carácter anormal e imprevisible de la circunstancia exoneratoria, así como a la inevitabilidad de sus consecuencias de acuerdo con la diligencia debida (art. 1104 CC), toda vez que estos elementos también definen la causa de fuerza mayor conforme a la regulación del contrato de viaje (letra c) del art. 11.2 LVC).⁹⁰¹

(iv) Causas técnicas y huelgas: letra d) del artículo 11.2 LVC

Como se ha señalado, la mayoría de condiciones generales del contrato que ejemplifican los supuestos de fuerza mayor en la cláusula "Responsabilidad", incluyen entre los mismos algunos sucesos que proceden de la esfera interna o relativa a la propia organización del agente. Destacan particularmente las denominadas causas técnicas y algunas huelgas que no pueden ser consideradas ajenas al organizador o el detallista que las invoque (cfr. letra c) del artículo 11.2 LVC).

(a) La llamadas causas técnicas

En no pocas ocasiones esas cláusulas prescriben que la agencia no se responsabiliza de los gastos de alojamiento, manutención, transportes, y otros que

⁹⁰⁰ Aunque refiriéndose al resarcimiento de todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje, la cláusula "Responsabilidad" del catálogo KUONI TOURS, *Oriente Pacífico* (fecha de edición: abril 1998), adolece del mismo inconveniente: "[l]a Agencia Organizadora no será responsable de cualquier pérdida o daño a persona y/o propiedades, que resulten directa o indirectamente producidos por fuerzas sobrenaturales, daños producidos por incendios o huracanes, fallo en maquinaria o equipo, acciones de gobierno u otras autoridades: guerras, sean o no declaradas; hostilidades, disturbios civiles, huelgas, revueltas, robos, saqueos, epidemias, cuarentenas, retrasos o cancelaciones, o cambios de itinerario u horario. Ni la agencia, ni ninguna de las compañías afiliadas o subsidiarias será o se hará responsable de cualquier gasto adicional o responsabilidad en que incurra el pasajero, como resultado de cualquiera de las causas anteriormente mencionadas". En ese caso, el "fallo en maquinaria o equipo", como se verá a continuación, difícilmente será ajeno al consumidor.

⁹⁰¹ En este punto, véanse los distintos supuestos de causa de fuerza mayor expuestos anteriormente (decisiones de las Administraciones públicas, conflictos laborales, sucesos meteorológicos). *Supra* § II.4.2 a) (ii).

se originen a consecuencia de retrasos en salidas o regresos de vuelos por "causas técnicas";⁹⁰² o no se responsabiliza de los gastos de cualquier tipo que se originen como consecuencia de retrasos en las salidas o regresos "por inconvenientes de tipo técnico";⁹⁰³ o no se responsabiliza de cualquier pérdida o daño a persona y/o propiedades, que resulten directa o indirectamente producidos por "fallo en maquinaria o equipo".⁹⁰⁴

La exoneración de responsabilidad contractual a partir de esas cláusulas puede resultar de un enorme interés para el organizador o el detallista, habida cuenta de la tendencia de los tribunales españoles a estimar las reclamaciones de indemnización de daños morales motivados por el retraso del vuelo en el transporte aéreo. En ese sentido, recientemente la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000,⁹⁰⁵ se refiere a un retraso en el transporte aéreo contratado que "obedeció al mero interés particular de la compañía aérea, ya que no se debió a una de las muchas circunstancias —meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.— que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la compañía en trasladar a Lisboa —donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona— un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la capital portuguesa". Entre las pretensiones del consumidor demandante se encuentran la declaración de nulidad de "la cláusula de exoneración de la responsabilidad por retraso establecida en el billete de pasaje en aplicación de la normativa civil [...] y la Ley General de Protección de los Consumidores y Usuarios", y la declaración de responsabilidad del transportista por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por el retraso. Estimada en parte la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona, el transportista interpone recurso de apelación. Estimado ese recurso únicamente en el sentido de reducir la condena indemnizatoria impuesta al transportista recurrente por los daños morales ocasionados—que se fija en 250.000 ptas.—, éste recurre en casación, entre otros

⁹⁰² Así, el catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998).

⁹⁰³ Véase el catálogo TURICO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998).

⁹⁰⁴ Así, el catálogo KUONI TOURS, *Oriente Pacífico* (fecha de edición: abril 1998).

⁹⁰⁵ Vide STS, de 31 de mayo de 2000, Sala 1ª., Ponente: Sr. Jesús Corbal Fernández, RAJ 5089.

motivos, por aplicación incorrecta de la jurisprudencia en materia de ese tipo de daños. El Tribunal Supremo desestima el recurso y declara procedente la indemnización de daños morales por la aflicción producida por el retraso en el transporte aéreo, al tratarse de una situación en que "se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad [...], como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna". Según la sentencia, en el retraso concurren los requisitos para que proceda dicha indemnización, esto es, aquél "fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea [...]", "resultó importante" (ocho horas), y "dio la situación de aflicción en la esfera psíquica", resultando "lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes".⁹⁰⁶ Aun tratándose de un contrato de transporte, en este punto cabe plantearse si resulta admisible la inclusión de las denominadas causas técnicas entre los supuestos de fuerza mayor de la cláusula "Responsabilidad" inserta en condiciones generales del contrato de viaje combinado para exonerar de responsabilidad al organizador en supuestos como éste.

Dejando de lado la ambigüedad de la idea de causa técnica, no parece que la misma pueda llegar a coincidir con la noción de fuerza mayor utilizada por la regulación del contrato de viaje; esto es, el suceso a que se refiere la cláusula en ningún caso puede constituir una circunstancia ajena a quien la invoca, anormal e imprevisible cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida (art. 11.2 LVC, letra c).

Cierto es que en alguna ocasión los tribunales españoles han admitido implícitamente con relación al contrato de transporte que las causas técnicas puedan llegar a reunir los elementos definitorios propios de la fuerza mayor (art. 1105 CC). Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallor-

⁹⁰⁶ Entre las circunstancias causantes de los daños morales, en esta ocasión el Tribunal Supremo se refiere a "la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo [...] el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya".

ca, de 18 de febrero de 1998,⁹⁰⁷ se refiere a un supuesto en que los demandantes habían contratado un transporte aéreo cuya salida se demoró más de tres horas sobre lo previsto debido a un problema técnico de la aeronave. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda de los viajeros presentada en reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. La empresa transportista interpuso recurso de apelación aduciendo, entre otros motivos, que el retraso fue debido a una avería técnica del avión que debía efectuar el transporte, constitutiva de una circunstancia de fuerza mayor (art. 1105 CC). La Audiencia Provincial declara:

"[e]l motivo debe correr igual suerte adversa que el anterior, ya que la cumplida prueba de que la avería era imprevisible y que se trataba de una pieza que, por sus características técnicas, sólo se dispone de ella en la central de Madrid, incumbía a dicha parte demandada, lo que no ha logrado acreditar dado que el documento que contiene dicho aserto es una simple certificación de la parte demandada que carece de literosuficiencia al ser prueba de parte y, además, no concretar el tipo de avería y pieza concreta a efectos de poder practicar la prueba pericial pertinente para demostrar que realmente nos encontramos ante un caso de fuerza mayor extraña a la compañía".

De la sentencia parece deducirse que en esta ocasión la causa técnica no reúne los elementos definitorios de la fuerza mayor (art. 1105 CC) por falta de pruebas. Mas el razonamiento de la sentencia no parece admisible en la medida que, aun probando la demandada que no podía disponer en el momento de la salida de la pieza de recambio, difícilmente tal circunstancia pudiera considerarse ajena a la transportista que la invocase. De hecho, no parece que la noción unitaria del suceso exoneratorio (art. 1105 CC) utilizada por la Audiencia Provincial —la propia sentencia refiere la conducta del deudor de prever o evitar con la diligencia debida a una causa materialmente ajena a su ámbito de control— pueda causar en este caso la exoneración de responsabilidad contractual de la empresa transportista. En este sentido, la propia doctrina española afirma la responsabilidad del transportista aéreo en supuestos de suspensión del vuelo debida a averías técnicas de la nave, en la medida que el artículo 94

⁹⁰⁷ Vide SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección 3.^a, Ponente: Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núm. 648, págs.12208-12212.

LNA únicamente prevé la exoneración de esa responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor, no en los de caso fortuito.⁹⁰⁸

Algo parecido cabe decir con respecto a aquellas condiciones generales del contrato de viaje que incluyen las causas técnicas entre los supuestos de causa de fuerza mayor, si atendemos a la letra c) del artículo 11.2 LVC. Como es sabido, entre los elementos definitorios de la fuerza mayor, esta letra exige que se trate de "circunstancias ajenas a quien las invoca", esto es, al organizador o el detallista. De modo que cuando concurra una causa técnica tampoco cabe admitir la exoneración de estos últimos de acuerdo con la letra c) del artículo 11.2 LVC.

De todos modos, con arreglo a la regulación del contrato de viaje combinado la alusión a las causas técnicas hoy puede tener otro significado. Aun resultando improcedente su inclusión entre las circunstancias de fuerza mayor (letra c) del art. 11.2 LVC), sabido es que esta regulación además prevé la exoneración de responsabilidad, cuando el incumplimiento del contrato de viaje se debe a un acontecimiento que el organizador o, en su caso, el detallista, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no puede prever ni superar (letra d) art. 11.2 LVC). Circunstancia exoneratoria que bien puede tener lugar en los supuestos englobables bajo las llamadas "causas técnicas" a las que aluden las cláusulas mencionadas al comienzo de este apartado.⁹⁰⁹ Aunque las condiciones generales del contrato de viaje de otros ordenamientos no contengan una

⁹⁰⁸ El artículo 94 LNA establece: "(1) Cuando el viaje se suspenda o retrase por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad, devolviendo el precio del billete; (2) Si una vez comenzado el viaje se interrumpiera por cualquiera de las causas señaladas en el párrafo anterior, el transportista viene obligado a efectuar el transporte de viajeros y equipajes por su cuenta, utilizando el medio más rápido posible, hasta dejarlos en su destino, salvo que los pasajeros optase por el reembolso de la parte proporcional al trayecto no recorrido". Véase Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, EC, núm. 50, 1999, 67-86, págs. 73, 83-84.

⁹⁰⁹ Además de las averías técnicas de la aeronave en que deba realizarse el transporte, piénsese, por ejemplo, en los fallos en el sistema informático de reservas de los servicios del viaje. Contrástese con la sentencia alemana AG Ludwigsburg, Urt. 29.3.1999, RRa 6/1999, págs. 113-114, que declara que la agencia de viajes —en este caso, intermediaria— no responde por las indicaciones erróneas dirigidas por la empresa transportista al sistema informatizado de reservas START.

expresión equivalente,⁹¹⁰ ya se ha indicado que en el caso español la no exigencia de "extraneidad" en el acontecimiento exoneratorio previsto por el artículo 11.2 LVC, letra d) puede resultar particularmente favorable a la exoneración de responsabilidad del organizador de viajes combinados.⁹¹¹

Esa posibilidad exoneratoria prevista por la regulación española del contrato de viaje combinado difiere del alcance que los tribunales de otros países atribuyen a la regulación internacional de la responsabilidad del transportista aéreo. Como es sabido, el artículo 19 CVA establece que el transportista es responsable del daño causado por el retardo en el transporte aéreo de viajeros, equipajes o mercancías; y el artículo 20 CVA prevé la exoneración del transportista si prueba que tanto él como sus dependientes "tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas". Invertida la carga de la prueba de la culpa, aquellos tribunales consideran que el transportista aéreo no se exonera de responsabilidad en los supuestos de cancelación del vuelo que sean debidos a defectos mecánicos del avión.⁹¹²

Los tribunales alemanes señalan, en un principio, que las causas técnicas que ocasionan el retraso en el transporte aéreo (avería en el propulsor, en el cierre del depósito de combustible, o en el sistema electrónico de a bordo) no constituyen un riesgo típico del transportista, lo que excluye la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor que en otro caso tendría lugar por aplicación del artículo 19 CVA.⁹¹³ Mas a continuación los mismos tribunales añaden que en estos casos el derecho de indemnización de

⁹¹⁰ Así, por ejemplo, la cláusula primera de la *Association of British Travel Agents Tour Operator's Code of Conduct* (abril 1993) define la fuerza mayor (*force majeure*) en los siguientes términos: "circumstances where performance and/or prompt performance of the contract is prevented by reasons of war, riot, civil strife, industrial dispute, terrorist activity, natural or nuclear disaster, fire or adverse weather conditions" ("circunstancias en las que el cumplimiento o pronto cumplimiento del contrato se ve frustrado por razones de guerra, motín, contienda civil, disputa industrial, actividad terrorista, desastre natural o nuclear, fuego o condiciones atmosféricas adversas").

⁹¹¹ Por lo demás, la jurisprudencia norteamericana admite la exoneración de responsabilidad del transportista por la cancelación del vuelo motivada por problemas mecánicos en el avión. Vide COURNOYER/MARSHALL/MORRIS, *Hotel, Restaurant and Travel Law (A preventive Approach)*, cit., pág. 406.

⁹¹² Vide BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, cit., pág. 80.

⁹¹³ Obsérvese como la exoneración de responsabilidad del transportista se fundamenta, en este caso, en el carácter ajeno del acontecimiento.

los daños patrimoniales causados al consumidor se rige por la regulación general alemana: el retraso en el transporte por causas técnicas constituye un supuesto de imposibilidad de prestación (*Unmöglichkeit der Leistung*) imputable al deudor, con lo que la otra parte del contrato puede reclamarle indemnización de daños y perjuicios (§ 325 Abs. 1 BGB).⁹¹⁴ En consecuencia, en el Derecho alemán el incumplimiento consistente en el retraso en el transporte aéreo por causas técnicas también resulta imputable al transportista.

De todos modos, en los distintos ordenamientos el retraso en el transporte debe ser de cierta entidad para que el transportista aéreo incurra en responsabilidad. Se considera exigible al consumidor una espera razonable en el aeropuerto hasta el momento de la salida.⁹¹⁵ Es por ello que en no pocas ocasiones los tribunales excluyen la responsabilidad del transportista en casos de retraso en la salida del transporte aéreo por causas técnicas, aun siendo el incumplimiento del contrato de transporte imputable al transportista.⁹¹⁶

Las sentencias españolas mantienen criterios dispares en cuanto al carácter abusivo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del transportista por el retraso en el transporte aéreo. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de junio de 1994,⁹¹⁷ no considera abusiva la cláusula de un contrato de transporte aéreo que declara que el transportista no asume la responsabilidad por retardo en las horas de salida y llegada. En este caso, la Audiencia entiende que "la natural celeridad del servicio hace, paradójicamente más difícil la previsión de su exacta ejecución por la mayor repercusión que en la misma tienen los imponderables externos". Y añade que "no pueden garantizarse imposibles y no consta que el estado actual de la técnica

⁹¹⁴ Véase la sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 13.6.1996, RRa 4/1997, págs. 84-85; la sentencia OLG Frankfurt am Main, Urt. 20.2.1997, págs. 161-163; y la sentencia LG Bonn, Urt. 14.1.1998, RRa 6/1998, págs. 121-125.

⁹¹⁵ Sobre los criterios utilizados para determinar la relevancia del retraso, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, cit., págs. 72-73.

⁹¹⁶ La sentencia alemana AG Bad Homburg, Urt. 21.6.1996, RRa 10/1996, pág. 208, desestima la acción de reclamación de indemnización de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo en un retraso en el transporte aéreo de regreso motivado por una avería técnica. En esta ocasión, el consumidor decide alojarse en un hotel y regresar por su cuenta con otro avión una vez le es comunicado que el transporte no tendrá lugar hasta casi siete horas después del momento previsto inicialmente.

⁹¹⁷ SAP de Madrid, de 7 de junio de 1994, Sección 11.ª, Ponente: Sr. José Ramón Fernández Otero, RAJ 1155.

permita con un costo razonable y en el marco de una economía de mercado las exigencias que la apelante [viajeros] formula"; por lo que no declara responsable al transportista por un retraso de cuatro horas en la salida del avión. Mientras que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998,⁹¹⁸ el transportista demandado pretende mantener la validez de la cláusula incluida en las condiciones generales del contrato de transporte en virtud de la cual "el transportista no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces". Lo que la Audiencia Provincial desestima por considerar, en primer lugar, que "el contrato de transporte obliga al transportista no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según la naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1.258 de Código Civil), siendo el cumplimiento de los horarios previstos una obligación esencial expresamente contratada que no puede eludir, salvo casos de fuerza mayor, a su libre voluntad, puesto que el viajero contrata con la compañía, entre otras razones, confiando en su cumplimiento"; y en segundo lugar, la Audiencia Provincial declara la nulidad de esta cláusula con base al valor integrador de la publicidad de la empresa transportista acerca de la seguridad y rapidez de los servicios ofertados en el contrato (art. 8.1 LGDCU), y por no ajustarse a los requisitos de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones (art. 10 LGDCU).⁹¹⁹

A la espera de que se defina con mayor claridad hasta qué punto será exigible al consumidor una espera en casos de retraso del transporte aéreo,⁹²⁰ parece que la noción de acontecimiento imprevisible e insuperable (letra d) del

⁹¹⁸ SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núm. 648, págs. 12208-12212.

⁹¹⁹ También BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, cit., págs. 77-79, considera nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad del transportista aéreo del siguiente tenor: "[e]l transportista se compromete a esforzarse todo lo posible para transportar al pasajero y equipaje con diligencia razonable. Las horas indicadas en los horarios o en cualquier otra parte no se garantizan ni forman parte de este contrato [...]. Los horarios están sujetos a modificación sin previo aviso. El transportista no asume la obligación de garantizar los enlaces". Según el autor, la nulidad de esas cláusulas procede directamente de la prohibición contenida en el artículo 23 CVA, así como de la regulación de las condiciones generales de la contratación (Disposición adicional 1.ª I 2ª y 4ª LGDCU).

⁹²⁰ Por el momento, por ejemplo, la STS, de 31 de mayo de 2000, Sala 1ª., Ponente: Sr. Jesús Corbal Fernández, RAJ 5089, como se ha señalado, declara indemnizables los daños materiales y morales ocasionados por un retraso en el transporte aéreo de ocho horas sobre el horario previsto.

art. 11.2 LVC) podría exonerar de responsabilidad al organizador cuando tal vicisitud acontezca en el marco de un viaje combinado.

Por este motivo, se hace necesario sustituir la ambigüedad de la expresión "causas técnicas" contenida en las condiciones generales del contrato por una enumeración de aquellos supuestos más típicos, caracterizados por las notas generales del acontecimiento exoneratorio regulado en el artículo 11.2 LVC, letra d). Para ello podría resultar suficiente una expresión del tipo "[e]l organizador o detallista no se responsabilizan por los daños y perjuicios que sean consecuencia de retrasos en las salidas o regresos cuando éstos sean motivados por averías técnicas en el medio de transporte, fallos en el sistema informatizado de reservas de los servicios del viaje u otros acontecimientos que el detallista o, en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar".

(b) Huelga

Por su lado, algunas condiciones generales del contrato de viaje se refieren a las huelgas, sin más, como supuestos de causa de fuerza mayor.⁹²¹ De nuevo en esta ocasión las condiciones generales parecen superar el alcance que la letra c) del artículo 11.2 LVC atribuye a tal causa exoneratoria, sobre todo porque no todas las huelgas podrán reputarse como "circunstancias ajenas" al organizador o detallista que las invoque. Ya se ha señalado que la huelga de controladores aéreos o servicios públicos podrá exonerar de responsabilidad a organizadores y detallistas en tanto circunstancia constitutiva de fuerza mayor, por concurrir en la misma el elemento de la "extraneidad" exigido por la regulación (letra c) del art. 11.2 LVC); en cambio, la huelga realizada por el personal de los prestadores de los servicios del viaje —e incluso el personal del organizador o el detallista— no podrá subsumirse en ningún caso en esta circunstancia exoneratoria. Por ello, no son de recibo aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad al organizador o el detallista en todos los supuestos de huelga, sin mayor especificación, por no tratarse todas ellas de circunstancias de fuerza mayor.⁹²²

⁹²¹ Catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998); y catálogo KUONI TOURS, *Oriente Pacífico* (fecha de edición: abril 1998).

⁹²² El catálogo TURYCO, *Circuitos Nacionales e Internacionales*, verano-otoño 98 (fecha de edición: mayo 1998; vigencia: de junio a noviembre de 1998), resulta algo distinto en este punto. El mismo exonera de responsabilidad a la agencia organizadora por los gastos originados como consecuencia de los retrasos en las salidas o regresos "por causas ajenas a su voluntad ya sean [...] huelgas [...] u otros [inconvenientes] de fuerza mayor".

Con todo, también aquí conviene tener en cuenta el abandono por parte de la regulación del contrato de viaje de la noción unitaria del suceso exoneratorio (art. 1105 CC); y, por consiguiente, cabe pensar que incluso aquellas huelgas no ajenas al organizador o el detallista podrán exonerarlos de responsabilidad, si constituyen acontecimientos imprevisibles e insuperables para los mismos de acuerdo con la diligencia debida (letra d) del art. 11.2 LVC). Para ello, las cláusulas exoneratorias correspondientes deberían hacer referencia a este tipo de huelgas en concreto, y describirlas de acuerdo con las notas definitorias del acontecimiento exoneratorio contemplado por el artículo 11.2 LVC, letra d).

(v) "Causa suficiente": carácter exhaustivo e imperativo del artículo 11.2 LVC

Otra de las expresiones que a menudo aparecen insertas en las cláusulas contractuales —en este caso, en la cláusula "Alteraciones"— con el objeto de exonerar de responsabilidad al organizador o detallista es la siguiente:

"[l]a Agencia se compromete a facilitar a sus clientes la totalidad de los servicios contratados a través de los programas oferta contenidos en sus folletos, con las condiciones y características estipuladas. Quedará eximida de esta obligación cuando concurren causas de fuerza mayor [...] o bien **causas suficientes** [...]".⁹²³

También en la mayoría de catálogos la cláusula continúa y establece lo siguiente:

"[s]i por cualquier motivo que no sea imputable al consumidor, ni tenga justificación en **causas suficientes** o de fuerza mayor, la Agencia Organizadora cancela el viaje combinado después de formalizado el contrato y antes de la fecha de salida, el consumidor tendrá derecho a otro viaje combinado de calidad equivalente o superior, o bien

⁹²³ Véase, por ejemplo, el catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996).

al reembolso del total abonado en los términos establecidos en el párrafo anterior, debiendo comunicar su decisión a la Agencia en el plazo de tres días. No se podrá pedir indemnización por incumplimiento de contrato cuando la cancelación del mismo se produzca **por causa suficiente** o de fuerza mayor".⁹²⁴

Según la cláusula, pues, el consumidor no podrá reclamar indemnización de los daños y perjuicios que sufra en ocasión de la cancelación del viaje cuando la misma "se produzca por causa suficiente".

Está claro que la expresión "causas suficientes" procede de la regulación administrativa relativa a la actividad de las agencias de viajes (arts. 30, 31 y 33 OMAAV), cuyo artículo 30 establece lo siguiente:

"(1) [l]as Agencias de Viajes vienen obligadas a facilitar a sus clientes la totalidad de los servicios contratados con las condiciones y características estipuladas.

(2) Sólo eximirá de esta obligación la fuerza mayor o la causa suficiente".

Y el artículo 31 OMAAV añade:

"[a] los efectos de lo establecido en el artículo anterior se considerarán causas suficientes: a) Los supuestos en que las Agencias, a pesar de actuar con la previsión y diligencia debidas, no pueden facilitar los servicios contratados por razones que no les sean imputables. b) Cuando en los viajes organizados o paquetes turísticos no se haya alcanzado el número suficiente de inscripciones, siempre que dicho número mínimo haya sido especificado en las condiciones de viaje, y que la anulación se anuncie a los viajeros al menos con diez días de antelación al de salida".

Es precisamente en estos términos como aparece definida la expresión "causas suficientes" en la mayoría de condiciones generales del contrato de viaje. Algunos se limitan a señalar que tales causas "engloban aquellos supuestos en los que la Agencia, a pesar de actuar con la previsión y diligencia debida, no

⁹²⁴ Así, por ejemplo, RHODASOL/TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998).

pueda facilitar los servicios contratados por razones que no le sean imputables";⁹²⁵ y otros, además, incluyen entre dichas causas, a modo de ejemplo, los supuestos de "insuficiencia en el número de inscripciones [...]".⁹²⁶

Con todo, con la nueva regulación se ha afirmado que en caso de cancelación del viaje la cláusula de exoneración de responsabilidad del organizador no podrá referirse a otros casos que los señalados en el artículo 9.3 LVC, que establece que no existirá obligación de indemnizar en los siguientes supuestos:

"a) [c]uando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato.

b) [c]uando la cancelación del viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiéndose por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida".

En el caso de cancelación del viaje, el organizador únicamente podrá invocar tales causas de exoneración frente al consumidor, aunque las mismas no coincidan absolutamente con las enumeradas con carácter general en el apartado segundo del artículo 11.2 LVC.⁹²⁷ Ya se ha advertido acerca de la posibilidad de que las agencias de viajes pretendan dar entrada a causas de exoneración de responsabilidad no contempladas específicamente por el artículo 9.3 LVC en casos de cancelación del viaje mediante el uso de cláusulas relativas a las "causas suficientes" exoneratorias.⁹²⁸ En su caso, las cláusulas que incluyan en la expresión "causas suficientes" a aquellos "supuestos en los que la Agencia, a pesar de actuar con la previsión y diligencia debida, no pueda facilitar los servicios contratados por razones que no le sean imputables" deberían ser declaradas nulas de pleno derecho, toda vez que esta formulación va más allá de las previsiones del apartado tercero del artículo 9 LVC.

⁹²⁵ Vide el catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996).

⁹²⁶ Véase, el catálogo JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97.

⁹²⁷ En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 229.

⁹²⁸ Así, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 21-22".

Además, la expresión "causas suficientes" también es utilizada en algunos catálogos a los efectos de exonerar de responsabilidad a las agencias por los daños sufridos por el consumidor que sean consecuencia de la no prestación o prestación defectuosa de los servicios una vez iniciado el viaje, al disponer lo siguiente:

"[s]i no se suministran los servicios previstos que supongan más del 50% del precio del viaje, sin que concurren **causas suficientes** o de fuerza mayor, la Agencia Organizadora adoptará otras soluciones adecuadas para la continuación del viaje combinado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor, y en su caso, abonará a éste último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. Si tales soluciones fuesen inevitables o si el consumidor no las aceptara por razones objetivamente válidas, la Agencia le proporcionará, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen a través del medio de transporte equivalente, devolviéndole las cantidades que proporcionalmente le correspondan. En estas situaciones, el consumidor podrá exigir indemnización por incumplimiento de contrato a la Agencia Organizadora, no procediendo ésta cuando hayan concurrido **causas suficientes** o de fuerza mayor".⁹²⁹

Se trata de otra influencia de la regulación de la actividad de las agencias de viajes (art. 33 OMAAV). Mas en este caso las cláusulas de exoneración deberán ajustarse a lo previsto por el apartado segundo del artículo 11 LVC que, como es sabido, exonera de responsabilidad al organizador o detallista por los daños sufridos por el consumidor cuando el incumplimiento sea imputable al consumidor (letra a), un tercero (letra b), fuerza mayor (letra c) o acontecimiento imprevisible e insuperable (letra d). Siendo esta enumeración de causas de exoneración de responsabilidad exhaustiva e imperativa (art. 11.4 LVC), no habrá inconveniente en declarar nulas aquellas cláusulas que incluyan en la expresión "causas suficientes" a aquellos "supuestos en los que la Agencia, a pesar de actuar con la previsión y diligencia debida, no pueda facilitar los servicios

⁹²⁹ Véase, por ejemplo, el catálogo IBEROJET, *Europa y Norte de África*, otoño-invierno 1998/1999 (fecha de edición: 30 de septiembre de 1998).

contratados por razones que no le sean imputables",⁹³⁰ toda vez que tales cláusulas atribuyen a aquella expresión un significado más amplio que el correspondiente a los distintos supuestos exoneratorios previstos legalmente.

En cualquier caso, en las condiciones generales del contrato de viaje se denota una tendencia a abandonar el uso de cláusulas de exoneración por "causa suficiente". Cada vez es más frecuente que las cláusulas se limiten a reproducir tal cual las causas de exoneración previstas legalmente (arts. 9.3 y 11.2 LVC).⁹³¹

c) Cláusulas contractuales no sujetas al carácter imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC: cláusulas delimitadoras del contenido del contrato

El apartado cuarto del artículo 11 LVC atribuye carácter imperativo al régimen de imputación del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o detallista (art. 11.1 LVC) y las causas de exoneración de su responsabilidad contractual (art. 11.2 LVC). En otras cuestiones concernientes a este régimen de responsabilidad regirá, en cambio, el poder de disposición de las partes del contrato de viaje,⁹³² como sucede en el caso de las llamadas cláusulas delimitadoras del contenido del contrato.

Estas cláusulas deben distinguirse de las cláusulas de exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista de viajes. Desde un punto de vista conceptual, su diferenciación no plantea ninguna duda: aquéllas determinan el contenido de las obligaciones contractuales, desarrollando su

⁹³⁰ Es el caso, por ejemplo, del catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996); así como del catálogo JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97.

⁹³¹ Así, por ejemplo, véase el catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998).

⁹³² Sobre la eventual limitación de responsabilidad de organizadores y detallistas con arreglo a las condiciones generales de la contratación en cuanto al resarcimiento de daños no corporales, vide supra § II.3.4 B) a). Por el contrario, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 260-264, considera que la única cláusula modificativa de la responsabilidad de las agencias permitida por el artículo 11.4 LVC es aquella que tenga por objeto la limitación de la cuantía de la indemnización de acuerdo con los convenios internacionales (art. 11.3 LVC).

eficacia antes del incumplimiento contractual e imputabilidad del mismo a organizadores y detallistas. Por este motivo, su validez sólo queda sujeta a los límites generales de la autonomía de la voluntad, esto es, a las leyes, a la moral y al orden público (art. 1255 CC), que a la vez constituye su fundamento; así como a los límites específicos de validez aplicables a las cláusulas insertas en condiciones generales de los contratos (especialmente, arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.ª II 9ª LGDCU).⁹³³ Mas las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato para nada quedan afectadas por el régimen imperativo de los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC.

Cierto es que a menudo la diferencia entre las cláusulas de exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista y las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato de viaje podrá desvanecerse. No siempre se distinguirá con claridad si las cláusulas pretenden no imputar el incumplimiento al organizador o el detallista o, más bien, conformar el contenido del contrato de viaje. Sin embargo, ello no debe llevar a extender sin más la aplicación de los criterios de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad —el carácter imperativo de los apartados primero y segundo del art. 11 LVC— a las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato de viaje.⁹³⁴

La doctrina se muestra partidaria de acudir a los límites de validez propios de las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato cuando bajo las mismas aparecen encubiertas cláusulas sustancialmente de exoneración. En este sentido, se afirma que el control de validez de estas cláusulas podrá tener lugar por medio de una revalorización de la idea de orden público, como límite general de la autonomía privada (art. 1255 CC): esto es, cabrá mantener la nulidad de aquellas cláusulas que delimiten el contenido del contrato de viaje de modo abusivo a favor del organizador o detallista, en contraste con los derechos u obligaciones esenciales al contrato cuya eliminación comprometa su finalidad típica;⁹³⁵ ello sin perjuicio de la posibilidad de declarar su carácter abusivo,

⁹³³ Sobre la distinción entre cláusulas de exoneración y cláusulas de delimitación del objeto del contrato, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 349-360, quien además hace referencia a la aplicación, en su caso, de la disciplina específica del fraude a la ley (art. 6.4 CC).

⁹³⁴ Advierte sobre esta tendencia en el sector de los contratos de consumo, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 48-51.

⁹³⁵ Con relación al control de validez de estas cláusulas en general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 349-360.

cuando tales cláusulas aparezcan insertas en las condiciones generales del contrato de viaje, por ser contrarias a las exigencias de la buena fe y causar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (apartado primero del art. 10 bis LGDCU).⁹³⁶

Por lo demás, la incorporación de cláusulas sustancialmente de exoneración y encubiertas bajo la forma de cláusulas delimitadoras del contenido del contrato también puede ser vista como un acto realizado al amparo de los límites legales de validez de estas últimas cláusulas (art. 1255 CC; arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU) que persigue un resultado contrario a los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC, de carácter imperativo. En cuyo caso tal acto podrá ser considerado ejecutado en fraude de ley y no impedirá la debida aplicación de estos dos apartados, que se hayan tratado de eludir (cfr. art. 6.4 CC).

En cualquier caso, fuera de estos supuestos, la validez de las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato de viaje no quedará limitada por los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC sino por la regulación general (art. 1255 CC; arts. 8, 10 y 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU).

⁹³⁶ Con relación a las cláusulas modificadoras del contenido del contrato en general, SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, cit., pág. 149; en el Derecho portugués, PINTO MONTEIRO, *Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil*, cit., págs. 199-200, quien sin embargo hace notar que el antes mencionado Decreto-ley 446/1985 aplica a las cláusulas de limitación del contenido del contrato insertas en condiciones generales los mismos límites de validez de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, al considerar absolutamente prohibidas aquellas cláusulas que excluyan directa o indirectamente la responsabilidad del deudor (párrafos c) y d) del art. 18).

(i) No obligación de custodia del equipaje

La mayoría de catálogos incluyen una cláusula "Equipaje" del siguiente tenor:

“[e]l equipaje del usuario no es objeto de contrato de transporte terrestre, entendiéndose a todos los efectos que aquél lo conserva consigo cualquiera que sea parte del vehículo en que vaya colocado y que se transporta por cuenta y riesgo del usuario, sin que la Agencia Organizadora venga obligada a responder de la pérdida o daños que el mismo pudiera sufrir durante el viaje por cualquier causa, recomendándose a todos los usuarios que estén presentes en todas las manipulaciones de carga y descarga de los equipajes [...]”.⁹³⁷

La redacción de esta cláusula resulta controvertida. Parece como si tratara de delimitar el objeto de un contrato de transporte terrestre (“[e]l equipaje del usuario no es objeto de contrato de transporte terrestre”), cuando en realidad aparece inserta en el clausulado de un contrato de viaje combinado. Ante esta situación, cabe entender que la cláusula en realidad delimita el objeto del contrato de viaje combinado, de modo que los límites de su validez vendrán impuestos no por los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC sino por los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y de las llamadas cláusulas abusivas (arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU).

Por ello, debe valorarse si tal cláusula presenta un carácter abusivo a favor del organizador, contraria a la noción de orden público (art. 1255 CC), teniendo en cuenta los derechos u obligaciones esenciales y la finalidad típica del contrato de viaje combinado.

En este punto es de señalar que el viaje combinado aparece definido como “la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a)

⁹³⁷ Véase, por ejemplo, el catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996).

transporte; b) alojamiento; c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado" (art. 2.1 LVC). Siendo éste el contenido típico del contrato de viaje combinado, es evidente que el transporte no constituye un servicio esencial. El contenido del contrato puede integrarse exclusivamente por otros servicios.

Con todo, una cláusula como la transcrita únicamente tendrá sentido cuando el organizador se comprometa a ejecutar el transporte terrestre del consumidor, ya sea para su traslado entre el lugar de salida y el lugar de destino, o entre el aeropuerto y el hotel, o bien para la realización de las excursiones y visitas programadas. En estos casos, cuando el transporte terrestre forma parte del contenido típico del contrato de viaje combinado, es cuando se plantea si el riesgo de pérdida y daños en el equipaje que tenga lugar durante el viaje puede desplazarse de los organizadores hacia el consumidor mediante una cláusula contractual. Por este motivo, se hace necesario averiguar si el transporte terrestre de personas que forma parte del contenido del contrato de viaje incluye la obligación de transporte y custodia del equipaje por parte del organizador y si esta obligación puede ser válidamente excluida por el mismo.⁹³⁸

La letra a) del artículo 63 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de *Ordenación de los Transportes terrestres*, establece:

"(1) [p]or razón de su objeto los transportes pueden ser: a) De viajeros, cuando estén dedicados a realizar los desplazamientos de las personas y sus equipajes en vehículos construidos y acondicionados para tal fin [...]"

Y el apartado segundo del mismo precepto añade lo siguiente:

"los transportes de viajeros podrán conducir objetos o encargos distintos de los equipajes de los viajeros [...]"

Aunque esta regulación caracteriza la tipicidad del contrato de transporte a partir del desplazamiento de personas y sus equipajes, distinguiendo a su vez

⁹³⁸ Así, ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 22-25.

entre el régimen de custodia del equipaje facturado y el de los denominados bultos de mano,⁹³⁹ para delimitar si el transporte terrestre incluido en el viaje combinado también debe comprender la obligación de transporte y custodia del equipaje por parte del organizador, cabe atender a las posibilidades del consumidor de conservar la custodia del equipaje.⁹⁴⁰ Si el consumidor no puede hacerse cargo de él y custodiarlo porque el transportista le obliga a depositarlo en espacios reservados para ello —como ocurre generalmente en el transporte desde el lugar de salida al lugar de destino del viaje—,⁹⁴¹ el servicio de transporte incluido en el viaje combinado llevará implícita la obligación de transporte y custodia del equipaje y, por ello, el organizador va a responder por la pérdida o daños que éste pueda sufrir durante el viaje. En este caso debe respetarse la finalidad típica subyacente en el contrato, sin que las partes puedan alterar sus características esenciales, por lo que una cláusula como la transcrita al principio de este apartado debería declararse nula por contraria al orden público (art. 1255 CC). Si éstas son las condiciones fácticas del traslado, incluso la obligación del organizador de custodiar el equipaje cabría deducirla de la buena fe contractual (art. 1258 CC),⁹⁴² aunque el mismo no se haya facturado. Por el contrario, en aquellos casos en que el viajero conserve el equipaje bajo su control y vigilancia —como ocurre generalmente en el transporte para realizar las excursiones programadas—, no habrá inconveniente en admitir la validez de la cláusula "Equipajes" reproducida, y en desplazar el riesgo de su pérdida y daños al consumidor del viaje.

Es en esos términos que en ocasiones la cláusula que excluya el transporte del equipaje del objeto del contrato de viaje podrá declararse nula por contraria a los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y de las

⁹³⁹ Sobre la obligación del transportista de transportar el equipaje, véase HUALDE MANSO, *El Transporte de Viajeros por Carretera*, cit., págs. 185-216.

⁹⁴⁰ No en vano a cláusula reproducida en este apartado señala: "entendiéndose a todos los efectos que aquél [el equipaje] lo conserva consigo [el consumidor] cualquiera que sea parte del vehículo en que vaya colocado".

⁹⁴¹ ÁLVAREZ LATA, *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, cit., págs. 22-25, también incluye en estos supuestos el transporte del consumidor del aeropuerto al hotel, a pesar de no tratarse de un equipaje facturado.

⁹⁴² Conforme al artículo 1258 del Código civil, los contratos obligan "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

llamadas cláusulas abusivas (arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU).

Distinto será cuando la cláusula contractual limite el equipaje a que se obliga a transportar el organizador del viaje, en unos términos del siguiente tipo:

"[e]l organizador se obliga a transportar una pieza de equipaje y un bulto de mano por persona. Para el transporte de una segunda pieza de equipaje el consumidor deberá pagar 400 pesetas al transportista en el momento de subir al autobús. Si se dispone de más capacidad y se trata de un transporte directo, el transportista podrá aceptar el transporte de más equipaje, previo pago de 750 pesetas por cada pieza".⁹⁴³

No parece que una cláusula como ésta pueda considerarse nula por delimitar el contenido del contrato de viaje —de la prestación de transporte— en contra de los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), ni por tratarse de una cláusula abusiva (arts. arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU).

Llegados a este punto, queda por resolver si, además, la cláusula reproducida al inicio de este apartado encubre otra cláusula con una eficacia exoneratoria contraria a los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC. Nótese que la cláusula en cuestión exonera a la agencia organizadora de responsabilidad por la pérdida o daños que el equipaje "pudiera sufrir durante el viaje por cualquier causa". De modo que la aplicación de este inciso en aquellos casos en los que el consumidor no tenga posibilidad de conservar la custodia del equipaje podrá considerarse contraria a la idea de orden público (art. 1255 CC) por comprometer la finalidad típica del contrato de viaje; además de ser tal inciso contrario a las exigencias de la buena fe y causar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (apartado primero del art. 10 bis LGDCU); e, incluso, cabría entender que la inclusión de la expresión en la cláusula comentada constituye un acto realizado al amparo de los límites legales de validez de estas últimas cláusulas

⁹⁴³ Una cláusula muy parecida se halla inserta en las condiciones generales de un contrato de transporte en un caso resuelto por la sentencia alemana AG Frankfurt am Main, Urt. 17.11.1995, RRa 5/1996, págs. 111-113, comentada por Ernst FÜHRICH.

(art. 1255 CC; arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU) que persigue un resultado contrario al apartado segundo del artículo 11 LVC, de carácter imperativo. En cuyo caso tal expresión no debería impedir la debida aplicación de este apartado por tratarse de un acto realizado en fraude de ley (cfr. art. 6.4 CC).

En definitiva, la cláusula no podrá delimitar el objeto del contrato más allá de los supuestos en que el consumidor tenga posibilidad de conservar la custodia del equipaje (art. 1255 CC; arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.^a II 9^a LGDCU); y, en cualquier caso, el organizador únicamente podrá exonerarse de responsabilidad cuando concurren algunas de las causas previstas de modo imperativo por el apartado segundo del artículo 11 LVC.

(ii) No obligación de facilitar servicios facultativos

La cláusula "Responsabilidad" de algunos catálogos incluyen una cláusula que establece lo siguiente:

"[p]or lo que se refiere a la visitas, excursiones y/u otros servicios, opcionales, dado el carácter facultativo de los mismos, no son parte integrante del Contrato de Viaje Combinado, y no puede el Organizador aceptar responsabilidad alguna sobre su calidad, ejecución y precios que se enuncian y cobran localmente a los viajeros".⁹⁴⁴

De nuevo, se trata de una cláusula en la que no queda claro si tiene por objeto delimitar el contenido del contrato o, más bien, exonerar de responsabilidad al organizador del viaje.

Habida cuenta del contenido típico del contrato de viaje combinado (cfr. art. 2.1 LVC), está claro que el organizador puede no asumir la obligación de prestar los servicios a que se refiere la cláusula transcrita, de modo que la misma no podrá ser considerada contraria a la noción de orden público (art. 1255 CC).

