



doctrina

“Viajes combinados: el daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Evolución legislativa y análisis jurisprudencial sobre la valoración del daño y criterios de imputación”

Felipe Chomali Palacio
Abogado

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LA DEFINICIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS.

III.- EVOLUCIÓN NORMATIVA Y NORMATIVA APLICABLE A LOS VIAJES COMBINADOS.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS AGENCIAS DE VIAJE Y LAS EMPRESAS ORGANIZADORAS EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

V.- LA VALORACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO DURANTE EL VIAJE COMBINADO.

VI.- LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

VII.- EL IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

VIII.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de los consumidores y usuarios es un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que en el sector turístico es especialmente garantista para los intereses de los viajeros que contratan viajes combinados. La protección de los consumidores y usuarios aparece recogida como un principio básico en la Constitución Española, según lo dispuesto en su artículo 51.1, donde se establece lo siguiente:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Durante la ejecución de los viajes combinados pueden surgir imprevistos indeseables y situaciones desafortunadas que se presentan en los servicios de transporte contratados, tales como retrasos injustificados, cancelaciones,

denegaciones de embarque, pérdidas de equipaje o siniestros en los que se sufren lesiones, y que pueden dar lugar a fallecimientos en el peor de los casos, o bien daños morales extracorpóreos independientes del daño moral vinculado al daño corporal, que también pueden llegar a producirse mientras se prestan otros servicios, como pueden ser los de hospedaje por estancias en hoteles y otro tipo de alojamientos, el alquiler de vehículos, u otros servicios turísticos como los que guardan relación con actividades culturales o de ocio.

Los incumplimientos contractuales y la defectuosa prestación de los servicios contratados que componen los viajes combinados tienen un efecto negativo sobre las legítimas expectativas de los viajeros, que podrán solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que hayan sufrido dirigiéndose contra los prestadores de servicios responsables del hecho lesivo directamente, o bien contra los organizadores (mayoristas) o las agencias de viaje (minoristas) con las que hubieran contratado el viaje combinado. Esta posibilidad fortalece la posición del viajero afectado, y se debe a las modificaciones introducidas en la legislación española que fueron impulsadas por directivas europeas dictadas para garantizar la protección de los viajeros, concediéndoles entre otras facilidades, la posibilidad de reclamar en el lugar donde se contrató el viaje combinado.

El impacto de las incidencias en los viajes combinados puede tener distinto alcance en los viajeros teniendo en cuenta el motivo del viaje, lo que puede llegar a afectarles en su esfera emocional dado que no todos los viajes son igual de importantes, y en este sentido han tenido la oportunidad de pronunciarse nuestros tribunales, reconociendo a modo de ejemplo que no es lo mismo realizar un viaje de negocios que un viaje de placer, como puede ser un viaje de novios, por tratarse de un hecho de especial trascendencia, único en la vida que suele dejar un recuerdo imborrable en la memoria de una pareja.

Con motivo de la pandemia Covid-19 se han producido continuos cambios en las políticas migratorias y en las restricciones sanitarias, lo que también ha dado lugar a cancelaciones y otras anomalías que sin lugar a duda han condicionado la contratación de los viajes combinados.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la evolución normativa en materia de viajes combinados, en la que resulta clave para su comprensión la incorporación de España en la Unión Europea en el año 1986. Como es sabido, uno de los principales objetivos de la Unión

Europea consiste en establecer un mercado común capaz de garantizar la libre circulación de bienes, personas, capitales y servicios, y que, en el sector turístico en concreto, facilite a los operadores, consumidores/usuarios, hoy en día viajeros, la oferta y la contratación de estos servicios con plenas garantías.

La necesidad de armonizar las normativas de los países miembros de la Unión en materia de viajes combinados motivó la promulgación de la primera Directiva en la década de los noventa. Tomando como punto de partida la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, se expondrán las novedades introducidas por la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que derogó la Directiva anterior, y su transposición al ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, se analiza la responsabilidad solidaria entre las empresas minoristas y las organizadoras que facilita a los perjudicados el ejercicio de sus derechos, los daños morales que son reclamables no previstos en el Baremo, los límites en la reducción del precio y la indemnización por daños y perjuicios, mencionando las posibles causas de exoneración permiten liberar de responsabilidad a los organizadores y minoristas. También se expone el impacto de la Covid-19 en la contratación de los viajes combinados, y el derecho de reembolso que asiste a los viajeros en supuestos de cancelación en los tiempos que corren.

II.- LA DEFINICIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS, CON ESPECIAL MENCIÓN A LOS EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS 90/314/CEE Y 2015/2302, Y DEL LIBRO IV DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS.

Como consideración previa conviene señalar que no ha existido una única definición sobre los viajes combinados, por lo que es oportuno partir de una noción general para a continuación exponer las definiciones recogidas en los textos normativos de mayor relevancia para nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en definitiva, son las más importantes dado que en éstos se establecen los criterios que determinan si corresponde la aplicación del régimen de protección especial previsto para los viajeros que

contratan los viajes combinados o no¹.

Para realizar una primera aproximación, el diccionario panhispánico del español jurídico define los viajes combinados en los siguientes términos²:

“Producto comercial consistente en la combinación de una serie de servicios tales como el transporte o el alojamiento ofrecido con un precio global”.

Encontramos otras definiciones sobre viajes combinados en varios textos normativos, que matizan la definición que se refleja en el diccionario, estableciendo condiciones y requisitos, que se han ido ampliando y evolucionando con el paso del tiempo para ajustarse a las necesidades de modernización exigidas por la sociedad.

A modo de ejemplo, una de las primeras definiciones que se recogen en la normativa europea, la encontramos en la Directiva 90/30/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en la que se recoge una definición especial, similar a la del diccionario, aunque el término queda condicionado por un requisito temporal que resulta determinante a la hora de aplicar el contenido de la Directiva, tal y como se refleja en su artículo ²:

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) Viaje combinado: la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia:

a) transporte,

b) alojamiento,

c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”.

Vemos por tanto que además de hacer

¹ Por ello, en los textos normativos que se analizan en el presente trabajo se utiliza frecuentemente la coletilla: “A los efectos de... se entenderá por: ...”. De esta forma, se utilizan las definiciones para determinar el ámbito de aplicación de la norma.

² Enlace: <https://dpej.rae.es/lema/viaje-combinado>

referencia a que los servicios deben ser vendidos u ofrecidos por un precio global, se impone un requisito temporal, dado que la prestación contratada tiene que sobrepasar las 24 horas o como mínimo, tiene que incluir una noche de estancia.

Con posterioridad, la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, define los viajes combinados en el artículo 3.2, partiendo de lo que se entiende por servicios de viaje, según las consideraciones que se reflejan en el artículo 3.1:

1) «servicio de viaje»:

a) el transporte de pasajeros;

b) el alojamiento cuando no sea parte intrínseca del transporte de pasajeros y no tenga fines residenciales³;

c) alquiler de turismos, otros vehículos de motor en el sentido del artículo 3, punto 11, de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), o motocicletas que requieran un permiso de conducción de categoría A con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2);

d) cualquier otro servicio turístico que no forme parte intrínseca de un servicio de viaje de los definidos en las letras a), b) o c);⁴

Atendiendo a lo dispuesto, vemos que se incluye el alquiler de turismos y otros vehículos tasados como una categoría especial, y por otra parte, se excluyen los alojamientos incluidos en los servicios de transporte (salvo que se trate de un crucero, donde la finalidad principal no consiste en el desplazamiento) y los que tengan un fin estrictamente residencial.

³ En el considerando inicial n.º 17 de la Directiva 2015/2302, se menciona que los alojamientos con fines residenciales, como por ejemplo los previstos para realizar cursos de idiomas de larga duración, no pueden ser considerados como servicios de viaje, por lo que, a la hora de contratarlos junto con otros servicios de viaje, hay que tener en cuenta si la contratación en su conjunto se trata de un viaje combinado.

⁴ En el considerando inicial n.º 18 de la Directiva 2015/2302, se mencionan algunos ejemplos sobre este tipo de servicios: “las entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, las visitas guiadas, los forfaits de esquí y el alquiler de material deportivo, por ejemplo de esquí, o los tratamientos balnearios”.

Seguidamente, en el apartado segundo, se definen los viajes combinados a efectos de la Directiva teniendo en cuenta los servicios de viaje, estableciendo una serie de condiciones en la forma de contratación, para que tengan la consideración de viajes combinados según la Directiva.

2) «viaje combinado»: la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un contrato único por la totalidad de los servicios, o

b) con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario



permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios, con el o los que se celebra un contrato a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

En la normativa española actual, la definición que tenemos sobre los viajes combinados se recoge en el artículo 151 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU), de una forma muy similar a la de la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Esto se debe a que es en la LGDCU donde ha quedado transpuesta la Directiva, con la modificación introducida por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, que, al incorporar el contenido de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, tan solo difieren en algunos aspectos⁵.

Al igual que lo hace la Directiva 2015/2302, El artículo 151 de la LGDCU parte de la definición de los servicios de viaje, para posteriormente apuntar la definición de los viajes combinados, que ha quedado redactada como se refleja a continuación:

A los efectos de este libro se entenderá por:

a) "Servicio de viaje":

1.º El transporte de pasajeros.

2.º El alojamiento cuando no sea parte integrante del transporte de pasajeros y no tenga un fin residencial.

3.º El alquiler de turismos, de otros vehículos de motor en el sentido del artículo 2. 21 del Real

Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos, así como el alquiler de motocicletas que requieran un permiso de conducción de categoría A, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.2.d) del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

4.º Cualquier otro servicio turístico que no forme parte integrante de un servicio de viaje de los definidos en los tres apartados anteriores.

"Viaje combinado": la combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

1.º son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios, o

2.º con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Comparando la Directiva 2015/2302 y la LGDCU, vemos que en cuanto al carácter significativo de los otros servicios que pueden ser combinados con un solo servicio de

⁵ Por ejemplo, en cuanto al servicio de viaje de alquiler de vehículos. Mientras que la Directiva 2015/2302 hace alusión a otras Directivas (la 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), la LGDCU hace referencia a Reales Decretos (el 750/2010 de junio y el Real Decreto 818/2009 de 8 de mayo).

transporte, alojamiento o alquiler de turismos y vehículos detallados, el considerando inicial n.º 18 de la Directiva⁶ indica que debe considerarse significativa la contratación de los otros servicios si representan un valor del veinticinco por ciento o superior sobre el valor de la contratación. La LGDCU es más tajante y lo establece de manera más estricta en su articulado, al establecer como requisito que los otros servicios turísticos contratados en el viaje combinado, distintos de los mencionados anteriormente, sí tienen que representar como mínimo, el veinticinco por ciento del valor de la contratación del viaje combinado, salvo que se trate de un elemento esencial de la combinación, de lo contrario, no tendrán tal consideración, por lo que la Directiva 2015/2302 motivó la aparición de un nuevo criterio cuantitativo⁷.

Las modificaciones en las definiciones de los viajes combinados en las normativas europeas y nacionales, y las condiciones que se establecen a la hora de contratar los servicios de viaje incluidos, han servido para ir afinando cada vez más, ofreciendo una mayor seguridad jurídica para los operadores del sector al precisar con mayor detalle el ámbito de aplicación de la normativa, lo que por otra parte ha permitido ampliar la protección específica que ofrece la regulación en materia de viajes combinados a los viajeros.

III.- EVOLUCIÓN NORMATIVA Y NORMATIVA APLICABLE A LOS VIAJES COMBINADOS.

LA DIRECTIVA 90/314/CEE, DE 13 DE JUNIO, *RELATIVA A LOS VIAJES COMBINADOS, LAS VACACIONES COMBINADAS Y LOS CIRCUITOS COMBINADOS*, LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2015/2302 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015

⁶ El considerando n.º 18 de la Directiva 2015/2302 dispone lo siguiente: "Si otros servicios turísticos representan el 25 % o más del valor de la combinación, debe considerarse que constituyen una proporción significativa del valor del viaje combinado o del de los servicios de viaje vinculados".

⁷ Así, el último párrafo del Art. 151.1.b) establece: "La combinación de servicios de viaje en la que se combine como máximo uno de los tipos de servicios de viaje a que se refieren los apartados 1.º, 2.º o 3.º de la letra a) con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere su apartado 4.º, no se considerará un viaje combinado si estos servicios turísticos no representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación y no se anuncian o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial de la combinación, o si solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en los mencionados apartados 1.º, 2.º o 3.º".

Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La evolución normativa sobre viajes combinados se explica principalmente con la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986, dado que las principales modificaciones en esta materia han sido impulsadas por directivas comunitarias que han perseguido armonizar las normativas nacionales de los países miembros de la Unión Europea con la finalidad de crear un mercado interno común, en beneficio de los operadores del sector turístico, y que han ido evolucionando para proteger en mayor medida a los consumidores y usuarios de los viajes combinados, hoy en día denominados viajeros, adaptándose también a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de contratación de estos servicios.

Como punto de partida, tenemos que con anterioridad a la década de los noventa no existía normativa de carácter comunitario en materia viajes combinados; tan solo existían múltiples normativas nacionales aisladas que la regulaban. En este contexto de pluralidad y disparidad normativa surgió la Directiva 90/314/CEE, de 13 junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en vista de la necesaria armonización de la normativa de los Estados miembros de la Unión Europea, como un primer intento por aproximar las normativas nacionales, a fin de alcanzar una mayor uniformidad capaz de garantizar la libre prestación de servicios a través de un mercado único, eliminando los obstáculos para los operadores del sector turístico, además de fomentar la libertad de circulación de los nacionales y personas residentes entre los países de la Unión Europea, ofreciendo una mayor protección a los viajeros contratantes de viajes combinados, e impulsando a través de la mayor seguridad jurídica los desplazamientos entre los ciudadanos de los países miembros de la Unión.

La Directiva 90/314/CEE sirvió como un primer paso a nivel europeo para proteger los derechos de los consumidores y usuarios de los viajes combinados, sin embargo, no consiguió su objetivo principal de armonizar la normativa de los países miembros de la Unión Europea de forma plena.

Por otra parte, la tendencia en aumento de la contratación de viajes combinados online precisaba una nueva Directiva más ambiciosa para remediar los vacíos legales existentes, lo que

dio lugar a la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados⁸.

La transposición de la Directiva 2015/2302 se llevó a cabo en España a través del Real Decreto Ley 23/2018 de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, que entró en vigor el 28 de diciembre. Cabe mencionar que la transposición de la Directiva se realizó con retraso, dado que el plazo para llevarla a cabo vencía el 1 de enero del 2018, con el consiguiente riesgo de sufrir las sanciones coercitivas que impone la Unión Europea en los casos de dilaciones a la hora de incorporar el contenido de las Directivas en el derecho interno.

La modificación normativa sobre viajes combinados como consecuencia de la Directiva 2015/2302 ha quedado plasmada en el Libro Cuarto del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, entre los artículos 150 a 170, además de los anexos.

Con la Directiva 2015/2302 se derogó la anterior Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, que se había aprobado con la finalidad de armonizar la regulación de los servicios turísticos a nivel europeo y de ofrecer un mayor grado de protección a los consumidores y usuarios.

Si bien es cierto que la Directiva 2015/2302 no realizó importantes modificaciones, sí que introdujo algunas novedades, entre las que destacan las siguientes:

Se precisa, a la vez que se amplía, el ámbito de aplicación de la Directiva con respecto a la Directiva 90/314 para una mayor protección de los viajeros.

La mejor delimitación de la Directiva del 2015 ha dado cobertura a un mayor número de contratos de viajes combinados, que por la falta de concreción en la Directiva anterior, se quedaban sin la protección especial ligada a la calificación de los viajes combinados.

La Directiva del 2015 mantiene la exclusión del ámbito de aplicación a los servicios contratados con duración inferior a 24 horas, salvo que incluyan pernoctación, a los viajes organizados sin ánimo de lucro para grupos reducidos y a los servicios de viajes de negocios contratados sobre la base de un convenio general. Sin embargo, sí que tienen cobertura los viajes combinados con fines laborales por pequeños profesionales que llevan a cabo la contratación por los mismos medios utilizados por cualquier otro consumidor. Además de las exclusiones expresas que se reflejan en la Directiva, se determina nuevamente el ámbito de aplicación en función de cómo se haya contratado el viaje combinado.

Se introduce el concepto de viajero como sujeto protegido, que sustituye al concepto de consumidor que se mencionaba en la anterior directiva⁹.

Según lo dispuesto en el art.3.6), se considera viajero a efectos de la Directiva: *“toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”*.

Comparto la apreciación de la Profesora Dña. Pilar Martín Aresti¹⁰, que explica que el cambio de término se debe a la aplicación de la nueva Directiva a sujetos que con anterioridad no encajaban en la definición de consumidores, refiriéndose expresamente a aquellos *“profesionales liberales, pequeños empresarios o trabajadores autónomos que no celebren su contrato de viaje combinado en el marco de un convenio general con la agencia para la organización de viajes múltiples durante un*

⁸ En su considerando n.º 1 se exponen los motivos de la modificación: “La Directiva 90/314/CEE del Consejo establece una serie de importantes derechos de los consumidores en relación con los viajes combinados, en particular por lo que se refiere a los requisitos de información, la responsabilidad de los empresarios en relación con la ejecución del viaje combinado y la protección frente a la insolvencia del organizador o minorista. Sin embargo, es necesario adaptar el marco legislativo a la evolución del mercado para adecuarlo mejor al mercado interior, eliminar ambigüedades y colmar las lagunas legislativas”.