⁹⁴⁴ Véase el catálogo INDORIENTE, 98-99 (vigencia: 1 junio de 1998 a 30 junio de 1999 o, en todo caso, hasta la publicación del folleto general 1999-2000). Parecidamente, la cláusula "Servicios extras" del catálogo KUONI TOURS, Oriente Pacífico (fecha de edición: abril 1998) establece: "[...] En las visitas opcionales u otros servicios contratados directamente por el cliente en destino, sin intervención por nuestra parte, declinamos nuestra responsabilidad en el caso de cualquier incidencia en su ejecución o precio".

El contrato de viaje combinado puede componerse exclusivamente de servicios tales como el transporte y alojamiento, sin incluir otros servicios turísticos, tales como las excursiones facultativas, en la medida que éstos no son esenciales para su contenido típico (art. 2.1 LVC). Es por ello que el organizador puede expresar válidamente, por vía contractual, su voluntad de asumir la obligación de prestar excursiones facultativas si concurren determinados presupuestos (art. 1255 CC); del mismo modo que también podrá no asumir tal obligación mediante el uso de la cláusula contractual correspondiente.

No lo entiende así la sentencia mencionada de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 23 de octubre de 1998,⁹⁴⁵ con relación a una cláusula de contenido similar. Como se ha dicho, esta sentencia se refiere a un viaje en que los consumidores resultan lesionados como consecuencia de un accidente de circulación sufrido por el autocar en el que hacen una excursión facultativa a Abusimbel, al colisionar con un tractor. Las agencias mayorista y minorista condenadas en primera instancia a indemnizar a los consumidores demandantes alegan que dicha excursión no estaba incluida en el paquete turístico ofertado. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por las agencias demandadas con base, entre otros fundamentos, en que "[...] la excursión en que se produce el accidente litigioso estaba comprendida en la oferta organizada por la Agencia mayorista, aunque tuviera carácter opcional para el viajero [...]."

Con todo, la cláusula reproducida únicamente pretende delimitar el contenido del contrato de viaje y, pese a su redacción más bien confusa ("no puede el Organizador aceptar responsabilidad alguna sobre su calidad, ejecución y precios que se enuncian y cobran localmente a los viajeros"), cabe entender que no encubre otra cláusula con eficacia exoneratoria, ni parece vulnerar los límites específicos de validez aplicables a las cláusulas insertas en condiciones generales de los contratos (especialmente, arts. 8, 10 y 10 bis LGDCU).

⁹⁴⁵ SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255.

Ello también contrasta con la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, que considera una cláusula del mismo tipo como de exoneración de responsabilidad de las agencias demandadas y contraria a la regulación aplicable:

"[c]omo debe serlo [desestimado] el [alegato impugnatorio] que se basa en que la exoneración de responsabilidad estaba expresamente contenida en las condiciones generales que como Doc. núm. 1 fue aportado por «Viajes Berga» [agencia minorista] con el escrito de contestación de la demanda, pues aparte que dicha cláusula de limitación absoluta de responsabilidad frente al consumidor se halla dentro del concepto de condición general que define la propia Ley de Consumidores y Usuarios en el art. 10.2 y el mismo precepto en el ap. 1.º impone una serie de requisitos a las condiciones generales, entre los que aquí interesa debe destacarse el requisito que exige el art. 10.1, c) de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones» y excluye en el núm. 6 de este apartado «las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario», la propia Ley de Viajes Combinados dispone en el ap. 4 del art. 11 que «no podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo», por lo que es indiscutible que la cláusula de exoneración alegada es inoperante; siendo así por todo ello procedente confirmar la sentencia de instancia".

La sentencia constituye un buen ejemplo de la tendencia mencionada más arriba, consistente en extender la aplicación de los criterios de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad —en este caso, el carácter imperativo de los apartados primero y segundo del art. 11 LVC— a las cláusulas limitadoras del contenido del contrato. Aun así, parece que la cláusula objeto de esta controversia —la sentencia no la reproduce— debiera haberse enjuiciado con arreglo a los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y de las llamadas cláusulas abusivas (arts. 8, 10, 10 bis y Disposición adicional 1.ª II 9ª LGDCU).⁹⁴⁶

⁹⁴⁶ Para el Derecho alemán, Andreas KAPPUS, *Reise-und Hotelaufnahmebedingungen*, en Friedrich Graf von WESTPHALEN (Hrgs.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2.ª ed., Frankfurt am Main, Verlag C.H. Beck, 1996, 1-51, Rnd.108-109, pág. 43. Nótese que la condición general número 11.3 de las ARB 1997 alemanas dispone lo siguiente: "[e]l organizador del viaje no responde por los defectos de aquellas prestaciones facilitadas exclusivamente como prestaciones ajenas (p.ej. organizaciones deportivas, visitas al teatro, exposiciones, etc.) y que en la contratación del viaje sean señaladas expresamente como tales".

Se ajusta a estos últimos parámetros lo previsto en el punto primero de la cláusula vigésimo sexta ("Responsabilidad por prestaciones no incluidas en el viaje combinado") de las *Condiciones generales del contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, que establece lo siguiente:

"[l]as reglas de responsabilidad contractual del viaje combinado no son aplicables a prestaciones como la realización de excursiones, la asistencia a eventos deportivos o culturales, las visitas a exposiciones o museos, u otras análogas, que no se hallan incluidas en el precio global del viaje combinado y que el consumidor contrata con carácter facultativo con ocasión del mismo o durante su transcurso. En estos casos, la agencia deberá indicar al consumidor el carácter facultativo de la prestación y que no forma parte del viaje combinado".

Esta cláusula no solamente permite al organizador optar por no asumir la obligación de prestar los servicios facultativos, sino que además contiene una enumeración de algunos de ellos y establece unos criterios para su identificación, tales como la no inclusión de los mismos en el precio global del viaje (cfr. art. 3.1 LVC, letra f) y la indicación de los mismos por parte de la agencia.

5. Otro pretendido presupuesto de la responsabilidad contractual del organizador o detallista: la carga del consumidor de comunicar los supuestos de incumplimiento

5.1. Consideraciones generales

La letra m) del apartado primero del artículo 4 LVC señala que el contrato de viaje deberá contener, entre sus cláusulas, "la obligación del consumidor de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate".

Aunque este precepto atribuya carácter vinculante a la "obligación" de comunicación de los supuestos de incumplimiento, no regula las eventuales consecuencias que su inobservancia pueda tener en el régimen de responsabilidad contractual del organizador o detallista, como tampoco ocurre en la mayoría de ordenamientos de países europeos.

En el ordenamiento alemán, la letra g) del § 3.2 de la *Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern*, de 14 de noviembre de 1994,⁹⁴⁷ se limita a configurar la comunicación del incumplimiento como una carga del consumidor en los casos de resolución del contrato (cfr. § 651 e BGB).⁹⁴⁸ Con todo, desde los años ochenta, el *Bundesgerichtshof* requiere al viajero la denuncia inmediata del incumplimiento de las obligaciones del organizador para hacer efectivo el resarcimiento a que pueda tener derecho, con base principalmente a la aplicación extensiva de la regulación del contrato de obra (*Werkvertrag*) (§ 635 BGB).⁹⁴⁹ Y la doctrina mayoritaria también ha sido favorable a considerar dicha denuncia como presupuesto de la responsabilidad contractual del organizador, a partir de la aplicación extensiva de la obligación de comunicación del incumplimiento, prevista exclusivamente para el derecho del consumidor a la disminución del precio del viaje (*Minderung*) (§ 651 d Abs. 2 BGB),⁹⁵⁰ al derecho de indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f BGB).⁹⁵¹ De todos modos, en este ordenamiento últimamente se denota una tendencia a evitar el rigor de la falta de comunicación del incumplimiento contractual, al tratar este supuesto a partir de la regulación de la llamada "conurrencia de culpas" (§ 254 BGB).⁹⁵² A partir de este párrafo, una parte importante de la doctrina señala que la comunicación del defecto del viaje no constituye una obliga-

⁹⁴⁷ BGBl S. 3436.

⁹⁴⁸ Vide § 3.2 de la *Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern*, de 14 de noviembre de 1994.

⁹⁴⁹ Recuérdese que el contrato de viaje se regula en el título séptimo (*Werkvertrag und ähnliche Verträge*) de la sección séptima (*Einzelne Schuldverhältnisse*) del libro segundo (*Recht der Schuldverhältnisse*) del Código civil. Véase SCHMITT, *Leistungsstörungen in Reisevertragsrecht (Versuch einer (Re)Integration in das Werkvertragsrecht)*, cit., pág. 268.

⁹⁵⁰ El §651 d Abs.2 BGB dispone: "[d]ie Minderung tritt nicht ein, soweit es der Reisende schuldhaft unterlässt, den Mangel anzuzeigen" ("[n]o se produce ninguna disminución en tanto que el viajero omite comunicar el defecto de manera negligente").

⁹⁵¹ Se muestra partidario de considerar dicha comunicación como presupuesto del resarcimiento de daños y perjuicios, BIDINGER/MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, cit., § 651 f, 166-182, Rnd. 7, pág. 170; también, KALLER, *Reiserecht*, cit., Rnd. 281, págs. 271-272. Solamente algunos autores se oponen a la aplicación extensiva de esta regulación, al considerar que en la actualidad el derecho del consumidor a la indemnización de daños y perjuicios no tiene lugar en vez del derecho a la disminución del precio del viaje. Vide TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozess (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, pág. 442. Cfr. Regina SCHLOTMANN, *Das Recht der Pauschalreise (Reklamationen in der touristischen Praxis)*, Berlin, Luchterhand, 1993, pág. 68.

⁹⁵² SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 f, 221-246, Rnd. 10, pág. 225, quien alega razones sistemáticas para la aplicación de la regulación de la concurrencia de culpas (§ 254 Abs. 2 BGB) y del derecho a disminuir el precio del viaje (§ 651 d Abs.2 BGB) al derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (§ 651 f BGB). Además, el autor observa que aquellos dos párrafos tienen en cuenta el grado de culpa de la víctima y las posibilidades del deudor de conocer el incumplimiento, y que ninguno de ellos exige una forma especial al aviso (*Warnung*) o indicación (*den Mängel anzuzeigen*).

ción (*Pflicht*) sino una carga (*Obliegenheit*) del consumidor, cuya inobservancia conlleva que el incumplimiento de las obligaciones del organizador sea imputable tanto a éste como a aquél.⁹⁵³ Ello hará necesario determinar qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir al organizador y qué parte debe asumir el consumidor por no haber comunicado o haber comunicado extemporáneamente el incumplimiento (§ 651 f BGB).⁹⁵⁴ Las consecuencias prácticas de esta tendencia, que no considera la carga de comunicación del incumplimiento como un presupuesto formal del derecho a la indemnización de daños y perjuicios correspondiente al consumidor (cfr. letra g) del § 3.2 de la *Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern*, de 14 de noviembre de 1994), no son insignificantes. Nótese que en Alemania el consumidor comunica el incumplimiento durante la realización del viaje tan sólo en el 15 por 100 de reclamaciones;⁹⁵⁵ de modo que la no realización de la misma o su realización extemporánea podría frustrar un número importante de demandas de reclamación de indemnización presentadas por los consumidores de viajes, en caso de actuar la comunicación del incumplimiento como presupuesto formal de la responsabilidad contractual de organizador.

En la misma línea, la regulación austriaca implementa la carga del viajero de comunicar el incumplimiento del contrato prevista en el artículo 5.4 Directiva 90/314/CEE, estableciendo que su inobservancia dará lugar a un supuesto de

⁹⁵³ La expresión del Derecho alemán "concurrancia de culpa del acreedor" ("*Mitverschulden des Beschädigten*") incluye tanto la contribución de distintos sujetos en la causación de los daños (§ 254 Abs. 1 BGB) como las "obligaciones" del perjudicado de avisar, evitar y disminuir los daños (§ 254 Abs. 2 S.1 BGB). Vide Noam GRUNSKY, en Kurt REBMANN/Franz Jürgen SÄCKER (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, Bd.2, 3. Auf., München, Beck, 1994, § 254, 490-531, Rnd. 38-45, págs. 446-448.

⁹⁵⁴ Así, Arndt TEICHMANN, *Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag*, JZ 1979, 737-743, pág. 742; frente a la anterior tendencia del *Bundesgerichtshof*, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 17, págs. 1555-1556, se muestra partidario de la aplicación del § 254 BGB.

⁹⁵⁵ Vide el estudio realizado por Regina SCHLOTSMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I)*, RRA 1/1995, 2-8, págs. 7-8, mencionado en el capítulo introductorio. Según SCHLOTSMANN, la comunicación del incumplimiento tiene lugar antes del inicio del viaje en un 31,2 por 100 de los supuestos, en un 23,4 por 100 ésta es realizada una vez finalizado el viaje, y en un 30,4 por 100 la autora no posee suficiente información para determinar esa cuestión.

conurrencia de culpas (*Mitverschulden*) (§1304 ABGB) (§ 31 e Abs. 2 KSchG);⁹⁵⁶ además de coincidir en este punto con la evolución experimentada en el Derecho alemán en el tratamiento de esta carga del viajero (*Rügeobligenheit des Reisenden*), tal regulación es acorde con la regulación anterior que declara abusiva la cláusula contenida en condiciones generales de los contratos que atribuya a la omisión de la carga del consumidor de dar cuenta del incumplimiento al deudor la pérdida de derechos de reclamación por incumplimiento (*Gewährleistungsrechte*) (§ 9 KSchG). La previsión de estas consecuencias para el caso de inobservancia de la carga de comunicar el incumplimiento ha sido considerada conforme al artículo 5.4 Directiva 90/314/CEE, toda vez que el § 31 e Abs. 2 KSchG constituye una disposición más estricta que tiene lugar con el fin de proteger al consumidor (cfr. art. 8 Directiva 90/314/CEE).⁹⁵⁷

La redacción del apartado 12 del artículo 98 del Décret 490/1994, du 15 du juin, pris en application de l'article 31 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours français, parece atribuir carácter vinculante no a la comunicación del consumidor sino a las modalidades en las que debe tener lugar dicha comunicación.⁹⁵⁸ El Derecho francés tradicionalmente ha dado un

⁹⁵⁶ El § 31 e Abs. 2 KSchG contempla lo siguiente: "[d]er Reisende hat jeden Mangel der Erfüllung des Vertrages, den er während der Reise feststellt, unverzüglich einem Repräsentanten des Veranstalters mitzuteilen, wenn ihm ein solcher bekanntgegeben wurde und dieser an Ort und Stelle ohne nennenswerte Mühe erreichbar ist und wenn ihn der Veranstalter schriftlich auf diese Obliegenheit und darauf hingewiesen hat, daß eine Unterlassung der Mitteilung die Gewährleistungsansprüche des Reisenden nicht berührt, sie ihm allerdings als Mitverschulden angerechnet werden kann (§1304 BGB)" ("[e]l viajero debe comunicar sin demora cada defecto en el cumplimiento del contrato que compruebe durante el viaje a un representante del organizador, si éste se le ha dado a conocer y el lugar y puesto del mismo está a su alcance sin un esfuerzo notable, y si el organizador le ha comunicado por escrito esta carga y que una omisión de la comunicación no afecta los derechos contractuales del viajero, aunque efectivamente la misma puede serle imputada como una concurrencia de culpa (§1304 BGB)").

⁹⁵⁷ Vide GRAZIANI-WEISS, *Reiserecht in Österreich (Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreisereichtlinie)*, cit., págs. 106-109.

⁹⁵⁸ El apartado 12 del artículo 98 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés dispone que las cláusulas del contrato concluido entre vendedor y comprador deben comprender, entre otras cuestiones, las modalidades según las cuales el comprador pueda dirigir al vendedor una reclamación por la inejecución o ejecución deficiente del contrato; reclamación que, según el mismo precepto, el comprador del viaje deberá efectuar sin demora, por carta certificada con acuse de recepción e indicando por escrito, eventualmente, el organizador del viaje y el prestador del servicio a quien hace referencia.

valor meramente potestativo a la comunicación de los supuestos de incumplimiento. En este sentido, el artículo 4.1 de la *Arreté du 14 juin 1982, relatif aux conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle* prevé que en la entrega de la documentación del viaje el cliente recibirá una hoja en dos ejemplares en las que el mismo podrá constatar o hacer constatar las eventuales deficiencias en las obligaciones previstas. Además, el mismo apartado añade que una disposición de este documento aconsejará al cliente reunir las pruebas de esas deficiencias en la medida que le sea posible.

Por su lado, en los ordenamientos del *Common Law* la "obligación" del consumidor de comunicar el incumplimiento del contrato ha sido tratada por algún autor a partir de la llamada *Mitigation of loss*. Así, se afirma que con la *Schedule 2* de la *Regulation 15(9) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992 inglesa,⁹⁵⁹ el consumidor que no comunique el incumplimiento en la forma prevista en esta disposición perderá el derecho a la compensación de los daños resultantes del incumplimiento que se habrían podido evitar si el consumidor lo hubiera comunicado puntualmente.⁹⁶⁰ En estos casos el *tour operator* o el detallista van a pretender demostrar que la conducta del consumidor no ha sido razonable para mitigar los daños, al no comunicar a tiempo el incumplimiento contractual cuando el organizador —directamente o mediante la actuación del prestador directo del servicio— o el detallista habrían podido evitar o atenuar sus consecuencias; en cuyo caso los órganos judiciales de instancia deberán deducir, en el momento de cuantificar los daños, la cuantía de aquellos que el consumidor haya podido evitar o disminuir por medio de una comunicación del incumplimiento del contrato de acuerdo con una actuación razonable, del monto de los daños que

⁹⁵⁹ La *Schedule 2* de la *Regulation 15(9) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992, establece: "[t]he contract must clearly and explicitly oblige the consumer to communicate at the earliest opportunity, in writing or any other appropriate form, to the supplier of the services concerned and to the other party to the contract any failure which he perceives at the place where the services concerned are supplied" ("[e]l contrato tiene que obligar clara y explícitamente al consumidor a comunicar a la primera oportunidad, por escrito o en cualquier otra forma apropiada, cualquier deficiencia que el mismo perciba en el lugar en que los correspondientes servicios son realizados al prestador de los servicios correspondiente y a la otra parte del contrato").

⁹⁶⁰ Vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 266-269.

el incumplimiento del contrato de viaje efectivamente haya causado al consumidor. De ese modo, la conducta del consumidor en la comunicación del incumplimiento podrá tener una enorme repercusión en la extensión de los daños resarcibles.⁹⁶¹ Para ello el organizador o el detallista no solamente deberán probar que existía un servicio alternativo en el lugar del incumplimiento (p.ej. disponibilidad de otro alojamiento de características similares o superiores al contratado), sino también que han incluido en el programa de viaje información acerca de la obligación del consumidor de comunicar el incumplimiento.

Llegados a este punto, cabe plantearse cuáles serán las consecuencias de la inobservancia de la "obligación" del consumidor de comunicar el incumplimiento del contrato en el ordenamiento español.

En este ordenamiento no parece que el incumplimiento de la carga de comunicación que incumbe al consumidor del viaje dé origen a un supuesto de "conurrencia de culpas". El recurso a esa figura no será posible no porque la propia regulación española de los viajes combinados no lo prevea expresamente, como en el caso austriaco (§ 31 e Abs. 2 KSchG) ni, como es sabido, debido a que el Derecho español no la regule en términos generales. El incumplimiento de la carga de comunicación no puede reconducirse a la llamada "conurrencia de culpas" porque no se ajusta al esquema de esa figura según resulta de su construcción doctrinal.

Así, por ejemplo, el artículo 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, *cambiaría y del cheque*,⁹⁶² establece que "[e]l daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa". Con base a este precepto la sentencia mencionada del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1994,⁹⁶³ aprecia un supuesto de conurrencia de culpas en la responsabilidad contractual del banco que atiende el pago de más de noventa cheques

⁹⁶¹ Por ejemplo, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 149-151, señala que si el consumidor no comunica a tiempo el incumplimiento al organizador, la reclamación de 1.000 libras esterlinas en concepto de indemnización de daños puede dar lugar a la cuantía indemnizatoria de 100 libras esterlinas cuando el incumplimiento de la *Schedule 2* de la *Regulation 15(9) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* inglesa, de 22 de diciembre de 1992, por parte del consumidor cause unas pérdidas al organizador valoradas en 900 libras esterlinas.

⁹⁶² BOE núm. 172, de 19 de julio de 1985.

⁹⁶³ STS, de 18 de julio de 1994, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Francisco Morales Morales, RAJ 6446.

con firma falsificada pertenecientes a trece talonarios distintos con cargo a la cuenta del demandante. El Tribunal Supremo señala que "la responsabilidad indemnizatoria que, conforme al inciso primero del citado precepto (art. 156 Ley 19/1985), corresponde al Banco librado por el daño que resulte del pago de un cheque falsificado, puede quedar totalmente excluida o eliminada cuando el titular de la cuenta corriente [...] haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiere procedido con culpa (incisos segundo y tercero del precepto)". Además, añade que "[...] resulta indudable, decimos, que en dicho supuesto los Tribunales deben moderar la responsabilidad del agente y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado". Pese a lo criticable de la procedencia de una moderación de responsabilidad del banco librado a partir del artículo 1103 del Código civil,⁹⁶⁴ sin duda en este caso existe una "conurrencia de culpas", habida cuenta del comportamiento del banco y del demandante titular de la cuenta corriente. Este sujeto ha contribuido causalmente al incumplimiento de un modo culposo, no sólo por no custodiar adecuadamente los talonarios de cheques que le han sido sustraídos en distintas ocasiones por la misma persona, sino también por no haber comunicado el incumplimiento contractual del banco, en este caso, que su cuenta corriente venía siendo objeto de frecuentes y nada despreciables extracciones dinerarias, durante un período de tiempo superior a un año, pese a recibir los extractos periódicos de movimiento de la cuenta corriente. Es entonces cuando la carga de comunicar el incumplimiento que incumbe al titular de la cuenta corriente encuentra acomodo en la llamada "conurrencia de culpas". Obsérvese cómo en esta ocasión la no comunicación al banco por parte del titular de la cuenta corriente de los supuestos de incumplimiento contribuye decisivamente en la causación de los sucesivos incumplimientos, esto es, en atender el pago de los cheques con firma falsificada que se presentan sucesivamente al banco.

Sin embargo, el supuesto de hecho de esa sentencia difiere sustancialmente de los casos de no comunicación del incumplimiento contractual por parte del consumidor de viajes combinados (art. 4.1 LVC, letra m). Si el consumidor no comunica al organizador o detallista la no prestación o prestación defectuosa de alguno de los servicios del viaje (p.ej. alojamiento), ello no significa que el incumplimiento del contrato sea imputable en parte al organizador o detallista, y en parte al consumidor del viaje. El incumplimiento que no ha sido co-

⁹⁶⁴ Supra § II.3.5.

municado por el consumidor sigue siendo imputable en exclusiva al organizador o detallista del viaje, sin perjuicio de que la no comunicación cause una agravación de los daños sufridos por el consumidor. La comunicación que grava al consumidor según la letra m) del artículo 4.1 LVC, recae sobre un incumplimiento previo y sólo imputable al organizador o detallista. De modo que cabe entender que el consumidor no contribuye a causar el incumplimiento de las obligaciones del organizador o detallista de un modo culposo.⁹⁶⁵ En consecuencia, en este caso no será aplicable la doctrina de la "conurrencia de culpas"⁹⁶⁶ y, por lo tanto, las consecuencias del incumplimiento de la carga de comunicación del consumidor no se determinarán con base en una simple distribución de los daños y perjuicios entre organizador o detallista y consumidor en función de hasta qué punto les sea imputable el incumplimiento.

Entonces, cabe plantearse si la no comunicación o comunicación extemporánea del incumplimiento constituye un supuesto de contravención del deber del consumidor de mitigar los daños sufridos.

Sin duda, la buena fe contractual (art. 1258 CC) obliga al consumidor a procurar que las consecuencias dañosas del incumplimiento del contrato de viaje sean las menos posibles. Por eso, en un principio podría pensarse que la inobservancia de la "obligación" de comunicación del incumplimiento puede impedir que tales daños disminuyan o cesen mediante la posterior intervención del organizador, detallista o prestador del servicio. Además, la comunicación del incumplimiento se exige al consumidor desde el momento en que éste descubre o pueda descubrir que el organizador o detallista ha incumplido con su obligación contractual; por lo que se cumple un presupuesto fundamental del "deber" del acreedor de aminorar o no agravar los daños, cual es que ya se haya producido el incumplimiento del deudor.

⁹⁶⁵ Contrástese con DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 245-247, para quien "si por falta de reclamación o aviso, el perjuicio para el consumidor se agrava debido a que las personas que podían solucionar el defecto no lo llegan a conocer, el valor económico de esta agravación, en cuanto imputable al consumidor, no deberá ser indemnizada por la agencia". La autora no distingue entre la "conurrencia de culpas" —imputación subjetiva del incumplimiento— y el deber del consumidor de mitigar los daños sufridos —imputación objetiva de los daños al incumplimiento.

⁹⁶⁶ En general, SOTO NIETO, *La llamada "compensación de culpas"*, cit., pág. 412.

No obstante, el tratamiento de los supuestos de inobservancia de la "obligación" de comunicación del incumplimiento a partir del deber del consumidor de mitigar los daños sufridos tampoco resulta convincente. En primer lugar, este deber generalmente exige la adopción de ciertas medidas por parte del acreedor perjudicado que directamente aminoren o eviten el aumento de los daños resultantes del incumplimiento (p.ej. celebración de negocio de reemplazo con tercero, hospitalización); mientras que la aplicación del deber de mitigar los daños sufridos en caso de inobservancia de la "obligación" de comunicación del incumplimiento no cumple con su fin, cual es el de incentivar al acreedor en la celebración de negocios de reemplazo (vgr. contratar otro alojamiento para evitar daños por pérdida de vacaciones).⁹⁶⁷ Y, en segundo lugar, sabido es que el deber de mitigar los daños sufridos actuará en sede de la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones del organizador y los daños reclamados por el consumidor; nexo causal que, como se ha dicho, sirve de base para la imputación de los daños y perjuicios al incumplimiento del contrato de viaje (art. 1107 CC). A partir de este precepto, la doctrina utiliza distintos criterios de imputación objetiva, entre los que destaca el relativo a la causalidad adecuada. Por ello, debe plantearse si la inobservancia de la "obligación" de comunicación de la no prestación o prestación defectuosa de servicios del viaje, convierte éste incumplimiento en inapropiado, según la experiencia, para producir los daños al consumidor (p.ej. pérdida de vacaciones);⁹⁶⁸ o, en otros términos, si la inobservancia de la "obligación" de comunicación del incumplimiento tiene entidad suficiente para romper dicha relación de causalidad. Ciertamente es que los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones del organizador, por producirse de ordinario a partir de la actuación de unos auxiliares que utiliza en el cumplimiento (vgr. prestadores directos) situados lejos de su establecimiento, en ocasiones podrán ser mitigados

⁹⁶⁷ En el Derecho inglés, véanse los distintos supuestos de mitigación de daños (*mitigation of damages*) en G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)*, Oxford, Clarendon Press, 1991, págs. 179-194; P.J. COOKE/D.W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, 2nd. ed., London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1993, págs. 253-256; también, M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, 13th. ed., London, Edinburgh, Dublin, 1996, págs. 528-533; aunque ya se ha indicado que algunos autores consideran la inobservancia de la "obligación" del consumidor del viaje de comunicar el incumplimiento como un supuesto de mitigación de daños (vide GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 264-269; y SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 149-151).

⁹⁶⁸ Sobre la teoría de la causalidad adecuada, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 19-50; en cuanto a su aplicación a las previsión contenida en el artículo 1107.1 del Código civil, PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, T. II, vol. 1 (Parte especial), cit., págs. 143-147.

mediante su comunicación puntual por parte del consumidor. Pero de ordinario cabe considerar que, aun en el caso de no llevarse a cabo la comunicación del incumplimiento, éste continuará siendo la causa de los daños y perjuicios, toda vez que del mismo cabe esperar igualmente, con base en un criterio de probabilidad o regularidad, el acontecimiento dañoso. El organizador asume el deber de vigilar los prestadores directos de los servicios en el cumplimiento del contrato, a partir del principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC),⁹⁶⁹ de modo que aun faltando la comunicación del incumplimiento, será probable que sea él quien cause los daños y perjuicios sufridos por el consumidor del viaje. Si ello es así, cabe concluir que la comunicación del incumplimiento por parte del consumidor no debería tener relevancia alguna en la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones del organizador y los daños reclamados por el consumidor. Si entonces el organizador no evita o hace disminuir los daños no parece que pueda pretender la no imputación de una parte de los mismos al incumplimiento por inobservancia del deber del consumidor de comunicar el incumplimiento. Cabe considerar que la no prestación o prestación defectuosa de los servicios del viaje son causa adecuada de los daños aun en el caso de que el consumidor no observe la "obligación" de comunicar el incumplimiento;⁹⁷⁰ ello sin perjuicio de la aplicación del límite de la previsibilidad de los daños resarcibles en los supuestos de incumplimiento no doloso (art. 1107 CC). Por todo lo cual, la inobservancia de la "obligación" de comunicar los supuestos de incumplimiento no puede ser tratada a partir del "deber" del contratante perjudicado de mitigar los daños sufridos.

En realidad, en el Derecho español la comunicación de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones del organizador constituye una carga de información del consumidor, impuesta por la buena fe contractual (art. 1258 CC) e, indirectamente, el apartado primero del artículo 4.1 LVC, letra m), con el fin

⁹⁶⁹ Se trata de un deber especial de conducta cuya inobservancia causará el incumplimiento de la obligación de procurar los servicios del viaje. Téngase en cuenta, además, que el riesgo asumido voluntariamente por el organizador de actuar por medio de prestadores directos no debe repercutirse de ningún modo al consumidor, sino que será aquél quien deba soportarlo en virtud del principio *eius commoda cuius incommoda* (cfr. art. 11.1 LVC).

⁹⁷⁰ Contrástese con el supuesto resuelto por la sentencia del Juzgado municipal número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, 1954, págs. 176-178, expuesto más arriba, en el que el consumidor celebra distintos negocios de reemplazo con el fin de conseguir el fin propuesto en el momento de contratar el viaje.

de permitir al organizador la adopción de las soluciones adecuadas para continuar el viaje ofreciendo una prestación sustitutiva (cfr. art. 10.1 LVC).⁹⁷¹

Ello significa que el consumidor tendrá interés en el cumplimiento de esta carga, puesto que con su inobservancia puede perder algunas facultades atribuidas por la Ley; aunque ni el organizador ni el detallista podrán hacer valer ninguna pretensión frente al consumidor que no la cumpla, ni siquiera la resolutoria del contrato, ni la de indemnización de daños y perjuicios.⁹⁷²

El consumidor que no comunique el incumplimiento en los términos expresados en este apartado, esto es, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, por lo general no podrá reclamar en los casos de no prestación o prestación defectuosa de los servicios del viaje: el derecho a la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje por parte del organizador, en su caso, con el abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC); y el derecho a un medio de transporte de regreso, cuando las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor no las aceptase por motivos razonables (art. 10.2 LVC). En un principio ninguna de estas medidas atribuidas específicamente al consumidor una vez iniciado el viaje podrá hacerse efectiva sin la comunicación previa del incumplimiento contractual.⁹⁷³

Sólo excepcionalmente el consumidor podrá ejercer estos derechos sin comunicación previa del incumplimiento contractual a organizador y detallista, cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

⁹⁷¹ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 268-269; también ALCOVER GARAU, *La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español*, cit., pág. 700, señala que la letra m) del artículo 4.1 LVC se refiere a la carga de denunciar aunque hable impropia-mente de obligación.

⁹⁷² También en el Derecho alemán, GRUNSKY, en Kurt REBMANN/Franz Jürgen SÄCKER (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 254, 490-531, Rnd. 38-45, págs. 446-448, califica al aviso del incumplimiento (*Warnpflicht*) que corresponde al perjudicado como una carga (*Obliegenheit*). Sobre la equivalencia entre este concepto y las cargas del acreedor en la doctrina española, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, cit., págs. 21-29.

⁹⁷³ También, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 277-278, quien además añade que la observancia de la carga de comunicar el incumplimiento actuará como presupuesto del deber de prestar asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades (apartado tercero del art. 11.2 LVC).

a) El organizador no puede adoptar soluciones adecuadas para la continuación del viaje combinado (art. 10.1 LVC).⁹⁷⁴

b) El contrato no contiene por escrito referencia alguna a la obligación del consumidor de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate (art. 4.1 LVC, letra m). La carga de comunicación del incumplimiento que corresponde al consumidor del viaje es obra de las partes, que la establecen en el contrato. Cuando ésta no aparece contenida en el contrato, la ley no la impone de un modo imperativo, ni la buena fe contractual (art. 1258 CC) la exige en todos los casos.⁹⁷⁵

c) La comunicación no puede hacerse efectiva sin un esfuerzo notable por parte del consumidor por concurrir una causa a él no imputable (p.ej. enfermedad del consumidor), en particular, debido a la falta de designación de un representante del organizador en el lugar de destino del viaje.⁹⁷⁶

d) El organizador o detallista conocen dicho incumplimiento (p.ej. por otro de los participantes del viaje que padecen los daños resultantes del mismo incumplimiento)⁹⁷⁷, o tienen buenas posibilidades de conocerlo por su cuenta de acuerdo con la diligencia exigible (art. 1104 CC) (p.ej. molestias con motivo de unas obras de construcción importantes realizadas en la inmediaciones del

⁹⁷⁴ Vide en el Derecho alemán, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 d, 101-196, Rnd. 113, pág. 187; y § 651 f, 221-246, Rnd. 8-10, pág. 225; para el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 199.

⁹⁷⁵ En un sentido parecido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 264, señala que la sanción más oportuna por la omisión de la mención obligatoria prevista en el artículo 4.1 LVC, letra m) será precisamente la de liberar al viajero de su deber de comunicar el incumplimiento contractual. Con relación al Derecho alemán (§ 3 Abs. 2 g *Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*, vom 14. November 1994 [BGBl.I 1994, S. 3436]), SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 d, 101-196, Rnd. 100, pág. 183.

⁹⁷⁶ Así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 272. En términos parecidos, con relación al Derecho alemán, SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 d, 101-196, Rnd. 113, pág. 189; y § 651 f, 221-246, Rnd. 8-10, pág. 225; véase también, TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, págs. 429-430 y 442; para el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 200.

⁹⁷⁷ Vide sentencia AG München RRa 1/1994, 17.

hotel contratado). En el último caso el consumidor queda liberado de su carga de comunicación porque el organizador desconoce negligentemente su propio incumplimiento, aun siendo éste notorio.⁹⁷⁸

En otro caso, el consumidor pierde el derecho a la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje (art. 10.1 LVC) o, eventualmente, el derecho a un medio de transporte de regreso (art. 10.2 LVC).

Tales consecuencias de la inobservancia de la "obligación" del consumidor de comunicar el incumplimiento del contrato en el ordenamiento español no disminuirán la efectividad de la medida prevista en el apartado primero del artículo 10 LVC, cual es la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje por parte del organizador en caso de no prestación o prestación defectuosa de los servicios. Aunque en caso de inobservancia de la carga de comunicar el incumplimiento el consumidor únicamente pierda el derecho a esta medida —así como el derecho al transporte de regreso (art. 10.2 LVC)—, y no asuma el deber de mitigar los daños (art. 1107 CC), cabe pensar que una actuación razonable del mismo le hará comunicar el incumplimiento. Nótese que si éste opta por incumplir la carga y realizar por su cuenta el negocio de reemplazo con el objeto de obtener después indemnización de los daños y perjuicios, entonces sí le incumbirá el deber de mitigar los daños resultantes de su actuación (art. 1107 CC); además, de este modo también se hace irrelevante para el organizador o detallista que la regulación española, a diferencia de otros ordenamientos,⁹⁷⁹ no dé prioridad a la adopción de medidas de continuación del viaje por su parte (art. 10.1 LVC).

El consumidor pierde el derecho a la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje (art. 10.1 LVC) o, en su caso, el derecho a un medio de transporte de regreso (art. 10.2 LVC), y no otros derechos, habida cuenta de la función de la carga de comunicar el incumplimiento contractual.

⁹⁷⁸ En términos parecidos, en el Derecho alemán, PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651 a- §§ 651 I BGB)*, cit., § 651 d, 138-158, Rnd.7, págs. 140-141; en cambio, en la doctrina española, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 271, sólo admite la exención de esta carga cuando el destinatario de la información ya conozca el incumplimiento por otras vías.

La principal función de la carga de comunicación del consumidor es la de dar cuenta al organizador o detallista de la falta de cumplimiento exacto de sus obligaciones por causas imputables a ellos mismos para que, a tal efecto, adopten las medidas adecuadas para solucionar los problemas o defectos que presente el viaje (art. 10.2 y 3 LVC);⁹⁸⁰ aunque la doctrina española haya atribuido otras funciones a esta carga, tales como servir como medio de prueba del incumplimiento para el consumidor a los efectos de reclamar indemnización de daños y perjuicios al organizador o detallista;⁹⁸¹ o permitir al organizador y detallista la comprobación del incumplimiento denunciado, para determinar la justificación de la reclamación del viajero y hacerse con las pruebas necesarias para, en su caso, poder repetir contra el prestador directo de los servicios del viaje.⁹⁸² Tal función principal de la carga se pone de relieve en algunas condiciones generales del contrato de viaje, al contener una cláusula del siguiente tenor:

"[d]e forma general, no aceptaremos posteriores reclamaciones sobre insatisfacciones que, al no haber tenido conocimiento en el momento, no podemos tomar las medidas oportunas para solucionarlas (Artículo 16.1 k del Decreto 168/94)".⁹⁸³

Por este motivo, la comunicación del incumplimiento contractual por parte del consumidor cobra todo su relieve en los supuestos de no prestación o prestación defectuosa de los servicios del viaje; mientras que dicha comunicación pierde su interés antes del inicio del viaje; aunque el artículo 4.1 LVC, letra m) no lo establezca expresamente, no parece que la no comunicación del

⁹⁷⁹ Véase, por ejemplo, el § 651 c Abs.3 BGB alemán.

⁹⁸⁰ MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., págs. 194-195, llega a la misma conclusión con relación al Derecho suizo (art. 12. 1 PaRG).

⁹⁸¹ Así, DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, cit., págs. 194-198.

⁹⁸² En palabras de GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 123-129, "[d]e otro modo, puesto que el consumidor cuenta con dos años (plazo de prescripción) para ejercitar las acciones derivadas de los derechos reconocidos en la LVC (art. 13 LVC), esa comprobación se vería muy dificultada en la práctica en los casos en que el consumidor hiciera la denuncia con bastante posterioridad a la finalización del viaje".

⁹⁸³ Véase la cláusula "Desarrollo de los servicios" contenida en el catálogo TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998); ésta se refiere a la letra k del artículo 16.1 del Decreto 168/1994 de la *Generalitat de Catalunya*, de 30 de mayo, de *reglamentació de les agències de viatges*.

incumplimiento en un momento anterior (vgr. incumplimiento de una obligación de información), pueda ocasionar la pérdida de derechos del consumidor.

Y ello también explica que la carga de comunicación de los supuestos de incumplimiento se extinga con la finalización de la ejecución del contrato. A diferencia de otros ordenamientos,⁹⁸⁴ la regulación española pasa de la denuncia *in situ* del incumplimiento contractual (art. 4.1 LVC, letra m) al ejercicio judicial de la acción correspondiente por parte del consumidor (art. 13 LVC); no adopta las medidas específicas para facilitar al organizador o detallista las pruebas necesarias para, en su caso, poder repetir contra el prestador del servicio, pese a que la Directiva 90/314/CEE dejaba espacio para ello (cfr. apartado k del Anexo).⁹⁸⁵

Fuera de la pérdida de los derechos a la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje (art. 10.1 LVC) o, en su caso, a un medio de transporte de regreso (art. 10.2 LVC), el consumidor que detecte el incumplimiento del contrato por parte del organizador o detallista durante el transcurso del viaje podrá seguir disfrutando de sus prestaciones —las demás prestaciones, o las prestaciones defectuosas—, aunque no lo comunique a estos últimos en los términos del artículo 4.1 LVC, letra m).

Por ello resulta que la carga del consumidor de comunicar el incumplimiento no constituye otro presupuesto de la responsabilidad contractual del organizador o detallista. El consumidor podrá hacer efectiva su pretensión de indemnización de los daños contractuales aun no habiendo observado dicha carga. En este caso, la no comunicación o comunicación extemporánea no podrá exonerar al organizador o detallista por resultar el incumplimiento imputable en exclusiva al consumidor (letra a) del art. 11.2 LVC), como pretende una parte de la doctrina española.⁹⁸⁶ La comunicación de los supuestos de incum-

⁹⁸⁴ Por ejemplo, la regulación alemana en primer lugar obliga al consumidor a denunciar todos los defectos que aprecie mientras transcurre el viaje. Y en segundo lugar, a partir de la fecha en que el viaje debía concluir según el contrato, el consumidor cuenta, por un lado, con el plazo preclusivo de un mes para hacer valer sus pretensiones *ex* § 651 c - f BGB frente al organizador (§ 651 g Abs.1 BGB) y, por el otro, con un plazo de prescripción de seis meses para ejercitar judicialmente estas pretensiones (§ 651 g Abs.2 BGB).

⁹⁸⁵ En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 125-129.

⁹⁸⁶ Véase GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 234-235; en términos parecidos, María José SANTOS MORÓN, *El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados*, EC, núm. 42, 1997, 23-38, pág. 30.

plimiento servirá para que se produzcan las consecuencias previstas en los casos de no prestación de los servicios del viaje (art. 10 LVC); pero fuera de las medidas previstas en este precepto, la comunicación en ningún caso será un presupuesto de la pretensión de indemnización del consumidor frente al organizador o detallista, con la que no mantiene relación alguna.⁹⁸⁷

Deberá considerarse abusiva cualquier cláusula contenida en las condiciones generales del contrato de viaje que supedita la reclamación de indemnización de daños y perjuicios del consumidor a la observancia de la carga de comunicación del incumplimiento. Tal cláusula significaría "[l]a exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional" (Disposición adicional 1.ª II 9ª LGDCU).⁹⁸⁸

5.2. Cláusula de exoneración por no comunicación del incumplimiento

Con el carácter imperativo del apartado segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC) también se plantea si las cláusulas contractuales podrán establecer un régimen de reclamaciones del consumidor que convierta la inobservancia de la carga de comunicar el incumplimiento en una causa de exoneración de responsabilidad de organizador o detallista.