⁹ La Directiva 90/314 definía a los consumidores como “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado”.

¹⁰ Expresada en su artículo Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. En Revista Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Vol. 4, diciembre 2016. Ediciones Universidad de Salamanca. p.131.

período determinado” como se ha comentado en el punto anterior.

Se introduce el concepto de servicios de viajes vinculados, que se contempla en el artículo 3.5 de la Directiva, que establece lo siguiente:

«servicios de viaje vinculados»: al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje contratados para el mismo viaje o vacación, para los que se celebren contratos distintos con cada uno de los prestadores de servicios de viaje, si un empresario facilita:

con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y pago por separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o de manera específica, la contratación con otro empresario de como mínimo un servicio de viaje adicional siempre que se celebre un contrato con ese otro empresario a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

La principal diferencia con los viajes combinados radica en que no existe un único contrato, en la selección de los servicios de viaje por el viajero y en el pago por separado de éstos. Por otra parte, la definición de los viajes vinculados pone de manifiesto la adaptación a los avances tecnológicos y la cada vez mayor contratación de los servicios online, motivo por el que se pretende proteger a los viajeros que contraten un nuevo servicio de viaje dentro de las 24 horas siguientes a la contratación del primero a través de esta figura, dado que en la práctica es muy habitual que al contratar algún servicio navegando en la red, acabemos aceptando invitaciones para terminar contratando otros servicios adicionales.

Al igual que ocurre con los viajes combinados, la Directiva hace mención del necesario carácter significativo de los otros servicios distintos del alojamiento, transporte y alquiler de turismos y vehículos concretos, en los casos en los que solo se combine con uno de estos, sin entrar en el porcentaje mínimo del 25% del valor total de la contratación, que sí ha quedado reflejado en el articulado de la LGDCU con la transposición de la Directiva como se ha comentado anteriormente.

El nivel de protección para los viajeros no es el mismo si se contrata un servicio de viaje vinculado o un viaje combinado. Quienes contratan viajes combinados tienen mayores garantías, ya que en el artículo 13 de la Directiva¹¹ está previsto un

sistema de responsabilidad especial, en el que los organizadores son responsables de la correcta ejecución de todos los servicios contratados, con independencia de quién los haya ejecutado. El distinto grado de protección también es notorio en el considerando n.º 13, y especialmente en el n.º 43 de la Directiva¹².

Se adapta a los avances tecnológicos y a la creciente tendencia en la contratación de servicios online.

Esta adaptación se pone de manifiesto en varios puntos de la Directiva. A modo de ejemplo, en el considerando n.º 2 de la Directiva se indica lo siguiente: “*Además de las cadenas de distribución tradicionales, internet se ha convertido en un medio cada vez más importante a través del que se ofrecen o venden servicios de viaje*”, y en el considerando n.º 12 se hace referencia a los viajes vinculados contratados en línea, a la vez que detalla situaciones que se presentan a la hora de navegar por sitios web, para explicar en qué casos nos encontraremos ante un viaje vinculado.

Por otra parte, en la definición sobre punto de venta, que se recoge en el punto 15 del artículo n.º 3, se incluye: “... *sitio web de venta minorista o un dispositivo de venta minorista en línea similar, incluso cuanto los sitios web de venta minorista o dispositivos de venta minorista en línea se presenten a los viajeros como un dispositivo único, incluido un servicio telefónico*”.

Ofrece mayores garantías para los viajeros, ante los supuestos de insolvencia del organizador y errores en la reserva, y, por otra parte, se refuerza la obligación de informar a los viajeros.

Para ello, la Directiva 2015/2302 dedica el capítulo V a la protección frente a la insolvencia,

tados miembros, ampliar la responsabilidad a los minoristas, como se analizará con mayor detalle en el momento de analizar la responsabilidad solidaria de los organizadores y minoristas.

¹² Tal y como se detalla en el considerando n.º 13 de la Directiva 2015/2302: “... Aunque no deben constituir viajes combinados en el sentido de la presente Directiva, en virtud de la cual un organizador es responsable de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje, estos servicios de viaje vinculados constituyen un modelo de negocio alternativo que a menudo mantiene una fuerte competencia con los viajes combinados”. Asimismo, en el considerando n.º 43 se establece lo siguiente: “Debe obligarse a los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados a informar a los viajeros de que no están contratando un viaje combinado y de que los prestadores de servicios únicamente son responsables de la correcta ejecución de sus contratos”.

¹¹ El artículo 13 de la Directiva 2015/2302 señala la responsabilidad de los organizadores, y además permite a los Es-

que se compone de dos artículos, el art. 17 y el 18. La Directiva exige a los organizadores que operen dentro de la Unión Europea, con independencia del lugar en el que tengan su establecimiento, que constituyan una garantía efectiva y suficiente que permita reembolsar a los viajeros en caso de que sea necesario.

La responsabilidad por errores en la reserva se contempla en el art. 21 de la Directiva, donde se indica que la responsabilidad en estos casos recae sobre el empresario cuando haya aceptado organizar la reserva del viajero, salvo que sea posible demostrar que el error se atribuye al propio viajero (culpa exclusiva del perjudicado) o se haya causado por circunstancias inevitables y extraordinarias (fuerza mayor). Como vemos, la exoneración de la responsabilidad del empresario es factible en determinados supuestos.

La directiva 2015/2302 también intensifica la protección a los viajeros, precisando y ampliando la información precontractual que tienen que recibir por parte de los organizadores y minoristas (en los casos que corresponda). Esta información se detalla en el art. 5, y como se establece en el art. 6, también tiene que ser incluida en el contrato. Además, los empresarios tienen el deber de informar sobre posibles modificaciones en la prestación de los servicios contratados, y tienen que indicar claramente si lo que ofrecen es un viaje combinado o si se trata de servicios vinculados.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS AGENCIAS DE VIAJE Y LAS EMPRESAS ORGANIZADORAS EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

En los casos de concurrencia de varios deudores, nuestro ordenamiento jurídico no tiene previsto que los acreedores puedan ejercitar su derecho contra cualquiera de ellos con carácter general. En este sentido, el artículo 1.137 de nuestro Código Civil¹³ establece la presunción de la responsabilidad mancomunada, salvo que se determine el carácter solidario de la obligación expresamente.

Otros países de nuestro entorno han optado por aplicar un sistema de responsabilidad distinto, con la finalidad de ofrecer una mayor protección jurídica a los acreedores frente a los deudores, tal

13 Art. 1137 del Código Civil: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos 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”.

y como ha tenido la oportunidad de expresarlo el Profesor Javier López y García de la Serrana en su artículo titulado “*La solidaridad impropia en nuestra jurisprudencia actual*”¹⁴, indicando lo siguiente: “*Vemos por tanto como nuestro sistema establece la regla general de la mancomunidad simple, a diferencia de otros sistemas como el alemán o el italiano que sí siguen al régimen de la solidaridad pasiva de las obligaciones por entenderlo más beneficioso para el desarrollo del tráfico al fortalecer la posición del acreedor*”.

En los últimos años se ha visto un cambio de tendencia del legislador español y un acercamiento progresivo hacia la solidaridad, en beneficio de los intereses de los acreedores, apartándose en algunos casos del sistema de responsabilidad general previsto en nuestro Código Civil, optando así por la responsabilidad solidaria en diversos ámbitos de la Responsabilidad Civil, como ha quedado reflejado en distintos textos normativos¹⁵.

Por lo tanto, la responsabilidad solidaria sí que será aplicable en los casos previstos por la Ley y cuando sea pactado expresamente por las partes contratantes. En cuanto a la materia de los viajes combinados en específico, podemos afirmar que nuestra normativa nacional ha cumplido sobradamente con lo previsto en las Directivas europeas, que como se ha expuesto, han perseguido ampliar la protección de los viajeros, por lo que en la actualidad, con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, el artículo 161.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece la responsabilidad solidaria de organizadores y minoristas, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de repetición contra quien sea el responsable del

14 Artículo publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 68 - Cuarto Trimestre del año 2019. pp. 5-8.

15 En este sentido el Profesor D. Javier López y García de la Serrana ha apreciado la responsabilidad solidaria en las siguientes disposiciones y ámbitos: “art. 27.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente el art. 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias. Los arts. 7 y 8 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos, actualmente el art. 132 TRLGDCU. El art. 162 TRLGDCU, respecto de la responsabilidad en el ámbito de los viajes combinados”. p. 5. Ver nota pie de página n.º 14 en la página 16.

daño producido, como a continuación se refleja:

“Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores.

Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado”.

La redacción del mencionado artículo 161.1 de la LGDCU proviene originalmente del art. 5 de la Directiva 90/314/CEE y del art. 13 de la Directiva 2015/2302/UE.

El art. 5 de la Directiva 90/314/CEE disponía lo siguiente:

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

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

El profesor D. Jose Manuel Villar Calabuig, ha tenido la oportunidad de comentar este artículo en su reciente trabajo 16 “La responsabilidad objetiva de los organizadores de viajes combinados, interpretación de la Directiva 90/314/CEE por el Tribunal de Justicia Europea a propósito de la cuestión de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2021”, en el que analiza la cuestión

16 Artículo publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 77 - Primer Trimestre del año 2021. pp. 169 - 174.

prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido (Supreme Court of the United Kingdom) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por los daños sufridos por una viajera en Sri Lanka, causados por un operario del hotel en el que estuvo alojada en el verano de 2010, momento en el que seguía vigente la Directiva del 90.

Como indica el Profesor Villar Calabuig, la Directiva establecía la responsabilidad objetiva del organizador en su afán por conseguir la máxima protección para el consumidor. Sin embargo, solía ser una práctica muy habitual que los organizadores alegaran que la reclamación debía dirigirse contra los responsables directos por la mala prestación del servicio contratado, haciendo una interpretación conveniente y parcializada de los “y/o” que se reflejan en la Directiva 17. En palabras del Profesor Villar Calabuig: “Posiblemente ese “y/o” ha dado origen a que el organizador pretenda que se aplique, indebidamente, solo el condicional del “o””.

En cualquier caso, la falta de concreción de la directiva obliga a analizar lo dispuesto en las normativas nacionales. Continuando con el caso inglés expuesto, la transposición de la Directiva se llevó a cabo a través de The Package Travel, Package holidays and Package Tours Regulations 1992, que dispone en su art. 15, que la otra parte del contrato (refiriéndose al organizador, en inglés organiser o detallista en los casos que corresponda, retailer), es responsable ante el consumidor de las obligaciones estipuladas en el contrato, con independencia de que deban ser cumplidas por esa otra parte o por otros proveedores de servicios, sin que se vean afectadas el ejercicio de las acciones que correspondan contra los responsables directos.¹⁸

La falta de precisión sobre la responsabilidad del organizador y/o minorista de la Directiva

17 Como se ha expuesto en el art. 5.2: “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o el detallista...” y en el art. 6: “En caso de reclamación, el organizador y/o el detallista o su representante local, si existe, deberán actuar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas”.

18 El artículo 15 de The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992 establece: Liability of other party to the contract for proper performance of obligations under contract The other party to the contract is liable to the consumer for the proper performance of the obligations under the contract, irrespective of whether such obligations are to be performed by that other party or by other suppliers of services but this shall not affect any remedy or right of action which that other party may have against those other suppliers of services.

90/314/CEE, motivó que, con las modificaciones posteriores introducidas por la Directiva 2015/2302/UE, se abrieran las puertas a los Estados miembros de forma expresa, para que incluyeran la responsabilidad solidaria del minorista en su normativa de una manera mucho más clara, según se recoge en su art. 13.1, que dispone lo siguiente:

“Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado

1. Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje.

Los Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado. En ese caso, las disposiciones del artículo 7 y del capítulo III, del presente capítulo y del capítulo V que sean aplicables al organizador se aplicarán también, mutatis mutandis, al minorista”.

Como vemos, el art. 13.1 de la Directiva 2015/2302/UE establece la responsabilidad objetiva del organizador, y permite a los Estados miembros incluir a los minoristas para que también sean responsables por la ejecución de los viajes combinados, con independencia de que sean los encargados de prestar los servicios contratados o no.

Por lo tanto, se puede afirmar que el legislador español ha aceptado la invitación/ propuesta de la Directiva, ya que como se ha indicado anteriormente, al transponerla, ha quedado recogida en el art. 161.1 de la LGDCU la responsabilidad solidaria de los minoristas y organizadores, ofreciendo de esta forma una mayor protección a los viajeros, cumpliendo en definitiva con la finalidad de la normativa europea.

Además, conviene señalar que el legislador español fue consecuente y respetuoso al mantenerse en la línea de la doctrina jurisprudencial predecesora. En este sentido fue especialmente relevante la Sentencia n.º 870/2009 de 20 de enero de 2010, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de la Ponente Dña. Encarnación Roca Trías, que había declarado la doctrina de la responsabilidad solidaria entre

organizadores y minoristas¹⁹.

El supuesto de hecho que motivó esta sentencia trata sobre un accidente de circulación ocurrido en Turquía, en el que resultaron lesionados varios pasajeros que viajaban en el autobús siniestrado, y que habían contratado viajes combinados con diferentes agencias de viajes. La acción de los viajeros perjudicados se dirigió contra la empresa mayorista y las distintas empresas minoristas, lo que provocó la acumulación de los procedimientos. En primera instancia se condenó solo al mayorista y se absolvió al minorista, pronunciamiento que fue revocado parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid condenando solidariamente al mayorista junto con los minoristas, lo que provocó que las agencias de viaje interpusieran recurso de casación por entender que no debían responder solidariamente.

Es destacable la ampliación que realiza en su Fundamento de Derecho Quinto sobre las razones que explican la solidaridad, indicando que en materia de consumidores y usuarios la legislación aplicable prevé que ante los casos de concurrencia de deudores, éstos deben responder solidariamente para garantizar la protección de los consumidores y usuarios, a la vez que tiene en cuenta la confianza que éstos depositan en la otra parte con la que se contrata el viaje combinado, que en la mayoría de casos viene a ser la empresa minorista y no la mayorista, señalando además que en las directivas relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios viene incluida expresamente la garantía de la responsabilidad solidaria.

Esta sentencia sirvió para aclarar el contenido del artículo 11 de la ley 21/1995, de 6 de julio, que transpuso la Directiva 90/314/CEE, ya que daba lugar a cierta confusión que en primer lugar hiciera referencia a que los organizadores y minoristas debían responder por su propio ámbito de gestión, lo que invitaba a pensar en una delimitación y en consecuencia, en una responsabilidad mancomunada, para posteriormente afirmar que la responsabilidad era solidaria cuando ambos concurrieran conjuntamente en el contrato.

¹⁹ STS Sala de lo Civil (Sección 1ª) n.º 870/2009 de 20 de enero: “...Lo razonado en los motivos tercero, cuarto y quinto de esta sentencia justifica la necesidad de unificar la doctrina en torno a la interpretación del artículo 11 de la Ley 21/1995, de Viajes combinados. Procede declarar la doctrina siguiente: la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos”.

Como era previsible, en línea con la tendencia en aumento de *garantizar una mayor protección de los viajeros, la jurisprudencia posterior también ha mantenido el criterio de la responsabilidad solidaria del organizador y del minorista.*

A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, sentencia n.º 143/2013 de 7 de marzo resolvió sobre un supuesto de modificación en la hora de salida de un vuelo sin informar a los viajeros sobre esta circunstancia. En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia desestimatoria sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa mayorista, alegando que habían informado con antelación suficiente a la agencia de viajes sobre el adelanto de la hora del vuelo, información que no fue trasladada a la pareja que había contratado el viaje combinado, lo que provocó que no pudieran realizarlo.

El abogado Antonio Moya Jiménez, quien formuló la demanda contra la empresa organizadora y la minorista, tuvo clara la responsabilidad solidaria existente de las empresas demandadas, con base en lo establecido en la Ley de Viajes Combinados vigente en el momento en el que ocurrieron los hechos, y así ha podido expresarlo²⁰.

Comparto su criterio, que coincide con la valoración realizada por la Audiencia Provincial de Madrid. El éxito del viaje dependía de las dos empresas, por lo que es esperable y razonable que la pareja que había perdido su vuelo por causas ajenas a su voluntad tuviera la posibilidad de dirigirse contra las dos empresas para exigir responsabilidad sobre lo ocurrido. Esta idea va en consonancia con la finalidad de la Directiva Comunitaria 90/314/CEE, que tenía por objetivo ampliar la protección de los consumidores de los viajes combinados, y que había quedado reflejada con la transposición de la Directiva en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, en su sentencia n.º 262/2020 de 15 de mayo, que fue dictada con

²⁰ Así se refleja en las conclusiones del artículo publicado por Antonio Moya Jiménez. en la Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro. N.º 5 año 49, mayo 2013, Responsabilidad solidaria entre las agencias de viaje y las empresas mayoristas: "Las dos empresas demandadas, la Agencia de Viajes y la empresa Mayorista, han incurrido en responsabilidad solidaria, tal y como establece la Ley de Viajes Combinados, puesto que, conociendo con suficiente antelación el adelanto de la hora de salida del vuelo del viaje combinado, no lo comunicaron a los actores, perdiendo por ello estos el viaje". p. 42.

motivo de *overbooking que provocó la pérdida del vuelo de una familia. La demanda se formuló en nombre de los cuatro viajeros perjudicados contra la minorista y se fundamentó tanto en la LGDCU como en el Reglamento 261/2004, estableciendo la cuantía de la demanda aplicando el Convenio de Montreal de 1992*. La agencia de viajes interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Zaragoza, que fue desestimado, estableciendo la responsabilidad solidaria de la agencia de viajes atendiendo al principio pro-consumidor²².