A ello hay que dar una respuesta negativa porque, como se ha dicho, la no comunicación del incumplimiento contractual por parte del consumidor no constituye un presupuesto de su pretensión de indemnización de daños y perjuicios frente al organizador o detallista; ni se trata, como afirma una parte de

⁹⁸⁷ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 275-277. El cumplimiento de la carga como presupuesto de la responsabilidad del organizador o detallista tampoco se acepta, como se ha visto, en otros ordenamientos de los Estados miembros (Alemania, Austria, Inglaterra, entre otros); véase también el artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

⁹⁸⁸ Con anterioridad a la actual redacción de la Disposición adicional 1.ª II 9ª LGDCU, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, cit., págs. 351-353.

la doctrina española,⁹⁸⁹ de un supuesto de exoneración de responsabilidad de organizador por incumplimiento imputable al consumidor (art.11.2 LVC, letra a).

El consumidor que no comunique el incumplimiento por escrito, o en cualquier otra forma en que quede constancia, por lo general no podrá reclamar la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje por parte del organizador, en su caso, con el abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC), ni el derecho a un medio de transporte de regreso, cuando las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor no las aceptase por motivos razonables (art. 10.2 LVC); pero podrá reclamar igualmente el resarcimiento de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento contractual.⁹⁹⁰

Hasta el momento la práctica contractual española prácticamente se ha limitado a prever cómo deberán efectuarse dichas reclamaciones, mostrándose muy cauta a la hora de establecer las consecuencias de su incumplimiento. Aun existiendo algunas excepciones,⁹⁹¹ la mayoría de catálogos contienen la siguiente cláusula:⁹⁹²

“[...]Cuando el consumidor aprecie “in situ” la no ejecución o mala ejecución de los servicios contratados integrantes del viaje, deberá notificarlo inmediatamente al prestador de los mismos, y en el plazo de 48 horas hábiles a la Agencia Organizadora, a fin de que ésta tome las

⁹⁸⁹ Véase GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 234-235; también, SANTOS MORÓN, *El folleto o programa informativo y la forma del contraste de viajes combinados*, cit., pág. 30.

⁹⁹⁰ Supra § II.5.

⁹⁹¹ Vide la mencionadas cláusula "Desarrollo de los servicios" contenida en el catálogo TRANSRUTAS, *Escandinavia, Oriente Medio y largas distancias*, mayo 1998/abril 1999 (fecha de edición: mayo 1998). Tal cláusula debe ser considerada nula por abusiva, al supeditar el ejercicio del derecho a la indemnización de daños y perjuicios a una reclamación previa del consumidor.

⁹⁹² Vide la cláusula "Responsabilidad" de los catálogos RHODASOL/TURIMAR, *Playas*, 1998 (vigencia: 1 mayo a 31 octubre de 1998), SALDUBA TOURS, *Estancias en Playa: Hoteles-Apartamentos*, verano 1998 (vigencia: 1 mayo al 31 octubre de 1998), TURAVIA, *Playas de América*, invierno 96-97 (vigencia: 1 noviembre de 1996 a 30 de abril de 1997), entre otros; de un modo casi idéntico, la cláusula "Responsabilidad" del catálogo HALCÓN VIAJES, *Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote Combinados*, otoño-invierno 97-98 (vigencia: 1 noviembre de 1997 al 30 abril de 1998).

medidas pertinentes.⁹⁹³ La no realización de la comunicación a la Agencia Organizadora supondrá que sea el consumidor quien deba probar el incumplimiento en la ejecución del contrato ante la organizadora o la Dirección General de Turismo y/o el tribunal competente, puesto que fuera de ese plazo a la Agencia Organizadora le sería imposible la comprobación de la veracidad de lo alegado así como el logro de una solución satisfactoria para todas las partes implicadas.⁹⁹⁴

Así pues, por lo general estas condiciones generales atribuyen al consumidor la carga de la prueba del incumplimiento para los supuestos en que éste último no lo notifique inmediatamente al prestador de los servicios del viaje, o a la agencia organizadora en el plazo de 48 horas hábiles desde que lo aprecia *in situ* durante la realización del viaje. Teniendo en cuenta que la carga de la prueba del incumplimiento del organizador o detallista del viaje incumbe al consumidor, estas cláusulas no serán contrarias a lo previsto por la regulación de las condiciones generales de la contratación. Aunque la Disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *general para la defensa de los consumidores y usuarios*,⁹⁹⁵ introducida por la Disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, incluye entre la enumeración de cláusulas abusivas a aquellas que conlleven "[l]a imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante" (cláusula decimonovena), conforme al artículo 1214 del Código civil quien reclama el cumplimiento de la obligación de resarcir ha de probar la existencia de la obligación nacida del contrato de viaje y el incumplimiento de la misma. Por lo que la cláusula

⁹⁹³ Vide la cláusula "Responsabilidad" del catálogo AMBASSADOR TOURS, *Descubra el Mundo*, mayo 95 - abril 96 (vigencia: 1 enero de 1995 a 30 abril de 1996), que no prevé las consecuencias del incumplimiento de la carga del consumidor de comunicar el incumplimiento.

⁹⁹⁴ Adviértanse las distintas funciones que la cláusula atribuye a la carga del consumidor de comunicar el incumplimiento: "el logro de una solución satisfactoria" resulta plenamente admisible (cfr. art. 10.1 LVC), pero la "comprobación de la veracidad de lo alegado" no sólo debe considerarse posible por el organizador pese a la no comunicación, sino que además le incumbe por formar parte de su deber de vigilancia de los prestadores de los servicios del viaje de acuerdo con el principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC).

⁹⁹⁵ BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

transcrita se limita a respetar el régimen legalmente previsto en materia de carga de la prueba del incumplimiento contractual.⁹⁹⁶

Distintas son, por ejemplo, las consecuencias previstas en el apartado segundo de la cláusula 12 (*Mitwirkungspflicht*) de las ARB 1997 alemanas para los supuestos de no comunicación del incumplimiento. Según esta cláusula, el consumidor está especialmente obligado a comunicar sin demora el defecto desde el lugar de prestación de los servicios del viaje, para procurar las medidas necesarias para su subsanación en la medida que esto sea posible. Omitida de modo culposo la indicación del defecto por parte del viajero, esta cláusula añade que no procede un derecho de disminución del precio del viaje, de acuerdo con la regulación de este derecho (§ 651 d Abs.2 BGB). Mas en este caso, la regulación de las condiciones generales tampoco establece la exoneración de responsabilidad contractual del organizador en los supuestos de no comunicación del incumplimiento contractual.

Con relación al régimen de reclamación del Derecho español, la inmensa mayoría de condiciones generales establecen, además, lo siguiente.⁹⁹⁷

"[e]n el caso de que el consumidor considere que las soluciones arbitradas por la Agencia Organizadora no hayan sido satisfactorias, podrá interponer reclamación en el plazo de 1 mes a contar desde la fecha de regreso del viaje ante la citada Agencia Organizadora que será presentada a través de la Agencia Detallista que vendió el viaje y en la que se acreditará la puesta de manifiesto del presunto incumplimiento en las 48 horas hábiles siguientes a su ocurrencia, y a la que se adjuntará fotocopia del contrato de viaje combinado. No obstante, la interposición de cualquier reclamación derivada del contrato de viaje combinado no exime del pago del viaje en ningún caso [...]".

Aun incluyendo el plazo previsto por esta cláusula los supuestos de reclamación por parte del consumidor de indemnización de los daños y perjuicios

⁹⁹⁶ Vide GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 278-279.

⁹⁹⁷ De modo excepcional, el catálogo HOTEL JET, *América*, 1997 (vigencia: 1 de mayo de 1997 al 31 de abril de 1998), en su apartado titulado "Reclamaciones", establece que en caso de deficiencia del servicio deberá comunicarse a la Agencia Organizadora y el plazo para ello es de hasta 30 días naturales después de haber finalizado el viaje.

ocasionados por el incumplimiento contractual, no puede considerarse que la misma contravenga el régimen legal e imperativo de responsabilidad contemplado por los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC). Ciertamente es que, de acuerdo con estos apartados, la acción que tiene el consumidor para reclamar judicialmente indemnización de daños no puede supeditarse al cumplimiento de la carga de comunicar el incumplimiento al organizador o detallista. Mas en ese punto debe distinguirse entre dicha acción judicial y la reclamación extrajudicial a la que al parecer se refiere la cláusula transcrita. De lo que se trata en el caso que nos ocupa es de fijar un límite temporal al ejercicio de las reclamaciones extrajudiciales de los consumidores realizadas frente al detallista o, en su caso, organizador, a partir del cual los mismos no deban atenderlas; ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes al consumidor por incumplimiento del contrato —inclusive, de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios—, las cuales prescribirán en todo caso, según dispone el artículo 13 LVC, por el transcurso de dos años.⁹⁹⁸

De todos modos, además cabe plantearse si una cláusula de este tipo establecida en condiciones generales tendría carácter abusivo. En el ordenamiento inglés se ha cuestionado la razonabilidad (*reasonableness*) del plazo de 28 días otorgado por el párrafo 2.9 (*Complaints and Correspondence from Clients*) *The ABTA Tour Operator's Code of Conduct* (noviembre 1997) al organizador para atender la reclamación del consumidor. En el caso *Davison v. Martyn Holidays* (1990), la *Leeds County Court* sostiene que dicho plazo no es razonable teniendo en cuenta la entidad de las otras cargas (*burdens*) impuestas al consumidor en orden a hacer efectiva su reclamación; mientras que en otro caso, el *Sargant v. CIT [1994] 8 C.L. 62*, la *County Court* entiende que el término de 28 días es razonable, al considerar que este plazo debe ser valorado con independencia del resto del procedimiento de queja, y que el notable retraso —en el caso, cinco meses— del consumidor para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento causa un perjuicio a las agencias demandadas en sus probabilidades de defenderse ante la demanda interpuesta.⁹⁹⁹ Aunque la decisión no se basa en la *Package Travel Regulations*,

⁹⁹⁸ Esas observaciones son realizadas por Miquel MARTÍN CASALS en Miquel MARTÍN CASALS/Francisco VICENT CHULIÁ/Jordi RIBOT IGUALADA/Fernando CERDÁ ALBERO, *Estudio sobre las actuales condiciones generales del contrato de viaje. Líneas Generales para su revisión*, Barcelona, (inédito), septiembre 1999, págs.171-173, en el comentario a la cláusula transcrita.

⁹⁹⁹ Vide GRANT/ MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 174-175.

en esta ocasión el tribunal añade que dicho plazo también es acorde con la *Regulation 15(9) The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992.¹⁰⁰⁰

Por su lado, el número 13 (*Ausschluß von Ansprüchen und Verjährung*) de las ARB 1997 alemanas, con relación a las reclamaciones extrajudiciales, establece que "el viajero debe hacer valer las pretensiones por la no realización del viaje de conformidad con el contrato en el plazo de un mes, contado desde el momento previsto en el contrato para la finalización del viaje"; además, este número añade que "transcurrido este plazo, el viajero puede hacer valer estas pretensiones en caso de que sin culpa suya no hubiese podido respetarlo"; y por lo que se refiere al ejercicio de las acciones judiciales, el mismo número prescribe que "las pretensiones contractuales del viajero prescriben en el término de seis meses", término de prescripción que "empieza el día en que, según el contrato, debía finalizar el viaje" (cfr. § 651 g BGB). Además, el número 13 de las ARB 1997 alemanas también dispone que "si el viajero ha hecho valer tales pretensiones, la prescripción se suspende hasta el día en que el organizador del viaje contesta por escrito las prestaciones", así como que "las pretensiones por comportamiento ilícito prescriben en el término de tres años".

En el ordenamiento español la última cláusula transcrita quedará sujeta a los límites generales establecidos por el artículo 10 bis LGDCU de no causar, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, de modo que podrá ser considerada abusiva que, por la brevedad del plazo o por las cargas que imponga al ejercicio de la reclamación extrajudicial, la dificulte tanto que la haga inviable en la práctica; aunque no parece que éste sea el caso de la cláusula que nos ocupa, habida cuenta de la experiencia expuesta de otros países y de su alcance.¹⁰⁰¹

¹⁰⁰⁰ Vide LAWSON, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, cit., pág. 105, que se refiere a esta cláusula después de hacer notar las variedades de cláusulas de exoneración existentes en el ordenamiento inglés.

¹⁰⁰¹ En el mismo sentido, Miquel MARTÍN CASALS en Miquel MARTÍN CASALS/Francisco VICENT CHULIÁ/Jordi RIBOT IGUALADA/Fernando CERDÁ ALBERO, *Estudio sobre las actuales condiciones generales del contrato de viaje. Líneas Generales para su revisión*, cit., págs. 171-173, quien además considera que una cláusula relativa a las reclamaciones extrajudiciales del consumidor parece imprescindible a los efectos de mantener dentro de unos límites los costes de gestión de las agencias de viajes; además, MARTÍN CASALS no recomienda alargar el plazo de la reclamación, "ya que la actividad del sector es muy dinámica y cuanto más tiempo transcurre más difícil resulta esclarecer los hechos en cuestión".

En consecuencia, la cláusula contractual que atribuye al consumidor la carga de comunicar el incumplimiento en ningún caso podrá significar que su inobservancia exonere al organizador o el detallista de la responsabilidad contractual que les corresponda con arreglo a los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC); mas el contrato de viaje combinado podrá incluir una cláusula que imponga unas condiciones y un plazo para el ejercicio de la reclamación extrajudicial del consumidor, cláusula que únicamente podrá ser declarada abusiva si contraviene, en el caso concreto, lo dispuesto por el artículo 10 bis LGDCU.

III. TERCERA PARTE

APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE AL ORGANIZADOR O EL DETALLISTA

III. Tercera parte. Aplicación de la acción de indemnización de daños y perjuicios frente al organizador o el detallista

Planteamiento

Expuestos los distintos presupuestos de la acción de responsabilidad contractual consumidor frente al organizador y el detallista, cabe precisar el alcance de esta medida teniendo en cuenta algunas cuestiones relativas a su aplicación.

La primera de esas cuestiones se refiere a la concurrencia de la acción con otras medidas de las que el consumidor del viaje también podrá disponer, si se dan los requisitos correspondientes. Se trata de comprobar en qué términos cabe articular la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC) con respecto a dos medidas contractuales que la propia regulación del contrato de viaje también contempla en defensa de los intereses del consumidor, tales como la acción de reclamación del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC) y la acción de resolución del contrato de viaje (art. 10.2 LVC). Además, en este punto también cabe hacer una mención especial a la concurrencia de la responsabilidad contractual (art. 11 LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) del organizador y el detallista.

La segunda cuestión que también se trae a colación en esta parte tiene que ver con la distribución de la carga de la prueba de los distintos presupuestos de la responsabilidad contractual del organizador y detallista. El análisis de cada una de ellas resulta indispensable para delimitar el alcance que cabe atribuir a la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios con la que va a contar el consumidor de viajes combinados (art. 11 LVC).

1. Concurrencia de la acción de responsabilidad contractual con otras acciones del consumidor

1.1. Acciones contractuales

A) Acción de reclamación del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC)

a) Características

El primer párrafo del apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE establece lo siguiente:

"[e]n caso de que, después de la salida, no se suministrara una parte importante de los servicios previstos en el contrato o el organizador observara que no puede suministrar una parte importante de los mismos, el organizador adoptará otras soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor, y, *en su caso, indemnizará a este último con el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas* [la cursiva es nuestra]".

La medida destacada en cursiva ha sido transpuesta en la mayoría de Estados miembros de acuerdo con su respectiva tradición jurídica. De un lado, en los ordenamientos pertenecientes al *Common Law* se observa cómo tales previsiones hacen referencia al mecanismo de indemnización de daños y perjuicios, esto es, a la obligación del organizador de compensar al consumidor la diferencia existente entre el valor de los servicios que deben ser facilitados según el contrato y aquellos que han sido efectivamente realizados (Inglaterra, Irlanda del Norte).¹ De otro lado, para los ordenamientos de base romanista esta previsión no hace referencia a la acción general de indemnización de daños y perjuicios resultante del incumplimiento del contrato sino a una acción similar a la que en ellos puede ejercitar el comprador para conseguir una reducción

¹ Véase la *Regulation 14 (2)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992; y la *Section 19 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, núm. 17, irlandesa. Téngase en cuenta la falta de tradición de la acción estimatoria o *quantum minoris* en los sistemas del *common law*. Vide Eric E. BERGSTEN & Anthony J. MILLER, *The Remedy of Reduction of Price*, *Am.J.Comp.L.* 27 (1979), 255-277, págs. 255-258.

proporcional del precio en base a la menor utilidad que proporciona la cosa vendida (acción estimatoria o *quantum minoris*).²

Además, los ordenamientos pertenecientes a la tradición jurídica romano-canónica presentan una situación dispar en la regulación de esa acción del consumidor de viajes combinados. Algunos prevén la misma en la regulación del contrato de viaje incluso con anterioridad a la norma comunitaria (Alemania);³ otros ordenamientos también reconducen el abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas a la acción estimatoria o *quantum minoris*, aunque de un modo más bien implícito y con ocasión de la implementación del primer párrafo del apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE (Francia, Holanda);⁴ e incluso algunos ordenamientos de este entorno cultural siguen miméticamente el tenor de la norma comunitaria, de modo que se refieren expresamente a la indemnización de los daños resultantes de la no prestación de alguno o algunos servicios del viaje en una cuantía equivalente a la diferencia entre el precio previsto y los servicios prestados (Suiza);⁵ o, simplemente, no prevén la posibilidad de disminución del precio del viaje en caso de no prestación de algunos servicios del viaje (Italia, Austria).⁶

En el ordenamiento español, el apartado primero del artículo 10 LVC implementa el primer párrafo del apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE en los siguientes términos:

² D. 19,1,6,4.

³ Vide § 651 d BGB. Sobre la función del derecho del consumidor a una disminución del precio del viaje (*Minderung*) en el Derecho alemán, Klaus TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, Bd.4, 3. Auf., München, Beck, 1997, § 651 d, 1522-1528, Rnd. 1, pág. 1522.

⁴ Para el caso francés, véase el artículo 22.2 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjour*; y para el caso holandés, el artículo 505.4 del Código civil holandés, redactado a partir de la *Wet van 24/12/1992 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgelijke Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten* (en adelante, BW).

⁵ Véase la letra b) del artículo 13.1 de la *Busdesgesetz über Pauschalreise* suiza, de 18 de junio de 1993 (en adelante, PaRG). Sobre la discusión generada en este ordenamiento en torno a la naturaleza de la medida, Alessandro MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, págs. 228-234.

⁶ Además, véase el § 31 e Abs. 1 *Bundesgesetz Nr.247/1993, mit dem das Konsumentenschutzgesetz zur Anpassung an das EWR-Abkommen geändert wird* austriaca (en adelante, KSchG).

"[e]n 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, *en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas* [la cursiva es nuestra]. Si el consumidor continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considerará que acepta tácitamente dichas propuestas".

Esta previsión parece adscribirse entre aquellos ordenamientos que prevén la pretensión de disminución del precio del viaje con el objeto de reinstaurar el equilibrio de las prestaciones, para el caso de que el consumidor decida continuar el viaje con las soluciones adoptadas por el organizador pese a la no prestación o prestación defectuosa de algunos de los servicios. La idea de abonar una determinada cantidad indica que no se trata de un remedio indemnizatorio sino de un mecanismo mediante el cual el consumidor podrá exigir que el precio del viaje se ajuste al valor del viaje realizado cuando éste sea menor al correspondiente al viaje contratado.⁷ Ello tendrá lugar cuando éste decida mantener la eficacia del contrato y exigir una rebaja proporcional del precio (art. 1486.2 CC), como sucede con la acción *quantum minoris* prevista a favor del comprador para el caso de que la cosa comprada adolezca de vicios ocultos.⁸

El artículo 10.1 LVC únicamente exige la concurrencia de dos presupuestos para que el organizador asuma la obligación de abonar al consumidor la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas: el primero, 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", circunstancia a la que cabe equiparar los supuestos en que los servicios

⁷ Esther GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 267, pone de manifiesto cómo a lo largo del proceso de elaboración de la LVC fue sustituido el término "indemnizar" —incluido en el primer párrafo del apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE— por el de "abonar" la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas.

⁸ Así lo ha reconocido la mayoría de la doctrina española. Vide Juan GÓMEZ CALERO, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Madrid, DYKINSON, 1997, págs. 113-123; GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 267-268; y María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, Madrid, Montecorvo, 1999, págs. 292-295.

prestados no reúnan la calidad contratada; y el segundo, que el organizador adopte "las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado", las cuales deberán ser aceptadas por el consumidor.⁹

Ya se ha dicho que ello significa que deberá tratarse de un incumplimiento de cierta entidad, esto es, será necesaria la no prestación o prestación deficiente de uno o varios servicios de especial valor para la realización del viaje contratado, de acuerdo con su finalidad y circunstancias, hasta el punto que sea razonable esperar del consumidor medio que no lo continúe en caso de que el organizador no adopte las soluciones adecuadas para ello.¹⁰ Y una vez producida esta situación, además será necesario que el organizador adopte "las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado", y que las mismas sean aceptadas, para que el consumidor pueda reclamar el abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas.¹¹

Mas la previsión contenida en el apartado primero del artículo 10 LVC no presupone que en la no prestación o prestación deficiente de los servicios del viaje concurren los presupuestos propios de la medida de responsabilidad contractual del organizador o detallista. En particular, la efectividad del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas no precisa de una conexión causal entre el incumplimiento y los daños ocasionados al con-

⁹ Ello difiere de los requisitos de las acciones edilicias en sede del contrato de compraventa, esto es, el carácter oculto, preexistente y grave del vicio de la cosa vendida (art. 1484 CC). Véase, por todos, Gabriel GARCÍA CANTERO, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (arts. 1484 a 1490 CC), Madrid, Edersa, 1980, 334-364, págs. 342-345.

¹⁰ También los tribunales alemanes exigen que el incumplimiento del contrato de viaje sea de una cierta entidad para resultar procedente el derecho del consumidor a una disminución del precio del viaje (§ 651 d BGB). Tal derecho no ha sido reconocido en casos como los siguientes: por falta de un cóctel de bienvenida; por un alojamiento en dos *bungalow* separados del mismo centro de vacaciones en vez de en dos habitaciones dobles; por la falta de aire acondicionado en el autobús en el transcurso de un viaje a la India. Para la resolución de estos supuestos y otras muchas sentencias, Mark NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 1997, págs. 1-55.

¹¹ Por el contrario, la regulación alemana también excluye el derecho de disminución del precio cuando el consumidor omite de modo negligente la comunicación del defecto del viaje al organizador (§ 651 d Abs.2 BGB); requisito que la doctrina también aplica analógicamente para hacer efectivo el derecho de indemnización de daños y perjuicios (§ 651 f BGB) (Vide Otto TEMPEL, *Voraussetzungen für die Ansprüche aus dem Reisevertrag*, NJW 9 (1986), 547-556, pág. 548). Mientras que en el Derecho español dicha comunicación no actuará como presupuesto de ninguna de ambas medidas (arts. 10.1 y 11 LVC) (*supra* § II.5).

sumidor (art. 1107 CC), ni la imputabilidad de la no prestación o prestación deficiente del servicio o servicios del viaje al organizador o detallista (cfr. apartados primero y segundo del art. 11 LVC). Existirá, pues, una notoria diferencia entre ambas medidas atribuidas al consumidor por la regulación del contrato de viaje.¹²

Diferencia que también resulta evidente en lo referente a los criterios de cálculo del alcance del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y suministradas.

En el ordenamiento alemán han surgido notables dificultades a la hora de delimitar el alcance de la aminoración del precio del viaje (§ 651 d BGB).¹³ Éste párrafo se remite a las normas del contrato de compraventa (§ 472 BGB) para llevar a cabo el cálculo de la diferencia de valor entre las prestaciones previstas y las suministradas. Por ello en un principio dicho cálculo debería tener lugar a partir de multiplicar el valor del viaje realizado por el precio acordado inicialmente y dividir este resultado por el valor del viaje contratado. Aun así, la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la medida ha puesto de relieve las dificultades que ello plantea en sede del contrato de viaje.¹⁴ En particular, se discute si en ello debe prevalecer la justicia del caso concreto o el principio de seguridad jurídica. Una parte de la doctrina considera prioritario lo primero, a saber, la necesidad de tener en cuenta el servicio no prestado o deficiente y la utilidad que ofrece el viaje prestado para el consumidor, según el tipo, intensidad y duración del defecto. De ese modo, la disminución del precio del viaje podría tener lugar, en su caso, hasta su totalidad. En cambio, la Sala 24 de lo Civil de la LG Frankfurt ha adquirido un especial protagonismo en el empeño por lograr un trato por igual a los consumidores de viajes combinados y una mayor previsibilidad de las decisiones judiciales, al aplicar unos baremos

¹² En el Derecho alemán, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 13, pág. 1555.

¹³ La jurisprudencia alemana ha puesto de manifiesto su importante aplicación en el contrato de viaje, sobre todo en los casos de traslado a otro hotel por sobrecontratación en el hotel contratado. Por ejemplo, véanse las sentencias OLG Köln, Urt. 14.10.1992-16 U 46/92=NJW-RR 1993, pág. 252) y KG, Urt. 18.2.1993-16 U 4702/92=NJW-RR 1993, pág. 1209.

¹⁴ Vide TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 d, 1522-1528, Rnd. 7-14, págs. 1525-1528.

(*Frankfurter Tabelle zur Reisepreisminderung*)¹⁵ para hacer efectivo el derecho a la disminución del precio del viaje (§ 651 d BGB). Estos baremos fijan unos porcentajes de disminución del precio conforme a criterios objetivos, según la intensidad del defecto del viaje apreciado en el alojamiento, manutención, transporte u otros servicios, y sin atender a las condiciones personales del consumidor.¹⁶ Los partidarios de estos baremos propugnan que, de acuerdo con el § 287 *Zivilprozessordnung*,¹⁷ se proceda a hacer una estimación judicial de todas las circunstancias (*unter Würdigung aller Umstände*) conforme a unos porcentajes determinados, aunque la regulación del contrato de viaje no lo prevea. Además de evitar arbitrariedades por parte de los jueces, se afirma que ello puede resolver algunos problemas de carácter procesal. En este sentido, el § 253 Abs.2 Nr. 2 de la *Zivilprozessordnung* exige que se cuantifique el *quantum* de la pretensión en el escrito de demanda, por lo que si no existen unos parámetros a los que atenerse, se señala que el viajero que solicite la disminución del precio va a correr el riesgo de excederse en su petición, con lo que luego va a tener que pagar parte de los costes procesales, o bien de reclamar menos de lo que por derecho le corresponde, viendo así menguada la efectividad de su derecho a la disminución del precio del viaje.¹⁸ De hecho, la aplicación de dichos baremos ha supuesto una objetivación del cálculo de la disminución del precio del viaje en no pocas decisiones judiciales.¹⁹ Con todo, en el Derecho alemán algunos tribunales y parte de la doctrina rechazan expresamente la aplicación de las tablas de cálculo de la *Minderung* (p.ej. OLG Hamburg). Incluso se ha dicho que los baremos de la *Frankfurter Tabelle zur Reisepreisminderung* son contrarios a la regulación del contrato de viaje, puesto que ésta no incluye una lista de posibles defectos del viaje, ni mucho menos les asigna unos porcentajes para así calcular la disminución del precio del viaje,

¹⁵ Esos baremos han sido publicados en NJW 1985, págs. 113-115, y NJW 1994, págs. 1639-1640.

¹⁶ Por ejemplo, la falta de vistas al mar desde la habitación se considera que disminuye entre un 5 y un 10 por 100 el precio del viaje.

¹⁷ *Zivilprozessordnung*, de 30 de enero de 1877 (RGBl. S. 83); véase la redacción de 12 de septiembre de 1950 (BGBl. I S. 455, 533);

¹⁸ Vide Otto TEMPEL, *Unzulässige Schematisierung der Reisepreisminderung*, NJW, 32 (1985), págs. 1885-1888; y Otto TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, § 6. *Reisevertrag*, 380-479, págs. 428-435 y 477.

¹⁹ Véase la recopilación de sentencias que aplican estos baremos de NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, cit., págs. 1-55. Por ejemplo, la AG Bad Homburg, Urt. 30.1.1997, RRa, 1997, págs. 100-101, disminuye el precio del viaje en un 20 por 100 por los trabajos de renovación realizados en las habitaciones del hotel hasta el mediodía.

sino que la misma exige que tenga lugar un juicio del caso concreto.²⁰ Según esta opinión, el cálculo de la disminución se debería obtener del contenido del contrato de viaje en concreto, esto es, del contenido del programa de viaje o folleto y de los eventuales acuerdos particulares de las partes. Habida cuenta de ambas posturas doctrinales, cabe concluir que en el ordenamiento alemán no existe un criterio unánime en el cálculo de la aminoración del precio por la no prestación o prestación deficiente de uno o varios servicios del viaje.²¹

El cálculo de la disminución del precio del viaje en el Derecho español se plantea en otros términos. El apartado primero del artículo 10 LVC se limita a señalar que el organizador "abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas", sin remitirse a la regulación del contrato de compraventa a los efectos de realizar su cálculo. Quizá ello se deba a la parquedad que presenta dicha regulación, que atribuye al comprador el derecho a "rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos" (art. 1486.1 CC). Aun así, cabe aplicar los criterios mantenidos por la doctrina en torno al cálculo de la aminoración del precio de la cosa vendida a las previsiones de la regulación del contrato de viaje (art. 10.1 LVC). Ello significa que la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas deberá ser calculada atendiendo a módulos del contrato y, en su defecto, al precio de mercado de los viajes que no incluyan el servicio no prestado o incluyan el servicio de la misma categoría del servicio finalmente prestado.²² Pero, según estos parámetros, no podrá atenderse al precio que hipotéticamente hubiera pagado el consumidor de haber contratado un viaje sin el servicio o servicios no

²⁰ Peter SCHWERDTNER, en *Staudigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch (*Recht der Schuldverhältnisse*) (§§ 620-651 k), 12. neubearb. Auf., Berlin, Arthur L.Sellier & Co. –Walter de Gruyter & Co., 1991, § 651 d, 110-119, Rnd. 33. pág. 118.

²¹ Por todos, Regina SCHLOTMANN, *Das Recht der Pauschalreise(Reklamationen in der touristischen Praxis)*, Berlin, Luchterhand, 1993, págs. 454-455, quien considera que en los dos puntos de vista existentes en la doctrina alemana acerca del cálculo de la *Minderung* subyacen dos nociones, subjetiva y objetiva, del defecto del viaje (*Reisemängel*).

²² La SAP de la Coruña, de 21 de enero de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Juan Luis Pía Iglesias, AC 2818 ., se refiere a un supuesto de minoración del precio de viaje por no haberse facilitado el vuelo directo contratado y no contar los hoteles con los servicios ofrecidos, en los siguientes términos: "la valoración de la incidencia del incumplimiento en la reducción del importe ha de considerar, la entidad grave de las deficiencias, el contraste con la oferta pública realizada y la inducción a contratar que supone esa oferta, cuando la calidad de los servicios realmente prestados dista considerablemente de lo ofrecido".

realizados, o con los servicios de la misma categoría que aquellos que han sido ejecutados. Tales criterios se asientan sobre la objetividad en el reajuste del precio que supone el juicio de peritos previsto en el artículo 1486.1 del Código civil.²³ De todos modos, por el momento en el Derecho español no existen unos baremos a tablas objetivas a utilizar por los órganos judiciales con el objeto de calcular la diferencia de valor entre los servicios del viaje contratados y los suministrados.

Así pues, el sistema de cálculo constituye otra de las diferencias existentes entre el derecho a la disminución del precio del viaje resultante del ejercicio de la acción estimatoria o *quantum minoris* (art. 10.1 LVC) y el derecho del consumidor al resarcimiento de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento del contrato (art. 11 LVC). Si aquél tiene lugar en los términos expuestos, ni que decir tiene que este modo de cálculo no coincidirá con el aplicable en la determinación de la cuantía indemnizatoria de ciertos daños, en los que el órgano judicial podrá tener en cuenta las razones por las que el consumidor contrató tal viaje, según se desprenda del propio documento contractual. De modo que si los servicios prestados por debajo de la categoría contratada tienen un interés especial para el consumidor en el momento de contratar el viaje, éste también se tendrá en cuenta a la hora de calcular la indemnización de los daños resultantes. Además, en el cálculo de la indemnización los órganos judiciales también podrán tener en consideración las circunstancias personales del consumidor del viaje (vgr. daños por pérdida de vacaciones).²⁴ Por todo ello, los criterios de cálculo del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC) y del resarcimiento de daños y perjuicios (art. 11 LVC) resultarán divergentes.²⁵

²³ Véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *Comentario del Código civil (art.1486)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 959-962, pág. 960. Por su lado, Ángel LÓPEZ LÓPEZ, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena) (art. 50)*, Madrid, Civitas, 1998, 444-455, págs. 454, destaca la razonabilidad de estos criterios, pero añade que "carece de específico apoyo normativo; y nada impediría otro método, «a juicio de peritos»".

²⁴ A la misma conclusión llega, en el Derecho alemán, TEMPEL, *Voraussetzungen für die Ansprüche aus dem Reisevertrag*, cit., pág. 548.

²⁵ Otra cosa sería si se interpretara que el apartado primero del artículo 1486 del Código civil no contiene ninguna regla para el cálculo de la rebaja del precio y que tal cuestión queda confiada al arbitrio judicial, a la vista de los informes de los peritos. Véase GARCÍA CANTERO, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (arts. 1484 a 1490 CC)*, cit., pág. 351.

Llegados a este punto, cabe concluir que se comprueban diferencias sustanciales entre las medidas de disminución del precio del viaje resultante del ejercicio de la acción estimatoria o *quanti minoris* (art. 10.1 LVC) y de resarcimiento de daños y perjuicios sufridos por el consumidor por incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC).²⁶

b) Opción del consumidor entre ambas acciones

Expuestas las principales características de la acción de reclamación del importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC), cabe plantearse en qué términos la misma podrá concurrir con la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC).

La práctica totalidad de transposiciones del apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE respeta el tenor de la norma comunitaria, de modo que las mismas se limitan a regular la acción de reclamación del importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. Ni siquiera las implementaciones que parecen distinguir entre esa medida y la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato indican de qué modo deberán coordinarse ambas acciones.²⁷

Ello es así con la excepción de la regulación alemana, que desde su aprobación permite expresamente al consumidor acumular el ejercicio de la acción de disminución del precio del viaje con la acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato de viaje (§ 651 f Abs.1 BGB).²⁸ Resultan reveladoras las observaciones a este párrafo contenidas en el

²⁶ Además, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 294-295, pone de relieve que el derecho a ser reintegrado con una parte del precio (art. 10.1 LVC) va a constituir una deuda de dinero, sin perjuicio de los correspondientes intereses, mientras que el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios (art. 11 LVC) será una deuda de valor.

²⁷ Véase el artículo 22.2 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours* francés; y el artículo 505.4 BW holandés.

²⁸ El § 651 f Abs.1 BGB establece: "[d]er Reisende kann *unbeschadet* der Minderung oder der Kündigung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen [...]" ("[e]l viajero puede reclamar indemnización de daños como consecuencia de la no ejecución, *sin perjuicio* de la disminución o la resolución" (la cursiva es nuestra).

Proyecto de Ley sobre el contrato de organización de viaje (Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag), presentada el 4 de abril de 1978,²⁹ en donde se hace notar que el § 651 f BGB ha tenido particularmente en cuenta la posibilidad de indemnizar aquellos daños que sobrevienen al lado de la disminución del precio del viaje (vgr. daños patrimoniales, daños por pérdida de vacaciones);³⁰ si bien el mismo texto añade que la acumulación entre ambas acciones por lo general no será necesaria, puesto que la mayoría de las veces con la disminución del valor del viaje también se liquidarán los daños producidos.³¹ Estas apreciaciones todavía hoy resultan atendibles por parte de la doctrina mayoritaria. Ésta considera que la acción de reclamación de disminución del precio del viaje solamente resulta acumulable con la acción de responsabilidad contractual del organizador en lo referente a la indemnización de aquellos daños que no cubra la acción de disminución del precio del viaje.³² Y añade que esta medida generalmente desplazará la indemnización de daños y perjuicios habida cuenta de su aplicación automática, con la mera concurrencia de un defecto en el viaje (*Reisemängel*).³³ Además, la misma doctrina añade que cuanto más restrictiva sea la aplicación de la acción de disminución del precio del viaje por parte de los tribunales —esta es la tendencia del LG Frankfurt— más cabida tendrá el derecho de indemnización de daños.³⁴ En cualquier caso,

²⁹ BT-Drucks 8/2343, 1-36, pág. 10.

³⁰ Klaus TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a - k BGB*, 4. Neubearb. und erw. Auf., Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 2000, § 651 f, 182-199, Rnd. 7, pág. 185, señala que la circunstancia de no disponer del equipaje durante las vacaciones constituye un defecto del viaje que debe remediarse por medio del derecho a la disminución del precio, aunque más tarde aquél sea entregado al viajero (§ 651 d BGB). En cambio, si la pérdida del equipaje deviene definitiva, el viajero puede reclamar una indemnización por la pérdida patrimonial padecida (§ 651 f Abs.1 BGB).

³¹ El mismo Proyecto de Ley añade a continuación que la acumulación de las medidas de indemnización de daños (§ 651 f BGB) y de resolución del contrato por incumplimiento (§ 651 e BGB) tendrá una mayor significación.

³² Vide Hans BROX, *Das Reisevertragsgesetz*, JA 10 (1979), 493-498, pág. 496. Hans SCHROEDER, *Das neue Reisevertragsgesetz ab 1.10.1979*, JurBüro 10 (1979), 1427-1438, pág. 1434.

³³ La eventual acumulación de ambas medidas tendrá lugar apartándose de la regulación del contrato de obra (*Werkvertragsrecht*) (§ 635 BGB: "[b]eruhet der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller *statt der* Wandelung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen") ("[s]i el defecto de la obra estriba en una circunstancia imputable al contratista, el comitente puede reclamar indemnización de daños como consecuencia de la no ejecución *en lugar de* la redhibición o disminución") (la cursiva es nuestra).

³⁴ TEMPEL, *Voraussetzungen für die Ansprüche aus dem Reisevertrag*, cit., pág. 548, se muestra partidario de mantener una interpretación restrictiva de la disminución del precio del contrato; en contra, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 d, 1522-1528, Rnd. 3, pág. 1523.

la aplicación de la llamada *Frankfurter Tabelle zur Reisepreisminderung* confirma la posibilidad de acumulación de las acciones de disminución del precio del viaje e indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato de viaje en el ordenamiento alemán.³⁵

Acaso por influencia de esta regulación, la doctrina española mayoritaria ha admitido que el consumidor pueda hacer valer de modo acumulativo los derechos de disminución del precio del viaje (art. 10.1 LVC) e indemnización de los daños y perjuicios que no sean subsanados —distintos o superiores— mediante la simple rebaja en el precio (art. 11 LVC).³⁶

³⁵ NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, cit., págs. 1-55, se refiere a las siguientes sentencias que, además del derecho a la disminución del precio del viaje, reconocen al consumidor el derecho a indemnización de daños y perjuicios: indemnización por caída del avión (LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, pág. 48); indemnización por defectos en el mobiliario de la habitación del hotel (LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1987, pág. 368); indemnización por ruidos de construcción en el hotel (LG Düsseldorf, MDR 1988, pág. 965); indemnización por pérdida de vacaciones a causa de un retraso en la salida del avión debido a su secuestro (OLG Köln, NJW-RR 1993, pág. 1019); indemnización por pérdida de vacaciones por viaje de ida y vuelta en clase turista en lugar de clase de negocios (LG Frankfurt a. M., NJW-RR 1991, pág. 316); indemnización por costes de regreso en un supuesto de habitación doble en lugar de tres habitaciones en el apartamento contratado (OLG Düsseldorf, NJW-RR, 1992, pág. 1273); indemnización por cucarachas en el alojamiento (LG Hannover, MDR 1985, pág. 49); indemnización por pérdida de vacaciones a causa de intoxicación por comida en mal estado (LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, pág. 1396; entre otras); indemnización por pérdida de vacaciones a causa de erupciones cutáneas provocadas por un insecticida (LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, pág. 310); indemnización por daños en el vestuario (AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1993, pág. 1328). Y NIEHUUS también se refiere a otras sentencias que declaran el derecho del consumidor a la disminución del precio del viaje, pero no a la indemnización de daños y perjuicios: no indemnización por pérdida de vacaciones a causa transporte en línea aérea regular (LG Frankfurt a.M., NJW-RR, 1991, pág. 1211); no indemnización por pérdida de vacaciones a causa de la reducción en un día de la duración del viaje (LG Frankfurt a.M., RRA 1994, pág. 207). Por último, en la recopilación de sentencias del autor se pone de manifiesto el escaso número de sentencias que únicamente reconocen el derecho del consumidor a la indemnización de daños y perjuicios: indemnización de daños y perjuicios por daños en el equipaje causados por la lluvia mientras se hace el transfer en el aeropuerto (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, pág. 1330); indemnización de daños y perjuicios en la cantidad equivalente al precio de compra de materiales adquiridos por el consumidor en el mercado al no disponer de ellos tres semanas antes de la salida del viaje de aprendizaje (LG Hildesheim, NJW-RR 1988, pág. 1333). En términos generales, el examen de estas sentencias pone de relieve la compatibilidad entre la disminución del precio del viaje y la indemnización de todos los daños que no sean resultado de la lesión del llamado interés de prestación.

³⁶ Véase GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 269; también, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 293. En cambio, en estos supuestos Pilar DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 235-236, únicamente se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, no debe olvidarse que ni la regulación española del contrato de viaje (cfr. arts. 10 y 11 LVC), ni siquiera el Código civil, prevén una concurrencia acumulativa de ambas acciones. Y que la doctrina se muestra dividida en cuanto a la articulación de las acciones edilicias (art. 1484 y ss. CC) y las generales fundadas en el incumplimiento contractual (arts. 1096 y ss. y 1124 CC). Mientras algunos autores dan preferencia a la regla de lógica jurídica según la cual la norma especial es preferente a la general (*lex specialis derogat generalis*), aplicando única y exclusivamente las acciones edilicias, otros entienden que en estos casos el comprador puede optar por cualquiera de tales acciones, siempre que reúnan sus respectivos requisitos de aplicación; y parte de la doctrina afirma que el comprador puede acumular las distintas acciones.³⁷ A lo que cabe añadir los confusos argumentos utilizados por la actual jurisprudencia en este punto, conforme a la que "[s]e está en presencia de la entrega de una cosa distinta a la pactada o *aliud pro alio*, y no en un caso de vicios ocultos, cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprado"; en cuyo caso el "supuesto queda sometido a las acciones derivadas del incumplimiento de los contratos (arts. 1.101 y 1.124 C.C.) y no a las acciones de saneamiento por vicios ocultos".³⁸

Cierto es que la aplicación de cualquiera de estos criterios permitiría distinguir entre la acción estimatoria o *quantum minoris* (art. 10.1 LVC) y la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC). No podría ser de otra manera, puesto que existen razones suficientes precedentes tanto de la doctrina española relativa a la acción estimatoria o *quantum minoris* prevista para el caso de la compraventa

³⁷ Por todos, Nieves FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996, págs. 165-177.

³⁸ Véase la STS, de 23 de marzo de 1982, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Jaime de Castro García, RAJ 1500; STS, de 1 de junio de 1982, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Mariano Martín-Granizo, RAJ 3401; STS, de 19 de diciembre de 1984, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Mariano Martín-Granizo, RAJ 6134, entre otras. Para un análisis crítico de esta línea jurisprudencial, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1983*, CCJC, 2/1983, marginal 60, págs. 631-639; y, sobre todo, FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, cit., págs. 178-241.

(art. 1486 CC),³⁹ como de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (art. 50)⁴⁰ para afirmar la autonomía entre ambas acciones. Aun así, con este panorama no resulta nada fácil señalar de qué modo tales acciones podrán concurrir en sede de la regulación del contrato de viaje.

Con todo, cabe pensar que el consumidor del viaje podrá optar por la acción de abono del importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC) o la acción de reclamación indemnizatoria de daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento contractual (art. 11 LVC), siempre que las mismas reúnan los requisitos de aplicación respectivos. Existen distintos argumentos favorables a este criterio: en primer lugar, se trata de dos medidas previstas específicamente para el consumidor de viajes combinados, de modo que no existe relación de especialidad alguna que permita la aplicación preferente de alguna de ellas; en segundo lugar, no cabe admitir que el consumidor pueda obtener las ventajas de ambas acciones de modo acumulativo, toda vez que la regulación española del contrato de viaje no lo prevé expresamente y en el ordenamiento español ello se considera más bien excepcional;⁴¹ por último, tampoco cabe acudir a la jurisprudencia que distingue

³⁹ Véase, por todos, Antonio Manuel MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC, 1980, 585-686, págs. 680-682.

⁴⁰ Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991). Véase LÓPEZ LÓPEZ, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)* (art. 50), cit., págs. 444-455.

⁴¹ Así, por ejemplo, el apartado segundo del artículo 1486 del Código civil, conforme al que "[s]i el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción [entre acción redhibitoria y estimatoria] y además se la indemnizará de los daños y perjuicios si optare por la rescisión [acción redhibitoria]". A parte de la calificación del supuesto [responsabilidad del vendedor por dolo *in contrahendo*], obsérvese cómo ni siquiera en este caso se acumula la indemnización de daños y perjuicios con la acción estimatoria. Véase GARCÍA CANTERO, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (arts. 1484 a 1490 CC)*, cit., pág. 352; y también MORALES MORENO, *Comentario del Código civil (art.1486)*, cit., págs. 961-962. En línea con el carácter acumulable de las acciones, el artículo 45.2 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 dispone que "el comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho". LÓPEZ LÓPEZ, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)* (art. 50), cit., págs. 446 y 451-452, añade que ello contrasta con el tratamiento que recibe tal cuestión en el ordenamiento español, en donde según el autor cabe hablar más bien de compatibilidad alternativa, que no cumulativa, entre la acción *quantum minoris* y la acción de indemnización de daños y perjuicios.

entre la entrega de una cosa distinta a la pactada o *aliud pro alio* y los supuestos de vicios ocultos, no solamente por la insuficiencia del criterio de la insatisfacción del acreedor en orden a resolver la concurrencia entre aquellas acciones —difícilmente la no prestación de una parte importante de los servicios del viaje no causará tal insatisfacción— sino también porque se trata de una jurisprudencia particularmente vinculada al contrato de compraventa y, en particular, tendente a salvar el plazo de caducidad de seis meses previsto por la regulación general para el ejercicio de las acciones edilicias (art. 1490 CC). Téngase en cuenta que si bien en el contrato de compraventa no existe uniformidad entre los plazos aplicables a ambas acciones (arts. 1490 y 1964 CC), tanto la acción de disminución del precio del viaje (art. 10.1 LVC) como la indemnizatoria de daños y perjuicios (art. 11 LVC) tendrán un plazo común de prescripción de dos años (art. 13 LVC).

La opción del consumidor entre la acción de disminución del precio del viaje (art. 10.1 LVC) y la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios (art. 11 LVC) podrá hacerse efectiva una vez el viaje haya continuado hasta el final sin la prestación o con la prestación deficiente de uno o varios servicios.⁴² Por ello no parece demasiado afortunado el último inciso del artículo 10.1 LVC, según el que "[s]i el consumidor continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considerará que acepta tácitamente dichas propuestas", que ni siquiera figura en el apartado séptimo del artículo 4 Directiva 90/314/CEE que aquel precepto implementa. Más bien cabe interpretar dicha expresión en el sentido de que el consumidor conserva aquella opción cuando el viaje continúa, toda vez que no parece de recibo que entonces pierda su derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, tenga o no aquél motivos razonables para no aceptar las soluciones adoptadas por el organizador.⁴³ Por lo demás, tal consideración resulta más conforme con la regulación de la responsabilidad contractual del organizador y detallista, que obviamente para

⁴² En el Derecho alemán, TEMPEL, *Voraussetzungen für die Ansprüche aus dem Reisevertrag*, cit., pág. 548.

⁴³ Parece mantener una opinión contraria, Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje (Comentario a la sentencia de la A.P. de Badajoz de 6 de septiembre de 1995)*, PJ, núm. 40, 1995, 411-424, pág. 418, para quien si el consumidor continúa el viaje de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1 LVC "renunciará a su derecho de reclamación...lo que motivará que queden impunes los incumplimientos de escasa relevancia, ya que el consumidor preferirá continuar con el mismo [viaje]".

nada exige al consumidor que regrese anticipadamente del viaje como requisito para tener derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos (art. 11 LVC).⁴⁴

Por el momento, aunque se haya afirmado que la acción estimatoria o *quantum minoris* prevista por el apartado primero del artículo 10 LVC es la que mejor se adapta a las situaciones en las que el viaje se ha disfrutado prácticamente en su totalidad aun faltando o resultando deficientes algunas prestaciones,⁴⁵ lo cierto es que no parece que por el momento los órganos judiciales hayan asumido esta institución en sus justos términos. La práctica judicial pone de manifiesto que es la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 11 LVC) la medida usualmente ejercitada por parte del consumidor, y la práctica totalidad de las sentencias únicamente hacen referencia a la misma.⁴⁶

Aun así, el consumidor del viaje debería tener en cuenta las diferencias que presentan ambas acciones a la hora de optar por alguna de ellas. En particular, el ejercicio de la acción de reclamación del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC) tendrá mayor interés para éste cuando el valor del viaje haya disminuido sin resultar el incumplimiento contractual claramente imputable al organizador o detallista conforme al régimen de responsabilidad contractual (apartados primero y segundo del art. 11 LVC).⁴⁷ Mientras que será de mayor interés para el consumidor el ejercicio de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios resultantes de la no prestación o prestación defectuosa de los servicios del viaje cuando, siendo clara la procedencia de los criterios legales de imputación del incumplimiento contractual al organizador, no haya suficiente certidumbre en cuanto a que la no prestación o prestación deficiente lo sea de "una parte

⁴⁴ Vide GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 269.

⁴⁵ Así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 293.

⁴⁶ Véase la SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, RGD, 1993, págs. 7615-7617. Ello sin perjuicio de la confusión que existe entre ambas medidas en algunas sentencias españolas. Así, por ejemplo, resulta paradigmática la mencionada SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz, *Actualidad Civil*, 1993-4, @ 1583, que declara "una minoración del 40 por 100 del precio total del viaje" (176.400 pesetas), "como suma a indemnizar" por parte de la agencia de viajes por los daños resultantes de un cambio en el hotel contratado con arreglo a la facultad moderadora de la responsabilidad contractual (art. 1103 CC)

⁴⁷ En Alemania, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 f, 1549-1567, Rnd. 15, pág. 1555.

importante de los servicios previstos en el contrato". De todos modos, nada obsta a que el consumidor pueda ejercitar ambas acciones de modo alternativo o subsidiario, en cuyo caso los órganos judiciales únicamente podrán estimar una de ellas.

B) Acción de resolución del contrato (art. 10.2 LVC)

a) Características

Por su lado, el apartado segundo del artículo 10 LVC establece lo siguiente:

"[s]i las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor 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*" [la cursiva es nuestra].

En ocasiones puede que el organizador, además de no suministrar o comprobar que no puede suministrar una parte importante de los servicios del viaje, tampoco adopte las soluciones adecuadas para continuar el viaje. Ello tendrá lugar cuando la adopción de las medidas para hacer posible la continuación del viaje resulte excesivamente gravosa para el organizador, esto es, cuando tenga lugar una desproporción notoria entre dichas medidas y el precio del contrato de viaje; o en el supuesto de que su adopción resulte objetivamente imposible; supuestos, ambos, que eximirán al organizador de la obligación de ofrecer tales medidas al consumidor.⁴⁸ También puede ocurrir que aun siendo viables tales medidas, las mismas supongan una pérdida de interés para el consumidor en la realización del viaje de tal entidad que éste pueda no aceptarlas justificadamente (p.ej. sustitución del transporte en avión por transporte en autobús). Lo que podrá tener lugar cuando las soluciones para la continuación

⁴⁸ Así, para el Derecho inglés, David GRANT/Stephen MASON, *Holiday Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, págs. 290-292. La regulación inglesa se expresa en términos de posibilidad o no de adoptar soluciones adecuadas para continuar el viaje ("[i]f it is impossible to make arrangements as described in paragraph (2) [...]") (*Regulation 14 (2) de The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992). Para el Derecho alemán, FÜHRICH, *Reiserecht*, 3. völlig neubearb. Auf., Heidelberg, C.F.Müller, 1998, § 651 c, 155-250, Rnd. 232, pág. 223. Como se ha indicado, la propia regulación alemana permite al organizador la no adopción de medidas para la continuación del viaje si las mismas le ocasionan unos gastos desproporcionados (§ 651 c Abs.2 BGB).

del viaje tengan un valor notoriamente inferior a las previstas inicialmente (p.ej. alojamiento en un albergue en lugar de un hotel de máxima categoría); o cuando las mismas modifiquen sustancialmente el carácter del viaje contratado.⁴⁹ En todos estos casos el consumidor podrá extinguir anticipadamente el contrato de viaje mediante el ejercicio de la acción resolutoria.

El apartado segundo del artículo 10 LVC exige para tal extinción del contrato que no se presten o se presten deficientemente una parte importante de los servicios del viaje, como en el caso de la acción de abono de la diferencia del importe entre las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC).⁵⁰ Requisito que la doctrina española no duda en poner en relación con la medida general de resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124 CC); con lo que ésta considera que el supuesto previsto en el artículo 10.2 LVC constituye un incumplimiento lo suficientemente grave como para tener alcance resolutorio (art. 1124 CC);⁵¹ o que para la aplicación de la medida prevista por el apartado segundo del artículo 10 LVC tal circunstancia será fundamental. Ello tiene lugar hasta el punto de señalar que dicha medida procederá cuando la deficiencia de uno de los servicios frustra completamente el fin del viaje.⁵² En esta línea, la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de

⁴⁹ Vide GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 271; y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 285-286.

⁵⁰ En cambio, la regulación alemana no requiere la misma entidad al incumplimiento del contrato de viaje para la aplicación de ambas medidas: si bien los tribunales exigen cierta entidad al incumplimiento para la aplicación del derecho del consumidor a una disminución del precio del viaje (*Minderung*) (§ 651 d BGB), la propia regulación únicamente exige la concurrencia de un incumplimiento grave para el caso de resolución del contrato (*Kündigung*) (§ 651 e Abs.1 BGB: [w]ird die Reise infolge eines Mangels der in § 651 c bezeichneten Art erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende den Vertrag kündigen [...]) ("[s]i un viaje se ve considerablemente perjudicado por un defecto del tipo indicado en el § 651 c, el consumidor puede resolver el contrato [...]").

⁵¹ Vide GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., págs. 275-276.

⁵² Así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 296. La doctrina española mayoritaria sólo admite la resolución de la relación obligatoria cuando el incumplimiento ocasiona una frustración del fin del contrato (art. 1124 CC). Cfr. Vicente MONTES PENADÉS, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (art. 1124 CC)*, T. XV, Madrid, Edersa, 1989, págs. 1171-1255; Mario CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 292; y Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, págs. 158-168. Contrástese con Fernando PANTALEÓN PRIETO, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, 1992, 1019-1091, págs. 1047-1048.

julio de 1994,⁵³ se refiere a un supuesto de retraso de un vuelo aéreo incluido en un viaje organizado de Barcelona a Marrakech en el que también tienen cabida una habitación triple para cinco noches, una serie de excursiones facultativas y un cotillón de fin de año. En primer lugar, la Audiencia pone de manifiesto el vínculo existente entre las distintas prestaciones del viaje:

“[...] prestación de otros servicios que siendo accesorios del primero (sic) dependían del plazo esencial del cumplimiento del horario de transporte aéreo, pues de ello dependía el cumplimiento del objeto cierto que sea material del contrato [...]”.

Posteriormente la sentencia fundamenta la aplicación de la facultad resolutoria (art. 1124 CC) en los siguientes términos:

“[...] la doctrina legal surgida en torno al art.1124 del Código, viene proclamando que para resolver eficazmente, no basta cualquier incumplimiento, sino que éste constituya la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado o que genere una situación, que de manera definitiva o irreversible lo impida, y esta situación se produjo para la demandada cuando la aeronave no estaba en el puerto de salida a la hora convenida para iniciar el vuelo chárter, ni transcurridas varias horas de espera la aeronave que debía realizar el viaje seguía sin estar en el aeropuerto de salida, ignorándose si llegaría y en este supuesto cuál sería su hora de salida, por lo que aun admitiendo lo afirmado en la propia demanda de que dicho vuelo saliera de Barcelona con un largo retraso de siete horas, es lo cierto que ello modificaba sustancialmente el objeto contractual y frustraba la finalidad perseguida en un corto viaje de recreo de fin de año, de muy limitada duración, y sujeto a unos horarios fijos de imposible cumplimiento, por todo lo cual estimándose que tal demora conducía a una situación irreversible, e irremediable para el cumplimiento del complejo viaje contratado, es de apreciar que la demandante incumplió el contrato frustrando el fin perseguido en el mismo [...]”.

De este modo, la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que la no prestación del servicio de transporte aéreo incluido en el viaje frustra la finalidad del contrato, dada su interrelación con el resto de servicios y la corta duración

⁵³SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.ª, Ponente: Sr.Marcial Subiras Roca, AC 1458.

del viaje convenido, por lo que declara resuelto el contrato por incumplimiento del deber de facilitar los servicios del viaje (art. 1124 CC).⁵⁴

Aceptando que la extinción anticipada del contrato prevista por el apartado segundo constituye un supuesto de resolución por incumplimiento, existirán distintos parámetros en orden a declarar resuelto el contrato: básicamente, el carácter del viaje (p.ej. viaje de idiomas), y la duración y circunstancias del incumplimiento. Es en esos términos que cabe interpretar el presupuesto específico previsto por la regulación del contrato de viaje para que el consumidor pueda extinguirlo anticipadamente, cual es el 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" (apartados primero y segundo del art. 10 LVC). Nótese que los tribunales españoles no cuentan con unos baremos en la delimitación del alcance resolutorio del incumplimiento.

Ello contrasta hasta cierto punto con la situación existente en el ordenamiento alemán. En este caso los tribunales cuentan con unos baremos a la hora de declarar resuelto el contrato de viaje, si bien los mismos no han alcanzado una aplicación uniforme. Así, por ejemplo, el LG Frankfurt/M permite la resolución del contrato cuando el incumplimiento represente, por lo menos, el 20 por 100 del precio del viaje; mientras que el LG Hannover sólo declara la resolución si dicho incumplimiento equivale como mínimo a un 50 por 100 del precio del viaje. Además, al inconveniente que resulta de tal disparidad se añade el hecho de que el § 651 e Abs.1 BGB faculta al consumidor a resolver no solamente cuando el incumplimiento perjudica considerablemente el viaje sino también por circunstancias personales conocidas por el organizador en el momento de la conclusión del contrato (p.ej. hotel con barreras arquitectónicas para un viajero que presenta alguna disminución física).⁵⁵ Esa previsión en ocasiones da lugar a la consideración de las circunstancias del caso en la aplicación

⁵⁴ Cfr. STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104.

⁵⁵ El § 651 e Abs.1 BGB establece lo siguiente: "[w]ird die Reise infolge eines Mangels der in § 651 c bezeichneten Art erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende den Vertrag kündigen. Dasselbe gilt, wenn ihm die Reise infolge eines solchen Mangels aus wichtigem, dem Reiseveranstalter erkennbarem Grund nicht zuzumuten ist".

de la facultad resolutoria, desplazando la efectividad de aquellos baremos.⁵⁶

Por lo demás, la resolución del contrato por incumplimiento presenta algunas particularidades en sede del contrato de viaje.

En primer lugar, la resolución prevista implícitamente por el apartado segundo del artículo 10 LVC únicamente podrá tener lugar cuando el consumidor haya dejado transcurrir un tiempo suficiente para permitir al organizador la adopción de las soluciones adecuadas para la continuación del viaje, de acuerdo con el principio de buena fe contractual (art. 1258 CC). Dicho término no solamente resulta necesario para determinar hasta qué punto las soluciones adoptadas por el organizador no son viables o que no cabe que el consumidor las acepte (art. 10.2 LVC). El carácter no automático de la resolución del contrato favorece la continuación del viaje, lo que puede resultar de particular interés para ambas partes, habida cuenta de las consecuencias que pueden resultar de haber iniciado el viaje. Este término no será exigible únicamente cuando la adopción de las soluciones para continuar el viaje sea manifiestamente imposible, el organizador se sitúe en una posición pasiva frente a las mismas, o la resolución inmediata del contrato tenga un interés especial para el consumidor. En estos casos, la buena fe contractual no requiere que el consumidor espere un determinado tiempo antes de dar por extinguido unilateralmente el contrato.⁵⁷

En segundo lugar, en el supuesto de ejercicio de la facultad resolutoria por vía judicial, los tribunales difícilmente podrán establecer un plazo para el cumplimiento del deber del organizador,⁵⁸ puesto que en el momento de hacer efectiva esta medida el consumidor probablemente volverá a encontrarse en el lugar de origen.⁵⁹ Lo que también caracterizará de un modo especial la resolución del contrato de viaje prevista en el apartado segundo del artículo 10 LVC.

⁵⁶ Véase FÜHRICH, *Reiserecht*, cit., págs. 252-261.

⁵⁷ La regulación alemana prevé para estos supuestos la resolución automática del contrato (§ 651 e Abs.2 BGB).

⁵⁸ Según el apartado tercero del 1124 del Código civil, “[e]l Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que lo autoricen para señalar plazo”.

⁵⁹ Con relación al ejercicio de la facultad resolutoria en general, CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, cit., págs. 41-52.

Concurriendo los requisitos necesarios para que el contrato de viaje se extinga anticipadamente, el apartado segundo del artículo 10 LVC regula cuáles van a ser sus consecuencias: el organizador deberá facilitar al consumidor 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 suplemento alguno de precio— y, en su caso, indemnizarle los daños y perjuicios sufridos.

b) Acumulación con la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios

Teniendo en cuenta las características de la medida prevista por el apartado segundo del artículo 10 LVC, cabe plantearse en qué términos ésta podrá concurrir con la acción de responsabilidad contractual del organizador o el detallista (art. 11 LVC).

La acumulación de la extinción anticipada del contrato de viaje (art. 10.2 LVC) con la medida del resarcimiento de daños y perjuicios (art. 11 LVC) no plantea mayores dificultades. Tal acumulación es reconocida expresamente por la propia regulación del contrato de viaje (art. 10.2 LVC). Y además, si en este caso se considera que el consumidor resuelve el contrato de viaje por incumplimiento, la acumulación de ambas acciones es acorde con el régimen general. Sabido es que este último permite al perjudicado resolver el contrato con, en su caso, el resarcimiento de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento (art. 1124.2 CC). En no pocas ocasiones el consumidor sufrirá daños en ocasión de la no prestación o prestación deficiente de una parte importante de los servicios del viaje,⁶⁰ en cuyo caso no habrá inconveniente en acumular las pretensiones del consumidor de extinción anticipada del contrato de viaje e indemnización, si concurren los presupuestos correspondientes.

Más controvertida será la articulación de la concurrencia de la acción del consumidor de reclamación al organizador que le facilite un medio de transporte para el regreso con la acción de indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento. Aun así, la regulación española obliga al organizador a facilitar un "medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje", lo que hace pensar que tal medida únicamente será aplicable

⁶⁰ Vide GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., pág. 289.

cuando el servicio de transporte de regreso forme parte del contenido del contrato de viaje. Será pues en este caso cuando el consumidor podrá reclamar al organizador que ponga a su disposición un transporte equivalente al contratado para el regreso al lugar de salida o lugar convenido, por la simple no prestación o prestación deficiente de una parte importante de los servicios del viaje. La imputabilidad de esta vicisitud al organizador no será presupuesto de la medida prevista en el apartado segundo del artículo 10 LVC. En cambio, tal medida no procederá cuando la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas tenga lugar con relación a un viaje que no incluya tal transporte de regreso, y entonces el consumidor deberá costearse la vuelta en todo caso.⁶¹ El consumidor no puede reclamar al organizador el cumplimiento de la obligación de facilitar el transporte de regreso si el contrato sólo incluye servicios tales como el alojamiento y otros servicios no accesorios del transporte o del alojamiento (art. 2.1 LVC), ni siquiera cuando haya contratado el transporte de ida.

En este punto, no parece que la acción de reclamación de cumplimiento de la obligación de facilitar el transporte de regreso pueda acumularse a la acción de indemnización de daños y perjuicios del consumidor. En este sentido, cabe señalar que cuando el viaje contratado no incluya el transporte de regreso pueden causarse daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo al consumidor relacionados con el transporte de regreso, como consecuencia de poner fin al incumplimiento del contrato de viaje (p.ej. compra de billetes de avión que después no puede utilizar); daños que deberán indemnizarse al consumidor si concurren los presupuestos previstos en la regulación del contrato de viaje (art. 11 LVC).⁶² Entonces no procederá la acción de reclamación al organizador de la ejecución del transporte de regreso, pero sí la relativa a la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios producidos. Lo mismo podrá suceder cuando esos daños patrimoniales ocurran en el marco de un contrato de viaje que incluya el transporte de regreso, en el caso que el con-

⁶¹ La regulación alemana resulta más explícita, al atribuir al organizador la obligación de adoptar las medidas necesarias con ocasión de la resolución del contrato, en particular cuando el contrato incluya el transporte de regreso del viajero (§ 651 e Abs.4 BGB). Por este motivo, la doctrina alemana se muestra unánime en este punto: Rita BIDINGER/Ralph MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1995, § 651 e, 154-165, pág. 163; y FÜHRICH, *Reiserecht*, cit., pág. 264.

⁶² En el Derecho alemán, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, cit., § 651 e, 1417-1621, Rnd. 22, págs. 1537-1538.

sumidor regrese por su cuenta frente al incumplimiento de la obligación del organizador de facilitar ese transporte o, más ampliamente, cualquier incumplimiento, sin perjuicio del deber del consumidor de mitigar los daños (cfr. art. 1258 CC).⁶³

1.2. Acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC)

A) Diferencias con respecto a la acción de responsabilidad contractual (art. 11 LVC)

La responsabilidad contractual del organizador o el detallista (art. 11 LVC) se dirige a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje. Se trata, pues, de una acción que cabe distinguir de la acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) que, en su caso, el mismo consumidor podrá ejercitar por haber infringido aquellos el deber general de no dañar a otro (*alterum non laedere*).⁶⁴ A continuación se contraponen las principales características de ambos regímenes de responsabilidad del organizador o el detallista.

a) *Pluralidad de responsables*. Como se ha indicado, el organizador y el detallista responden mancomunadamente, "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato" (art. 11.1 LVC). Con esta previsión la regulación del contrato de viaje se aparta de la tendencia de la jurisprudencia a superar la presunción de mancomunidad en sede de responsabilidad contractual (art. 1137 CC). En efecto, aunque según este precepto "la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma", y el mismo artículo 1137 del Código civil añade que "sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria", lo cierto es que la doctrina ha ido admitiendo que para establecer la

⁶³ Véase la SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente: Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143, en que se indemniza a los consumidores por los daños y perjuicios resultantes, entre otras cosas, de haber abonado el billete de avión de regreso.

⁶⁴ En general, se muestra partidario de distinguir entre la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC), Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 263-264.

responsabilidad solidaria de una pluralidad de deudores basta que la voluntad o comportamiento de los contratantes la evidencie.⁶⁵ Aun así, el apartado primero del artículo 11 LVC no sigue esta doctrina, de modo que el organizador y el detallista únicamente podrán devenir responsables solidarios frente al consumidor del viaje cuando las partes así lo prevean expresamente en el contrato.

La responsabilidad del organizador y el detallista establecida en este precepto difiere de la forma de organización de la responsabilidad extracontractual que tendrá lugar cuando en la causación del daño intervengan el organizador y el detallista (cfr. arts. 1902 y ss. CC). En ese caso la jurisprudencia tiende a declarar la responsabilidad solidaria cuando son varios los autores del daño, como medio de protección al perjudicado y como sanción de aquellos, y siempre que "no existan elementos que permitan hacer diferencias en cuanto al grado de participación de cada uno".⁶⁶ Por ello, cabe entender que la responsabilidad extracontractual del organizador y el detallista tendrá, generalmente, carácter solidario.

b) *Responsabilidad por el hecho de auxiliares.* El apartado primero del artículo 11 LVC declara, como se ha visto, la responsabilidad del organizador o el detallista frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, "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".

Como se ha hecho notar, ese precepto imputa el daño causado por los prestadores de los servicios al organizador, responsable indirecto, mediante el uso de un criterio objetivo, prescindiendo de la valoración de la conducta del or-

⁶⁵ Véase Santiago CAVANILLAS MÚGICA/Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1991, págs. 40-47.

⁶⁶ La individualización del comportamiento causante del daño deviene fundamental. Vide, por ejemplo, la STS, de 20 de mayo de 1968, Sala 1.ª, Ponente: Sr. José Beltrán de Heredia y Cataño, RAJ 2827; y la STS, de 15 de octubre de 1976, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Francisco Bonet Ramón, RAJ 4188. Sin embargo, parte la doctrina se muestra crítica ante la evolución de los regímenes de responsabilidad hacia la solidaridad. En este sentido, puede consultarse Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985, págs. 103-146; y Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1984*, CCJC, 6/1984, marginal 154, págs. 1869-1884.

ganizador o detallista responsables y, en particular, de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de los mismos en relación con los causantes materiales del daño.⁶⁷

Ello se aparta de la tradición doctrinal y jurisprudencial proclive a configurar la responsabilidad extracontractual de los empresarios por los hechos de sus dependientes con base en una culpa propia, de la que teóricamente se pueden exonerar probando que emplearon "toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño", de acuerdo con lo dispuesto en los apartados cuarto y sexto del artículo 1903 del Código civil;⁶⁸ y ello aunque dicha jurisprudencia ha experimentado una progresiva objetivación y trata con gran rigor la prueba liberatoria prevista en este precepto.⁶⁹

Además, el régimen de responsabilidad extracontractual presupone la existencia de una relación de dependencia entre el causante del daño y el empresario demandado; de modo que podrá haber responsabilidad del empresario si existe relación laboral con el causante de los daños, pero no si éste es "una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos".⁷⁰ Es por ese motivo que únicamente se prevé el derecho de regreso del empresario contra sus dependientes (art. 1904.1 CC: "[e]l que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho"). Así pues, el sujeto pasivo de este derecho tendrá un alcance más limitado que en el caso del derecho de regreso que el apartado primero del artículo 11 LVC atribuye a los organizadores y detallistas para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales, puesto que ese derecho podrá hacerse efectivo frente a los prestadores de servicios.

⁶⁷ Supra § I.2.2 C).

⁶⁸ Vide la mencionada SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.^a, Ponente: Sr. Bello González, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, págs. 1641-1652, en la que se declara la responsabilidad extracontractual de la agencia de viajes por los daños resultantes de un accidente de autobús (art. 1903 CC) y se declara probada la relación de dependencia y subordinación del conductor respecto de la agencia responsable.

⁶⁹ Véase, por todos, Encarna ROCA i TRÍAS, *La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*, ADC, 1998, 7-39, págs. 19-25, para quien no obstante sólo si se configura la responsabilidad del empresario como vicaria recobra todo su sentido el derecho de regreso del empresario contra sus dependientes previsto por el artículo 1904.1 del Código civil.

⁷⁰ CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., págs. 30-33, pone de relieve este criterio jurisprudencial y señala que no hay razones suficientes para tratar la responsabilidad indirecta de un modo diferente en sede de responsabilidad contractual y extracontractual.

c) *Extensión del resarcimiento*. El alcance del resarcimiento de los daños a indemnizar por parte del organizador o detallista será distinto según tenga su responsabilidad carácter contractual o extracontractual.

Cabe considerar que la expresión del apartado primero del artículo 1107 del Código civil, conforme al que "los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación", rige exclusivamente la indemnización de los daños resultantes del incumplimiento del contrato de viaje. Aunque con frecuencia la jurisprudencia no haya limitado los daños resarcibles con base en este apartado,⁷¹ su justificación no es otra que la de permitir una distribución de los costes y beneficios entre las partes contratantes.⁷² Por ese motivo, el criterio de previsibilidad de los daños no puede ser utilizado en sede de responsabilidad extracontractual del organizador y el detallista. Cosa distinta es el régimen que resulta del apartado segundo del artículo 1107 del Código civil, según el que "en caso de dolo responderá el deudor de todos [los daños] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación". Como se ha dicho, la doctrina perfila esta otra limitación de los daños resarcibles a partir de criterios de causalidad propios de la responsabilidad extracontractual,⁷³ por lo que en este punto no habrá diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad.

Por su lado, se ha indicado que el apartado segundo del artículo 9 LVC prevé una penalización mínima para el caso de resolución por modificación del contrato o cancelación del viaje por parte del organizador. Por ejemplo, tal penalización no podrá ser inferior al 10 por 100 del precio total del viaje si el incumplimiento contractual se produce entre los quince y los tres días anteriores a la fecha prevista de realización del viaje. Penalización que se aplicará sin perjuicio de la obligación del organizador o detallista de indemnizar al consumidor

⁷¹ Vide CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., págs. 33-38.

⁷² Vide PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, cit., pág. 1027.

⁷³ Proponen la utilización de criterios aplicados hasta el momento a la relación de causalidad en sede de responsabilidad extracontractual, Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, T. XV-1, Madrid, Edersa, 1989, 709-752, págs. 726-734; también, Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1107)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 53-62, págs. 58-59.

los daños ulteriores. Esta penalización no tiene cabida en los supuestos en que el resarcimiento de daños no sea resultado del incumplimiento del contrato ni, por tanto, cuando el consumidor interponga una acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) contra el organizador o detallista.

Además, las disposiciones de la regulación del contrato de viaje combinado que limitan la responsabilidad del organizador o detallista (apartado tercero del art. 11 LVC) no serán aplicables a las reclamaciones de responsabilidad extracontractual realizadas contra los mismos.⁷⁴

d) *Criterios de imputación de responsabilidad.* Los apartados primero y segundo del artículo 11 LVC imputan responsabilidad contractual al organizador o el detallista a menos que éstos prueben su ausencia de culpa en el incumplimiento con base a alguna de las causas previstas legalmente, esto es, por ser el incumplimiento imputable al consumidor del viaje, a un tercero, a fuerza mayor o a un acontecimiento imprevisible e insuperable.

Ello coincide sustancialmente con la tendencia de la jurisprudencia española a presumir la culpa en el demandado —que a él corresponde desvirtuar— en sede de responsabilidad extracontractual, al constatar lo difícil que podría resultar la prueba de la culpa del demandado para la víctima de daños producidos por nuevas actividades de riesgo. Así, la responsabilidad extracontractual no se imputa si el demandado prueba que en la acción u omisión productora de los daños no ha intervenido culpa. Además, esa similitud se acentúa porque en la práctica los órganos judiciales tienden a utilizar un mismo concepto de culpa en los regímenes generales de responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1104 CC).⁷⁵

⁷⁴ Cfr. artículo 25 CIB. Para su comentario, Enzo ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, NLCC, núm. 6, 1978, 1757-1799, pág. 1793.

⁷⁵ Constatada la ausencia de una descripción general de la culpa extracontractual, CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., págs. 20-23, se refiere a la jurisprudencia que aplica a la misma la regulación de la culpa contractual (art. 1104 CC). Más recientemente, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 263-264, señala que el contrato puede contener reglas sobre la diligencia a prestar (art. 1104 *in fine* CC).

De todos modos, en rigor ello no significa que el organizador o el detallista puedan hacer uso de los mismos criterios de inimputabilidad previstos en el apartado segundo del artículo 11 LVC para exonerarse de responsabilidad extracontractual. En sede de responsabilidad extracontractual debiera distinguirse entre, por un lado, la actuación del consumidor del viaje o de un tercero, como circunstancias que interrumpen el nexo causal entre el comportamiento del organizador o detallista y el daño y, por el otro, la fuerza mayor y el acontecimiento imprevisible e insuperable, como criterios de no imputación de la responsabilidad extracontractual al organizador o detallista (art. 1105 CC).

Con todo, la concurrencia de alguna de estas circunstancias no hace sino impedir que tengan lugar los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, del organizador o el detallista de viajes combinados.

e) *Cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad.* Como se ha dicho, la responsabilidad contractual del organizador o el detallista admitirá cláusulas de limitación, aunque ello no podrá tener lugar cuando intervenga dolo en el incumplimiento contractual (art. 1102 CC), ni cuando sea contrario a los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Además, a partir de una interpretación conforme al párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, estas cláusulas no podrán afectar a daños corporales, y la limitación que establezcan en la cuantía indemnizatoria con respecto a los demás daños deberá ser, en todo caso, razonable.

Estos límites legales no tan solo restringen notablemente la posibilidad de limitar por vía convencional la responsabilidad contractual del organizador o el detallista sino que, además, hacen disminuir la diferencia de este régimen con respecto a la responsabilidad extracontractual del organizador y detallista (arts. 1902 y ss. CC), en la que en ningún caso es factible la inclusión de cláusulas de limitación y exoneración.

Algo parecido ha señalado la doctrina alemana. Con anterioridad a la transposición de la Directiva 90/314/CEE, el § 651 h Abs.1 BGB admitía la limitación convencional de la responsabilidad contractual del organizador hasta un mínimo del triple del precio del viaje. En la medida que dicha limitación sólo era aplicable a la responsabilidad contractual (§ 651 f BGB), en este ordenamiento adquiere un relieve especial la acción de responsabilidad extracontractual (*deliktischen Ansprüchen*) (§§823, 847 BGB) del organizador de viajes, sobre todo por lo que se refiere al resarcimiento de los daños corporales del

consumidor. Mas ya se ha indicado que el último inciso del apartado segundo del artículo 5 de la norma comunitaria únicamente autoriza a los Estados miembros a limitar en virtud del contrato el resarcimiento de aquellos daños que resulten del incumplimiento que no sean corporales. Por ello el legislador alemán se ha visto obligado a reformar el tenor del § 651 h Abs.1 BGB, permitiendo la limitación contractual del resarcimiento únicamente con respecto a aquellos daños que no sean corporales; lo que va a conllevar una aproximación entre ambas formas de responsabilidad.⁷⁶

A la aproximación entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual del organizador y el detallista también va a contribuir, según se ha indicado, otro dato definitivo: el carácter imperativo de los criterios de imputación de responsabilidad (art. 11.4 LVC). Esta circunstancia excluirá la posibilidad de introducir en el contrato de viaje cláusulas exoneratorias de responsabilidad más perjudiciales para los intereses del consumidor que el régimen legalmente previsto; lo que a la práctica restará efectividad al contrato en tanto que instrumento de distribución de riesgos, uno de los fenómenos que de ordinario más distingue la responsabilidad contractual y extracontractual.⁷⁷

f) *Plazo de prescripción de las acciones.* La doctrina general señala que la diferencia más evidente entre las acciones de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) es, sin duda, la que afecta a su plazo de prescripción: mientras que las primeras prescriben a los quince años, las segundas prescriben al año a partir del momento en que el perjudicado conoce los daños (arts. 1964 y 1968 CC).

Mas estos plazos presentan una notable similitud en el caso de la responsabilidad del organizador o el detallista de viajes combinados. Mientras que la acción de responsabilidad contractual que corresponde al consumidor prescribirá por el transcurso de dos años (art. 13 LVC) a contar a partir del día en que debiera haber finalizado el viaje según el contrato,⁷⁸ la acción del consumidor

⁷⁶ En el Derecho alemán, TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a - k BGB*, cit., § 651 f, 1182-199, Rnd. 19-20, págs.189-190.

⁷⁷ En general, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 263-264.

⁷⁸ Aunque la regulación española no establezca el *dies a quo* del plazo de prescripción, su cómputo a partir del día en que debiera haber finalizado el viaje según el contrato parece razonable incluso para reclamar el resarcimiento de los daños que se manifiestan posteriormente. En el Derecho alemán se contempla el mismo criterio para el cómputo de un plazo de prescripción de seis meses (§ 651 g Abs.2 BGB).

para exigir responsabilidad extracontractual al organizador o detallista prescribirá por el transcurso de un año desde el momento en que el consumidor conozca la existencia del daño (art. 1968 CC). A parte de la similar duración de ambos plazos,⁷⁹ la diferencia en el *dies a quo* señalada todavía aproxima más el régimen de prescripción entre ambas acciones, por lo menos en la reclamación del resarcimiento de los daños corporales que se manifiesten con posterioridad a la finalización de la ejecución de los servicios del viaje. Tales daños sobrevenidos recibirán un tratamiento muy similar en ambos regímenes de responsabilidad.

No parece necesario distinguir entre los distintos tipos de daños en el momento de ejercitar la acción de responsabilidad contractual prevista en el artículo 11 LVC. Alguna autora realiza tal distinción por lo que al cómputo del plazo de prescripción se refiere: según esta opinión el *dies a quo* del plazo es el momento en que debe finalizar el viaje según el contrato, a menos que la indemnización debida lo sea por daños corporales, en cuyo caso deberá aplicarse la jurisprudencia que establece el inicio del cómputo en el momento en que se conocen tales daños de modo definitivo.⁸⁰ La distinción según los daños a indemnizar también ha tenido lugar en alguno Estado miembro, al establecer un plazo de prescripción para las acciones de reclamación de indemnización de daños corporales distinto al correspondiente a las acciones de reclamación de indemnización de otro tipo de daños.⁸¹ Aun así, en el caso español resulta preferible no hacer esta distinción cuando el consumidor ejercite la acción de responsabilidad contractual del organizador o detallista (art. 11 LVC). Además de

⁷⁹ El artículo 13 del Proyecto de Ley de 6 de febrero de 1995 (BOCG Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 101-1, 1-6, pág. 5), preveía un plazo de prescripción de un año; aun pasando ese plazo a ser de dos años a partir de las enmiendas introducidas por el Senado (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 27 de junio de 1995, núm. 101-9), se palía en sede del contrato de viaje una de las diferencias menos legítimas existente entre las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, cual es la enorme diferencia en cuanto a su plazo de prescripción (arts. 1964 y 1968 CC). Vide DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 261.

⁸⁰ Véase GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 299-301.

⁸¹ Por ejemplo, el artículo 15.2 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"* italiano, establece un plazo de prescripción de tres años para los daños corporales; mientras que el artículo 16.4 de la misma norma prevé un plazo de prescripción de un año para otro tipo de daños, en ambos casos a contar a partir del regreso del consumidor al lugar de salida.

la similitud sustancial entre el plazo de prescripción de esta acción y la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 y ss. CC),⁸² el sometimiento de las distintas partidas de los daños resarcibles a regímenes de prescripción distintos más bien puede resultar inconveniente, sobre todo cuando el consumidor reclame indemnización de distintos tipos de daños.

g) *Competencia judicial.* Si la responsabilidad del organizador o el detallista es contractual, el juez competente para conocer el proceso será aquél al que se sometan expresa o tácitamente las partes (arts. 60 y 61 LEC). Si la sumisión expresa se inserta en una cláusula de las condiciones generales del contrato de viaje, las partes no podrán designar "a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor", o del "lugar del cumplimiento de la obligación" (Disposición adicional 1.ª V 27ª LGDCU). A falta de sumisión, la competencia judicial va a corresponder al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato (art. 62.1 LEC). Ello difiere si la calificación procedente es la de daño extracontractual, en cuyo caso la jurisprudencia se decanta por considerar territorialmente competente al Juez del lugar en que ha ocurrido el evento dañoso.

Por su lado, el apartado segundo del artículo 22 LOPJ señala, con carácter general, que en el orden civil serán competentes los juzgados y tribunales españoles cuando las partes se haya sometido expresa o tácitamente a los mismos, así como el demandado tenga su domicilio en España. Pero, en defecto de estos criterios, la determinación de la competencia de estos órganos judiciales diferirá según la responsabilidad del organizador o el detallista sea contractual o extracontractual: en el primer caso, aquellos serán competentes cuando las obligaciones contractuales hayan nacido o deban cumplirse en España; mientras que en el segundo, la competencia de éstos tendrá lugar cuando el hecho de que deriven las obligaciones extracontractuales haya ocurrido en territorio

⁸² Compárense estos plazos de prescripción con los vigentes en el Derecho alemán, en donde la acción de responsabilidad contractual del organizador prescribe a los seis meses desde que el viaje deba finalizar de acuerdo con el contrato (§ 651 g Abs.2 BGB), mientras que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de tres años a contar desde el descubrimiento de la lesión (§ 852 BGB).

español, o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (cfr. art. 22.3 LOPJ).

B) Criterio para resolver la concurrencia: deberes accesorios de protección e información resultantes del contrato de viaje

En la medida que existen algunas diferencias entre los regímenes de responsabilidad contractual (art. 11. LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) del organizador y el detallista, es necesario plantear hasta qué punto el consumidor podrá acudir a cada uno de ellos para hacer efectiva su eventual reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina ha puesto de manifiesto que los criterios utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para distinguir entre los dos tipos de responsabilidad se orientan básicamente a resolver los supuestos no desde un punto de vista dogmático sino a partir de razones de justicia material.⁸³

La ausencia de unos parámetros claros de distinción no debería permitir una restricción del ámbito de responsabilidad contractual del organizador o el detallista (art. 11 LVC) —como, en general, de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC)— con base en la doctrina jurisprudencial que declara la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) incluso entre las partes vinculadas por contrato, cuando el daño no haya surgido en la rigurosa órbita del contrato y como desarrollo del contenido del negocio.⁸⁴ Aun tratándose de un criterio que tiende, entre otros fines, a favorecer al viajero perjudicado por accidentes de transporte,⁸⁵ es de desear que en el futuro dicha doctrina del Tribunal Supremo sea superada, habida cuenta de su falta de racionalidad técnica.⁸⁶ De hecho, algunas sentencias recientes relativas a conflictos surgidos en sede del contrato de viaje se apartan de la misma: éstas declaran el derecho de los consumidores demandantes a la indemnización de las lesiones sufridas como

⁸³ Por todos, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 262-268.