En la misma línea, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2ª, sentencia n.º 309/2019 de 13 de septiembre, resolvió sobre un asunto relacionado con el derecho de desistimiento de los viajeros, con motivo de avería en el motor de avión que provocó retraso en la salida. Como consecuencia de la avería, para que el avión pudiera salir de forma segura fue necesario disminuir el peso estableciendo restricciones en el número de pasajeros y en la entrada de equipaje en el avión. Ante esta situación los demandantes decidieron voluntariamente no tomar el vuelo. Al día siguiente se les ofreció tomar otro vuelo con salida desde Bilbao, que los perjudicados rechazaron. Finalmente optaron por formular demanda contra la agencia de viajes y la organizadora, solicitando la devolución de los importes pagados además de una compensación por daño moral que se mencionará más adelante que fue estimada.

El tribunal de instancia desestimó la demanda, por entender que no se había producido una modificación significativa de un elemento esencial del viaje, por lo que se vieron obligados a interponer recurso de apelación. La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Asturias estimó el

²¹ Cabe destacar que la aplicación del Convenio de Montreal y el Reglamento 261/2004 es totalmente compatible, y así, el artículo 12 del Reglamento, caracterizado por las compensaciones de mínimos, permite las compensaciones suplementarias, que pueden estar previstas en el Convenio de Montreal o bien en las normativas nacionales.

²² SAP de Zaragoza (Sección 5ª), n.º 262/2020 de 15 de mayo: "La apuesta legislativa es favorecer la posición del consumidor, amparado mediante la técnica de la solidaridad. Favoreciendo la posibilidad de demandar donde se contrató, sin tener que afrontar el coste de foros inverosímiles (transportistas, hoteleros o mayoristas extranjeros) y sin el riesgo de que se le opongan responsabilidades de terceros de muy complicada discusión. Los beneficios de la coincidencia de intereses empresariales que organiza el mayorista tienen como correspondencia la responsabilidad solidaria; sin perjuicio de las repeticiones internas, precisamente en el marco de esa cooperación empresarial (SAP Álava, Secc 1, 620/2011, 15-12)"

recurso de apelación interpuesto por los viajeros, condenando solidariamente al organizador y al minorista, haciendo mención sobre la importancia del momento en el que se produjo la modificación. En este sentido es relevante determinar si la modificación en la prestación de los servicios contratados tuvo lugar antes o después del inicio del viaje combinado. Como se había iniciado el viaje, corresponde aplicar la solidaridad del mayorista y el minorista.

En cuanto a las causas que justifican la responsabilidad solidaria del detallista (minorista), considero especialmente explicativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 16ª, de 11 de noviembre de 2013, en la que se refleja que las agencias de viajes responderán aunque no tengan culpa del daño producido por su deber de vigilancia sobre la calidad de los servicios ofrecidos a los viajeros, a la vez que reconoce que se trata de un sistema garantista para éstos, que promueve la diligencia de los minoristas en su deber de control y seguimiento de las actuaciones de los prestadores de servicios, reconociendo por otra parte las dificultades que se pueden encontrar los viajeros a la hora de demandar a otros intervinientes²³.

Sin embargo, cabe mencionar que en ocasiones los tribunales sí que se apartan de la corriente mayoritaria cuando existe causa justificada para no aplicar el principio de solidaridad. A modo de ejemplo, la Sentencia n.º 190/2021 de 20 de abril de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, analizó un supuesto de responsabilidad civil por caída de viajera que viajaba en un barco, donde el Juzgado de Primera Instancia había considerado que la agencia de viajes no tenía legitimación pasiva por no haber intervenido en la contratación de la excursión en barco, interpretación que fue mantenida por la Audiencia Provincial haciendo alusión a la responsabilidad solidaria, dando relevancia a que se trataba de un supuesto de responsabilidad

extracontractual ajena a las obligaciones pactadas²⁴, y a que la contratación del servicio se había llevado a cabo en el lugar de destino, a través de una corresponsal del mayorista.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Audiencia provincial de Sevilla, n.º 359/2018, de 30 de octubre de 2018 tal y como se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, sentencia n.º 531/2019, de 25 de julio, que resolvió sobre una caída por la existencia de un charco de agua en la cubierta de un barco. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación de la parte demandante condenando a la mercantil prestadora del servicio, decidiendo absolver a la agencia de viajes y a la organizadora. La parte actora recurrió la absolución de la organizadora y la agencia de viajes, además de solicitar una modificación en la cuantía de la indemnización reconocida. La Audiencia Provincial de Huelva estimó parcialmente el recurso de apelación, incrementando la indemnización, sin condenar a la agencia de viajes con el fundamento de que los organizadores y detallistas deben responder por su respectivo ámbito de gestión y que las caídas son ajenas a la responsabilidad contractual²⁵.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Huelva resolvió condenar solidariamente a la empresa organizadora, indicando que la Ley vigente en el momento de producirse los hechos: *“atribuye la responsabilidad a la organizadora, con independencia de la relación que tenga con otros*

24 SAP de Ourense (Sección 1ª) n.º 190/2021 de 20 de abril; “Y según se ha establecido en la resolución apelada en este caso debe excluirse la responsabilidad de la minorista, no porque su responsabilidad no sea solidaria con la mayorista u organizadora del viaje, sino porque la responsabilidad que se reclama en la demanda, en base a la causa de pedir de la misma según los hechos que la fundamentan, es un supuesto de responsabilidad extracontractual, ajena a las obligaciones contractuales pactadas en el contrato de viaje”.

25 SAP de Huelva (Sección 2ª) , n.º 531/2019 de 25 de julio: “Para llegar a la misma conclusión absolutoria, la sentencia de la Sección 8ª de la AP de Sevilla de 30 de octubre de 2018, núm. 359/2018, atiende a que la responsabilidad de las normas especiales se pone siempre en relación con la prestación o ejecución del servicio y la caída «es un hecho puntual causante de daño, fuera del ámbito del contrato y sin conexión directa con las obligaciones contractuales, yendo más allá de las obligaciones generales de la prestación de los servicios contratados, siendo un supuesto de responsabilidad extracontractual pura sin relación directa con el contrato celebrado» y por consiguiente fuera del campo al que se extendería la solidaridad. De hecho, se acciona por culpa extracontractual la indemnización por lesiones y por incumplimiento contractual la devolución del coste del viaje (Hecho CUARTO de la demanda) si bien a la cita de los preceptos legales se añade la unidad de culpa civil”.

23 SAP de Barcelona (Sección 16ª) , n.º 527/2013 de 11 de noviembre de 2013: “Es evidente, por tanto, que dicho detallista puede tener que responder sin haber tenido culpa alguna y de ahí que pueda hablarse de responsabilidad casi objetiva. Casi porque, al fin y al cabo, la detallista debe vigilar la calidad y el prestigio de los otros prestadores de los servicios que ella ofrece al público, el cual no está en condiciones, normalmente, de saber si, por ejemplo la organizadora de un crucero, es o no es de fiar. El objeto de este sistema de responsabilidad es la protección de los viajeros, así como estimular la diligencia de los detallistas, llamados a vigilar la forma de actuar de los demás prestadores de servicios. Se persigue no situar al público ante la tesitura de tener que demandar a terceros intervinientes, a veces de difícil identificación y a veces situados en el extranjero, con todo lo que ello supone.

prestadores de servicios en el viaje combinado”.

Se trae a colación una sentencia que analiza la falta de legitimación pasiva en relación con la responsabilidad solidaria. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, n.º 199/2018 de 8 de marzo, que dictó resolución con motivo de una caída sufrida por resbalón en un restaurante de un crucero provocada por una mancha de comida en el suelo. En este caso, mantuvo la valoración realizada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimando las pretensiones de la lesionada demandante, sin embargo, tuvo la oportunidad de referirse a la falta de legitimación pasiva de la agencia de viajes. En primera instancia, se llegó a la conclusión de que existía falta de la legitimación pasiva por haberse fundamentado la reclamación en el artículo 1902 del Código Civil, mientras que la Audiencia Provincial estableció la yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual, estimando que la falta de limpieza del suelo podría suponer un cumplimiento defectuoso del contrato, por lo que entendía legítima la posibilidad de dirigirse contra la minorista con base en lo dispuesto en el art. 162 de la LGDCU vigente en el momento de producirse los hechos, aunque mantuviera la inexistencia de responsabilidad desestimando la demanda por falta de prueba respecto a la producción del hecho.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha permitido ir un poco más allá de la responsabilidad solidaria de los mayoristas y minoristas, al haber llegado a determinar la existencia de la responsabilidad solidaria entre una empresa franquiciadora y su empresa franquiciada, como se puede ver en la Sentencia núm. 681/2018 de 4 de diciembre de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que llega a hacer alusión a la Ley de competencia desleal en la que se regula la publicidad engañosa, aunque fundamenta principalmente la responsabilidad del franquiciador en el art. 162 de la LGDCU vigente en el momento que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta las legítimas expectativas de los consumidores en el momento de contratar los viajes combinados en cuanto a la garantía que parecía ofrecer la empresa franquiciadora²⁶.