⁸⁴ Véase el análisis de este criterio jurisprudencial realizado por Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 13-49. Más recientemente, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 264-266.

⁸⁵ Véase CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., págs. 127-130.

⁸⁶ Así, Ángel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, T. XV-1, Madrid, Edersa, 1989, 374-444, pág. 416.

consecuencia del accidente de circulación sufrido por el autocar en el que viajan, al colisionar con un tractor, en el transcurso de una excursión programada desde Aswan a los templos de Abu Simbel (Egipto), con aplicación de la regulación de la responsabilidad contractual del organizador (art. 11 LVC).⁸⁷

La falta de criterios en orden a delimitar los ámbitos de aplicación respectivos de la responsabilidad contractual y extracontractual también ha inducido a la jurisprudencia a considerar, en no pocas ocasiones, que un mismo hecho dañoso constituye el incumplimiento de una obligación contractual y, al mismo tiempo, infringe el deber general de no dañar a otro (*alterum non laedere*). Entonces aquélla señala que "hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual" y se aprovecha de la indefinición en cuanto a la articulación procesal de las mismas para terminar aplicando el régimen propio de una de ellas atendiendo a los intereses del perjudicado. En ocasiones, el Tribunal Supremo establece que son los hechos los únicos que delimitan e individualizan la pretensión —tesis sustancialista en materia procesal—, de modo que sobre la base de un respeto absoluto a los mismos el juzgador puede aplicar aquellas normas de alguna de ambas responsabilidades que más se acomoden a los mismos, en virtud del aforismo *iura novit curia* (tesis del concurso de normas). Ello permite al órgano judicial resolver incluso con otros fundamentos distintos a los alegados, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.⁸⁸ Otras veces, la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual "da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente" por parte del perjudicado, considerando que concurren dos pretensiones indemnizatorias jurídicamente independientes (tesis de la opción).⁸⁹ De este modo, el Tribunal Supremo normalmente considera que el perjudicado tiene derecho al resarci-

⁸⁷ En este sentido, véase la SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente: Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255; también puede consultarse la SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente: Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365, que resuelve la reclamación de indemnización presentada por otra participante en el mismo viaje.

⁸⁸ Véase la STS, de 18 de octubre de 1995, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Antonio Gullón Ballesteros; para su comentario, Luis Fernando REGLERO CAMPOS, *Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1995*, CCJC, 40/1996, marginal 1086, 285-296, pág. 292.

⁸⁹ Vide CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., págs. 127-130; también, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 266-267.

miento y, mediante la posibilidad de opción, evita que este sujeto haya de ejercitar en su caso una nueva acción judicial para tener derecho al mismo.⁹⁰

Sin embargo, ni la tesis del concurso de normas ni la tesis de la opción deberían permitir a los órganos judiciales resolver los casos aplicando las reglas de la responsabilidad contractual (art. 11 LVC) o extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) conforme, exclusivamente, a los intereses del consumidor del viaje. Éste modo de proceder por parte de los órganos judiciales no hace sino poner de relieve la ambigüedad existente en cuanto a la articulación procesal de ambas formas de responsabilidad.⁹¹

Para delimitar los ámbitos respectivos de responsabilidad contractual (art. 11 LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) resulta indispensable delimitar el contenido de la posición pasiva asumida por el organizador y, en su caso, el detallista en la relación contractual. Identificadas las distintas obligaciones asumidas a partir del contrato de viaje por parte del organizador o detallista, así como los deberes de protección y accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos de los negocios (art. 1258 CC), cabe tener en cuenta si el daño sufrido por el consumidor es consecuencia de su incumplimiento, en cuyo caso los tribunales deberían considerar la responsabilidad de carácter contractual.⁹²

Algunas obligaciones asumidas por el organizador o detallista podrán deducirse con claridad de la propia regulación del contrato de viaje. Así, por ejemplo, en los supuestos de exoneración de responsabilidad por concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras b), c) y d) del apartado segundo del artículo 11 LVC, el organizador y el detallista que sean parte en el contrato estarán obligados, no obstante, a prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades (último inciso del art. 11.2 LVC). Y los daños que

⁹⁰ Se refiere a la aplicación de la tesis de la opción al contrato de transporte, Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 26 de enero de 1984*, CCJC, 4/1984, marginal 106, 1257-1267, pág. 1267; y el mismo autor, *Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 1984*, CCJC, 5/1984, marginal 137, 1645-1659, pág. 1653.

⁹¹ CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., pág. 421, prefiere considerar que ello lo permite la doctrina de la fórmula de la "órbita contractual rigurosa" antes mencionada.

⁹² En general, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 268.

sean consecuencia del incumplimiento de esta obligación darán lugar, en su caso, a la responsabilidad contractual de aquellos (art. 11 LVC).

Mas en otros supuestos no resultará tan fácil determinar si los daños sufridos por el consumidor son imputables al incumplimiento de obligaciones o deberes de protección o accesorios correspondientes al organizador o detallista con arreglo al contrato de viaje. Con todo, es conveniente realizar una labor de identificación de tales obligaciones y deberes, puesto que ello constituye un presupuesto ineludible para delimitar su responsabilidad contractual (art. 11 LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC).

El organizador tiene el deber de proteger el interés del consumidor no solamente en la realización del viaje, sino también en que de la ejecución del contrato no se deriven daños para su persona o patrimonio, a partir de la buena fe contractual (art. 1258 CC); cosa que significa que si el organizador causa daños a dicho interés, en su caso, deberá ser declarado responsable frente al consumidor, aunque la conducta de aquél no dañe el llamado interés de prestación. Tal responsabilidad tendrá carácter contractual (art. 11 LVC), por resultar del incumplimiento de un deber que integra el contenido del contrato de viaje.⁹³ Por ello cabe preguntarse cuáles son los deberes de protección del consumidor que el organizador estará obligado a respetar en el transcurso de la ejecución de las prestaciones del viaje.

En un principio, cabe entender que cuando el organizador asume el compromiso de prestar el servicio de transporte, también se obliga a preservar la incolumidad del consumidor, de acuerdo con la buena fe contractual (art. 1258 CC). Tradicionalmente, el transportista no se obligaba contractualmente a garantizar la integridad física de la persona transportada, por lo que su responsabilidad por daños personales al viajero únicamente podía derivar de culpa extracontractual (arts. 1902 y ss. CC).⁹⁴ En un momento posterior, la juris-

⁹³ Los deberes de protección son configurados por la doctrina alemana (*Schutzpflichten*). La doctrina española ha acogido esta institución. Así, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALA-DEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., págs. 387-388, distingue entre el interés propio de la prestación y el interés de indemnidad. Véase también Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 141-145; y Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, págs. 52-56.

⁹⁴ En general, Francisco-Miguel SÁNCHEZ GAMBORINO, *Responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas*, RDM, núm.70, 1958, págs.339 y ss; véase la STS, de 29 de marzo de 1933, Sala 1.^a, RAJ 1587; STS, de 4 de julio de 1953, Sala 1.^a, RAJ 2017; y STS, de 17 de febrero de 1956, Sala 1.^a, RAJ 1103.

prudencia considera que el contrato de transporte también obliga al transportista a trasladar incólume al viajero.⁹⁵ Es entonces cuando el incumplimiento del deber de seguridad conlleva que la jurisprudencia pase a calificar indistintamente la responsabilidad del transportista de contractual o extracontractual, atendiendo a los intereses del viajero (tesis de la opción y del concurso de normas).⁹⁶ Siendo necesaria la superación de esta construcción, cabe reconocer no solamente el deber de protección en el transporte sino también la consiguiente responsabilidad contractual del transportista por los daños causados a la persona del viajero. Todo lo cual nos lleva a identificar el deber de protección de la integridad física del consumidor en el transporte como un deber accesorio del organizador integrante del contenido del contrato de viaje. Deber accesorio cuyo incumplimiento dará lugar, en su caso, a la responsabilidad contractual del organizador del viaje (art. 11 LVC).

Por ello, no parecen de recibo algunas sentencias que declaran la responsabilidad extracontractual de las agencias de viajes (arts. 1902 y ss. CC) en un supuesto en el que los consumidores reclaman indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente del autobús con el que se realiza el transporte que forma parte de un viaje a Turquía.⁹⁷ Tales sentencias prefieren acudir a la doctrina jurisprudencial expuesta más arriba, sin tener en cuenta que con el transporte el organizador asume un deber accesorio de protección de la integridad física del consumidor (art. 1258 CC). En supuestos como éstos más bien cabe entender que el accidente debería permitir a los órganos judiciales declarar, en su caso, la responsabilidad contractual del organizador (art. 11 LVC).

De este modo, con frecuencia los daños corporales sufridos por el consumidor del viaje podrán resarcirse por medio de la responsabilidad contractual del

⁹⁵ Vide STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282.

⁹⁶ Véase PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 26 de enero de 1984*, cit., págs. 1257-1267.

⁹⁷ Véase la SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.^a, Ponente: Sr. Belo González, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, págs. 1641-1652; también la SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.^a, Ponente: Sr. Félix López Cruz, AC 1649, la cual condena a la agencia de viajes mayorista a indemnizar a cada uno de los consumidores por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente de circulación del autobús en el marco del viaje contratado.

organizador o detallista (art. 11 LVC). El incumplimiento de los deberes de protección de la integridad física del consumidor supondrá una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual del organizador.⁹⁸

Con todo, en la valoración de los distintos supuestos cabe distinguir entre los deberes de protección del organizador y las conductas que le sean exigidas por el modelo de diligencia, esto es, los criterios de imputación del incumplimiento (apartados primero y segundo del art. 11 LVC).⁹⁹ En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1995,¹⁰⁰ la demandante reclama a la agencia de viajes indemnización por las lesiones físicas producidas al resbalar en la nieve cuando, por orden del conductor, iba en solicitud de ayuda para calzar las cadenas a las ruedas del autobús en que viajaban. En esta ocasión la sentencia declara la responsabilidad contractual de la agencia de viajes en los siguientes términos:

"[r]elativos como son dichos preceptos [arts. 1101, 1103, 1104 y 1258 CC] a la obligación de cumplir los contratos conforme a lo convenido y aceptar las consecuencias que de los mismos se deriven conforme a la buena fe, al uso y la Ley, según su naturaleza, resultando de ello la sujeción a la indemnización de daños y perjuicios cuando en el cumplimiento de sus obligaciones —contractuales en este caso—, incurrieren en negligencia y como quiera que la resultancia según declaración de los hechos acaecidos implican una falta de previsión en punto a las garantías del viaje y estancia concertados para una seguridad de la integridad física de los clientes de la Agencia, máxime teniendo pleno conocimiento la Agencia, sus empleados, los guías y los subcontratados —empresas de transporte—, de las peligrosidades que encierra el tránsito por esa zona de destino por sus características que además, constituyen el señuelo e incentivo de la excursión concertada ha de extremarse la diligencia conforme exige la naturaleza de la obligación contraída y corresponde a esas circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 del Código Civil) [...]".

⁹⁸ En general, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 141-145; también, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., pág. 410.

⁹⁹ Hace la distinción entre las obligaciones accesorias y las conductas exigidas por el modelo de diligencia, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., págs. 422-424.

¹⁰⁰ STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.^a, Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 4130.

En este caso, el Tribunal Supremo tiene en cuenta el incumplimiento de la conducta exigida a la agencia de viajes —que utiliza el transportista en el cumplimiento contractual— conforme al modelo de diligencia (art. 1104 CC) para declarar su responsabilidad contractual.

Además, el reconocimiento de deberes de protección del organizador no deben significar una extensión indiscriminada de la responsabilidad contractual del organizador (art. 11 LVC). Ni que decir tiene que no todos los supuestos en los que el consumidor vea lesionado su derecho a la integridad física en la ejecución de los servicios del viaje causarán dicha responsabilidad contractual.

En este sentido, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996,¹⁰¹ resuelve una demanda de reclamación de la cantidad de 150.000.000 de pesetas interpuesta contra, entre otras, las agencias de viajes mayorista y minorista, en concepto de indemnización por la muerte del hijo del demandante, como consecuencia de un tiroteo terrorista perpetrado cuando se dirigían en autocar a Abydos procedentes de Déndara (Egipto). El demandante también reclama la cantidad que se determine en fase de ejecución de la sentencia en concepto de indemnización de daños y perjuicios por las secuelas padecidas por el demandante y su esposa, y el importe de los gastos que se han visto obligados a soportar a consecuencia de los impactos de bala recibidos y de la muerte de su hijo. La acción de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios ejercitada se fundamenta en la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) de las agencias de viajes. La agencia de viajes minorista interpone excepción de falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, por considerar de aplicación la ley del lugar donde ocurrió el hecho del que deriva la reclamación, la ley egipcia, en lugar de la ley española (art. 10.9.1 CC). El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión indemnizatoria fundamentado la acción del demandante en la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC), con los siguientes razonamientos:

"[...] es claro que la obligación de responder del daño o perjuicio sufrido [...] nace en el marco de una relación jurídica preexistente entre las partes implicadas

¹⁰¹ Vide la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, Magistrada juez: Sra. María José Juliá Igual (inérita).

claramente contractual, por lo que nuestra doctrina, haciéndose eco de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en el derecho comparado propone someter tal responsabilidad no al estatuto delictual (art. 10.9) sino a la ley que rige la relación especial en que se encuentran las partes implicadas. Así, si nuestra jurisprudencia viene admitiendo una doble calificación contractual-extracontractual para la responsabilidad por lesión o muerte en casos de contratos de transporte y otros muchos supuestos cabe perfectamente en el supuesto sometido hoy a debate acudir a la ley rectora del contrato, que atendida la nacionalidad común de todas las partes, su domicilio y el lugar de celebración del contrato será la española.

Para alcanzar tal conclusión no es óbice que el actor en su demanda, en concreto, en la fundamentación jurídica, invoque o se apoye en los artículos 1902 y ss., máxime cuando quien plantea la excepción es precisamente el demandado en quien confluyen o concurren obligaciones contractuales, pues, en la actualidad, la jurisprudencia de nuestro T.S., superando anteriores formalismos, ha establecido que son los hechos los únicos que delimitan e individualizan la pretensión que se actúa, de tal modo que sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, puede el juzgador resolver por otras razones, con otros fundamentos distintos de los alegados, ya que los hechos son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, en virtud del aforismo "iura novit curia". En este sentido las Ss de la Sala 1.^a del T.S. de fecha 3 de Febrero y 26 de Diciembre de 1989, 16 de Abril, 8 de Mayo y 18 de Junio de 1.990, 30 de Julio de 1991, y 6 de Octubre de 1992[...].

En la sentencia rige, pues, la concepción de que en tales casos no existen dos pretensiones indemnizatorias jurídicamente autónomas e independientes, sino una única con base en un solo evento dañoso, de suerte que en realidad se da un concurso de normas de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC), con lo que su calificación jurídica por parte del consumidor del viaje carece de relevancia (tesis del concurso de normas). De modo que el Juzgado de Primera Instancia condena a las agencias de viajes mayorista y minorista, junto con las asociaciones de agencias de viajes también demandadas, a indemnizar solidariamente al consumidor la suma de 25.000.000 pesetas, además de 8.000 pesetas por cada uno de los días durante los que el demandante ha permanecido incapacitado. El Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia se aprovecha, una vez más, de la ambigüedad procesal para resolver atendiendo a razones de justicia material.

Sin embargo, de la buena fe contractual o de los usos de los negocios no cabe inferir un deber accesorio del organizador de protección del interés de indemnidad del consumidor frente a atentados realizados por grupos terroristas en el

lugar de paso o destino del viaje (art. 1258 CC). Por lo que en el presente caso no parece procedente la declaración de responsabilidad contractual de las agencias de viajes mayorista y minorista (arts. 1101 y ss.) por su incumplimiento.¹⁰²

Cierto es que en Estados Unidos inicialmente los actos terroristas son considerados como un "accidente" que da lugar a la obligación del transportista aéreo a indemnizar los daños resultantes al viajero conforme a la regulación internacional de la responsabilidad del transportista aéreo (art. 17 CVA: "[e]l transportador es responsable del daño ocasionado por la muerte, heridas o cualquier lesión corporal sufridas por un viajero cuando el *accidente* que ha originado el daño haya tenido lugar a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque") (la cursiva es nuestra). Aunque tal precepto no define la noción de "accidente", la *Supreme Court* exigirá al viajero que pruebe que los daños han sido causados por un acontecimiento anormal e inesperado y externo al mismo.¹⁰³ Si bien en un momento posterior el artículo 17 CVA es puesto en relación con el artículo 20 CVA, conforme al que el transportista puede exonerarse de responsabilidad si prueba que él o sus dependientes "tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas". De tal modo que si el transportista adopta las precauciones de seguridad adecuadas se exonerará de responsabilidad en los supuestos de actos terroristas.¹⁰⁴

Sin embargo, la experiencia norteamericana no parece que deba inducirnos a valorar también los actos de terrorismo ocurridos en el transcurso de un viaje

¹⁰² La SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.ª, Presidente: Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598, sigue declarando la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en el recurso de apelación interpuesto por las mismas.

¹⁰³ H.L. SILETS, *Something Special in the Air an on the Ground: the Potential for Unlimited Liability of International Air Carriers for Terrorist Attacks under the Warsaw Convention and its Revisions*, J.Air L. & Com. 53 (1987), 321-374, págs. 363-365.

¹⁰⁴ Con todo, también se han hecho notar las dificultades de las compañías aéreas para prevenir la perpetración de estos eventos. En particular, se ha afirmado que éstas no están autorizadas para hacer chequeos a las personas de los viajeros, sus equipajes y bultos de mano. Aunque tal medida se ha mostrado bastante efectiva en la última década, su realización va a depender de la colaboración de las autoridades aeroportuarias competentes. Véase M. WADHWANI, *Terrorism in Aviation: Whose civil Liability*, J.Ind. L.Inst. 35 (1993), 176-184, págs. 180-183; y Thomas KUZNICKI, *Terrorismus und luftspezifische Gefahr in bezug auf eine Haftung des Luftfrachtführers gemäss Artikel 17 des Warschauer Abkommens*, ZLW, 41 (1992), págs. 360-376.

combinado de acuerdo con la conducta exigida al organizador por el modelo de diligencia. Más bien cabe pensar que este sujeto no tiene el deber contractual de preservar la integridad física del consumidor frente a actos de este estilo porque ello no se deduce ni de la buena fe contractual ni de los usos de los negocios (art. 1258 CC); a menos, claro está, que el propio organizador asuma este deber expresamente en el contrato de viaje. Únicamente en este último supuesto deberá cuestionarse si el organizador es responsable contractual o, por el contrario, se exonera de responsabilidad conforme a la diligencia exigible (cfr. letras b y c del apartado segundo del artículo 11 LVC).

Este planteamiento es acorde con el tratamiento que reciben en el Derecho alemán los actos de terrorismo ocurridos durante la ejecución de un contrato de viaje. En este ordenamiento no se cuestiona si la lesión al interés de indemnidad del consumidor motivada por tales actos causa la responsabilidad contractual del organizador. Únicamente se discute sobre si los atentados terroristas constituyen un acontecimiento de fuerza mayor imprevisible que dificultan considerablemente, ponen en peligro o perjudican el viaje hasta tal punto que facultan tanto al organizador como al consumidor a resolver el contrato. En cuyo caso, el organizador pierde el derecho a recibir el precio del viaje, pero puede exigir una compensación al consumidor por las prestaciones realizadas o que todavía deban realizarse hasta la finalización del viaje; y, además, el organizador tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para el regreso del consumidor (cfr. § 651 j BGB). Los tribunales aplican en muy pocas ocasiones este párrafo cuando se perpetrán actos de terrorismo en el transcurso del viaje, sea porque incluyen muchos de estos supuestos dentro del llamado "riesgo general de la vida" (*allgemeine Lebensrisiko*)¹⁰⁵ o, simplemente, por considerar que dichos actos constituyen un resultado previsible.¹⁰⁶ Por el contrario, la doctrina mayoritaria se muestra partidaria de restringir el carácter previsible de los actos terroristas para dar una mayor aplicación a los

¹⁰⁵ Vide LG Frankfurt am Main, Urt. 16.1.1995, RRa 5/1995, págs. 88-89; AG Leverkusen, Urt. 13.8.1996, RRa 12/1996, págs. 253-254.

¹⁰⁶ Véase la sentencia AG Essen, Urt. 1.6.1995, RRa 10/1995, págs. 181-182. Con relación a la explosión de una bomba colocada en el centro turístico de Turquía, esta sentencia afirma que la prensa viene informando desde hace años de la animadversión existente entre el gobierno turco y el pueblo del Kurdistán. También hace referencia al atentado realizado en el año 1993 en Antalya, centro turístico turco en el que las guerrillas del PKK vienen desarrollando su actividad terrorista. Todo ello se pone de relieve con el fin de afirmar la previsibilidad del atentado.

supuestos de resolución del contrato.¹⁰⁷ En cualquier caso, el debate en el Derecho alemán se plantea en unos términos que nada tienen que ver con una eventual responsabilidad contractual del organizador por la lesión al interés de indemnidad del consumidor ocasionado por los atentados terroristas.¹⁰⁸

Los mismos razonamientos pueden utilizarse con respecto a los deberes de protección del consumidor que asumirá el organizador que se comprometa a prestar el servicio de alojamiento. En este caso al consumidor no solamente le interesará la prestación contratada sino también que mientras se halla en el alojamiento no sufra daños corporales ni patrimoniales (p.ej. robo del equipaje). Ni que decir tiene que en este caso el organizador —o el prestador que el organizador utilice para el cumplimiento del contrato de viaje— abre un espacio físico que él mismo debe controlar conforme a la diligencia exigible (art. 1104 CC). Por lo que el mismo asume un deber de protección de la persona y patrimonio del consumidor, de acuerdo con la buena fe contractual (art. 1258 CC).¹⁰⁹ De modo que si el consumidor sufre daños en estos bienes mientras se halla en el alojamiento, en su caso, el organizador será responsable contractual (art. 11 LVC).

Además de los deberes de protección, la delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual del organizador y detallista también exige identificar cuáles son los deberes accesorios que los mismos asumen con el contrato de viaje. Existen una serie de deberes accesorios, íntimamente ligados a la prestación principal del organizador, que sirven de apoyo a la misma y la hacen

¹⁰⁷ Otto TEMPEL, *Zur Kündigung von Reiseverträgen wegen terroristischer Anschläge*, NJW 25 (1998), págs. 1827-1831, entiende que la previsibilidad sólo debería tener lugar con respecto a una situación concreta de peligro, mas no a una inestabilidad política general en el lugar de vacaciones. En términos parecidos, FÜHRICH, *Reiserecht*, cit., § 651 j BGB, Rnd. 442, pág. 441, afirma que la imprevisibilidad del suceso de fuerza mayor a que se refiere el § 651 j BGB tiene lugar si no existe una certidumbre concreta del acontecimiento; también Franz BETHÄUSER, *Reiserecht und Umweltprobleme-Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung*, DAR 1991, págs. 441-444.

¹⁰⁸ Esta cuestión se plantea en los mismos términos en el Derecho austriaco. Véase Michael WUKOSCHITZ, *Bombenterror auf Tourismusziele ("Allgemeines Lebensrisiko" des Reisenden oder Wegfall der Geschäftsgrundlage?)*, RdW 9 (1996), págs. 399-402.

¹⁰⁹ Vide CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., pág. 419.

idónea para el logro del fin a que se dirige o, por lo menos, maximizan su utilidad.¹¹⁰

Algunos deberes accesorios del organizador o detallista podrán deducirse con claridad de la propia regulación del contrato de viaje. Así, por ejemplo, la letra e) del apartado primero del artículo 3 LVC establece el deber del detallista o, en su caso, el organizador de incluir en el programa y oferta del viaje "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". En este caso, la Ley determina que el detallista o, en su caso, el organizador tengan que informar al consumidor de unas circunstancias cuyo conocimiento es fundamental para que el organizador pueda cumplir de acuerdo con los términos fijados en el programa de prestación. Los daños que sean consecuencia del incumplimiento de este deber accesorio darán lugar, en su caso, a la responsabilidad contractual del organizador o detallista (art. 11 LVC).

Mas también en ese caso el reconocimiento de deberes accesorios del organizador o el detallista no podrá dar lugar a una extensión indiscriminada de su responsabilidad contractual.

Volviendo a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996,¹¹¹ relativa a la reclamación de indemnización de daños como consecuencia de un atentado terrorista perpetrado en el transcurso del viaje, ya se ha indicado que el Juzgado declara la responsabilidad contractual de las agencias de viajes por incumplimiento de la obligación de "informar de las condiciones y circunstancias del viaje y país ofertado". Aunque cabe entender que la sentencia no hace mención a un deber accesorio de las agencias de viajes de informar al consumidor acerca de la probabilidad de sufrir un atentado terrorista en el lugar de paso o destino del viaje, cuyo incumplimiento dé lugar a la responsabilidad contractual de las agencias de viajes. La regulación del contrato de viaje combinado no exige la inclusión de tal

¹¹⁰ De nuevo, la categoría de los deberes accesorios procede de la doctrina alemana (*Nebenpflichten*). CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, cit., pág. 53, la distingue del deber de protección por tener éste un contenido autónomo respecto al deber de prestación.

información en el programa y oferta de viaje (art. 3 LVC), ni en el contenido del contrato (art. 4 LVC); ni la misma figura entre la información sobre el viaje combinado que los detallistas o, en su caso, los organizadores, deberán facilitar a los consumidores con el tiempo necesario antes del inicio del viaje (art. 6 LVC).

Tampoco puede sostenerse que tal deber de información sobre eventuales atentados terroristas sea deducible de la buena fe contractual o de los usos de los negocios (art. 1258 CC). La conducta del organizador o detallista consistente en facilitar dicha información constituye una práctica generalizada y uniforme en el sector profesional, pero éstos no la consideran como debida —no existe *opinio iuris*. Más bien cabe entender que se trata de un uso jurídico o del tráfico carente de valor normativo, habida cuenta de que la Ley no lo invoca expresamente para ordenar una determinada conducta al organizador o el detallista (cfr. art. 1.3 CC).¹¹² Así resulta de los cauces utilizados hasta el momento para facilitar dicha información a los consumidores del viaje. Tradicionalmente, las federaciones y asociaciones de agencias de viajes han intervenido en la tramitación de la información sobre estas eventualidades.¹¹³ Más recientemente, la Dirección General de Turismo y la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores consideran que el mejor procedimiento para hacerlas públicas es dar a conocer las llamadas "Recomendaciones de viaje para turistas españoles" por medio de la página web de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares.¹¹⁴ Todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que no existe ninguna norma que obligue al organizador

¹¹¹ Vide la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, Magistrada juez: Sra. María José Juliá Igual (inérita).

¹¹² Sobre los usos jurídicos, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. I (*Parte General*), vol. 1º. (*Introducción*), Barcelona, Dykinson, 1998, págs. 160-162.

¹¹³ Intervención que, en alguna ocasión, ha llevado a declarar la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) de estas entidades por su actuar negligente en la remisión de la información oficial acerca del peligro de actividades terroristas en el lugar de destino del viaje (vide la antes mencionada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996). Esta sentencia contrasta con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, que absuelve a las asociaciones de agencias de viajes codemandadas al resolver la reclamación de indemnización presentada por otro participante en el mismo viaje.

¹¹⁴ Vide <http://www.mae.es/mae/textos/consulares/rescvia.htm> (fecha de consulta: 15.11.1999). Se entiende que éste método de difusión de la información no solamente evitará la declaración de responsabilidad extracontractual de las federaciones y asociaciones de agencias de viajes, sino que también permitirá su inmediata actualización y será accesible directamente a los consumidores del viaje.

o el detallista a hacer difusión de esta información —ni siquiera, por remisión al mencionado uso—. Por ello, el consumidor no podrá exigir tal información al organizador o el detallista. Además, la conducta de las agencias de viajes de informar a los consumidores acerca de la eventualidad de sufrir un atentado terrorista en ningún caso servirá de apoyo a la ejecución de las prestaciones del viaje, ni aumentará su utilidad. A lo sumo, dicha información incidirá en la decisión del consumidor acerca de contratar o participar en el viaje, pero la misma no mantendrá ninguna relación con la ejecución de las obligaciones asumidas por el organizador. Por lo cual no parece que la conducta del organizador o el detallista relativa a la información sobre eventuales atentados terroristas tenga carácter accesorio (cfr. letra e) del apartado primero del art. 3 LVC).¹¹⁵

En realidad, la información sobre eventuales atentados terroristas durante el viaje constituirá una conducta exigida al organizador o detallista por el modelo de diligencia (art. 1104 CC).¹¹⁶ Si éstos omiten dicha información o facilitan una información inexacta, el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de viaje imputable a los terroristas podrá revestir un carácter previsible o superable conforme a la diligencia debida que impida la exoneración de responsabilidad contractual del organizador (cfr. letras b) y c) del apartado segundo del art. 11 LVC). En este caso, el organizador responderá contractualmente por los daños que sean consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar los servicios del viaje; daños que no incluirán en ningún caso los resultantes de la lesión al interés de indemnidad del consumidor puesto que, como se ha dicho, el organizador no asume ningún deber accesorio de protección del mismo frente a actividades terroristas (cfr. art. 1258 CC). Y la responsabilidad contractual no tendrá lugar por incumplimiento de un supuesto deber accesorio de información acerca de la probabilidad de que acontezca esta vicisitud en el lugar de paso o destino del viaje.

Ya se ha señalado que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, resulta controvertida cuando condena a las agencias de viajes demandadas a indemnizar al demandante por los daños

¹¹⁵ Sobre las obligaciones accesorias, Carlos VATTIER FUENZALIDA, *Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, RDP, 1980, págs. 28-49.

¹¹⁶ Sobre la distinción general, CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, cit., págs. 422-424.

resultantes de la muerte de su hijo y las lesiones corporales sufridas en ocasión de un atentado terrorista. Mas dejando de lado esta cuestión, la misma sentencia tiene en cuenta la falta de información sobre eventuales atentados terroristas a la hora de valorar el nivel de diligencia mantenido por las agencias en la conducta prestacional:

"[d]esde ahora ya debe rechazarse la afirmación que las demandadas AEDAVE, VIAMED, ACAAV, y EUROPA TRAVEL S.A. realizan en sus respectivos escritos de contestación encuadrando los hechos en el ámbito del caso fortuito contemplado en el artículo 1.105 del Cc., pues, dada la profesionalidad de todos y cada uno de los demandados dedicados a la actividad turística, ya sea bajo la forma de Organizaciones Empresariales del mundo del turismo, ya sea bajo la forma de propias Agencias de Viajes, resulta exigible que conozcan las circunstancias propias y específicas de cada país; precisamente, por ello, la Secretaría General de Turismo les comunicó expresamente la situación imperante en Egipto, la existencia de comunidades amenazantes de un grupo terrorista activo en aquel país desde hacía años y la peligrosidad de ciertos itinerarios para los que se aconsejaba evitar los desplazamientos vía terrestre, y, en su lugar el empleo de la vía aérea, resultando patente que en tal marco no puede calificarse como caso fortuito el desgraciado atentado que terminó con la vida de Pablo Usan Sanambrosio".

"[...] Europa Travel S.A. [agencia minorista], mercantil dedicada profesionalmente a la oferta y venta de paquetes y viajes turísticos, no actuó con la diligencia que contractualmente le era exigible, al no advertir a ninguno de los clientes que adquirieron el viaje a Egipto de la cuanto menos delicada y peligrosa situación por la que atravesaba el país en aquellas fechas [...] máxime cuando en los paquetes que ofertaba incluía itinerarios y excursiones por zonas "de alto riesgo" en las que con anterioridad ya SE HABÍAN PERPRETADO ATENTADOS TERRORISTAS, EMPLEANDO ADEMÁS PARA LOS DESPLAZAMIENTOS POR AQUELLAS MEDIOS ESPECIALMENTE INIDONEOS COMO LO ERA EL AUTOBÚS".¹¹⁷

¹¹⁷ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado juez: Sr. Mario Buisan Bernad (inédita), resuelve la reclamación de indemnización presentada por otro participante en el mismo viaje con unos razonamientos muy similares: "[a]nte esta situación de hecho cabe aplicar en cuanto a los codemandados VIAJES IGUAZU, S.L., y VIAMED S.A. [agencias de viajes demandadas], los arts. 3, punto 1 y 2, 13.1.f) y 25 a 29 de la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, disposición que establece un principio general de responsabilidad objetiva, salvo culpa exclusiva de la víctima, como norma de actuación, en general, la entidad contratante debe indicar al viajero el riesgo previsible pese a que dicha Agencia de Viajes no tuviera un conocimiento completo de la situación para desaconsejar los viajes; de esta negligencia, exigible a través de las disposiciones citadas y del art. 1.101 del C.C., como culpa contractual, son responsables dichos codemandados VIAJES IGUAZU, S.L., y VIAMED S.A., éste como mayorista al identificarse con la actividad comercial realizada por la Agencia de Viajes." En esta ocasión, el Juzgado

Como puede advertirse, la sentencia incluso se refiere a distintos criterios en orden a valorar la conducta de las agencias demandadas conforme a los parámetros de la diligencia (art. 1104 CC) frente a los actos terroristas. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia añade lo siguiente:

"[c]arece de la trascendencia pretendida que llegaran o no a su conocimiento [de la agencia minorista] las advertencias y recomendaciones contenidas en la tan citada carta de 15 de Febrero de 1.994 [información oficial sobre la probabilidad de atentados terroristas], pues la explotación de la actividad que desarrolla le obligaba a conocer la situación que existía en uno de los países recomendados en sus ofertas, y, en concreto, frente a la familia Usan, a informarles exactamente de la peligrosidad de una de las excursiones contratadas, en especial durante el recorrido por una zona comprendida entre Luxor y Assuan, donde tuvo lugar el ametrallamiento del autobús de turistas por el grupo terrorista "Yama Islamiya", extremo que de haberlo conocido indudablemente hubiera inducido a la no contratación de la citada excursión".¹¹⁸

Para la valoración de la conducta del organizador y el detallista en la facilitación de información acerca de la probabilidad de atentados terroristas deberán tenerse en cuenta las fuentes de información de que aquellos disponen. Para ponderar hasta qué punto el consumidor va a exponerse a actos terroristas si realiza o continúa el viaje el organizador y, en su caso, el detallista deberán tener en cuenta la frecuencia con la que se hayan producido actos terroristas en los últimos días en el mismo destino; éstos también deberán atender a la información facilitada por los medios de comunicación del país del organizador o detallista;¹¹⁹ por último, la diligencia debida incluso exigirá que el organiza-

de Primera Instancia número 10 de Madrid, también declara la responsabilidad contractual de las agencias demandadas.

¹¹⁸ Con estos razonamientos, el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia no sólo declara responsable a la agencia minorista sino también a la mayorista, "pues la declarada falta de diligencia de Europa Travel S.A. es extrapolable a VIAMED por las mismas razones expuestas".

¹¹⁹ La propia sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, declara: "[a] mayor abundamiento, y aunque la agencia demandada se empeña en negar la existencia de peligrosidad alguna del itinerario concertado, lo cierto es que la misma resultaba notoria en aquellas fechas a tenor de las noticias difundidas por todos los medios de comunicación [...] y ante tal situación Europa Travel S.A. [agencia minorista demandada], antes de ofertar y vender recorridos turísticos con grave riesgo para la integridad de quienes los adquirieran debió adoptar las medidas de precaución adecuadas, desde la elección de un medio de transporte que garantizara la seguridad hasta la supresión del arriesgado recorrido de los catálogos y ofertas". De este modo, la sentencia considera la información facilitada por los medios de comunicación como un indicio de la falta de diligencia de las agencias mayo-

dor y el detallista atiendan, en su caso, a la información facilitada por organismos oficiales (vgr. Secretaría General de Turismo, Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores) que advierta del peligro que se cometan actos terroristas en el lugar de destino del viaje; o, por lo menos, será necesario que el organizador o detallista den a conocer a los consumidores las llamadas "Recomendaciones de viaje para turistas españoles" contenidas en la página web de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares. Más allá de ello no parece que pueda considerarse —como hace la sentencia— que la actuación del organizador no haya sido suficientemente diligente en la ejecución de los servicios del viaje.¹²⁰

Salvando las distancias, el Derecho alemán otorga un tratamiento similar a la comisión de actos terroristas durante la ejecución —prevista o efectiva— de los servicios del viaje. Como se ha indicado, en este ordenamiento se plantea si los atentados terroristas reúnen los requisitos necesarios para facultar a organizador y consumidor a resolver el contrato de viaje (§ 651 j BGB).¹²¹ La doctrina hace notar que en estos casos podrá resultar mucho más lucrativo para el organizador iniciar el viaje y ejercitar dicha resolución, en cuyo caso éste perderá el derecho al precio del viaje pero podrá exigir una compensación por las prestaciones realizadas o que todavía deban realizarse hasta la finalización del viaje; que no cancelar el viaje, supuesto en que el organizador no tendrá este derecho y deberá rembolsar igualmente la totalidad del precio del viaje al consumidor (§ 651 a BGB). Por ello, la doctrina considera que si es el consumidor quien resuelve el contrato conforme al § 651 j BGB en supuestos en que los actos terroristas sean previsibles para el organizador, no se aplicarán las con-

rista y minorista. Aun así, nótese que la difusión de la información por los medios de comunicación también hace que los hechos sean más previsibles para el consumidor. En el Derecho alemán, Bernhard SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1997, § 651 j BGB, 301-318, Rnd. 22, pág. 312. .

¹²⁰ Parecidamente, en el Derecho suizo, MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, cit., pág. 264, afirma que el organizador o el detallista cumplirán con su deber de diligencia (*Sorgfaltspflichten*) si se ayudan de los medios y las fuentes de información más modernas para mantener informado al consumidor acerca de los recientes acontecimientos políticos (peligro de guerra o atentados).

¹²¹ Véase, por ejemplo, la sentencia AG Charlottenburg, Urt. 6.1.1995, RRa 5/1995, págs. 87-88.

secuencias previstas en este párrafo. Entonces, se señala que tendrá aplicación el § 651 e Abs.3 S.3 BGB, párrafo que en supuestos de resolución del contrato exime al consumidor de compensar al organizador por aquellas prestaciones que no tengan ningún interés para aquél (vgr. transporte de ida y vuelta); así como que el consumidor se eximirá de la carga de soportar los sobrecostes que sean resultado de la resolución (cfr. § 651 j Abs.2 S.3 BGB).¹²² Y si luego de la no información o información inexacta acerca de la probabilidad de que acontezcan actos terroristas tiene lugar un incumplimiento del contrato imputable al organizador, la doctrina añade que el consumidor podrá exigir, en su caso, una indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la no prestación de los servicios del viaje (§ 651 f Abs.1 BGB), así como una indemnización de daños por pérdida de vacaciones (§ 651 f Abs.2 BGB).¹²³ De este modo, también en este ordenamiento se tiene en cuenta la conducta del organizador del viaje en cuanto a la información de los actos terroristas para valorar su diligencia en el cumplimiento de las prestaciones y declarar, en su caso, su responsabilidad contractual.

De todo ello se deduce que la delimitación entre la responsabilidad contractual (art. 11 LVC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) del organizador y el detallista presupone un reconocimiento previo de los distintos deberes contractuales que les correspondan. Deberes cuyo incumplimiento dará lugar, en su caso, a la responsabilidad contractual de aquellos.

Hasta aquí se ha pretendido llevar a cabo una identificación no exhaustiva de algunos de estos deberes. La admisión de más o menos deberes contractuales se presenta abierta, sobre todo en lo relativo a los deberes de protección del interés de indemnidad del consumidor del viaje y los deberes accesorios del organizador y detallista, puesto que éstos en no pocas ocasiones se deducirán de la buena fe o de los usos de los negocios (art. 1258 CC).

Excluidos algunos criterios jurisprudenciales utilizados hasta el momento en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual (doctrina de

¹²² Vide SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 j BGB, 301-318, Rnd. 31, págs. 315-316.

¹²³ Véase, FÜHRICH, *Reiserecht, cit.*, § 651 j BGB, Rnd. 442, págs. 441-442; SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 a BGB, 7-80, Rnd. 164, págs. 70-71; y TEMPEL, *Materiales Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, pág. 462.

la rigurosa órbita de lo convenido, tesis de la opción, tesis del concurso de normas), la delimitación del contenido de la posición pasiva del organizador y detallista en el contrato de viaje no debe significar necesariamente una extensión indiscriminada de la responsabilidad contractual del organizador y detallista (art. 11 LVC).¹²⁴

2. Distribución de la carga de la prueba de los presupuestos de responsabilidad contractual del organizador y el detallista

Analizados los distintos presupuestos de responsabilidad contractual del organizador y el detallista, veamos a continuación cómo se distribuye su carga probatoria entre las partes del contrato de viaje combinado.

Para ello se hace indispensable partir de la regla general de la carga de la prueba prevista en el ordenamiento español. Como es sabido, el artículo 1214 del Código civil establece que "[i]ncumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone". Aplicada esta regla al contrato de viaje, significa que el consumidor que haga valer una pretensión indemnizatoria frente al organizador o el detallista del viaje deberá probar los hechos (constitutivos) que le sirven de fundamento; mientras que la contraparte que se oponga, el organizador o el detallista, deberán probar los hechos impeditivos o extintivos (constitutivos de su pretensión opositora) que hagan ineficaz la pretensión de indemnización del consumidor del viaje.

Si bien la previsión de este precepto constituye el punto de partida para distribuir la carga de la prueba en relación con la pretensión resarcitoria del consumidor, pronto se advierte la necesidad de acudir también a la regulación sustantiva en orden a calificar los hechos como constitutivos o extintivos.

Como se verá a continuación, la doctrina española no interpreta de un modo unánime la regla general de la carga de la prueba (art. 1214 CC) con relación

¹²⁴ Desde otro planteamiento, CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, cit., pág. 10, hace notar que la jurisprudencia española no se ha excedido en la configuración de los deberes del deudor porque, en no pocas ocasiones, los demandantes prefieren fundamentar su pretensión indemnizatoria con base en la acción de responsabilidad extracontractual cuando la misma se yuxtapone a la responsabilidad contractual.

a las reglas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC); cosa que da lugar a una cierta disparidad de criterios cuando se trata de distribuir la carga de la prueba de algunos de los elementos que conforman la responsabilidad contractual.

Con todo, de entrada puede afirmarse que aquello que constituye la pretensión indemnizatoria del consumidor del viaje y respecto del que éste asume el riesgo de la incertidumbre o falta de su prueba es la existencia de la obligación contractual, su incumplimiento, los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre estos dos últimos elementos (cfr. art. 1107 CC). Mientras que frente a dicha pretensión, el organizador o el detallista que pretendan eludir su responsabilidad contractual podrán probar la inexistencia de la obligación sobre la que el consumidor basa su pretensión (p.ej. obligación derivada de un contrato nulo, anulable, rescindible, resuelto), el cumplimiento de dicha obligación (vgr. la prestación exacta del resultado debido), la limitación en la extensión de los daños resarcibles, así como la concurrencia de alguna de las causas de exoneración previstas taxativamente en el apartado segundo del artículo 11 LVC (defecto imputable al consumidor, defecto imputable a tercero, fuerza mayor, o acontecimiento imprevisible e insuperable).

2.1. Prueba a cargo del consumidor

El consumidor que pretenda obtener una indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de viaje deberá probar las obligaciones contractuales asumidas por el organizador o el detallista.¹²⁵ Por lo general, ello no planteará mayores dificultades habida cuenta que la mayoría de las veces el detallista o, en su caso, el organizador habrán puesto a disposición del consumidor un programa o folleto informativo que contendrá por escrito la correspondiente oferta de viaje (art. 3.1 LVC); información que será vinculante para el organizador y el detallista, salvo que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta; o que se hayan producido modificaciones posteriores, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes (art. 3.2 LVC). Además, el contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito

¹²⁵ Por ejemplo, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 278-279.

y tener el contenido mínimo previsto en el apartado primero del artículo 4 LVC (p.ej. visitas, excursiones o demás servicios incluidos en el precio total del viaje). La Ley no exige esta forma como requisito de validez (*ad solemnitatem*) del contrato de viaje combinado; pero la copia del contrato recibida por el consumidor una vez formalizado el mismo (cfr. art. 4.2 LVC) también va a constituir uno de los medios de prueba de la existencia de las obligaciones asumidas por el organizador y el detallista (*ad probationem*) (art. 1278 CC); esto es, un instrumento con incidencia en la formación de la convicción del juez o árbitro en relación con el contrato (cfr. art. 1215 CC). Por último, la información sobre el viaje combinado facilitada por parte de los detallistas o, en su caso, los organizadores de viajes también podrá ser aportada en juicio o arbitraje en orden a probar las obligaciones contractuales asumidas por aquellos (art. 6 LVC). En definitiva, los distintos deberes de información impuestos por la regulación del contrato de viaje facilitarán en gran medida la prueba de las obligaciones contractuales asumidas por el organizador y el detallista.¹²⁶

Como se ha avanzado, el consumidor también deberá probar el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el organizador y el detallista. La doctrina española no mantiene una opinión unánime a la hora de distribuir la carga de la prueba de este elemento de la responsabilidad contractual. Ésta considera, de modo mayoritario, que la prueba del incumplimiento contractual incumbe al acreedor que reclama el resarcimiento de daños y perjuicios;¹²⁷ pero también hay quien afirma que el acreedor no tiene que probar que se incumplió la obligación, sino que será el deudor quien deberá probar que no procede la responsabilidad contractual porque ya cumplió.¹²⁸ La sen-

¹²⁶ Alan SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998, págs. 70-74

¹²⁷ En este sentido, por ejemplo, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 250-252, que aboga por atribuir distinto contenido a la regla general de la carga de la prueba (art. 1214 CC) según se trate de una pretensión de cumplimiento (entonces es suficiente la prueba de la obligación) o de resarcimiento (en cuyo caso también debe probarse el incumplimiento); también, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (*Las relaciones obligatorias*), 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pág. 607; con relación al contrato de viaje, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, cit., págs. 278-279.

¹²⁸ Así, Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 134-135, para quien la prueba del cumplimiento corresponde al deudor porque él debe probar la extinción de la obligación (cfr. art. 1214 CC).

tencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de diciembre de 1993,¹²⁹ sostiene este último criterio al declarar:

"[e]s indudable que conforme al art. 32 del Decreto Regulador del Reglamento de las Agencias de Viajes en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (Decreto 61/1990, de 19 de abril BOCL de 25-4-1990) y disposiciones supletorias (Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo [RCL 1988\679]), así como de las cláusulas generales del contrato, resulta que «en caso de que se sustituyan servicios si el nuevo servicio resulta de inferior categoría o calidad, la Agencia deberá rembolsar la diferencia», por lo que incumbe a la Agencia que ha efectuado el cambio acreditar que no hay diferencia de categoría entre los hoteles y la motonave ofertados y los realmente utilizados. En definitiva no nos encontramos aquí ante una obligación alternativa que el deudor cumple adecuadamente cuando presta cualquier prestación indistintamente (art. 1131 del Código Civil) sino ante una obligación con facultad alternativa o de sustitución, también llamada obligación alternativa [...] generando además la responsabilidad de «rembolsar la diferencia» a no ser que el servicio sustitutivo sea de la misma categoría que el sustituido, lo que como hecho impeditivo de la obligación de indemnizar deberá acreditar la agencia, conforme a las reglas generales de prueba (art. 1214 del Código Civil) y a la más elemental tutela de los derechos del consumidor o usuario, pues es a la entidad suministradora del servicio y profesional de la actividad a quien será posible y más sencillo acreditar un hecho que se refiere precisamente al núcleo de la actividad que realiza mercantilmente como es la respectiva categoría de hoteles y barcos de recreo".

Con todo, cabe considerar que la prueba del incumplimiento va a corresponder al consumidor del viaje, toda vez que el mismo es un hecho (constitutivo) que sirve de fundamento a la pretensión resarcitoria (cfr. art. 1214 CC). Por esa razón, no pueden considerarse abusivas las cláusulas insertas en condiciones generales del contrato de viaje del tenor siguiente:

"[l]a no realización de la comunicación a la Agencia Organizadora [la denuncia *in situ* de los defectos] supondrá que sea el consumidor quien deba probar el incumplimiento en la ejecución del contrato ante la organizadora o la Dirección General de Turismo y/o el tribunal competente, puesto que fuera de ese plazo a la Agencia Organizadora le sería im-

¹²⁹ SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron, AC 2405.

posible la comprobación de la veracidad de lo alegado así como el logro de una solución satisfactoria para todas las partes implicadas".¹³⁰

Como se ha expuesto con relación a la carga del consumidor de comunicar los supuestos de incumplimiento (supra § II.5), estas cláusulas no invierten la carga de la prueba del incumplimiento, lo que las convertiría en nulas conforme a lo dispuesto por la Disposición adicional 1.ª IV 19ª LGDCU,¹³¹ sino que se limitan a reproducir la regla general de la carga de la prueba (art. 1214 CC).¹³²

El consumidor del viaje contará con distintos medios para probar el incumplimiento contractual del organizador o el detallista: la prueba podrá tener lugar por documentos, confesión en juicio, reconocimiento judicial, peritos, testigos o presunciones (art. 1215 CC).

Acaso la realización de fotografías o filmación con cámaras de vídeo durante el viaje sea la vía más útil para el consumidor a estos efectos (p.ej. de la habitación sucia, de la playa en mal estado), sobre todo porque de este modo va a evitar los inconvenientes que puedan surgir cuando con posterioridad las circunstancias se reajusten a lo convenido en el contrato de viaje.

Mención aparte merece el valor probatorio que puede atribuirse a la comunicación del incumplimiento por parte del consumidor. Ya se ha dicho que cuando éste compruebe durante la realización del viaje que existe algún defecto o se produce la falta de prestación de algún servicio contratado, deberá comunicarlo en el mismo lugar y lo antes posible al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio.

¹³⁰ Véase la cláusula "Condiciones económicas especiales para niños" del catálogo JULIÁ TOURS, *América Latina*, mayo-noviembre 97; y la cláusula "Alteraciones" del catálogo SALDUBA TOURS, *Estancias en Playa: Hoteles-Apartamentos*, verano 1998 (vigencia: 1 mayo al 31 octubre de 1998).

¹³¹ La Disposición adicional 1.ª IV 19ª LGDCU declara abusivas las cláusulas que signifiquen "[l]a imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante".

¹³² Así, Miquel MARTÍN CASALS/Francisco VICENT CHULIÁ/Jordi RIBOT IGUALADA/Fernando CERDÁ ALBERO, *Estudio sobre las actuales condiciones generales del contrato de viaje. Líneas Generales para su revisión*, Barcelona, (inérito), septiembre 1999, págs.167-171.

Como se ha visto, hasta el momento la mayoría de catálogos incluyen una cláusula en la condiciones generales del contrato de viaje que se limita a respetar el régimen legalmente previsto en materia de carga de la prueba del incumplimiento contractual (cfr. art. 1214 CC; y Disposición adicional 1.^a IV 19^a LGDCU) para el caso de inobservancia de la carga del consumidor de comunicar el mismo. Pero cabe plantearse si la comunicación del incumplimiento podrá adquirir con posterioridad el valor de prueba documental. En este punto, los apartados segundo y tercero de la cláusula decimoquinta ("Cumplimiento defectuoso o falta de prestación de servicios") de las *Condiciones generales del contrato de viaje combinado* ("Clausulado 2000"), recomendadas por la *Associació Catalana d'Agències de Viatges* (ACAV) a sus miembros, establecen lo siguiente:

2. "[s]i realiza [el consumidor] dicha comunicación [del incumplimiento] en el tiempo y forma indicados [en el mismo lugar y lo antes posible], el documento que la acredite le exonerará de aportar ulteriores pruebas sobre la existencia del defecto, salvo que el organizador, el detallista o el prestador del servicio hayan comprobado en presencia del consumidor que el defecto no existe o que no reúne las características indicadas, y así lo hayan hecho constar".

3. "[s]i el consumidor no realiza dicha comunicación en el tiempo y forma indicados, deberá probar los defectos que se aleguen de acuerdo con los criterios generales de prueba [...]".

De todos modos, la mera comunicación del incumplimiento en los términos indicados y sin oposición del organizador, detallista o prestador del servicio no adquirirá sin más el valor de prueba documental.¹³³ Sabido es que no todo papel escrito es documento a los efectos probatorios. Éste deberá reunir el requisito de la autenticidad para que pueda ser instrumento de prueba: será necesaria una coincidencia absoluta entre el autor formal que expresa el propio documento y el verdadero y genuino autor material. Para ello la comunicación del incumplimiento deberá contenerse en un documento público, que provenga de un funcionario público al que el Estado confía la fe pública; o bien, tratándose de un documento privado, deberá ser firmado por el organizador, detallista o prestador del servicio, y cuando se oponga en juicio dicho documento,

¹³³ Cfr. TEMPEL, *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, cit., § 6. *Reisevertrag*, 380-479, pág. 474.

éstos deberán reconocer su autenticidad (cfr. art. 1226.1 CC).¹³⁴ Por ello, cabe entender que un documento privado que no sea reconocido en juicio por el organizador o, en su caso, el detallista no hará prueba frente a los autores de la declaración de incumplimiento, de la fecha y el hecho que motivó su otorgamiento (cfr. arts. 1225, 1218 y 1227 CC).¹³⁵

También podrá tener interés para el consumidor la práctica de la prueba del incumplimiento contractual mediante testigos, particularmente cuando los consumidores se pongan de acuerdo durante el viaje en testificar unos a favor de los otros en las respectivas acciones de indemnización de daños y perjuicios que interpongan a su regreso contra el organizador o el detallista.¹³⁶

Además de la prueba de las obligaciones contractuales asumidas por el organizador o el detallista y su falta de total o exacto cumplimiento, por lo general incumbe al consumidor que pretende el resarcimiento la prueba de la cuantía de los daños resultantes del incumplimiento contractual.¹³⁷ Ello ocurre a la hora de resarcir la mayoría de daños que pueden resultar del incumplimiento del contrato de viaje (vgr. lesiones al llamado interés de prestación, daños corporales, daños a objetos del consumidor, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, lucro cesante). Únicamente en el caso de indemnización de daños no patrimoniales (vgr. daños no patrimoniales indirectos, daños por frustración o pérdida de vacaciones, daños no patrimoniales en viajes con fines no vacacionales) no se exigirá al consumidor la constatación clara de los perjuicios a los efectos de su valoración; en ese caso, la ponderación del

¹³⁴ Incumbe a la parte frente a la que se oponga el documento privado la carga de reconocer o negar su autenticidad, de modo que su incumplimiento puede ser valorado por el órgano judicial como confesión de la autenticidad del mismo (art. 1226.3 CC).

¹³⁵ Además, la regulación procesal prevé una prueba de peritos para aquellos supuestos en que se niegue la autenticidad del documento (arts. 606 y 609 LEC). Véase Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ/Vicente GIMENO SENDRA/Víctor MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Colex, 1996, págs. 241-252, quien añade que la parte frente a la que se opone el documento siempre podrá alegar que su contenido no responde a la realidad de lo acaecido o, en caso de que se trate de un documento público, su falsedad por falta de autenticidad.

¹³⁶ En cambio, la localización de otras personas para que actúen como testigos podrá resultar más difícil para el consumidor (otros turistas, empleados de temporada, etc.). Vide GRANT/ MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 407-409.

¹³⁷ Por todos, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 256-257.

quantum indemnizatorio deberá dejarse al prudente criterio de los órganos judiciales.¹³⁸

Los medios de prueba a utilizar serán distintos según el tipo de daños a resarcir de que se trate. Cuando se trate de indemnizar daños por lesión al interés de prestación, ya se ha visto que para el consumidor podrá resultar particularmente útil el catálogo del viaje o catálogos de otros organizadores de viajes que pongan en evidencia la diferencia de valor entre las prestaciones previstas y las suministradas. Por su lado, la prueba pericial médica resultará oportuna, aunque no preceptiva, cuando el consumidor pretenda el resarcimiento de daños corporales; si bien en no pocas ocasiones el consumidor no acudirá a este medio de prueba cuando tales daños sean menores (p.ej. diarrea resultante de una intoxicación). En cambio, para acreditar daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo de nuevo podrá ser de mayor interés para el consumidor la prueba por documentos (p.ej. factura del menú en sustitución del servicio de manutención no prestado).

Por último, también incumbe al consumidor la carga de la prueba de la relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y los daños y perjuicios a indemnizar.¹³⁹ Por lo general deberá probar que los daños son consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento del organizador o el detallista (cfr. art. 1107.1 CC); si bien cuando el consumidor pretenda un agravamiento de las consecuencias del incumplimiento del contrato de viaje, el resarcimiento "de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 1107.2 CC), deberá probar que el or-

¹³⁸ Así lo establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que se refiere a los daños no patrimoniales en general. Por ejemplo, la mencionada STS, de 22 de abril de 1989, Sala 2.ª, Ponente: Sr. Luis Vivas Marzal, RAJ 3500, declara lo siguiente: "si lo debatido son los perjuicios morales «strictu sensu» [...] se precisa reclamación y prueba, si bien, esta última, puede consistir en declaraciones fácticas concretas realizadas en la declaración de hechos suficientemente acreditados o inferirse, inequívocamente, de la misma, de la que se trasluce, aflora o fluye"; véase Rafael GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, J.M.ª Bosch, 1990, págs. 150-152. Nótese que en el Derecho alemán la carga probatoria relativa a la indemnización de esos daños será superior para el consumidor: además de aportar el material que permita el cálculo de la cuantía indemnizatoria al órgano judicial (precio del viaje, ingresos laborales, etc.), aquél deberá probar la existencia de un incumplimiento cualificado (§ 651 f Abs.2 BGB). Vide Paul KALLER, *Reiserecht*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, Rnd. 285, págs. 275-276.

¹³⁹ Por todos, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 256-257. En el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 70-74.

ganizador o el detallista han intervenido con dolo en el incumplimiento del contrato, como hecho constitutivo de dicha pretensión (cfr. art. 1214 CC).¹⁴⁰

En un principio podría parecer que en algunas ocasiones el consumidor tendrá dificultades para probar dicha relación de causalidad. En particular, cuando los daños a resarcir resulten de una intoxicación del consumidor por la ingestión de una comida en mal estado, puede pensarse que le será difícil acreditar que dicha comida formaba parte del contrato del viaje y que los daños no resultan, por ejemplo, de haber ingerido otros alimentos fuera del alojamiento contratado.¹⁴¹ Sin embargo, la práctica demuestra que el consumidor dispone de distintas vías para conseguir la prueba de este extremo. En primer lugar, las condiciones de insalubridad del alojamiento contratado pueden facilitar la prueba de la relación de causalidad entre los daños por intoxicación y el incumplimiento del organizador del viaje; en segundo lugar, si los demás clientes del alojamiento —sean o no participantes en el viaje contratado— padecen los mismos síntomas de intoxicación, resulta improbable que ésta proceda de alimentos ingeridos en otro lugar;¹⁴² y por último, el consumidor podrá relacionar en muchos casos la procedencia de la intoxicación con los alimentos ingeridos en un momento determinado y, por consiguiente, con los alimentos facilitados en un lugar concreto por medio de la prueba pericial médica oportuna.¹⁴³ Todos estos factores deberían tenerse en cuenta por los tribunales cuando en supuestos de intoxicación el consumidor trate de probar la relación de causalidad entre el incumplimiento contractual del organizador y los daños y perjuicios a indemnizar.

¹⁴⁰ La jurisprudencia española establece claramente que "el dolo no se presume en modo alguno y es necesario que quien lo alegue lo pruebe" (véase la antes mencionada STS, de 22 de abril de 1989, Sala 2.ª, Ponente: Sr. Luis Vivas Marzal, RAJ 3500). Comparten este criterio, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 257; y CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 88-92. "

¹⁴¹ Como ejemplo de las dificultades de prueba de los daños por intoxicación, puede consultarse la sentencia alemana AG Kleve, Urt. 19.3.1996, RRa 1996, págs. 131-132.

¹⁴² Vide la sentencia alemana AG Hamburg, Urt. 21.2.1995, RRa 1995, págs. 108-109. Véase también, NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, cit., pág. 41.

¹⁴³ En estos términos, en el Derecho inglés, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., págs. 70-74, que además se refiere a otros supuestos.

2.2. Prueba a cargo del organizador y el detallista

Se ha apuntado que frente a la pretensión resarcitoria del consumidor, el organizador y el detallista que pretendan eludir su responsabilidad contractual podrán probar la inexistencia de la obligación que le sirve de base, el cumplimiento de dicha obligación, la limitación en la extensión de los daños resarcibles, o la concurrencia de alguna de las causas de exoneración previstas taxativamente en el apartado segundo del artículo 11 LVC.

La acreditación de la inexistencia de la obligación o de su cumplimiento no son más que una contraprueba de los hechos que el consumidor ha aportado como constitutivos del fundamento de su pretensión de indemnización; el juez valorará la pruebas propuestas y practicadas por las partes en torno a estos extremos como en cualquier juicio en el que se interponga acción de responsabilidad contractual.

La prueba a realizar por el organizador o el detallista en orden a limitar la extensión de los daños resarcibles frente a la eventual pretensión de un resarcimiento íntegro o superior al que corresponde por Derecho al consumidor presenta una mayor especificidad.

Frente a la pretensión de un resarcimiento íntegro del consumidor, el organizador o el detallista podrán aportar y practicar como prueba las cláusulas de limitación de responsabilidad insertas en el contrato de viaje combinado. Como se ha indicado, tales cláusulas serán válidas, de acuerdo con una interpretación de la regulación española conforme al párrafo 4 del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, cuando el organizador o el detallista intervengan sin dolo ni culpa grave en el incumplimiento (cfr. art. 1102 CC), los daños a resarcir no sean corporales, y la limitación que establezcan en la cuantía indemnizatoria sea razonable.¹⁴⁴ Cuando las partes hayan convenido tales cláusulas y los daños cuyo resarcimiento pretenda el consumidor sean de una cuantía superior a la prevista en las mismas, el organizador o el detallista deberán probarlas a los efectos de limitar la extensión de los daños resarcibles.¹⁴⁵ Frente a ello, el consumidor podrá probar que el incumplimiento ha tenido lugar interviniendo

¹⁴⁴ Supra § II.3.4 B) a).

¹⁴⁵ Para el Derecho alemán, KALLER, *Reiserecht*, cit., Rnd. 335-337, págs. 300-301.

dolo o culpa grave por parte del organizador o detallista,¹⁴⁶ los daños son corporales, o los daños no corporales son tales que la limitación no resulta razonable, siempre a los efectos de hacer efectiva su pretensión de declarar nula la cláusula limitativa de responsabilidad.

El organizador también podrá aportar y practicar como prueba el texto de los convenios internacionales reguladores de las prestaciones incluidas en el contrato de viaje combinado que en su caso resulten aplicables, con el fin de limitar su responsabilidad conforme al apartado tercero del artículo 11 LVC.¹⁴⁷ De todos modos, la limitación de responsabilidad prevista en este apartado no solamente tendrá lugar por mandato legal ("quedará limitado"), sin necesidad de su previsión en el contrato de viaje;¹⁴⁸ sino que, además, por no constituir esos convenios internacionales Derecho extranjero, a la prueba no le alcanzará el apartado sexto del artículo 12 del Código civil, que establece que "[l]a persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española [...]". Esto último significa que los órganos judiciales españoles habrán de aplicar de oficio dichos convenios internacionales aun cuando el organizador o el detallista demandados no los invoquen.¹⁴⁹

También merece una referencia especial la prueba de los casos exoneratorios típicos a practicar por parte del organizador o el detallista. Cabe señalar que con anterioridad a la implementación de la Directiva 90/314/CEE la carga de prueba de la culpa del organizador o el detallista de viajes combinados ha

¹⁴⁶ La prueba de estos criterios de imputación será indispensable a los efectos de declarar la nulidad de las cláusulas limitativas de la cuantía indemnizatoria, pues es reiterada la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo que señala que el dolo no se presume. Así, por ejemplo, la STS, de 16 de enero de 1987, Sala 1.ª, Ponente: Sr. Antonio Carretero Pérez, RAJ 300, y todas las que cita.

¹⁴⁷ La regulación alemana del contrato de viaje (§ 651 h Abs.2 BGB) señala expresamente que el organizador podrá invocar los convenios internacionales a los efectos de limitar su responsabilidad. Véase PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651 a- §§ 651 I BGB)*, cit., § 651 h, 259-281, Rnd. 80, págs. 279-280; y SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, cit., § 651 h BGB, 272-281, Rnd. 21, pág. 281.

¹⁴⁸ En cambio, por ejemplo, las regulaciones inglesa (*Regulation 15 (3) de The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992) e irlandesa (*Section 20 (5) de la Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17), que sólo establecen que el contrato de viaje pueda prever limitaciones de responsabilidad de acuerdo con los convenios internacionales.

¹⁴⁹ En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 256.

sido tratada con gran similitud en los ordenamientos de los distintos Estados miembros.

Alemania. La jurisprudencia alemana invierte la carga de la prueba de la culpa del organizador de viajes, por lo que es éste quién debe probar su ausencia de culpa en el incumplimiento para exonerarse de responsabilidad contractual.¹⁵⁰

Francia. Algo parecido sucede en el Derecho francés. Con anterioridad a la Arrêté du 14 juin 1982, relatif aux conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle, tanto una parte de la doctrina como la Cour de cassation reconocen la asunción por parte de las agencias de viajes de las llamadas obligaciones de resultado (obligation de résultat), por lo menos en los casos en que aquéllas se obligan frente al consumidor a facilitar un servicio de transporte al viajero.¹⁵¹ Por esa razón, antes de la regulación de los viajes combinados en este ordenamiento existen algunas obligaciones de las agencias con respecto a las que al consumidor le basta con probar las mismas y su incumplimiento para hacer efectiva, en su caso, su pretensión resarcitoria; sin necesidad de probar la culpa del agente de viajes, quien debe demostrar que el incumplimiento resulta de una causa extraña al mismo (cause étrangère) (vgr. fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima) para exonerarse de responsabilidad. La Arrêté mencionada¹⁵² y la jurisprudencia posterior consagran tales obligaciones de resultado y el correlativo régimen de prueba de la culpa a cargo de las agencias de viajes.¹⁵³

Inglaterra. La cláusula 2.8 del *ABTA Tour Operator's Code of Conduct* (noviembre 1997) establece el deber de los consumidores de viajes contratados en

¹⁵⁰ Por todos, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1564, Rnd. 23a, págs.1557-1558.

¹⁵¹ Véase François BOULANGER, *Les relations juridiques entre les agences de voyages et leur clientele apres l'arrêté du 14 juin 1982*, JCP, 1983, I Doctrine, 3117. Sobre la evolución de la naturaleza de las obligaciones de las agencias de viajes en el Derecho francés, René RODIÈRE, *La responsabilità delle agenzie di viaggio*, RDCo 1959, I, págs. 81-90.

¹⁵² La Arrêté du 14 juin 1982 emplea la siguiente fórmula: "[l]'agent de voyages [...] répond de tout manquement [...] est garant de l'organisation du voyage ou du séjour et responsable de sa bone exécution" ("[e]l agente de viajes [...] responde de toda deficiencia [...] es garante de la organización del viaje o de la estancia y responsable de su buena ejecución").

¹⁵³ Vide Pierre PY, *Droit du Tourime*, Paris, Dalloz, 4 éd., 1996, págs. 284-286.

las agencias británicas asociadas de probar la culpa de éstas o de sus empleados en las reclamaciones de indemnización de daños corporales (*personal injury*); mientras que cuando pretendan el resarcimiento de otros daños (*liability for defects in quality*) aquellos únicamente deberán probar el incumplimiento del contrato de viaje.¹⁵⁴

Italia. En el momento de transponer la Directiva 90/314/CEE, en Italia rige la *Legge* número 1084, que ratifica y ejecuta el Convenio de Bruselas, de 23 de abril de 1970, *relativo al contrato de viaje*. Ya se ha señalado que la regulación de la distintas hipótesis de responsabilidad parte de la inversión de la carga de la prueba de la culpa del organizador de viajes. Así, el artículo 13 CIB obliga a los organizadores a resarcir, como se ha dicho, "cualquier perjuicio causado al viajero con motivo del incumplimiento total o parcial de sus obligaciones de organización que resultan del contrato o del presente Convenio, salvo que ellos no prueben que se han comportado como un organizador de viajes diligente";¹⁵⁵ el organizador que ejecuta directamente los servicios del viajes "responde de cualquier perjuicio causado al viajero de acuerdo con las disposiciones que regulan dichos servicios" (art. 14 CIB); conforme al artículo 15.1 CIB el organizador que hace ejecutar dichos servicios a terceros (sic) "responde de cualquier perjuicio causado al viajero con motivo del incumplimiento total o parcial de estos servicios, de conformidad con las disposiciones que los regulan"; y este apartado añade que "ello tiene lugar por cualquier perjuicio causado al viajero en el curso de la ejecución de estas prestaciones, salvo que el organizador de viajes no pruebe que se ha comportado como un organizador diligente en la elección de la persona que ejecuta el servicio".

Así las cosas, el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE no hará sino recoger esta tendencia a eximir al consumidor de viajes de la carga de probar la culpa del deudor en el incumplimiento contractual. Y, como se ha destacado, ello tendrá lugar de un modo singular, al prescribir que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador

¹⁵⁴ Véase GRANT/MASON, *Holiday Law*, cit., págs. 128-131.

¹⁵⁵ En este sentido, Salvatore MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, págs. 206-212, afirma que la exclusión de responsabilidad sólo tendrá lugar si el organizador puede demostrar que a pesar de usar la "diligencia normal" no ha podido impedir el acontecimiento que ha hecho imposible el cumplimiento (cfr. art. 1218 *Código civile*).

y/o detallista, a menos que el incumplimiento no sea imputable ni a éstos ni a otro prestador de servicios por concurrir algunas de las causas exoneratorias que enumera a continuación, esto es, que se trate de un defecto imputable al consumidor, defecto imputable a tercero, un supuesto de fuerza mayor, o un acontecimiento imprevisible e insuperable.

Esta fórmula es acogida en unos términos casi idénticos en el ordenamiento español. Las distintas versiones del apartado segundo del artículo 5 Directiva 90/314/CEE parecen incluir la culpa como criterio de imputación de responsabilidad contractual del organizador y/o detallista: éstos responden, a menos que ni ellos ni sus prestadores no intervengan con culpa en el incumplimiento por concurrir alguno de los casos exoneratorios típicos.¹⁵⁶ Pero, curiosamente, la traducción española del precepto comunitario no alude para nada a la culpa del organizador o detallista ("[...] no sean imputables ni a estos ni a otro prestador de servicios, porque [...]"). Frente a ese texto, posteriormente el legislador español se limitará a implementar la norma comunitaria sin hacer alusión al término culpa, como tampoco lo harán la mayoría de transposiciones de los otros Estados miembros.¹⁵⁷

Ello va a resultar particularmente clarificador en el ordenamiento español, donde existe una notable disparidad de criterios doctrinales cuando se trata de atribuir la carga de la prueba de la culpa del deudor. Efectivamente, tal cuestión no es resuelta por la regla general de la carga de la prueba (art. 1214 CC), ni por las reglas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC). Aunque es opinión común que la culpa del deudor se presume *ius tantum*

¹⁵⁶ Véanse las versiones inglesa ("[...]is attributable neither to any fault of theirs nor to that of another supplier of services, because [...]"); alemana ("[...]ein Verschulden des Veranstalters und/oder Vermittlers noch auf ein Verschulden eines anderen Dienstleistungstraegers zurueckzufuehren [...]"); francesa ("[...]ne soit imputable ni à leur faute ni à celle d'un autre prestataire de services parce [...]"); italiana (non siano imputabili né a colpa loro né a colpa di un altro prestatore di servizi in quanto [...]); y portuguesa ("[...] a não ser que a culpa da referida não execução ou incorrecta execução não seja imputável nem ao operador e/ou à agência nem a outro prestador de serviços porque [...]).

¹⁵⁷ Así, el artículo 507.2 BW holandés; el apartado primero del artículo. 17 del Decreto legislativo 111/1995, de 17 de marzo, *recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"* italiano; el apartado segundo del artículo 23 del Decreto 490/1994, de 15 de junio, *pris en application de l'article 31 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*; el artículo 15 PaRG suiza.

a partir de la prueba del incumplimiento contractual,¹⁵⁸ la doctrina atribuye distintos contenidos al hecho impeditivo o extintivo de la pretensión resarcitoria que incumbe probar al deudor. Para algún autor se trata de un hecho impeditivo complejo: la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de una causa no imputable al deudor (arts. 1105, 1182, 1184 CC);¹⁵⁹ para otros, en cambio, el deudor tendrá que probar la existencia de un caso fortuito —la no imputabilidad del incumplimiento— como causa de exclusión de su responsabilidad, esto es, el hecho determinante del impedimento de la prestación y el carácter extraño a su círculo de control (art. 1105 CC).¹⁶⁰ Todo ello no hace sino crear una situación confusa que la implementación de la Directiva 90/314/CEE en el ordenamiento español viene a superar, al atribuir al organizador o el detallista únicamente la carga de probar la concurrencia de alguna de las causas exoneratorias típicas (art. 11.2 LVC).

Además, de este modo el apartado segundo del artículo 11 LVC también toma posición en cuanto a otro aspecto que usualmente se muestra controvertido en el momento de probar la no imputabilidad del incumplimiento al deudor: sobre si la prueba liberatoria debe recaer sobre la ausencia de culpa, o más bien exige la identificación de la concreta causa del incumplimiento (cfr. arts. 1105, 1182 y 1184 CC).¹⁶¹ Como se ha puesto de relieve, la doctrina española ha

¹⁵⁸ Por ejemplo, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, T.II (*Derecho de obligaciones*), vol. 1.º. (*La obligación y el contrato en general*), 10.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pág. 197; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 132-135; y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I (*Parte General. Teoría general del contrato*), 3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1994, pág. 179, aunque sólo en el caso de las llamadas obligaciones de resultado.

¹⁵⁹ En estos términos, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 247, aunque no considera necesario presumir *iuris tantum* la culpa del deudor: habida cuenta que, según el autor, el único fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, la culpa del deudor sólo constituye un elemento de la prueba liberatoria.

¹⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 607, entiende que la prueba de la imposibilidad de la prestación inimputable al deudor (art. 1183 CC) no explica la totalidad de supuestos que generan responsabilidad.

¹⁶¹ Para JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pág. 163, en su peculiar concepción de la prueba liberatoria, señala que la aplicación normal de los artículos 1105, 1182 y 1184 del Código civil exige en todo caso la prueba de la específica causa de la imposibilidad, pues sólo así puede determinarse la no imputabilidad al deudor de la imposibilidad sobrevenida; en la misma línea, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (*Las relaciones obligatorias*), cit., pág. 607, afirma que el deudor deberá probar el caso fortuito, o sea, el hecho determinante del impedimento de prestación y el carácter extraño a su círculo de control.

llevado a cabo distintas interpretaciones del artículo 11 LVC coincidentes en afirmar que este precepto no requiere culpa del organizador o detallista para imputarle responsabilidad contractual (supra § II.4.1). Con todo, las distintas transposiciones de la Directiva 90/314/CEE han demostrado la tendencia a hacer abstracción del criterio de imputación del incumplimiento al organizador o detallista, hasta el punto de imputarles o no el incumplimiento atendiendo únicamente a la eventual concurrencia de los casos exoneratorios típicos. Ello significa que la carga de la prueba no va a recaer sobre su acción u omisión culposa. De acuerdo con el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE, y la correspondiente implementación del precepto en el ordenamiento español (art. 11.2 LVC), el organizador y el detallista no deberán demostrar su comportamiento diligente (su ausencia de culpa) en orden a evitar la imputación de responsabilidad contractual sino, más concretamente, la concurrencia de los casos exoneratorios previstos en el mismo precepto.¹⁶²

Como se ha indicado, conforme a la regulación alemana, el organizador va a responder por los daños y perjuicios derivados de la no realización del viaje, a no ser que ello se deba a una circunstancia que no le sea imputable ("auf einem Umstand, den der Reiseveranstalter nicht zu vertreten hat") (§ 651 f BGB); en este ordenamiento ni siquiera se enumeran las causas exoneratorias previstas en el artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE. Según la doctrina, con esa redacción —que tiene su origen en la *Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 4.5.1979*— se pretende regular la inversión de la carga de la prueba de la culpa: será el organizador que desee exonerarse de responsabilidad contractual quien deberá probar que el defecto del viaje (*Mangel der Reise*) se da por la concurrencia de una circunstancia a él no imputable. Aun así, una parte de la doctrina ha advertido que la transposición alemana del artículo 5.2 Directiva 90/314/CEE no es correcta, puesto que únicamente prevé la inversión de la carga de la prueba de la culpa, pero no las causas concretas de exoneración (§ 651 f BGB); por lo que finalmente se aboga por llevar a cabo una interpretación de dicha regulación conforme a la norma

¹⁶² Por el contrario, SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, cit., pág. 61, opina que con la Directiva 90/314/CEE el organizador o detallista deberá probar la ausencia no sólo de culpa de su parte sino también de culpa de los auxiliares que utilice en el cumplimiento del contrato de viaje; téngase en cuenta que la *Regulation 15 (2)* de la *The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations*, de 22 de diciembre de 1992, inglesa conserva la noción de ausencia de culpa; también lo hace la *Section 20 (2)* de la *Package Holidays and Travel Trade Act 1995*, de 17 de julio, num. 17, irlandesa.

comunitaria, admitiendo la exoneración solamente en los supuestos enumerados por la misma.¹⁶³

Nótese que para el organizador y el detallista la prueba de la ausencia de culpa (vgr. haber tomado todas las medidas idóneas de acuerdo con la diligencia exigible) generalmente resulta más difícil que la identificación de la concreta causa del incumplimiento que lo convierte en inimputable (p.ej. huelga de transportes),¹⁶⁴ por lo que la previsión legal de esa causa puede facilitar al organizador y el detallista la prueba de no imputación del incumplimiento contractual.

¹⁶³ TONNER, en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, cit., § 651 f, 1549-1564, Rnd. 23a, págs. 1557-1558.

¹⁶⁴ En general, véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 262-264.

Conclusiones

Conclusiones

1ª. Las actividades de organización y comercialización de viajes pueden corresponder a sujetos distintos, en cuyo caso se plantea cuál va a ser su respectiva responsabilidad contractual frente al consumidor.

Con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado no existe una auténtica distribución de la responsabilidad contractual entre las agencias de viajes mayoristas y minoristas. Solamente una de ellas responde frente al consumidor por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato de viaje. En ese contexto, se denota una tendencia de los órganos judiciales a no tratar con el mismo rigor la responsabilidad de la agencia de viajes mayorista que la minorista. Ello se debe, sobre todo, a que los tribunales no consideran a la agencia de viajes mayorista como deudora que utiliza la agencia de viajes minorista como auxiliar en el cumplimiento del contrato de viaje, por lo que no declaran la responsabilidad contractual indirecta de aquélla con base en un criterio objetivo. Por contra, los tribunales acuden a la institución de la representación para resolver las acciones de responsabilidad contractual interpuestas por los consumidores de los llamados "paquetes turísticos". Tendencia que va a suponer un tratamiento particularmente riguroso del régimen de responsabilidad contractual de las agencias de viajes minoristas, a partir de la frecuente aplicación de la llamada representación indirecta.

La entrada en vigor del artículo 11 LVC significa un cambio radical en la delimitación de la responsabilidad de los sujetos intervinientes frente al consumidor en la contratación de viajes. Aparte de la posibilidad de que personas que no tengan la condición de agencia de viajes también puedan actuar como organizador o detallista de viajes combinados —incluso más allá de lo permitido por la regulación administrativa de su actividad (apartados segundo y tercero del art. 36 OMAAV)—, el apartado primero de aquel precepto distribuye la responsabilidad entre aquellos frente al consumidor, por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado". De ese modo, la regulación del contrato de viaje combinado establece un régimen de responsabilidad contractual mancomunada entre organizador y detallista. Las dificultades se hallan, entonces, en delimitar el alcance de esa mancomunidad, habida cuenta que dicha regulación no asigna las distintas obligaciones que

corresponden a ambos sujetos. Aun así, a partir de la doctrina española y de otros países se infiere que el organizador, en su caso, va a responder frente al consumidor por el incumplimiento de ciertas obligaciones que le corresponden en exclusiva por su ámbito de gestión del viaje, tales como las obligaciones de programación del viaje y de ejecución de sus servicios. Y el mismo también podrá ser responsable, en su caso, por el incumplimiento de otras obligaciones que podrán corresponder a la vez a organizador y detallista, por su respectivo ámbito de gestión del viaje, cuando sea este último quien los venda al consumidor: las obligaciones de facilitar el programa de viaje, formalizar el contrato y facilitar información sobre el viaje contratado. Por su lado, el detallista podrá ser responsable por el incumplimiento de esas últimas obligaciones, así como por el incumplimiento de las obligaciones de facilitar información del organizador al detallista, hacer recomendaciones al consumidor en cuanto a la selección del organizador y viaje a realizar, y facilitar información del consumidor al organizador.

A partir de la regulación española del contrato de viaje combinado, pues, no puede considerarse que el consumidor concluya distintos contratos con el intermediario y el organizador del viaje. El organizador y, en su caso, el detallista serán parte del contrato de viaje combinado frente al consumidor. Tampoco puede considerarse al detallista como auxiliar del organizador en el cumplimiento del contrato de viaje, ni como representante del mismo en su actuación frente al consumidor, por no concurrir los presupuestos de estas instituciones. Aparte de la renuncia del apartado primero del artículo 5 Directiva 90/314/CEE a un tratamiento uniforme en este punto entre las distintas regulaciones, propiciado sobre todo por la posibilidad de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para que la responsabilidad contractual recaiga en el organizador y/o detallista, el nuevo planteamiento de la regulación española va a tener unos efectos notables para los intereses de los sujetos intervinientes en la contratación de viajes combinados. Por un lado, la regulación pretende evitar que el detallista deba responder por las actividades de organización o ejecución del viaje, las cuales en absoluto constituyen obligaciones que le correspondan por su ámbito de gestión del viaje (cfr. art. 11.1 LVC); con lo que la Ley pone fin a la tradicional tendencia de los tribunales consistente en gravar al sujeto que vende el viaje (vgr. agencia de viajes minorista) con un régimen de responsabilidad excesivamente gravoso, motivada precisamente por no declarar la responsabilidad contractual indirecta de quien se dedica a organizar el viaje. Por otro lado, de la distribución de responsabilidad entre

organizador y detallista se deduce, en términos generales, que el consumidor no podrá obtener indemnización de ambos en un mismo supuesto.

2ª. La contratación de viajes combinados resulta particularmente susceptible de generar supuestos de responsabilidad contractual indirecta de los sujetos intervinientes en las actividades de organización y comercialización. La disociación entre sujeto responsable y sujeto causante del daño se da no solamente porque el organizador utiliza, en no pocas ocasiones, distintos prestadores en el cumplimiento de su obligación de ejecutar los servicios del viaje, sino también por las escasas posibilidades del consumidor de ser resarcido por parte del causante material de los daños. Dificultades de cobro de la indemnización que tienen lugar por la desproporción existente entre la potencialidad de causar la lesión que reúne la actividad de los auxiliares y su solvencia, así como por la localización de los mismos en un país distinto a aquél en que el consumidor tiene su residencia habitual.

La responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes mayoristas y minoristas puede reconocerse con anterioridad a la regulación del contrato de viaje combinado, a partir de la reconducción del contrato que tiene por objeto los denominados "paquetes turísticos" (art. 2.1 OMAAV) a la regulación del contrato de obra (art. 1596 CC). Con ello se puede afirmar la responsabilidad de las agencias de viajes por todo tipo de auxiliares (vgr. dependientes o profesionales autónomos) que las mismas utilicen en el cumplimiento de aquel contrato y, además, hacer responder objetivamente a las mismas del daño causado por otro. Posibilidades que, desde un punto de vista teórico, se aproximan a las regulaciones de países como Alemania (cfr. § 278 BGB); y se apartan de otras regulaciones en que la responsabilidad contractual indirecta del organizador del viaje por los actos de los prestadores de los servicios se presenta mucho más controvertida, como en el caso italiano (cfr. art. 15 CIB). Sin embargo, los tribunales españoles no aplican aquella construcción jurídica con toda su extensión. En muchos casos éstos no acuden a la regulación del contrato de obra (art. 1596 CC) para resolver supuestos de responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes, sobre todo por la facilidad con la que los mismos aplican el régimen de la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC). A ello se añade la expresada tendencia en declarar la responsabilidad contractual de las agencias de viajes minoristas con base en la llamada representación indirecta, circunstancia que con frecuencia excluye la responsabilidad contractual indirecta de las agencias de viajes mayoristas

por los actos de los prestadores de los servicios utilizados en el cumplimiento del contrato de viaje.