26 STS Sala de lo Civil (Sección 1ª) n.º 681/2018 de 4 de diciembre: “La sentencia recurrida ratifica los razonamientos de la dictada en primera instancia y dice (fundamento segundo) que:

“la Juzgadora “a quo” aplica acertadamente las normas relativas a la protección de los consumidores, concretamente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,

Esta sentencia ha sido comentada por el Profesor D. Pascual Martínez Espín²⁷, quien analiza en su artículo la evolución de la responsabilidad solidaria entre detallistas y organizadores²⁸, y en especial, la falta de legitimación pasiva alegada por la empresa franquiciadora.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia analizada tratan sobre un accidente de circulación ocurrido en Tailandia, durante el primer día de viaje. Los perjudicados fueron un matrimonio junto con su hijo menor de edad, quienes sufrieron lesiones como consecuencia del accidente relatado.

El abogado que los representaba formuló demanda contra la franquiciada, empresa con la que se había contratado el viaje combinado y contra la franquiciadora. Tanto la empresa franquiciada como la franquiciadora fueron condenadas en primera instancia. La

no solamente su artículo 162, sobre responsabilidad de los organizadores y detallistas, sino especialmente el Capítulo IV, sobre derecho a la información, formación y educación, y el Capítulo V, sobre protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, así como la Ley de Competencia desleal, concretamente los artículos 4 y 5, que regulan la publicidad engañosa o que pueda inducir a error al consumidor, normas todas ellas que persiguen que el consumidor tenga una información completa a la hora de contratar servicios de un profesional y que sancionan como práctica de competencia desleal facilitar información sesgada o confusa al consumidor que pueda influir en que el mismo se decante por uno u otro empresario. Después de lo cual, valorando la prueba practicada entiende que la forma de publicitarse de la empresa franquiciada inducía a error al consumidor, pues acude precisamente a la agencia de viajes minorista ante la confianza de que tiene la garantía de Viajes Carrefour y que tal confusión es consentida y propiciada por la empresa franquiciadora.

Esta circunstancia referida al conocimiento y consentimiento por parte de la franquiciadora para el uso de su denominación comercial a la hora de contratar resulta definitiva a la hora de considerar a la demandada Carrefour S.L. incluida en el concepto de organizadora a que se refiere el artículo 162 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

27 En su trabajo titulado: Viaje combinado: daños y perjuicios causados en accidente de autobús en el que viajaban los demandantes: responsabilidad de la empresa franquiciadora. Comentario a STS de 4 de diciembre de 2018 (RJ 2018,5405) Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 111/2019. pp. 119-138.

28 El profesor Martínez Espín, al finalizar la exposición sobre la evolución de la solidaridad, también destaca la importancia de la sentencia n.º 870/2009 de la sala 1ª del Tribunal Supremo, del 20 de enero, dado que desde que se dictó, logró de manera efectiva su propósito de unificar doctrina: “A partir de ahí, la jurisprudencia menor ha venido declarando mayoritariamente (me atrevería a decir que casi unánimemente) la responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas por incumplimiento de los prestadores de servicios (hoteles, transportistas, etc.)”.

franquiciadora, no conforme con la sentencia condenatoria, interpuso recurso de apelación, al entender que carecía de legitimidad pasiva y que se estaba vulnerando el principio de la relatividad de los contratos. La audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia, por lo que la franquiciadora acudió a casación, recurso que fue admitido por el Tribunal Supremo por interés casacional.

El Tribunal Supremo optó por extender la responsabilidad a la franquiciadora, dado que la normativa vigente en el momento de producirse los hechos tan solo tenía previsto la responsabilidad de los detallistas y organizadores (art. 162 LGDCU), equiparando así la figura de la franquiciadora a la del organizador.

Aunque la franquiciadora y la franquiciada son entidades jurídicas y económicamente independientes, no bastó con invocar este argumento para exonerarse de la responsabilidad frente a los viajeros perjudicados. El nombre comercial y la forma de operar de la franquiciada, según las técnicas y los conocimientos puestos a disposición sobre el saber hacer por parte de la franquiciadora, permiten su inclusión dentro del radio de la responsabilidad junto con la empresa franquiciada.

El fundamento principal de la sentencia radica en la falta de transparencia hacia el consumidor, que depositó su confianza por el reconocido prestigio de la marca de la franquiciadora, celebrando el contrato con la legítima esperanza de que la franquiciadora interviniera como garante en el caso de que fuera necesario. Además, hace hincapié en la documentación contractual, en la que aparece reflejada la imagen de la empresa franquiciadora.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que de la relación entre la empresa franquiciadora y la franquiciada existen ciertos intereses económicos. En principio, la empresa franquiciada debería verse beneficiada por tener acceso a un mayor volumen de clientes por el reconocimiento que éstos hacen de la marca, y, por otro lado, las franquiciadoras se ven beneficiadas por el canon/royalty a cargo de la franquiciada que les permite desarrollar su actividad.

En definitiva, según la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la forma de publicitarse de la franquiciada era engañosa y hacía ilusoria la legítima expectativa del consumidor sobre la garantía de la empresa franquiciadora, por lo que

entiendo más que justificada la equiparación del franquiciador con la figura del organizador.

Es evidente que ha existido una clara evolución hacia la mayor protección de los viajeros, y como también ocurre en materia de consumo con carácter general, hay una tendencia clara hacia una mayor objetivación de la responsabilidad, en beneficio de los consumidores, quienes en principio son la parte más “débil” de la contratación, y que en el caso de la sentencia analizada invita a reflexionar sobre hasta qué punto se puede llegar a ver vulnerado el derecho de defensa de las franquiciadoras por hechos que en principio se escapan de su control, y si acabarán respondiendo en todo caso.

El profesor Martínez Espín aconseja a los franquiciadores revisar las campañas publicitarias y el material contractual y documental de las empresas franquiciadas, además de incluir en los contratos los derechos de repetición contra la franquiciada en aquellos casos en los que las franquiciadoras sean condenadas solidariamente, para protegerse ante la expansión de su red sin que sea interpretada como publicidad engañosa.

Comparto su punto de vista en cuanto a las “advertencias” dirigidas a las franquiciadoras, entre las que considero especialmente relevante la revisión de la documentación contractual de la franquiciada, para que en la medida de lo posible su imagen no aparezca en ningún documento contractual. Considero que, si la empresa franquiciadora, condenada por la sentencia analizada, las hubiera tenido en cuenta, posiblemente la Audiencia Provincial, o bien el Tribunal Supremo, habrían admitido su alegación sobre la falta de legitimación pasiva.

Como se ha expuesto, la relación entre las empresas franquiciadoras y las empresas franquiciadas son complejas y especiales, y de cara a ofrecer una mayor protección al viajero, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha realizado una interpretación extensiva, con base en las legítimas expectativas de los viajeros y en el engaño consentido por la empresa franquiciadora, lo que fue determinante para hacerla responsable solidariamente, lo que podría llegar a considerarse hasta cierto punto excesivo, aunque razonable desde mi punto de vista.

V. LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL SUFRIDO DURANTE EL VIAJE COMBINADO CONTRATADO Y LA APLICACIÓN DEL BAREMO PREVISTO PARA LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN CON CARÁCTER ORIENTATIVO. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN

ÍNTEGRA PROPIO DEL BAREMO Y EL POSIBLE CONFLICTO CON OTROS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS VIAJEROS NO INCLUIDOS EN EL SISTEMA.

En determinadas ocasiones, los viajeros llegan a sufrir daños corporales por diversos motivos durante su viaje combinado por la defectuosa ejecución de los servicios de viaje que lo componen, y para determinar el alcance del daño sufrido es una práctica habitual utilizar el Baremo²⁹ previsto para los accidentes de circulación, como un sistema orientativo para la valoración del daño corporal, en el que el principio de reparación íntegra aparece consagrado como uno de los pilares más importantes, junto al principio de vertebración.