Frente a esa situación, el régimen de responsabilidad del organizador y el detallista previsto en el artículo 11 LVC viene a poner las cosas en su sitio. A partir de esa regulación se establece con mayor claridad la responsabilidad del organizador y el detallista por los actos de los auxiliares que utilizan en el cumplimiento del contrato. A pesar del tenor literal del precepto —así como del art. 5.1 Directiva 90/314/CEE—, cabe incluir entre los auxiliares no sólo a los prestadores de los servicios utilizados por el organizador, sino también a los demás auxiliares de éste y el detallista del viaje, con base en una aplicación por analogía *legis* del artículo 11 LVC a estos últimos. Con arreglo a este precepto, además, no habrá inconveniente en hacer responder objetivamente a organizador o detallista por los actos de sus auxiliares; lo cual permitirá eludir las dificultades propias de la responsabilidad indirecta del deudor por culpa *in eligendo* o *in vigilando* y, en su caso, desplazará el régimen de la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes (art. 1903.4 CC). Ello sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad del organizador o el detallista únicamente en aquellos supuestos en que la conducta del auxiliar constituiría un incumplimiento contractual personal del organizador o detallista, si éste hubiera actuado directamente en el cumplimiento como lo ha hecho su auxiliar.

El régimen de responsabilidad contractual indirecta del organizador y el detallista previsto por la regulación del contrato de viaje tiende a facilitar la reclamación de indemnización de daños y perjuicios al consumidor; sin conllevar, por regla general, una exclusión de responsabilidad de los auxiliares utilizados en el cumplimiento, toda vez que aquéllos podrán hacer efectivo frente a estos últimos, en su caso, el derecho de regreso previsto por el artículo 11.1 LVC.

3^a. Aunque la Ley prevea distintos supuestos de incumplimiento de las obligaciones del organizador (vgr. modificación del contrato, cancelación del viaje, no prestación de servicios) (arts. 8, 9.1 y 10 LVC), en los que atribuye al organizador —y, en algunos casos, también al detallista— la responsabilidad contractual correspondiente (arts. 9.2 y 10.2 LVC), aquellos no tendrán carácter exhaustivo. Otros muchos supuestos también podrán ser considerados como constitutivos de incumplimiento a los efectos de exigir responsabilidad

contractual al organizador o el detallista si se considera, a tenor del apartado segundo del artículo 11 LVC, que los mismos responderán "de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato". Esta cláusula general no hace sino poner de manifiesto que el carácter calificado del incumplimiento podrá ser relevante para que el consumidor pueda hacer efectivas distintas medidas previstas legalmente (p.ej. para abonar el importe de la diferencia entre el valor de las prestaciones previstas y las suministradas, el apartado primero del artículo 10 LVC exige que se trate del no suministro de "una parte importante de los servicios previstos en el contrato"), pero no a los efectos de hacer efectivo su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios resultantes.

4^a. A pesar del silencio absoluto de la regulación del contrato de viaje, en los procesos judiciales o extrajudiciales de reclamación de indemnización no se deberían valorar los daños sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento contractual como si de un *totum revolutum* se tratara, sino llevar a cabo una tarea previa a esa valoración de delimitación de las distintas partidas de daños resarcibles (vgr. lesiones al llamado interés de prestación, daños corporales, daños a objetos del consumidor, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, daños no patrimoniales, lucro cesante). Esa necesidad se impone sobre todo porque los criterios de valoración difieren en cada una de esas partidas. Para el resarcimiento de las lesiones al interés de prestación resultará básico el valor del servicio no prestado o prestado con deficiencias; para la valoración de los daños corporales no está claro si se impondrá el arbitrio judicial —con el que la jurisprudencia trata los distintos componentes de tales daños— o el recurso a alguno de los sistemas legales de baremación, sea el previsto en el Decreto 631/1968, de 21 de marzo, que aprueba el Texto refundido de la *Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor* —en la actualidad denominada *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*— o bien el resultante de aplicar las tablas de cuantificación específicas previstas por el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros*; para la valoración de los daños a objetos del consumidor a indemnizar por parte del organizador o detallista deberían resultar básicos, según los casos, los costes de adquisición del bien sustitutivo o de reparación del bien dañado; en cuanto a la valoración de los daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo, en general debería tenerse en cuenta en coste efectivo que han supuesto esos negocios para el consumidor; en la valoración de los daños no pa-

trimoniales tendrá un particular relieve el arbitrio judicial, aunque para la valoración de los daños por pérdida de vacaciones deberían ponderarse unas circunstancias muy concretas (vgr. alcance del incumplimiento contractual, condiciones personales del consumidor, tipo de vacaciones objeto del viaje contratado, valor residual de las vacaciones) para apreciar la gravedad de la lesión; por último, sabido es que para la valoración del lucro cesante resultará esencial el alcance de la pérdida de ganancias sufrida por el consumidor. Así pues, la indemnización favorable al consumidor únicamente resultará plenamente compensatoria si en la determinación de su cuantía se parte de las singularidades de cada una de las partidas de daños resarcibles.

Realizada la valoración de los distintos daños resultantes del incumplimiento del contrato de viaje, resultará indispensable que tanto las particularidades que aquélla pueda presentar como los criterios de valoración mencionados tengan acogida en su sistema de aseguramiento. En este punto, la Ley se limita a atribuir a organizadores y detallistas de viajes combinados "la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes" (art. 12 LVC); garantía de responsabilidad contractual que vendrá constituida, pues, por el aval bancario o seguro de caución prestado por aquellos sujetos (art. 15 OMAAV). Mas entonces el aseguramiento de la indemnización de algunos daños no presentará mayores complicaciones (p.ej. lesiones al interés de prestación, daños a objetos del consumidor, daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo), mientras que resultará mucho más complejo para otros daños (p.ej. daños corporales, daños no patrimoniales). En cualquier caso, cabe tener en cuenta que la cobertura de la garantía únicamente deberá recaer sobre los daños que sean indemnizables por aplicación del régimen de responsabilidad contractual del organizador y el detallista previsto legalmente. Por ello, la eventual limitación de la extensión de los daños resarcibles, sea convencional o con arreglo a los convenios internacionales reguladores de las prestaciones incluidas en el viaje (art. 11.3 LVC), resultará decisiva para facilitar el aseguramiento de tales daños; y la cobertura sólo de los daños que resulten del incumplimiento del contrato de viaje distinguirá la garantía de responsabilidad contractual prevista en el artículo 12 LVC de algunos seguros voluntarios (vgr. seguro de asistencia en viaje, seguro de accidentes) con los que la misma podrá concurrir en el resarcimiento, sobre todo, de daños corporales y daños a objetos del consumidor. Por lo demás, no se

excluye la posibilidad de que tengan lugar algunos supuestos de seguro múltiple (art. 32.1 LCS), como podría suceder entre seguro de caución y seguro obligatorio de vehículos automóviles con respecto a la indemnización de daños corporales sufridos por el consumidor.

5ª. La extensión de los daños resarcibles resultantes del incumplimiento del contrato de viaje va a depender de los criterios de imputación de daños al incumplimiento contractual previstos por la regulación general. Por ello, el organizador y el detallista que actúen de buena fe no deberán resarcir aquellos tipos de daños que sean previsibles en el momento de contratar el viaje (cfr. art. 1107.1 CC). Además, en la previsibilidad e imputación objetiva de los daños al incumplimiento deberá tenerse en cuenta el grado de cumplimiento por parte del consumidor del deber de mitigar los daños sufridos, derivado de la buena fe contractual (art. 1258 CC); ello particularmente en supuestos de no prestación o prestación deficiente de los servicios del viaje (art. 10 LVC) y con respecto a la indemnización de daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo.

6ª. En la determinación del alcance de los daños a indemnizar por parte del organizador o el detallista al consumidor también deberán tenerse en cuenta algunas medidas específicas previstas por la regulación especial, cada una de las cuales va a incidir en muy distinta medida en esta cuestión. Así, cabe tener en cuenta la penalización mínima prevista en el apartado segundo del artículo 9 LVC, para el caso de resolución por modificación del contrato o cancelación del organizador antes del inicio del viaje. Tratándose de una cláusula penal de origen legal, entonces el organizador deberá indemnizar, en su caso, al consumidor los daños patrimoniales, no patrimoniales y daños constitutivos de lucro cesante ulteriores (cfr. art. 1153 CC). De modo que en no pocas ocasiones tendrá lugar una dualidad de regímenes aplicables, respectivamente, a la penalización mínima y a la indemnización de daños ulteriores.

Algo parecido ocurrirá con respecto a la denominada compensación mínima prevista por el artículo 4 del Reglamento 295/91/CEE del Consejo, de 4 de febrero, *por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*. Para que proceda esa medida únicamente será necesario que el transportista aéreo, auxiliar del organizador en el cumplimiento del contrato de viaje, deniegue el embarque al consumidor. A esa compensación mínima podrá sumarse,

en su caso, el resarcimiento de daños ulteriores (art. 9.1 Reglamento 295/91/CEE), que se hará efectivo con base en el régimen de responsabilidad contractual del organizador previsto por la regulación del contrato de viaje combinado (art. 11 LVC).

7^a. El apartado tercero del artículo 11 LVC también va a incidir en la extensión de los daños resarcibles, al establecer la limitación en la indemnización de aquellos que resulten del incumplimiento de las prestaciones incluidas en el viaje combinado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de esas prestaciones. Con esta disposición se trata de no atribuir un régimen de responsabilidad más gravoso para el organizador que para los prestadores de los servicios (vgr. transportista, hotelero, entre otros), en la medida que éstos actúan como auxiliares en el cumplimiento del contrato de viaje.

Mas esos límites indemnizatorios tampoco deberían conllevar un trato más favorable para el organizador de viajes combinados que para los transportistas de servicios sueltos. A pesar del silencio del apartado tercero del artículo 11 LVC, cabe entender que el organizador únicamente debería beneficiarse de las limitaciones previstas en los convenios internacionales si éstas, a su vez, resultasen aplicables al prestador de no incluirse los servicios en un viaje combinado.

Ello significa que el ámbito de aplicación de las distintas normas internacionales actuará como presupuesto para que el organizador pueda hacer efectivos sus límites indemnizatorios. No parece de recibo que el organizador pueda limitar la cuantía de los daños a indemnizar al consumidor, mientras que el prestador no pueda hacerlo por no resultar aplicables los convenios internacionales. El relieve del ámbito de aplicación de los convenios internacionales no causará una notable dualidad de regímenes aplicables a viajes combinados nacionales e internacionales, como en un principio cabría esperar, toda vez que algunos convenios internacionales se remiten al Derecho interno en punto a la limitación de la indemnización de daños corporales cuando aquél prevea una responsabilidad ilimitada o una limitación superior a la prevista por las normas internacionales (art. 30.2 Reglas CIV, art. 7 CA, art. 13.1 CVR), y los convenios internacionales y los Derechos internos no prevén límites para el resarcimiento de ciertos daños (p.ej. daños por pérdida de vacaciones). Con todo, el ámbito de aplicación de esas normas podrá ser de gran interés para el

organizador en orden a calcular los riesgos resultantes del contrato en el momento de su conclusión.

Además, la necesidad de aplicar los límites indemnizatorios al organizador en los mismos casos que a los prestadores de los servicios también conlleva su inaplicación cuando, de no existir viaje combinado, la conducta del prestador del servicios constituya un incumplimiento doloso o con culpa grave. En ese caso, los convenios internacionales excluyen la aplicación de los límites indemnizatorios al prestador (art. 22.5 CVA, art. 42.1 Reglas CIV, art. 13 CA y art. 18.2 CVR), y no parece que el organizador pueda beneficiarse de los mismos por el hecho de utilizar el prestador en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de viaje.

Distinto será el alcance de la remisión del artículo 11.3 LVC a los convenios internacionales en punto a la exoneración de responsabilidad contractual del organizador. En la medida que el apartado cuarto del artículo 11 LVC atribuye carácter imperativo a las causas de exoneración de responsabilidad del organizador y el detallista, podrá darse el caso en que aunque el convenio internacional exonere de responsabilidad al prestador del servicio incluido en el viaje, el organizador deba responder frente al consumidor por la no ejecución o ejecución defectuosa realizada por el prestador.

8ª. La regulación española del contrato de viaje combinado no hace ninguna referencia a las cláusulas contractuales de limitación de la cuantía indemnizatoria. No obstante, esas cláusulas serán nulas cuando el organizador o el detallista intervengan con dolo o culpa grave en el incumplimiento del contrato de viaje, de acuerdo la regulación general (cfr. art. 1102.1 CC). En los demás casos, cabrá llevar a cabo una interpretación de la regulación española conforme al apartado cuarto del artículo 5.1 Directiva 90/314/CEE. De ese modo, se admitirá la validez de estas últimas cláusulas cuando tengan por objeto la limitación de la indemnización de daños no corporales. Ello resulta acorde con la regulación española, puesto que la doctrina no duda en declarar nulas la cláusulas limitativas de la indemnización de daños corporales por contrarias al orden público (cfr. art. 1255 CC); y es en ese sentido que debería interpretarse una de las disposiciones más controvertidas del Derecho español, cual es la Disposición adicional 1.ª II 10ª LGDCU, que establece que a los efectos previstos en el artículo 10 bis de la misma Ley, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones que conlleven "la exclusión o limitación de

responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél [...]". Además, para que las cláusulas contractuales de limitación de la cuantía indemnizatoria sean válidas, los límites indemnizatorios deberán ser razonables. Por ello, el juez deberá realizar un juicio de razonabilidad de los límites, atendiendo a las distintas partidas de daños resarcibles.

9ª. La imputación subjetiva del incumplimiento del contrato de viaje al organizador o el detallista difiere sustancialmente del régimen de responsabilidad del deudor previsto por la regulación general española (arts. 1101 y ss. CC). Hecha la abstracción del criterio de imputación subjetiva, las causas de exoneración que aparecen enumeradas en el artículo 11.2 LVC constituyen el único punto de partida para la valoración del comportamiento de aquellos sujetos en punto a atribuirles responsabilidad por incumplimiento del contrato. Por ello, se advierte la necesidad de delimitar el alcance de cada uno de los supuestos exoneratorios previstos por aquel precepto. El organizador o detallista se exonerarán de responsabilidad, en su caso, si el incumplimiento del contrato de viaje resulta imputable exclusivamente al consumidor, con indiferencia de si interviene con culpa o incumple alguna de sus obligaciones contractuales (letra a) del art. 11.2 LVC). Exoneración que también podrá tener lugar si dicho incumplimiento resulta imputable en exclusiva a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato, siempre que el suceso exoneratorio revista un carácter imprevisible o insuperable (letra b) del art. 11.2 LVC); circunstancia que deberá ser apreciada sin tener en consideración si en el tercero concurre o no la condición de auxiliar del organizador o el detallista en el cumplimiento contractual. Además, el ordenamiento también prevé la eventual exoneración del organizador o detallista para el caso en que el acontecimiento a que obedezca el incumplimiento contractual pueda reconducirse a la noción de fuerza mayor definida por la propia regulación, esto es, a "circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida" (letra c) del art. 11.2 LVC); noción que coincide sustancialmente con la utilizada por la doctrina española mayoritaria con respecto al suceso exoneratorio previsto por la regulación general (art.1105 CC), por incluir entre sus elementos definitorios el carácter ajeno de la circunstancia exoneratoria con respecto al organizador y el detallista, así como su imprevisibilidad e inevitabilidad conforme a la diligencia debida; aunque existan algunas diferencias entre

ambas nociones en cuanto a la descripción de sus elementos definitorios. Por último, la exoneración de responsabilidad contractual del organizador o el detallista podrá tener lugar por ser debido el incumplimiento a un acontecimiento imprevisible e inevitable (letra d) del art. 11.2 LVC). A diferencia de lo que ocurre en el caso de fuerza mayor, en esta ocasión la regulación del contrato de viaje establece una circunstancia exoneratoria original, por la ausencia del elemento de la "extraneidad". No pudiéndose llevar a cabo una interpretación unitaria de ambas causas exoneratorias por razón de su literalidad, la exoneración por concurrir un acontecimiento imprevisible e inevitable contemplada por la letra d) del art. 11.2 LVC podrá tener su propio alcance. Por lo demás, esas causas de exoneración también adquieren una especial significación en la medida que cabe entender que la regulación las presenta con carácter exhaustivo.

En términos generales, el sistema de imputación subjetiva del incumplimiento y exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista no logra superar todas las dificultades que pudieran resultar de la aplicación del tradicional principio de responsabilidad por culpa (arts. 1101 y ss. CC), con o sin inversión de la carga de la prueba. La notas de imprevisibilidad, insuperabilidad e inevitabilidad presentes en la mayoría de sucesos exoneratorios (letras b), c) y d) del art. 11.2 LVC) harán necesario llevar a cabo una valoración de la conducta del organizador o el detallista conforme a los parámetros de la diligencia exigible (cfr. art. 1104 CC) para declarar, en su caso, su responsabilidad contractual. Aun así, no es menos cierto que ese sistema va a resultar más favorable para los intereses del consumidor que el régimen general de responsabilidad (arts. 1101 y ss. CC), sobre todo porque serán el organizador o el detallista quienes deban probar su exoneración de responsabilidad por concurrir alguna de las causas previstas legalmente (art. 11.2 LVC).

10^a. La atribución de carácter imperativo a la imputación (art. 11.1 LVC) y causas de exoneración (art. 11.2 LVC) de responsabilidad contractual del organizador o detallista (art. 11.4 LVC) deviene la base para enjuiciar la validez de las llamadas cláusulas exoneratorias de responsabilidad. Cualquiera de esas cláusulas será nula de pleno derecho si resulta contraria al régimen legal e imperativo de exoneración previsto en esos apartados en perjuicio de los intereses del consumidor (cfr. art. 6.3 CC). Ese criterio de validez se aplica, indistintamente, a las cláusulas contractuales insertas en condiciones particulares y generales de los contratos; por lo que la regulación del contrato de viaje pone

fin a una dualidad de regímenes de control del contenido de las cláusulas exoneratorias, con relación a la responsabilidad del organizador y el detallista de viajes combinados. Además, el carácter imperativo de la imputación (art. 11.1 LVC) y causas de exoneración (art. 11.2 LVC) desplaza la regulación específica de las cláusulas abusivas insertas en condiciones generales de los contratos; lo cual resulta de gran interés para el Derecho español, habida cuenta de la anómala prohibición absoluta de las cláusulas exoneratorias prevista por esta regulación (Disposición adicional 1.ª LGDCU). Por este motivo, será a partir del apartado primero del artículo 11 LVC que deberá declararse la nulidad de las llamadas cláusulas de intermediación insertas en el contrato de viaje combinado, y valorar la validez de las cláusulas redactadas con el propósito de distribuir la responsabilidad contractual entre el organizador y el detallista del viaje, de acuerdo con el régimen de responsabilidad mancomunada. Y las cláusulas de ese contrato que hagan referencia a los sucesos con respecto a los que el organizador o el detallista pretenden exonerarse de responsabilidad con más frecuencia (vgr. no presentación del consumidor, falta de documentación, fuerza mayor, causas técnicas, huelga, causas suficientes) deberán ser enjuiciadas a partir del carácter imperativo del apartado segundo del artículo 11 LVC (art. 11.4 LVC).

11ª. La "obligación del consumidor de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate" (letra m) del art. 4.1 LVC) no constituye otro presupuesto de la responsabilidad contractual del organizador o el detallista. Aunque este apartado no prevea cuáles van a ser las consecuencias de no comunicar o comunicar extemporáneamente ese incumplimiento, la comunicación del incumplimiento constituye en realidad una carga de información impuesta al consumidor, con arreglo a la buena fe contractual (art. 1258 CC), con el fin de permitir al organizador la adopción de las medidas adecuadas para continuar el viaje en los supuestos de no prestación de alguno o algunos de sus servicios (cfr. art. 10 LVC). Por ello, su incumplimiento causará la pérdida de la mayoría de derechos atribuidos por ese precepto al consumidor, pero no el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento contractual. Sin embargo, el contrato de viaje combinado podrá incluir una cláusula que imponga unas condiciones y un plazo para el ejercicio de la reclamación extrajudicial del consumidor, cláusula que únicamente podrá ser declarada

abusiva si contraviene, en el caso concreto, lo dispuesto por el artículo 10 bis LGDCU.

12^a. La articulación de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de viaje (art. 11 LVC) con respecto a otras medidas del consumidor no presenta un carácter unitario. Éste podrá optar por el ejercicio de aquella acción o la acción de reclamación del abono de la diferencia entre el valor de las prestaciones previstas y las suministradas (art. 10.1 LVC). Esta última acción no tiene un alcance indemnizatorio y, por tanto, reúne unos presupuestos distintos a la acción de responsabilidad contractual: según ese precepto, aquella acción sólo se aplicará en supuestos de no prestación o prestación deficiente de "una parte importante de los servicios previstos en el contrato", y el organizador deberá haber adoptado las medidas adecuadas para la continuación del viaje; lo cual debería inducir al consumidor a su ejercicio en supuestos en que la imputabilidad del incumplimiento contractual al organizador o el detallista no resulte demasiado clara; mientras que el consumidor debería ejercer la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios (art. 11 LVC), sobre todo, cuando el incumplimiento contractual no presente suficiente entidad.

La concurrencia de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios (art. 11 LVC) y la acción de resolución del contrato por la no prestación o prestación deficiente de sus servicios (art. 10.2 LVC) se plantea en términos completamente distintos. En ese caso, el consumidor del viaje no deberá optar entre una de ambas acciones sino que podrá acumularlas, si concurren los requisitos correspondientes. La acumulación de ambas medidas está prevista no solamente por la regulación general (art. 1124.2 CC) sino también por la específica del contrato de viaje combinado (art. 10.2 LVC).

Por su lado, la delimitación de la responsabilidad contractual (art. 11 LVC) frente a la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) del organizador y el detallista va a depender de la existencia o no de incumplimiento de las obligaciones contractuales, deberes de protección y accesorios asumidos por estos sujetos por medio del contrato de viaje combinado, conforme a la buena fe y los usos de los negocios (cfr. art. 1258 CC). Excluida la yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, no parecen de recibo algunos criterios jurisprudenciales utilizados hasta el momento (tesis del concurso de normas, tesis de la opción) con el fin de proteger el interés del consumidor

del viaje, aprovechando la ambigüedad en la articulación procesal entre ambas acciones. El régimen de responsabilidad contractual previsto por la regulación del contrato de viaje únicamente resultará aplicable cuando pueda afirmarse ese incumplimiento (art. 11 LVC). De ahí la necesidad de llevar a cabo la identificación del contenido de la posición contractual pasiva del organizador y el detallista. Cuando no pueda apreciarse el incumplimiento de alguna obligación o deber derivado del contrato de viaje, los órganos judiciales únicamente deberían declarar, en su caso, la responsabilidad extracontractual de aquellos (arts. 1902 y ss. CC). Responsabilidad que cabe afirmar tan solo si concurren sus presupuestos y, en ningún caso, por el mero hecho de proteger los intereses del consumidor de viajes combinados habida cuenta de la imposibilidad de declarar la responsabilidad contractual del organizador o el detallista.

13^a. Finalmente, la distribución de la carga de la prueba de los distintos presupuestos de responsabilidad contractual del organizador y el detallista opera de acuerdo con la tradicional distinción entre el plano del incumplimiento del contrato y el de la imputabilidad de dicho incumplimiento al deudor. El riesgo probatorio correspondiente al incumplimiento contractual se asigna al consumidor del viaje, de modo que el organizador o el detallista responden, salvo que los mismos aporten la contraprueba de inexistencia de la obligación o cumplimiento del contrato. Además, el consumidor también deberá probar los daños sufridos, con la excepción de los daños no patrimoniales, así como la relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y esos daños (cfr. art. 1107 CC); aunque el organizador o el detallista podrán probar la limitación en la extensión de los daños resarcibles prevista en el contrato; y los órganos judiciales podrán aplicar de oficio las limitaciones en la indemnización previstas en los convenios internacionales reguladores de los servicios del viaje (art. 11.3 LVC). En cambio, la prueba de la imputabilidad del incumplimiento corresponde al organizador o el detallista. La regulación únicamente prevé la posibilidad de que éstos excluyan la relevancia de la prueba del incumplimiento contractual acreditando la concurrencia de cualquier causa exoneratoria prevista legalmente (cfr. art. 11.2 LVC). Esta previsión constituye una novedad en el marco de la discusión sostenida por la doctrina española sobre la carga de prueba de la culpa del deudor, acorde con la necesidad de proteger el derecho de crédito, la seguridad en el mercado de viajes combinados y los intereses del consumidor.

Índice de sentencias citadas en el texto

Índice de sentencias citadas en el texto

INTRODUCCIÓN

La implementación de la Directiva 90/314/CEE

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583.,31

SAP de la Coruña, de 21 de enero de 1998, Sección 3a., Ponente Sr. Juan Luis Pía Iglesias, AC 2818., 34

PRIMERA PARTE

Sujetos responsables

A) *Precedentes*

a) *Convenio internacional de Bruselas, de 23 de abril de 1970, relativo al contrato de viaje*

Sentencias italianas

Sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 6 de noviembre de 1996, NGCC, 1998, I, págs. 190-196., 42

Sentencia de la Pretura di Monza, de 7 de diciembre de 1990, FI, 1991, pág. 2062., 40

Sentencia del Tribunale di Roma, de 17 de enero de 1989, GI, 1991, I, 2, pág. 66., 44

Sentencia del *Tribunale di Roma*, de 23 de marzo de 1988, GI, 1991, I, 2, 66-80, columna 71.,41

Sentencia del Tribunale di Roma, de 23 de marzo de 1988, GI, 1991, I, 2, columnas 66-80.,41

b) *Derecho alemán*

Sentencia BGH, Urt. 25.2.1988, NJW, 1988, págs. 1380-1383.,47

c) *Derecho español*

(i) Contrato de obra. Responsabilidad de la agencia de viajes mayorista por los prestadores de los servicios

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.ª, Ponente Sr. Marcial Subiras Roca, AC 1458., 66

SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tournon, AC 2405., 67

SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 1.ª, Ponente Sra. María de las Mercedes Oliver Albuérne, RAJ 542., 65

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado Municipal de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, núm. 112, págs. 176-178., 66

(ii) Relación representativa entre agencia de viajes mayorista y agencia de viajes minorista

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, de 14 de julio de 1994, Sección 1.ª, EC, núm. 33, 1995, págs. 130-131., 57

SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.ª, Ponente Sr. Javier Béjar García, RDG, 1993, págs. 7477-7479., 55

SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RDG, núms. 628-629, págs. 1140-1143., 52

SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tournon, AC 2405., 51

SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.ª, Ponente Sr. Juan Márquez Romero, AC 524., 58

SAP de Sevilla, de 26 de octubre de 1992, Sección 6.ª, Ponente Sr. Manuel Damián Álvarez García, RGD, núms. 589-590, págs. 10792-10793., 51

SAP de Navarra, de 21 de septiembre de 1994, Sección 1.ª, Ponente Sr. José Francisco Cobo Sáenz, AC 1394., 53

Tribunal Supremo

STS, de 1 de junio de 1983, Sala 3.ª, Ponente Sr. José Pérez Fernández, RAJ 3261., 49

STS, de 22 de diciembre de 1983, Sala 3.ª, Ponente Sr. Julio Fernández Santamaría, RAJ 6407., 50

STS, de 24 de noviembre de 1987, Sala 3.ª, Ponente Sr. Carmelo Madrigal García, RAJ 7925., 50

STS, de 26 de marzo de 1984, Sala 3.ª, Ponente Sr. José Pérez Fernández, RAJ 1772., 50

B) Regulación del contrato de viaje combinado

a) Organizador o detallista como sujetos responsables. Su pretendida condición de agencia de viajes

Sentencias españolas

Tribunal de Defensa de la Competencia

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Torres Simó, AA 1995\435., 84

Tribunal Supremo

STS, de 1 de julio de 1991, Sala 3.ª, Ponente Sr. José Luis Ruiz Sánchez, RAJ 6455., 82

STS, de 10 de mayo de 1992, Sala 3.ª, Ponente Sr. José María Morenilla Rodríguez, RAJ 3820., 82

b) Responsabilidad del organizador o detallista por el ámbito respectivo de gestión del viaje

Sentencias alemanas

Sentencia AG Emmerich, Urt. 22.2.1995, RRa 6/1995, págs. 110-111., 116

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Álava, de 1 de abril de 1998, Ponente Sr. Jesús María Medrano Duran, AC 561., 132

SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5ª., Ponente, 91

SAP de Asturias, de 21 de junio de 1999, Sección 1ª., Ponente, 92

SAP de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995, Sección 1.ª, Ponente Sr. Francisco Rubio Sánchez, AC 1727., 105

SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.ª, Ponente Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, núms. 649-650, págs. 13588-13590., 91

SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1., Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658., 92

SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423., 91

SAP de Madrid, de 28 de mayo de 1999, Sección 18ª., Ponente, 92

SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255., 92

SAP de Vizcaya, de 20 de enero de 1999, Ponente Sra. María Carmen Keller Echevarría, AC 173., 97

SAP de Vizcaya, de 20 de enero de 1999, Ponente Sra. María Carmen Sellar Echevarría, AC 173., 132

SAP de Vizcaya, de 6 de abril de 1999, Sección 4.ª, Ponente Sr. Enrique García García, AC 5335., 91

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic, de 9 de noviembre de 1999 (inédita), 110

Tribunal Supremo

STS, de 1 de julio de 1991, Sala 3.ª, Ponente Sr. José Luis Ruiz Sánchez, RAJ 6455., 91

Sentencias italianas

Sentencia de la Pretura di Monza, 7.12.90, FI, 1991, 3062., 118

c) Responsabilidad del organizador y el detallista por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento del contrato de viaje

Sentencias alemanas

Sentencia AG Kleve, Urt. 29.9.1995, RRa 1/1996, págs. 10-11., 63

Sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 15.12.1994, RRa 4/1995, págs. 63-64., 145

Sentencia OLG Frankfurt am Main, Urt. 6.4.1995, RRa 8/1995, págs. 147-150., 63

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5.^a, Ponente, 136

SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.^a, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil, 1994-3, @ 1081, págs. 1641-1652., 151

SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.^a, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil, 1994-3, @ 1081, págs. 1641-1653., 157

SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.^a, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núms. 628-629, págs. 1140-1143., 152

SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.^a, Ponente Sra. M.^a Ángeles García Medina, AC 2255., 145

SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 5.^a, Ponente Sra. María de las Mercedes Oliver Albuérne, AC 542., 148

SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 1994, Sección 3.^a, Ponente Sra. María Concepción Marco Cacho, AC 26., 152

Tribunal Supremo

STS, de 18 de junio de 1985, Sala 2.^a, Ponente Sr. Antonio Huerta y Álvarez de Lara, RAJ 3022., 150

STS, de 20 de mayo de 1964, Sala 1.^a, Ponente Sr. Francisco Rodrigo Valcarce, RAJ 2729., 151

STS, de 22 de diciembre de 1983, Sala 3.^a, Ponente Sr. Julio Fernández Santamaría, RAJ 6407., 150

STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.^a, Ponente Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 4130., 152, 153

STS, de 7 de octubre de 1988, Sala 3.^a, Ponente Sr. José Luis Ruiz Sánchez, RAJ 7932., 150

Sentencias italianas

Sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 6 de noviembre de 1996, NGCC, 1998, I, págs. 190-196., 140

SEGUNDA PARTE

A) Daños resarcibles

a) Lesiones al llamado interés de prestación

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.^a, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658., 177

SAP de Madrid, de 16 de junio de 1998, Sección 12.^a, Ponente Sr. Pérez López, Actualidad Civil, núm.1, 1999, @ 14., 177

SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.^a, Ponente Sr. Juan Marquez Romero, AC 524, 175

SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.^a, Ponente Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583., 178

SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 1994, Sección 1.^a, Ponente Sra. María Concepción Marco Cacho, AC 26, 175

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, de 10 de julio de 1996, Magistrada juez Sra. Estrella Blanes Rodríguez (inédita), **174**

Tribunal Supremo

STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.^a, Ponente Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104, 174

b) Daños corporales

Sentencias alemanas

Sentencia AG Hamburg, Urt. 21.2.1995, RRa 1995, págs. 108-109., 181

Sentencia AG Kleve, Urt.19.3.1996, RRa 1996, págs. 131-132., 181

Sentencia LG Frankfurt, Urt. 6.6.1983, NJW 1983, págs. 2264-2266., 187

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.ª, Ponente Sr. Félix López Cruz, AC 1649., 191
SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365., 185, 191, 197
SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, págs. 1641-1652., 188
SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, págs.1641-1652, 184
SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.ª, Ponente Sr. Félix López Cruz, AC 1649., 183, 197

Tribunal Constitucional

- STC 181/2000, de 29 de junio, Ponente Sr. Pablo García Manzano, La Ley, 2000, 7709.,188

Tribunal Supremo

- STS, de 23 de diciembre de 1983, Sala 2.ª, Ponente Sr. Fernando Cotta Márquez, RAJ 6459., 212
STS, de 26 de marzo de 1997, Sala 1.ª, Ponente Sr. José Luis Albácar López, RAJ 1864.,189

c) Daños a objetos del consumidor

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.ª, Ponente Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365., 215
SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.ª, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil @ 1081, 1994, págs. 1641-1652., 215
SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000., 213, 214
SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143., 213

Tribunal Supremo

- STS, de 20 de mayo de 1964, Sala 1.ª, Ponente Sr. Francisco Rodríguez Valcarce, RAJ 2729., 213

d) Daños por gastos inútiles y costes de negocios de reemplazo

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Alicante, de 4 de mayo de 1999, Sección 5.ª, Ponente Sr. Jiménez Morago, Actualidad Civil, 1999, @ 914., 219
SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000., 225
SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143., 219
SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473., 219, 224

Tribunal Supremo

- STS, de 3 de octubre de 1997, Sala 3.ª, Ponente Sr. Enrique Jiménez Asenjo, RAJ 3700., 219

e) Daños no patrimoniales

Sentencias alemanas

- Sentencia AG Bad Homburg, Urt. 7.7.1998, RRa 8/99, págs. 165-166., 248
Sentencia AG Kleve, Urt. 20.7.1998, RRa 9/1998, págs. 177-178., 248
Sentencia LG Düsseldorf, Urt. 21.8.1998, RRa 3/99, págs. 61-62., 255
Sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 13.11.1995, RRa 3/1996, págs. 53-54., 234

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Burgos, de 25 de octubre de 1991, Sección 3.^a, Ponente Sr. Daniel Sanz Pérez, RGD, 1992, págs. 12695-12696., 245

SAP de Madrid, de 26 de enero de 1998, Ponente Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423., 243

SAP de Álava, de 1 de abril de 1998, Sección 2.^a, Ponente Sr. Jesús María Medrano Duran, AC 561., 248

SAP de Asturias, de 21 de junio de 1999, Sección 1.^a, Ponente Sr. Rafael Martín del Peso, AC 1426., 231

SAP de Badajoz, de 6 de septiembre de 1995, Sección 1.^a, Ponente Sr. Francisco Rubio Sánchez, AC 1727., 243, 247

SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.^a, Ponente Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, págs. 13588-13590., 243

SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.^a, Ponente Sr. Marcial Subiras Roca, AC 1458., 249

SAP de Barcelona, de 26 de febrero 1993, Sección 15.^a, Ponente Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7478., 250

SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.^a, Ponente Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7478., 239

SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 1993, Sección 15.^a, Ponente Sr. Francisco Béjar García, RGD, 1993, págs. 7477-7479., 234, 256

SAP de Barcelona, de 26 de marzo de 1998, Sección 11.^a, Ponente Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, núms. 649-650, 1996, págs. 13588-13590., 239

SAP de Burgos, de 25 de octubre de 1991, Sección 3.^a, Ponente Sr. Daniel Sanz Pérez, RGD, 1992, págs. 12695-12696., 243, 254

SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.^a, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 356., 232, 235, 249

SAP de Madrid, de 16 de junio de 1998, Sección 12.^a, Ponente Sr. Pérez López, Actualidad Civil, núm.1, 1999 @ 14., 242

SAP de Madrid, de 16 de junio de 1998, Sección 12a., Ponente Sr. Pérez López, Actualidad Civil, núm.1, 1999 @ 14., 242

SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección 3.^a, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núm.648, págs. 12208-12212., 239

SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre de 1993, Sección 1.^a, Ponente Sr. Julio César Picatoste Bobillo, AC 2473., 243, 247

SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.^a, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron, AC 2405., 234, 251, 253

SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996, Sección 6.^a, Ponente Sr. Juan Márquez Romero, AC 524., 243, 244

SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, Sección 7.^a, Ponente Sr. José Francisco Beneyto García-Robledo, RGD 1993, págs. 7615-7617., 243, 246, 253

SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.^a, Presidente Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598., 243

SAP de Vitoria, de 13 de julio de 1996, Sección 6.^a, Ponente Sr. Picazo Blasco, AC 2009., 243

SAP de Vizcaya, de 6 de abril de 1998, Sección 4.^a, Ponente Sr. Enrique García García, AC 5335., 252

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 23 de febrero de 1994, Magistrado Juez Sr. Joaquín Ebile Nsefum (inérita)., 242

Tribunal Supremo

- STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.ª, Ponente Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104., 235, 241
STS, de 15 de febrero de 1994, Sala 1.ª, Ponente Sr. Alfonso Villagómez Rodil, RAJ 1308., 240
STS, de 22 de abril 1989, Sala 2.ª, Ponente Sr. Luis Vivas Marzal, RAJ 3500., 237
STS, de 28 de febrero de 1959, Sala 1.ª, Ponente Sr. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza, RAJ 1086., 230

Sentencias italianas

- Sentencia del Pretore di Roma, de 11 de diciembre de 1996, NGCC, 1997, I, págs. 875-881., 227
Sentencia del Tribunal de Roma, de 6 de octubre de 1989, Resp. civ. prev., 1991, págs. 512-516., 226

f) Lucro cesante

Sentencias españolas

Tribunal Supremo

- STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.ª, Ponente Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282., 259

B) Extensión de los daños resarcibles

a) Imputación de los daños al incumplimiento del contrato (art. 1107 CC). Deber del consumidor del viaje de mitigar los daños sufridos

Sentencias españolas

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado municipal número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, 1954, págs.176-178., 277

Tribunal Supremo

- STS, de 11 de marzo de 1988, Sala 1.ª, Ponente Sr. José Luis Albacar López, RAJ 1961., 270
STS, de 17 de diciembre de 1985, (Sala 1.ª), Ponente Sr. Rafael Casares Córdoba, RAJ 6589., 279
STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.ª, Ponente Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282., 266
STS, de 23 de mayo de 1983, Sala 4.ª, Ponente Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán, RAJ 3415., 271

b) Resarcimiento de daños ulteriores en supuestos de penalización mínima

Sentencias alemanas

- Sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 22.1.1998, RRa 6/1998, págs. 125-127., 292, 294

c) Limitación de responsabilidad con arreglo a convenios internacionales

Sentencias alemanas

- Sentencia AG Hannover, Urt. 24.1.1996, RRa 4/1996, pág. 90., 307
Sentencia AG Ludwigsburg, Urt. 2.7.1998, RRa 12/1998, págs. 240-241., 315

d) Facultad de moderación judicial (art. 1103 CC)

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 1998, Sección 11.ª, Ponente Sr. Joaquín de Oro Pulido López, RGD, 1998, págs. 12588-12590., 368
SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.ª, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658., 367
SAP de Castellon, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.ª, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583., 373
SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423., 373
SAP de Vitoria, de 13 de julio de 1996, Ponente Sr. Picazo Blasco, AC 2009., 366
SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583., 367, 373

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado juez Sr. Mario Buisan Bernad (Inédita)., 372

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, núm. 112, 1954, págs. 176-178., 367

Tribunal Supremo

STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.ª, Ponente Sr. Matias Malpica González-Elipe, RAJ 4130., 373

e) Cláusulas contractuales de limitación de la cuantía indemnizatoria

Sentencias alemanas

Sentencia BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 1987, 1931-1938, págs. 1937-1938., 343

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.ª, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 356., 337

SAP de Madrid, de 26 de enero de 1999, Ponente Sr. Suárez Robledano, Actualidad Civil @ 423., 356

SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.ª, Presidente Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598., 356

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado juez Sr. Mario Buisan Bernad (inérita)., 356

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, Magistrada juez Sra. María José Juliá Igual (inérita)., 356

Tribunal Supremo

STS, de 21 de junio de 1980, Sala 1.ª, Ponente Sr. Jaime Castro García, RAJ 2726., 336

Sentencias italianas

Sentencia del Tribunal de Roma, 17.1.89, en GI, 1991, I, 2, 66., 347

C) Exoneración de responsabilidad contractual del organizador y el detallista

a) Causas de exoneración

(i) Defecto imputable al consumidor (art. 11.2 LVC, letra a)

Sentencias españolas

Tribunales Superiores de Justicia autonómicos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 7 de junio de 1995., 387, 389

Tribunal Supremo

STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.ª, Ponente Sr. Matias Malpica González-Elipe, RAJ 4130., 384

STS, de 31 de octubre de 1991, Sala 1.ª, Ponente Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, RAJ 7248 FD2)., 383

STS, de 7 de junio de 1991, Sala 1.ª, Ponente Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes, RAJ 4431., 383

(ii) Defecto imputable a tercero (art. 11.2 LVC, letra b)

Sentencias alemanas

Sentencia AG Frankfurt, Urt. 8.12.1997, NJW, 36, 1980, pág. 1965., 401

Sentencia BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 32 (1987), págs. 1938-1939., 409

Sentencia BGH, Urt. 25.3.1982, NJW 28 (1982), págs. 1521-1522., 409

Sentencia LG Frankfurt, Urt. 25.2.1980, NJW, 21 (1980), págs. 1169-1170., 401

Sentencia LG Frankfurt, Urt. 7.1.1985, NJW 25 (1985), págs. 1474-1475., 404

Sentencia OLG Frankfurt, Urt. 1.12.1982, NJW 5 (1983), págs. 235-237., 404

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Granada, de 23 de marzo de 1999, Ponente Sr. Domingo Bravo Gutiérrez, marginal 739, Aranzadi Civil, núm.7, julio 1999, págs.1037-1039., 397

SAP de Madrid, de 8 de abril de 1999, Ponente Sra. Lourdes Ruiz de Gordejuela López, AC 2000., 213, 214, 408