El principio de reparación íntegra, que proviene del derecho romano *restitutio in integrum*, tiene por finalidad garantizar

²⁹ Actualmente contemplado como anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor, con la modificación introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

una indemnidad total a los perjudicados, devolviéndolos a la situación más parecida posible a la que se encontraban con anterioridad al momento de producirse el hecho lesivo. Consiste, por tanto, en realizar a modo de compensación, una equivalencia entre los daños y perjuicios sufridos, y las prestaciones o indemnizaciones obtenidas por parte del perjudicado.

En el artículo 33 de la Ley 35/2015, se recogen los principios fundamentales del sistema de valoración: la reparación íntegra y su valoración vertebrada. El principio de reparación íntegra del daño³⁰ tiene por finalidad la total indemnidad de

³⁰ Art. 33. 1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.

2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias.

3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio



los daños y perjuicios padecidos, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Si bien es cierto que tanto en el preámbulo de la Ley 35/2015 como en su artículo 33 se declara la importancia del principio de reparación íntegra, considerado como un pilar fundamental del sistema de valoración del daño corporal, el mismo texto normativo pone límites a su aplicación plena, y así, el apartado quinto del mencionado artículo hace referencia a la objetivación del daño, estableciendo lo siguiente:

“La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él”.

Atendiendo a lo dispuesto, tan solo serían reclamables los conceptos incluidos en el sistema con los límites previstos en él. Sin embargo, conviene tener en cuenta que este sistema de valoración está previsto para los accidentes de circulación, y tan solo en este ámbito tiene que ser aplicado con carácter obligatorio.

En materia de viajes combinados, la jurisprudencia ha admitido la compatibilidad de otros perjuicios personales, distintos al daño corporal, por tratarse de daños con distinto origen, uno el daño por el propio evento y otro el daño físico o psíquico sufrido por las consecuencias del evento que podrán afectar a todos o a algunos de los intervinientes, pudiéndose dar el caso de que el que sufra además del evento un daño físico, pueda ser indemnizado por ambos conceptos. Como veremos en la jurisprudencia que se va a comentar, los primeros se indemnizan por cuantías a tanto alzado y los segundos aplicando el Baremo de tráfico. Ello nos permite formular reclamaciones por los daños morales sufridos por los viajeros, relacionados con la falta de conformidad con los servicios contratados, además de la angustia y zozobra sufrida como consecuencia de un siniestro. La propia LGDCU, da entrada a otros títulos de imputación, con base en la normativa Civil, según dispone el art. 128 de la Ley³¹.

relevante de acuerdo con su intensidad.

31 El artículo 128 de la LGDCU establece lo siguiente: “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de

Por otra parte, en el art. 162.4 de la LGDCU³², se menciona la existencia de convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea en los que se establecen límites a las indemnizaciones que deben asumir los organizadores y minoristas. Cuando no sean de aplicación los convenios internacionales, el contrato puede incluir límites en las indemnizaciones salvo que se apliquen a los daños corporales o sean causados intencionadamente, siempre que no sean inferiores al triple del precio total del viaje combinado.

En este punto es preciso señalar que el daño moral es un concepto complejo de definir, como ha tenido la ocasión de explicarlo el Profesor Carlos Gómez Ligüerre³³: “*En pocas cuestiones relacionadas con el derecho de daños, en todos los ordenamientos jurídicos, existe un consenso tan unánime como el que existe en torno a la imposibilidad de definir el daño moral*”.

Dada la complejidad de su concreción, suele definirse por contraposición al daño patrimonial, atendiendo a la definición que se recoge en el Diccionario panhispánico del español jurídico³⁴:

“Gral. Daño que, por contraposición al patrimonial, no reviste carácter material, sino que afecta a bienes o derechos intangibles, causando afeción o perturbación en el ánimo o dignidad de la persona”.

Es un tipo daño con características especiales, dado que el bien afectado es intangible e inmaterial, distinto de los daños patrimoniales. La propia falta de precisión en el término dificulta su cuantificación (dado que sí es un daño indemnizable), a la vez que hace problemática la capacidad de probarlo.

los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

32 Art. 162.4 de la LGDCU: “En la medida en que los convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea limiten el alcance o las condiciones del pago de indemnizaciones por parte de prestadores de servicios de viaje incluidos en un viaje combinado, las mismas limitaciones se aplicarán a los organizadores y minoristas. En los demás casos, el contrato podrá limitar la indemnización que debe pagar el organizador o el minorista siempre que esa limitación no se aplique a los daños corporales o perjuicios causados de forma intencionada o por negligencia y que su importe no sea inferior al triple del precio total del viaje”.

33 En el libro: El daño moral y su cuantificación. A.A.V.V. Editorial Wolters Kluwer S.A. 2017. pp. 47-51.

34 Enlace: <https://dpej.rae.es/lema/daño-moral>

Entrando a valorar las circunstancias específicas de los viajes combinados, considero objetivo afirmar que existen unos viajes que son más especiales que otros, por el efecto que puede producir en la persona que no se haya cumplido la expectativa o que se haya visto truncado el viaje. Existen viajes que se programan con un plus de ilusión en los que las expectativas son más altas, como las que se tienen en un viaje de novios, ya que, en principio, se trata de vivir una experiencia que se lleva a cabo solo una vez en la vida, que se realiza en un momento especialmente importante, y que suele dejar un recuerdo imborrable en la memoria de una pareja. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, en su sentencia n.º 202/2006 de 15 de diciembre que se refiere a los viajes de novios, a las circunstancias socio económicas del país en el que se producen los daños y por otra parte parafrasea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª de 12 de marzo de 1.998, y menciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de septiembre de 2.003³⁵.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, en su sentencia n.º 405/2008 de 13 de octubre de 2008, valora como padecimiento independiente la situación penosa por tratarse de un viaje de novios teniendo en cuenta el precio total de los viajes combinados contratados³⁶.

35 SAP de Madrid (Sección 9ª) , n.º 202/2006 de 15 de diciembre: "Y es que, parafraseando la SAP de Lleida, Sección 2ª, de 12 de Marzo de 1.998 no es lo mismo hacer un viaje de negocios, 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 sufriendo vómitos y diarreas, por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetir pues la ocasión se produce generalmente una vez. Igualmente, la SAP de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de Septiembre de 2.003 , atiende a la naturaleza especial que un viaje de novios tiene para los partícipes del mismo y a las notas de desasosiego y frustración que pudiera conllevar cualquier contratatiempo en su disfrute; y dada la gravedad de la situación padecida, que impidió gravemente el disfrute de las vacaciones, se estima como indemnización prudente y adecuada a la situación la suma de 2.350 euros para cada uno de los actores -importe similar al del precio del viaje combinado".

36 SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), n.º 405/2008 de 13 de octubre de 2008: "Respecto a la indemnización por daños morales, aparte de que de todo lo actuado se desprende el padecimiento de una situación penosa suficiente para indemnizar, en particular al tratarse de un viaje de novios, es unánimemente admitida por las Audiencias (SAP Cantabria, de 7-11-2007 , por ejemplo), estimándose ponderada la cantidad equivalente a la que corresponde por la totalidad de los daños materiales, o sea, 2.916,10 euros".

Otros aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de valorar los daños y perjuicios ocasionados son la lejanía del lugar en el que se producen los daños con respecto al lugar de origen, además del momento en el que producen los daños, dado que no es lo mismo sufrir un accidente en el primer día del viaje, que condiciona el disfrute del resto del viaje en condiciones normales, que sufrirlo en los últimos momentos, habiendo aprovechado la mayor parte del viaje y de las actividades contratadas. Los aspectos señalados anteriormente fueron valorados por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, en su Sentencia n.º 690/2010 de 3 de febrero de 2011, para determinar el daño moral en 6.000 euros³⁷.

Como se ha apuntado anteriormente, conviene tener presente que existe la posibilidad de resarcir daños morales independientes del perjuicio moral previsto en el Baremo vinculado a los daños corporales sufridos, como puede ser la situación de angustia o de zozobra que sufren los viajeros en situaciones de especial gravedad, haciendo absolutamente legítimas las pretensiones de los perjudicados que soliciten ser indemnizados, con la finalidad de ser provistos en la medida de la posible, de cierta satisfacción como compensación al daño emocional padecido derivado del siniestro o de la mala ejecución del servicio contratado, aunque no hayan sufrido ningún daño físico o psíquico.

Debemos destacar, por su especial relevancia respecto a la dualidad de indemnizaciones, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 232/2016 de 8 de abril de 2016, por el caso Costa Concordia, en la que fue Ponente el Magistrado Ángel Fernando Pantaleón Prieto. Esta sentencia tuvo una gran repercusión en varios medios de comunicación³⁸, y también

37 SAP de Bilbao (Sección 4ª), n.º 690/2010 de 3 de febrero de 2011: "No obstante, atendidas las singulares circunstancias concurrentes en el caso, que la actora se encontraba de viaje de novios, la lejanía del país en el que tuvo lugar el accidente y que el accidente tuvo lugar en los primeros días de viaje se le concede una indemnización por daño moral de seis mil (6.000) euros, a cargo exclusivamente de la demandada Iberjet..."