Tribunal Supremo

- STS, de 10 de junio de 1986, Sala 1.ª, Ponente Sr. Rafael Pérez Gimeno, RAJ 3382., 404
- STS, de 11 de marzo de 1988, Sala 1.ª, Ponente Sr. José Luis Albácar López, RAJ 1961., 393, 394
- STS, de 3 de octubre de 1994, Sala 1.ª, Ponente Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 7443., 404
- STS, de 31 de octubre de 1986, Sala 1.ª, Ponente Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes, RAJ 6024., 404
- STS, de 6 de abril de 1987, Sala 1.ª, Ponente Sr. Rafael Casares Córdoba, RAJ 2495., 404
- STS, de 7 de abril de 1965, Sala 1.ª, Ponente Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín, RAJ 2118., 404

(iii) *Fuerza mayor*

Sentencias alemanas

- Sentencia BGH, Urt. 12.3.1987, NJW 32 (1987), págs. 1938-1939., 412
- Sentencia BGH, Urt.12.3.1987, NJW 1987, pág. 1988., 422

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Castellón, de 19 de septiembre de 1998, Sección 1.ª, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, AC 1658., 428
- SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núms. 628-639, 1997, págs. 1140-1143., 426

Sentencias francesas

- Sentencia de la Cour de cassation (1ere. Civ.), de 8 de diciembre de 1998, REDC, 1999, pág.85), 420
- Sentencia de la Cour de cassation, de 9 de marzo de 1994 (RTD civ. 1994, núm.5, pág. 871), 422

(iv) *Acontecimiento imprevisible e insuperable*

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Lleida, de 12 de marzo de 1998, Sección 2.ª, Ponente Sr. Miguel Gil Martín, RAJ 356., 444

Tribunal Supremo

- STS, de 3 de octubre de 1986, Sala 3.ª, Ponente Sr. Antonio Agúndez Fernández, RAJ 5661., 443

Sentencias francesas

- Sentencia de la Cour de cassation, de 9 de marzo de 1994 (RTD civ. 1994, núm. 5, pág. 871), 436

b) Cláusulas contractuales exoneratorias

Sentencias alemanas

- Sentencia AG Bad Homburg, Urt. 21.6.1996, RRa 10/1996, pág. 208., 488
- Sentencia AG Bielefeld, Urt. 2.9.1997, RRa 2/1998, pág. 47., 481
- Sentencia AG Bonn, Urt. 5.2.1998, RRa 8/1998, pág. 155., 481
- Sentencia AG Düsseldorf, Urt. 13.6.1997, RRa 9/1997, pág. 178., 475
- Sentencia AG Frankfurt am Main, Urt. 17.11.1995, RRa 5/1996, págs. 111-113., 501
- Sentencia AG Ludwigsburg, Urt. 24.9.1997, RRa 10/1998, págs. 19-20., 481
- Sentencia AG Ludwigsburg, Urt. 29.3.1999, RRa 6/1999, págs. 113-114., 486
- Sentencia BGH, Urt. 14.4.1983, NJW 29 (1983), págs. 1612-1614., 449
- Sentencia Homburg, Urt. 4.2.1998, RRa 5/1998, pág. 101., 475
- Sentencia LG Bonn, Urt. 14.1.1998, RRa 6/1998, págs. 121-125., 488
- Sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 10.12.1998, RRa 3/1999, págs. 55-59., 481
- Sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 13.6.1996, RRa 4/1997, págs. 84-85., 488
- Sentencia OLG Düsseldorf, Urt. 15.12.1994, RRa 4/1995, págs. 63-64., 480
- Sentencia OLG Frankfurt am Main, Urt. 20.2.1997, págs. 161-163., 488
- Sentencia OLG Frankfurt am Main, Urt. 29.8.1996, 2/1997, págs. 38-39., 481
- Sentencia OLG Frankfurt, Urt. 29.4.1982, NJW 39 (1982), pág.2200., 449

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona, de 14 de julio de 1994, Sección 1.ª, EC, núm. 33, 1995, pág. 131., 469

SAP de Madrid, de 7 de junio de 1994, Sección 11.ª, Ponente Sr. José Ramón Fernández Otero, RAJ 1155., 488

SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, núm. 648, págs. 12208-12212, 489

SAP de Palma de Mallorca, de 18 de febrero de 1998, Sección. 3.ª, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD núm. 648, págs. 12208-12212, 485

SAP de Tarragona, de 23 de octubre de 1998, Sección 3.ª, Ponente Sra. M.ª Ángeles García Medina, AC 2255., 503

SAP de Vizcaya, de 19 de marzo de 1996, Sección 1.ª, Ponente Sra. María de les Mercedes Oliver Albuerne, RAJ 542., 467

Tribunal Supremo

STS, de 31 de mayo de 2000, Sala 1ª., Ponente Sr. Jesús Corbal Fernández, RAJ 5089, 483, 489

D) Carga del consumidor de comunicar los supuestos de incumplimiento

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado municipal número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953, RGD, 1954, págs. 176-178., 514

Tribunal Supremo

STS, de 18 de julio de 1994, Sala 1.ª, Ponente Sr. Francisco Morales Morales, RAJ 6446., 510

TERCERA PARTE

A) Concurrencia de la acción de responsabilidad contractual con otras acciones del consumidor

a) Acción de reclamación del abono de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (art.10.1 LVC)

Sentencias alemanas

Sentencia AG Bad Homburg, Urt. 30.1.1997, RRa, 1997, págs. 100-101., 535

Sentencia AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1993, pág. 1328., 540

Sentencia Hannover, MDR 1985, pág. 49., 540

Sentencia KG Urt.18.2.1993-16 U 4702/92=NJW-RR 1993, pág. 1209., 534

Sentencia LG Düsseldorf, MDR 1988, pág. 965., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1987, pág. 368., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, pág. 310., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, pág. 1396., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1991, pág. 316., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., NJW-RR, 1991, pág. 1211., 540

Sentencia LG Frankfurt a.M., RRa 1994, pág. 207., 540

Sentencia LG Hildesheim, NJW-RR 1988, pág. 1333., 540

Sentencia OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, pág. 1330., 540

Sentencia OLG Düsseldorf, NJW-RR, 1992, pág. 1273., 540

Sentencia OLG Köln, NJW-RR 1993, pág. 1019., 540

Sentencia OLG Köln, Urt. 14.10.1992-16 U 46/92=NJW-RR 1993, pág. 252., 534

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de la Coruña, de 21 de enero de 1998, Sección 3.ª, Ponente, 536

SAP de Valencia, de 17 de junio de 1993, RGD, 1993, págs. 7615-7617., 544

SAP de Vitoria, de 2 de marzo de 1993, Sección 1.ª, Ponente Sr. Juan Saavedra Ruiz, Actualidad Civil, 1993-4, @ 1583., 544

Tribunal Supremo

STS, de 1 de junio de 1982, Sala 1.^a, Ponente Sr. Mariano Martín-Granizo, RAJ 3401., 541

STS, de 19 de diciembre de 1984, Sala 1.^a, Ponente Sr. Mariano Martín-Granizo, RAJ 6134., 541

STS, de 23 de marzo de 1982, Sala 1.^a, Ponente Sr. Jaime de Castro García, RAJ 1500., 541

b) Acción de resolución del contrato (art.10.2 LVC)

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994, Sección 1.^a, Ponente Sr. Marcial Subiras Roca, AC 1458., 547

Tribunal Supremo

STS, de 14 de febrero de 1995, Sala 1.^a, Ponente Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo, RAJ 1104., 548

c) Acción de responsabilidad extracontractual (arts.1902 y ss. CC)

Sentencias alemanas

Sentencia AG Charlottenburg, Urt. 6.1.1995, RRa 5/1995, págs. 87-88., 577

Sentencia AG Essen, Urt. 1.6.1995, RRa 10/1995, págs. 181-182., 570

Sentencia AG Leverkusen, Urt. 13.8.1996, RRa 12/1996, págs. 253-254., 570

Sentencia LG Frankfurt am Main, Urt. 16.1.1995, RRa 5/1995, págs. 88-89., 570

Sentencias españolas

Audiencias Provinciales

SAP de Asturias, de 11 de diciembre de 1998, Sección 5.^a, Ponente Sr. Francisco Luces Gil, AC 2365., 562

SAP de Madrid, de 4 de enero de 1994, Sección 21.^a, Ponente Sr. Belo González, Actualidad Civil, @ 1081, 1994, págs. 1641-1652., 554, 565

SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997, Sección 4.^a, Ponente Sr. Félix López Cruz, AC 1649., 565

SAP de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1995, Sección 3.^a, Ponente Sr. Guillermo Roselló Llaneras, RGD, 1997, núms. 628-629, págs. 1140-1143., 552

SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, Sección 1.^a, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron, AC 2405., 582

SAP de Tarragona, de 3 de octubre de 1998, Sección 3.^a, Ponente Sra. M.^a Ángeles García Medina, AC 2255., 562

SAP de Valencia, de 26 de marzo de 1999, Sección 6.^a, Presidente Sr. Vicente Ortega Llorca, Actualidad Civil, @ 795, págs. 1587-1598., 569

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de 18 de marzo de 1997, Magistrado Juez Sr. Mario Buisan Bernad (inédita)., 573, 576

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia, de 6 de mayo de 1996, Magistrada Juez Sra. María José Juliá Igual (inédita)., 567, 572, 573, 576, 577

Tribunal Supremo

STS, de 15 de octubre de 1976, Sala 1.^a, Ponente Sr. Francisco Bonet Ramón, RAJ 4188., 553

STS, de 17 de diciembre de 1990, Sala 1.^a, Ponente Sr. Jaime Santos Briz, RAJ 10282., 565

STS, de 20 de mayo de 1968, Sala 1.^a, Ponente Sr. José Beltrán de Heredia y Cataño, RAJ 2827., 553

STS, de 26 de mayo de 1995, Sala 1.^a, Ponente Sr. Matías Malpica González-Elipe, RAJ 4130., 566

B) Distribución de la carga de la prueba de los presupuestos de responsabilidad contractual

a) Prueba a cargo del consumidor

Sentencias alemanas

Sentencia AG Hamburg, Urt. 21.2.1995, RRa 1995, págs. 108-109., 587

Sentencia AG Kleve, Urt.19.3.1996, RRa 1996, págs. 131-132., 587

Sentencias españolas

Tribunal Supremo

STS, de 22 de abril de 1989, Sala 2.ª, Ponente Sr. Luis Vivas Marzal, RAJ 3500., 586, 587

b) Prueba a cargo del organizador y el detallista

Sentencias españolas

Tribunal Supremo

STS, de 16 de enero de 1987, Sala 1.ª, Ponente Sr. Antonio Carretero Pérez, RAJ 300., 589

Bibliografía

Bibliografía

Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La representación*, ADC, 1958, págs. 767-803.

— *Derecho civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 1 (La obligación y el contrato en general), 10.^a ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1997.

Guillermo ALCOVER GARAU, *La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español*, RDM, núm. 232, 1999, págs. 687-703.

Natalia ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998.

— *Responsabilidad y exclusión de responsabilidad en los viajes combinados (Un análisis de la aplicación práctica del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, de 6 de julio 1995)*, AC, núm. 7, 1998, págs. 13-31.

María Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97 de 17 de octubre*, Actualidad Civil, núm. 22, 29 de mayo a 4 de junio de 2000, págs. 813-833.

Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, págs. 158-168.

M.^a Eulalia AMAT LLARI, en Ignacio ARROYO MARTÍNEZ/ Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.^a // 10^a)*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 375-379.

Paul-Henri ANTONMATTEI, *Ouragan sur la force majeure*, JCP, núm. 7, 1996, págs. 83-84.

Marco ARATO, *Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati*, RDCo, 1982, págs. 357-394.

Santiago AREAL LUDEÑA, *Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de compañías aéreas en caso de accidente*, EC, núm. 39, 1996, págs. 57-77.

— *El seguro aeronáutico (Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos)*, Madrid, Colex, 1998.

Adolfo AURIOLES MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje*, RDM, núm. 206, 1992, págs. 819-862.

Ferran BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

— *Comentario del Código civil (art. 1102)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 36-38.

— *Comentario del Código civil (art. 1103)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 38-40.

— *Comentario del Código civil (arts. 1783 y 1784)*, T.II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1696-1701.

Harald BARTL, *Recht der Touristik*, R-Tour 24, 1989, Cruppe 130, § 651 f, págs. 100-112.

Juan BATALLER GRAU, *El seguro múltiple*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Annick BATTEUR, *De la responsabilité des agences de voyages organisés (Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle du fait d'autrui?)*, JCP, núm. 12, 1992, págs. 129-137.

Jack BEATSON, *The Incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law*, ZeuP 4 (1998), págs. 957-968.

Gianfranco BENELLI, "Il contratto di assistenza turistica", en Gabriele SILINGARDI/Alfredo ANTONINI/ Francesco MORANDI (*a cura di*), *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, págs. 613-626.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1983*, CCJC, 2/1983, marginal 60, págs. 631-639.

Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios*, EC, núm. 50, 1999, págs. 67-86.

Eric E. BERGSTEN & Anthony J. MILLER, *The Remedy of Reduction of Price*, Am.J.Comp.L. 27 (1979), págs. 255-277.

Franz BETHÄUSER, *Reiserecht und Umweltprobleme—Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung*, DAR 12 (1991), págs. 441-444.

Massimo BIANCA, *Diritto Civile, T.V (La responsabilità)*, Milano, Giuffrè Editore, 1994.

Rita BIDINGER/Ralph MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1995.

Juan José BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, Dykinson, 1996.

Francisco BONET RAMON, *Código civil comentado (art. 1725)*, Madrid, Aguilar, 1964, págs. 1363-1364.

Anna BOTTI, "Il contratto di intermediazione di viaggio alla luce del recente Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva 90/314/CEE", en Gabriele SILINGARDI/Alfredo ANTONINI/ Francesco MORANDI, *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, págs. 627-639.

Michael BOTTOMLEY RENSHAW, *The Travel Agent*, 2nd. ed., Sunderland, Business Education Publishers Limited, 1997.

François BOULANGER, *Les relations juridiques entre les agences de voyages et leur clientele apres l'arrêté du 14 juin 1982*, JCP, 1983, I Doctrine, 3117.

— *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, Paris, Economica, 1996.

Thierry BOURGOIGNIE/David TRUBEK, *Consumer Law, Common Markets and Federalism*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987.

Vera BOY, *Die dogmatische Begründung der Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters und ihre Grenzen*, Köln, Dissertation, 1993.

Hans Erich BRANDNER, en Peter ULMER/Hans Erich BRANDNER/Horst-Diether HENSEN/Harry SCHMIDT, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, Anh. §§ 9-11, págs. 1249-1268.

Hans BRONX, *Das Reisevertragsgesetz*, JA 10 (1979), págs. 493-498.

— *Störungen durch geistig Behinderte als Reisemangel?*, NJW 26 (1980), págs. 1939-1940.

Thomas BURGER, *Die Haftung des Reiseveranstalters für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit*, NJW 23 (1980), págs. 1250-1254.

Francesco Donato BUSNELLI, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en Jorge MOSSET ITURRASPE/Luis DÍEZ-PICAZO/ Francesco BUSNELLI/ Louis PERRET/ Clovis da COUTO e SILVA, *Daños*, Buenos Aires, 1991, Depalma, 1991, págs. 35-51.

— *Interessi della persona e risarcimento del danno*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1996, págs. 1-25.

- Silvio BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, DT, 1993-2, págs. 313-330.
- Jonathan BUTTIMORE, *Holiday Law in Ireland*, Dublin, Blackhall Publishing, 1999.
- Ernesto CABALLERO, *El Seguro obligatorio de accidentes de viajeros*, Madrid, Caser, 1990.
- José María CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento*, RDP, 1994, págs. 1047-1064.
- Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988.
- Ernst von CAEMMERER, en Carl HEINRICH/ Julius MAGNUS/ Oscar MÜGEL/Walter SIMONS/ Heinrich TITZE/ Martin WOLFF, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrechts des In- und Auslandes*, Band IV (Höhere Gewalt), Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1933, págs. 239-267.
- Angel CARRASCO PERERA, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1101 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, págs. 374-444,
- en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1102 CC)*, Madrid, EDERSA, T. XV-1, 1989, págs. 444-474.
- en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1106 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, págs. 666-709,
- en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1107 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, págs. 709-752.
- Federico de CASTRO y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, Rivadeneyra, 1976.

Santiago CAVANILLAS MÚGICA/Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

Santiago CAVANILLAS MÚGICA, "Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad", en Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (dir.), *Derecho de obligaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 621-640.

François CHABAS, *Force Majeure*, Encyclopédie DALLOZ, Civil, V, E-INC, 1997, págs. 1-19.

Giorgio CIAN/Alberto TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile (art. 1341)*, 4^a. ed., Padova, CEDAM, 1992, págs. 1061-1065.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coord), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 10.1c) 6º*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 336-347.

Mario CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

P.J. COOKE/D.W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, 2nd. ed., London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1993.

Mercedes CORDONES RAMÍREZ, "Sobre la aplicación de la normativa de viajes combinados a los viajes de estudios al extranjero con alojamiento familiar (Comentarios al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de febrero de 1999)", en Adolfo AURIOLÉS MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 367-373.

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ/Vicente GIMENO SENDRA/Víctor MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Colex, 1996.

V.CORTÉS GIRÓ, *Comentario a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, de 31 de diciembre de 1953*, RGD, núm. 112, 1954, pág.178.

Paolo COSSA, "Assicurazioni a tutela dell'agente di viaggi", en Ugo DRAETTA/Cesare VACCÀ (a cura di), en *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, págs. 171-180.

Gastone COTTINO, en Francesco CALASSO (*direzione e coordinamento*), *Enciclopedia del Diritto (caso fortuito e forza maggiore)*, Milano, Giuffrè Editore, 1960, VI (Cap-Cine), págs. 377-390.

Norman G. COURNOYER/Anthony G. MARSHALL/Karen L. MORRIS, *Hotel, Restaurant and Travel Law (A preventive Approach)*, 5 th. ed., Boston, Delmar Publishers, 1999.

Mariano CRESPO MEDINA, *El nuevo sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (Ley 30/1995). Estudio específico de la tabla de incapacidad temporal*, La Ley, 1996, págs. 149-180.

Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985.

— *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1989.

— *La responsabilidad del deudor por sus auxiliares*, ADC, 1989, págs. 5-17.

— *Daño moral contractual*, RDP, 1990, págs. 3-12.

— *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Civitas, 1990.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La función liquidatoria de cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1993.

Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil (art. 1106)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 45-53.

— *Comentario del Código civil (art. 1107)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 53-62.

— *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993.

Pilar DE LA HAZA DÍAZ, *El contrato de viaje combinado (La responsabilidad de las agencias de viajes)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Alicia DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*, Madrid, Eurolex, 1995.

Massimo DEIANA, *La disciplina del contratto di organizzazione di viaggio turistico nei viaggi interni*, DT, 1988, II, págs. 113-152.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I (Parte General. Teoría general del contrato), 3.^a ed., Barcelona, 1994.

Marina DEMARCHI, "La Direttiva n. 314/90, del 13 giugno 1990, sui viaggi e vacanze "tutto compreso" e la recezione nel nostro ordinamento mediante il D.G.L. 17 marzo 1995, n.111", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (a cura di), *I contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, págs. 11-38.

Jörg DEMMIG, *Die Mängelhaftung im Reisevertragsrecht*, Münster, Dissertation, 1990.

Jörg DEWENTER, *Haftung des Reisebüros bei der Vermittlung von Individualreisen*, MDR, 1998, págs. 1136-1137.

Silvia DÍAZ ALABART, *La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil*, ADC, 1988, págs. 1133-1224.

— en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1103 CC)*, T. XV-1, Madrid, EDERSA, 1989, págs. 475-584.

— en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 10.1c) 6º*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 284-295.

— *Las arras (II)*, RDP, 1996, págs. 83-112.

Luis DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II (Las relaciones obligatorias), 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

— *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

Luis DÍEZ-PICAZO/ Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol I/1 (Introducción, Parte General y Derecho de la persona), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

Rainer EBERLE, *Die Haftung des Reiseveranstalters*, DB 7 (1973), págs. 1-7.

Hans-Werner ECKERT, *Das neue Reiserecht*, DB 21 (1994), págs. 1069-1075.

— *Die Risikoverteilung im Pauschalreiserecht*, 2. Aufl., Berlin, Luchterhand, 1995.

Vide Yael ENOCH, *Contents of Tour Packages: A Cross-Cultural Comparison*, *Annals of Tourism Research*, 1996, págs. 599-617.

Isabel ESPÍN ALBA, *La cláusula penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Adolf EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) (Im römischen und heutigen Verkehrsrecht)*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1870 (Neudruck der Ausgabe Wien 1883).

Erich FEIL, *Konsumerschutzgesetz (KSchG)*, Wien, Linde Verlag, 1995, § 31, págs. 146-159.

Nieves FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996.

Geograph Mathias FEIGE, *Hypothesen zur quantitativen Entwicklung des Fremdenverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland in den nächsten 25 Jahren*, ZFV, 1988-1, págs. 16-21.

Frank FISCHER, *Zur Wirksamkeit und den Folgen der "Beförderungsfremdleistungsklauseln" in der Nr. 9.3 der DVR-Kontitionenempfehlung (ARB 1994)*, RRa 10/1998, págs. 187-192.

Constanze FISCHER-CZERMAK, *Leistungsstörungen beim Reiseveranstaltungsvertrag*, JBI 119 (1997), págs. 274-284.

Giorgio FOSSATI, *Clausola di intermediazione e responsabilità dell'agente di viaggi*, GI, 1988, I, págs. 183-192.

M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, 13th ed., London, Edinburgh, Dublin, 1996.

Ernst FÜHRICH, *Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalter*, DB 30 (1990), págs. 1501-1504.

— *Die Risikoverteilung bei höherer Gewalt im Reisevertragsrecht*, BB 8 (1991), pág. 493-495.

— *Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht*, EuZW 11 (1993), págs. 347-352,

— *Reiserecht von A-Z*, München, Beck-Rechtsberater, 1995, págs.154-155.

— *Reiserecht*, 3. völlig neubearb. Auf., Heidelberg, C.F.Müller, 1998.

— *EU-Überbuchungsverordnung und Reiserecht*, RRa 4/1998, págs. 87-88.

Manuel GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965.

Rafael GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1990.

María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viajes*, Madrid, Montecorvo, 1999.

Alfred GERAUER, *Die Haftung des Reiseveranstalters für Mängel des Leistungsträgers aus dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht*, BB 1989, págs.1003-1005.

María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA/Lluís PUIG i FERRIOL/ Jacinto GIL RODRÍGUEZ/José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Elmar GIEMULLA, *Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen*, NZV 1998, págs. 225-229.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

Pietro GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, DT, 1992-2, págs. 413-429.

— "La disciplina giurídica dell'overbooking nel trasporto aereo di linea e gli indennizzi per el mancato imbarco", en Ugo DRAETTA/Cesare VACCÀ (*a cura di*), *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, págs. 317-343.

L. GOLDSCHMIDT, *Vermischte Schriften*, Band II, Berlin, J.Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1901, págs. 418-460.

Juan GÓMEZ CALERO, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Madrid, DYKINSON, 1997.

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

M^a Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, "Reflexiones sobre la exigencia de forma jurídica específica para las agencias de viajes: la posibilidad de agencias de viajes-personas físicas", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 387-397.

David GRANT/Stephen MASON, *Holiday Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1998.

Wolfgang GRAZIANI-WEISS, *Reiserecht in Österreich (Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreisereichtlinie)*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1995.

Noam GRUNSKY, en Kurt REBMANN/Franz Jürgen SÄCKER (Hrsg.), *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH*, Bd.2, 3. Auf., München, Beck, 1994, § 254, págs. 490-531.

Gerwin HAYBÄCK, *Extracto de la decisión del OGH austríaco, de 14 de marzo de 1998*, REDC, 1998, págs. 315-316.

Thomas HEINZ, *Reisevertragsrecht von A-Z*, Herne/Berlin, Verlag für die Rechts-und Anwaltspraxis, 1994.

Alonso HERNÁNDEZ MORENO, *Comentario del Código civil (art. 1725)*, T.II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1562-1564.

Teresa HUALDE MANSO, *El Transporte de Viajeros por Carretera*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

Fernando IGARTUA ARREGUI, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984*, CCJC, 1984/5, marginal 136, págs. 1631- 1644.

Rudolph von IHERING, *Estudios jurídicos*, Buenos Aires, 1974.

Edgar ISERMANN, *Reisevertragsrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 1988.

Gonzalo JIMÉNEZ BLANCO, "Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising", en Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL, *Contratos mercantiles especiales*, Madrid, 1997, págs. 193-221.

Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1987.

— *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994.

Patrice JOURDAIN, *Responsabilité civile*, RTD civ., núm. 4, 1994, págs. 865-877.

Charles-André JUNOD, *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie., 1956.

Paul KALLER, *Reiserecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.

Andreas KAPPUS, *Reise- und Hotelaufnahmebedingungen*, en Friedrich Graf von WESTPHALEN (Hrgs.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2 order, Frankfurt am Main, Verlag C.H. Beck, 1996, págs. 1-51.

Rik DE KEYSER, *The organised Travel Market in Belgium*, The Tourist Review, 1999-2, págs. 21-29.

Thomas KUZNICKI, *Terrorismus und luftspezifische Gefahr in bezug auf eine Haftung des Luftfrachtführers gemäss Artikel 17 des Warschauer Abkommens*, ZLW, 41 (1992), págs. 360-376.

José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho Civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 1 (Parte general. Teoría general del contrato), Barcelona, J.M. Bosch, 3.^a ed., 1994.

Carlos LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1995.

—"Contratos turísticos, protección del turista y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 19-36.

Richard LAWSON, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, London, Sweet & Maxwell, 1998.

José R. LEÓN ALONSO, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales (art. 1725 CC)*, T. XXI-2, Madrid, EDERSA, 1986, págs. 324-346.

Angela LEZZA, en Nicolò LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, Pádova, Cedam, 1997, págs. 867-893.

Laura di LIDDO, "L'attuazione della Direttiva C.E. n. 314/90 nel Regno Unito: Obblighi assicurativi e tutela del viaggiatore", en Ugo DRAETTA/Césare VACCÀ (a cura di), *Il contratti di viaggio e turismo*, Milano, EGEA, 1995, págs. 455-473.

J. Miguel LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC, 1992, págs. 651-734.

Angel LÓPEZ LÓPEZ, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena) (art. 50)*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 444-455.

Walter LÖWE, *Das neue Reisevertragsgesetz*, BB 27-30 (1979), págs. 1357-1366.

Giuseppe Ignazio LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale (La responsabilità per custodia)*, Milano, Giuffrè Editore, 1938.

José María MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español (art. 1725)*, T. XI, Madrid, Reus, 1972, págs. 723-728.

Enrique MAPELLI, *Hacia un nuevo enfoque práctico del problema del "overbooking"*, RDM, núm. 149, 1978, págs. 361-377.

Juan José MARÍN LÓPEZ, *Los perjudicados por la muerte en accidentes de circulación (Sobre la tabla I del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»)*, Aranzadi Civil, 1997, págs. 47-77.

Miquel MARTÍN CASALS, "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", en Pablo SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 382-409.

— "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/ 1982", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, págs. 1231-1273.

—*La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado*, RGD, núms. 658-659, 1999, págs. 9405-9443.

—*Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo*, La Ley, número 5137, 11 de septiembre de 2000, págs. 1-5.

Miquel MARTÍN CASALS/Francisco VICENT CHULIÁ/Jordi RIBOT IGUALADA/Fernando CERDÁ ALBERO, *Estudio sobre las actuales*

condiciones generales del contrato de viaje. Líneas Generales para su revisión, Barcelona, (inédito), septiembre 1999.

Alessandro MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, Actualidad Editorial, 1990, págs. 108-138.

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje (Comentario a la sentencia de la A.P. de Badajoz de 6 de septiembre de 1995)*, PJ, núm. 40, 1995, págs. 411-424.

— *La jurisprudencia relativa al contrato de viaje organizado por agencia*, AC, núm. 1, 1996, págs. 109-127.

— *Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*, RDP, 1996, págs. 464-479.

— *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial)*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

Maria MASSA, *Commentario della sentenza della Corte di Giustizia CE 11 febbraio 1999*, DT, 1999-III, págs. 991-901.

Heinrich MAYRHOFER, *Anmerkungen zur Umsetzung der EG-Pauschalreisenrichtlinie in das KSchG*, ZfRV 36 (1995), págs. 229-244.

Justus MEYER/ Sebastian KUBIS, *Pauschalreiserecht in Europa*, ZVgIRWiss 92 (1993), págs. 179-214.

Miguel MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra, Almedina, 2000.

Vicente MONTES PENADÉS, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (art. 1124 CC)*, T. XV, Madrid, Edersa, 1989, págs. 1171-1255.

V. L MONTÉS, en F. CAPILLA/A. LÓPEZ/ V.L. MONTÉS/ E. ROCA, M^a R. VALPUESTA, *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

Salvatore MONTICELLI, en Gianluca CIURNELLI/Salvatore MONTICELLI/ Goffredo ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio i contratti del tempo libero*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, págs. 128-277.

— Salvatore MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Una difficile «omogeneizzazione»*, RaDC, 1998-4, págs. 799-807.

Antonio Manuel MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC, 1980, págs. 585-686.

— *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa*, ADC, 1982, págs. 591-684.

— *Comentario del Código civil (art.1486)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 959-962.

Vide David MORÁN BOVIO, "Transporte internacional de pasajeros: limitación de la responsabilidad del porteador aéreo y viajes combinados", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 85-100.

Juan Carlos MUÑOZ MARTÍN, *La Directiva sobre viajes combinados y el derecho español*, Noticias de la Unión Europea, núm. 123, 1995, págs. 85-91.

Walter MÜLLER, *Schadenersatz auf Grund verdobenen Urlaubs (Zur dogmatischen Einordnung von § 651 f Abs.2 BGB)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

Wolfgang NETTESHEIM, *Reiserechtliche Aspekte schneearmer Winter*, DAR 4 (1992), págs. 136-140.

Jörg NEUNER, *Der Reisevermittlungsvertrag*, AcP 193 (1993), págs. 1-34.

Mark NIEHUUS, *Reisemängel von A-Z*, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 1997.

Irmtraud NIES, *Reisebüro*, München, Verlag C.H.Beck, 1996,

— *Die Beratungspflichten des Reisebüros*, RRa 11/1997, págs. 211-216.

Rainer NOLL, *Besteht eine Pflicht des Reisevermittlers, den billigsten Reiseveranstalter zu empfehlen?*, RRa 4 /1996, págs. 63-78; RRa 5 /1996, págs. 95-102.

Cosimo NOTARSTEFANO, *Importanza e portata innovativa della Loi fédérale sur les voyages à forfait del 18 giugno 1993 nell'ambito dell'esperienza giuridica elvetica*, DT, 1995-III, págs. 761-770.

Giorgio DE NOVA, *La novella al Codice civile in tema di clausole vessatorie e i contratti turistici*, DT, 1997-1, págs. 1-9.

Veronika PAETZOLD, *Pauschalreisen und Recht in Deutschland und in der Schweiz*, Zürich, Handelskammer Deutschland-Schweiz, 1996.

Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurzkommentare)*, Bnd. 7, 56 neuarb. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 1997, § 651, págs. 748-760.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 26 de enero de 1984*, CCJC, 4/1984, marginal 106, págs. 1257-1267.

— *Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 1984*, CCJC, 5/1984, marginal 137, págs. 1645-1659.

— *Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1984*, CCJC, 6/1984, marginal 154, págs. 1869-1884.

— "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, págs. 1561-1591.

— *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, 1992, págs. 1019-1091.

Roberto PARDOLESI, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, Riv.Dir.Civ., 1981, I, págs. 55-83.

M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1994*, CCJC, 35/1994, marginal 935, págs. 569-591.

Luis PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. 1 (Parte especial), Barcelona, Bosch, 1989.

Volker PELLET, *Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserichtlinie*, Frankfurt am Main-Berlin- Bern- New York- Paris-Wien, Peter Lang, 1992.

Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, 1973.

Eckhart PICK, *Reiserecht (Kommentar zu den §§ 651a-§§ 651I BGB)*, München, Verlag CH Beck, 1995.

Laura PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, Milano, Guiffrè Editore, 1998.

Valeria PIERFELICI, *La qualificazione giuridica del contratto turistico e la responsabilità del "tour operator"*, RaDC, 1986, págs. 639-659.

Antonio PINTO MONTEIRO, *Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 83, 1995, págs.195-213.

— *El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, RDM, núm. 219, 1996, págs. 79-115.

Thorsten POSNER, *Konkurrenzen im Reisevertragsrecht*, Frankfurt am Main, Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, Peter Lang, 1994.

Richard A. POSNER/Andrew M. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis*, J. Leg. Stud. 6 (1977), págs. 83-118.

Mark POUSTIE/Jenifer ROSS/Norman GEDDES/William STEWART, *Hospitality and Tourism Law*, London, International Business Press, 1999.

Pierre PY, *Droit du Tourisme*, Paris, Dalloz, 4 éd., 1996.

Susana QUICIOS MOLINA, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Disposición adicional 1.ª II 10ª)*, Elcano, Aranzadi, 1999, págs. 1007-1020.

Ignacio QUINTANA CARLO, *La protección del turista como consumidor*, EC, núm. 2, 1984, págs. 65-86.

— *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, EC, núm. 22, 1991, págs. 43-67.

Eberhard REBMANN, *International einheitliche Regelung des Rechtes des Reisevertrages*, DB 24 (1971), págs. 1949-1955 y 2002-2006.

Heinz RECKEN, *Die Haftung des Reiseveranstalters für Versagen des Leistungsträgers aus "unerlaubter Handlung"*, BB 1989, págs. 1709-1710.

—en Wilfrid BEMM/Gerhard BOLDT/Jochen CORTS/Hans EISEMANN/Heinrich GEBRING/ Heinz RECKEN/ Waldemar RÖHSLER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar §§ 651a bis 651k)*, Bd. II, Teil 3/2, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997, págs. 1-111.

Luis Fernando REGLERO CAMPOS, *Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1995*, CCJC, 40/1996, marginal 1086, págs. 285-296.

Santiago RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje (Ordenación y contratación)*, Barcelona, Bosch, 1998.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator»*, ADC, 1976, págs. 1057-1136.

Ramón M^a ROCA SASTRE/José PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, T.I (Obligaciones y contratos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

Juan ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (artículos 1740 a 1808 del Código Civil)*, T. XXII-1, Madrid, EDERSA, 1983, págs. 297-307.

Encarna ROCA i TRÍAS, *La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*, ADC, 1998, págs. 7-39.

René RODIÈRE, *La responsabilità delle agenzie di viaggio*, RDCo, 1959, I, págs. 81-90.

Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991.

— *Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa*, RDP, 1992, págs. 113-132.

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, ADC, 1993, págs. 511-587.

Enzo ROPPO, *Comentario alla Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, NLCC, núm. 6, 1978, págs. 1757-1799.

— *Commentario del Decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 111, attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"*, NLCC, 1997, I-II, págs. 1-71.

Carlo ROSSELLO, *Il danno evitabile (La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza)*, Padova, CEDAM, 1990.

Liliana ROSSI CARLEO, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, Riv. Dir. impresa, 1995, págs. 477-495.

Edgar RUHWEDEL, *Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen von 9.10.1997*, TranspR 1 (1998), págs. 13-16.

Miguel RUIZ MUÑOZ, *Guía explicativa de la ley de viajes combinados*, EC, núm. 37, 1997, págs. 103-115.

—"Responsabilidad contractual de las agencias de viajes: organizadores y detallistas", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 73-82.

Alan SAGGERSON, *Travel, Law and Litigation*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998.

— *Travel Damages*, Birmingham, CLT Professional Publishing, 1998.

Pablo SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil (art. 1588)*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1175-1182.

— en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la*

Convención de Viena) (art. 79), Madrid, Civitas, 1998, págs. 635-656.

— en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir. y Coord.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena) (art. 80)*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 657-659.

Francisco J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, *Nuevo sistema de valoración de indemnizaciones por daños corporales causados en accidentes de circulación o transporte*, RGD, núm. 560, 1991, págs. 4095-4105.

— *La llamada culpa equiparable a dolo y sus consecuencias en el Contrato de Transporte*, RDM, núm. 216, 1995, págs. 723-735.

— *La propuesta por IRU de modificar la Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros*, RDM, núm. 218, 1995, págs. 1521-1560.

Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, en José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. I (Parte General), vol. 1º. (Introducción), Barcelona, Dykinson, 1998.

Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1989.

María José SANTOS MORÓN, *El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados*, EC, núm. 42, 1997, págs. 23-38.

Regina SCHLOTMANN, *Das Recht der Pauschalreise (Reklamationen in der touristischen Praxis)*, Berlin, Luchterhand, 1993.

— *Das neue alte Reiserecht*, DZWIR 11 (1995), págs. 446-458.

— *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (Teil I, II, III)*, RRa 1/1995, págs. 2-8; RRa 2/1995, págs. 22-25; RRa 3/1995, págs. 42-48.

Ronald SCHMID, (Noch) *Keine unbegrenzte Haftung der Reiseveranstalter bei Flugfällen*, RRA 1/1999, págs. 3-5.

— *Neues Haftungsregime für internationale Luftbeförderungen*, RRA 7/1999, págs. 131-132.

Ronald SCHMID/Bernhard SONNEN, *Rechtsprobleme bei der Luftbeförderung im Rahmen von Flugpauschalreisen*, NJW 8 (1992), págs. 464-472.

Jochem SCHMITT, *Leistungsstörungen in Reisevertragsrecht (Versuch einer (Re)Integration in das Werkvertragsrecht)*, JR 7 (1987), págs. 265-272.

Heinrich SCHOLLER, *Die Störung des Urlaubsgenusses eines "empfindsamen Menschen" durch einen Behinderten*, JZ 20 (1980), págs. 672-677.

Hans SCHROEDER, *Das neue Reisevertragsgesetz ab 1.10.1979*, JurBüro 10 (1979), págs. 1427-1438.

Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 1992.

Peter SCHWERDTNER, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch (*Recht der Schuldverhältnisse*) (§§ 620-651 k), 12. neubearb. Auf., Berlin, Arthur L.Sellier & Co. –Walter de Gruyter & Co., 1991, §§ 651a bis 651k, págs. 1-220.

Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

Adela SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación (En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad)*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Bernhard SEYDERHELM, *Reiserecht (Kommentar)*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1997.

H.L. SILETS, *Something Special in the Air an on the Ground: the Potential for Unlimited Liability of International Air Carriers for Terrorist Attacks under the Warsaw Convention and its Revisions*, J.Air L. & Com. 53 (1987), 321-374, págs. 363-365.

Gabriele SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, DT, 1998-III, págs. 621-637.

Denys SIMON, *La directive européenne*, Paris, Éditions Dalloz, 1997.

Josep SOLÉ FELIU, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, ADC, 1997, págs. 865-902.

Francisco SOTO NIETO, *La llamada "compensación de culpas"*, RDP, 1968, págs. 409-427.

Ulrike STÄDLER, *Schadenersatz im falle Höherer Gewalt?*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1986.

Susanne STORM, *La protection des consommateurs dans le voyages à forfait. La loi danoise relative aux voyages à forfait*, REDC, 1994, págs.166-175.

Luis TAPIA SALINAS, *Derecho aeronáutico*, 2^a. ed., Barcelona, Bosch Casa Ed., 1993.

Giorgia TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

Arndt TEICHMANN, *Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag*, JZ 1979, págs. 737-743.

Otto TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht*, JuS 2 (1984), págs. 81-92.

— *Unzulässige Schematisierung der Reispreisminderung*, NJW, 32 (1985), págs. 1885-1888.

— *Voraussetzungen für die Ansprüche aus dem Reisevertrag*, NJW 9 (1986), págs. 547-556.

— *Materialles Recht im Zivilprozeß (Schwerpunkte der zivilrichterlichen Praxis)*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, § 6. Reisevertrag, págs. 380-479.

— *Informationspflichten bei Pauschalreisen*, NJW 25 (1996), págs. 1625-1636.

— *"Geringfügige Reisemängel" (Zugleich ein Beitrag zum Mangelbegriff im allgemeinen)*, NJW 34 (1997), págs. 2206-2213.

— *Probleme der Berechnung von Vergütung und Entschädigung bei höherer Gewalt in Reisesachen*, NJW 10 (1997), págs. 621-625.

— *Zur Kündigung von Reiseverträgen wegen terroristischer Anschläge*, NJW 25 (1998), págs. 1827-1831.

Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.

Klaus TONNER, *Reiserecht in Europa*, Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 1992.

— *Der Reisevertrag. Kommentar zu §§ 651 a – k BGB*, 4. Neubearb. und erw. Auf., Neuwied/Kriftel/Berlin, Luchterhand, 2000.

— en Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, Bd.4, 3. Auf., München, Beck, 1997, §§ 651 a - §§ 651 I, págs. 1417-1620.

— *Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen*, RRa 11/1998, págs. 211-213.

Orencio V. TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC, 1971, págs. 1143-1166.

G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Andreas von TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Madrid, Ed. Reus, 1934.

Nélida TUR FAÚNDEZ, *El contrato de viaje combinado: notas sobre la ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*, AC, 1996, I, págs. 209-231.

Césare VACCÀ, *La vacanza rovinata e la tutela dei diritti del fruitore dei servizi turistici*, Riv. dir. comm., 1992, págs. 909-924.

Carlos VATTIER FUENZALIDA, *Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, RDP, 1980, págs. 28-49.

Francisco VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. II, (Contratos. Títulos valores. Derecho Concursal), 3.^a ed., Barcelona, J.M.^a Bosch, 1990.

—"La cobertura de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en los contratos de viajes combinados", en Adolfo AURIOLES MARTÍN (Coord.), *Derecho y Turismo (I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga 1998-1999)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1999, págs. 283-316.

Elena VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, J.M.^a Bosch, 1994.

Geneviève VINEY/Basil MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel (Essai de comparaison des droits anglais et français)*, Paris, Economica, 1985.

M. WADHWANI, *Terrorism in Aviation: Whose civil Liability*, J.Ind. L.Inst. 35 (1993), págs. 176-184.

Manfred WOLF en Manfred WOLF/Norbert HORN/Walter F.LINDACHER, *AGB-Gesetz (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der*

Allgemeinen Geschäftsbedingungen), 3. Auf., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, § 9 *Reisevertrag*, págs. 818-850.

Michael WUKOSCHITZ, *Bombenterror auf Tourismusziele ("Algemeines Lebensrisiko" des Reisenden oder Wegfall der Geschäftsgrundlage?)*, RdW 9 (1996), págs. 399-402.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989.

— *Responsabilidad civil (Contractual y extracontractual)*, vol. I, Madrid, Ed. Reus, 1993.

Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Stefano ZUNARELLI, *Package Travel Contracts: Remarks on the European Community Legislation*, Fordham Int. Law Journal 17 (1994), págs. 489-510.

Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, págs. 503-510.