38 Como una pequeña muestra se aportan los siguientes enlaces de noticias:

https://elpais.com/internacional/2016/04/13/actualidad/1460560627_470382.html

<https://confi legal.com/20160413-supremo-ordena-indemnizar-2-537-000-euros-los-22-pasajeros-del-costa-concordia/>

<https://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/09/14/>

ha sido comentada por varios autores por su importancia en materia de Responsabilidad Civil, y entre ellos, los Profesores D. Jose Antonio Badillo Arias³⁹ (al analizar la aplicación orientativa del Baremo para los hechos empresariales, al tener aplicación lo dispuesto en la sentencia también en otros ámbitos) y D. Mariano Medina Crespo⁴⁰.

[57d97515468aeb4c348b45ee.html](https://www.boe.es/boe-2016-04-08/57d97515468aeb4c348b45ee.html)

39 En su libro titulado: *Accidentes de trabajo con vehículos a motor. Delimitación de responsabilidades y coberturas aseguradoras* (2019), Santiago de Compostela, Editorial Fundación INADE, en el que expresa: “En la sentencia conocida del Costa Concordia, STS n.º 232/2016 de la Sala 1.ª de 8 de abril de 2016, el Alto Tribunal justifica salirse del baremo para indemnizar daños que no prevé el sistema de valoración de la Ley 35/2015. En este caso, se trata de daños morales que no derivan de un daño físico o psíquico. No olvidemos que los daños morales contemplados en el baremo de tráfico solo son indemnizables cuando derivan de un daño físico o psíquico. En el caso analizado en la citada sentencia del Costa Concordia, además de reconocer a algunos lesionados daños morales derivados de un daño corporal —para los que aplica el baremo de tráfico—, otorga también daños morales más allá del baremo para todas las personas que sufrieron la trágica noche en el barco, tuvieron o no daño físico, por la angustia, zozobra y estrés que tuvieron que padecer”. p. 145,

40 En su artículo publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 58 - Segundo Trimestre del año 2016, titulado: *Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016: “Como recapitulación referente a la doctrina nuclear (pero sentada ob iter) de la sentencia comentada, debe resaltarse que todos los pasajeros asociados fueron víctimas de unos perjuicios personales (morales) por el sufrimiento que padecieron la noche de autor ante el desgraciado naufragio; y que la mayor parte de ello sufrieron, además, los perjuicios personales (morales) derivados del daño corporal (psíquico) que se les infligió. Los perjuicios personales derivados del daño corporal que se reconocieron y resarcieron tuvieron su origen en la vulneración del derecho a la integridad psicofísica: la infracción de ese derecho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios; y los perjuicios personales derivados de la zozobra y angustia que se reconocieron y resarcieron se originaron con la vulneración del derecho a la tranquilidad emocional: la infracción de tal derecho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios. Al efectuar esta diferenciación la AP y convalidarla con mejor expresión doctrinal el TS, se dio cumplimiento a las exigencias primarias del principio de la vertebración perjudicial, diferenciando dos manifestaciones distintas del perjuicio existencial”.

Lo que antecede es así porque la salud constituye un bien fundamental de la persona como sustrato de un derecho de la personalidad; y sucede lo mismo con la tranquilidad emocional de la persona que constituye también un bien fundamental que es el sustrato de otro derecho de la personalidad: la integridad psicofísica se quebranta cuando se inflige una lesión corporal y la integridad emocional se quiebra cuando se inflige una lesión de tal cariz; bienes que, constituyendo atributos diferenciados de la persona, conforman con los demás el concepto de la dignidad que ha de protegerse resarcitoriamente cuando es dañada”. p. 10 - 16.

Esta sentencia separa claramente el daño producido a los viajeros que vivieron una situación de riesgo, o como ya lo había descrito la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, una situación de “agonía, zozobra, ansiedad y estrés”, que por sí sola merece ser indemnizada, con independencia de los daños físicos que sufrieron algunos viajeros como consecuencia del naufragio.

El Tribunal Supremo analiza en su Fundamento de Derecho Tercero el trasfondo del artículo 162 de la LGDCU, y en especial considero destacable la mención al apartado tercero del mencionado artículo (apartado cuarto en la legislación vigente), señalando que deben ser indemnizados tanto los daños corporales como los estrictamente morales, aunque éstos no aparezcan expresamente mencionados en la LGDCU, ya que existe una clara diferenciación entre unos y otros atendiendo a los límites que se pueden fijar en los contratos para los daños que no sean corporales o perjuicios ocasionados intencionadamente, es decir, para los daños morales.

Por otra parte señala el carácter orientativo del Baremo, sosteniendo que pueden ser de aplicación determinados factores de corrección a fin de conseguir la indemnización íntegra del perjudicado, y aprovecha la ocasión para complementar esa doctrina jurisprudencial, precisando que la valoración del daño corporal con base en el Baremo, no impide que puedan ser indemnizados otros daños morales separadamente, dado que se indemnizan dos tipos de daños totalmente diferenciados, por lo que en ningún caso se produce una doble indemnización.

El Tribunal Supremo valoró positivamente la resolución de la Audiencia Provincial, que reconoció el daño moral sufrido por los 22 pasajeros afectados con independencia de que hubieran sufridos daños corporales o no, concediendo una indemnización suplementaria a quienes hubiera sufrido daños corporales aplicando las reglas del Baremo orientativamente. A su vez, critica la resolución de Primera Instancia, en la que se optó, equivocadamente para el Alto Tribunal, por tratar por igual a todos los pasajeros, tanto a los que habían sufrido daños corporales como a los que no, considerando que la indemnización por daño moral reconocida, por importe de 15.000 euros, incluía los daños morales vinculados al daño corporal.

Conviene resaltar que la defensa de la Asociación de Afectados Españoles por el Costa Concordia 2012, solicitó en su demanda

la cantidad de 80.000 euros por concepto de daño moral extracorpóreo para cada uno de los afectados. La Audiencia *a quo* evaluó en 12.000 euros el daño, y esta valoración fue mantenida por el Tribunal Supremo al considerar que no tenía cabida la revisión por no existir ningún error notorio o arbitrariedad manifiesta a la hora de cuantificarlo.

A continuación, se exponen sentencias de distintas Audiencias Provinciales, algunas ya referenciadas en el presente trabajo, a la hora de analizar la responsabilidad solidaria de los mayoristas y minoristas, para señalar en esta ocasión algunos ejemplos sobre los tipos de resarcimiento por los daños morales extracorpóreos.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, n.º 309/2019 de 13 de septiembre, comentada en el punto 4 del presente trabajo, resuelve sobre un supuesto en el que los viajeros decidieron no viajar por la situación anómala que se estaba produciendo y el desconcierto antes de iniciar el viaje, estableciendo que las pretensiones de los demandantes no estaban basadas únicamente en la desconfianza sobre el hecho de viajar en circunstancias anómalas, que hasta cierto punto podría ser subjetiva, sino que en su demanda alegaban el importante retraso y la situación de confusión que vivieron por no entender que también se restringiera la carga del equipaje. Todo esto, sumado a la imposibilidad de poder aprovechar el primer día de viaje, en el que estaba programada la visita a Venecia permiten concluir que el grado de incumplimiento era relevante y, por tanto, el rechazo al ofrecimiento de viajar al día siguiente también era razonable. La Audiencia estimó el recurso de apelación formulado por los viajeros, condenando solidariamente al organizador y al minorista, resolviendo devolver a los viajeros el precio abonado por los viajes combinados contratados más un plus por el daño moral sufrido por importe de 647,56€, lo que considero totalmente justificado, por haberse provocado algo más que una simple situación de incomodidad a los viajeros.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, n.º 262/2020 de 15 de mayo, tuvo la oportunidad de resolver sobre el daño moral ocasionado por la pérdida de un vuelo con motivo de sobreventa, y por otra parte, el daño moral ocasionado por la pérdida del equipaje, considerándolo totalmente independiente del anterior⁴¹.

⁴¹ SAP de Zaragoza (Sección 5ª), n.º 262/2006 de 15 de

Otro ejemplo de daño moral relacionado con la angustia y zozobra sufrida tiene que ver con un retraso superior a 6 horas en un servicio de transporte terrestre, ocasionado por dos averías que se produjeron en el autobús en el que viajaban las viajeras, y que se produjeron en el mismo trayecto. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, en su Sentencia n.º 82/2021 de 8 de marzo tuvo la oportunidad de resolver sobre este asunto. La demanda formulada por las viajeras había sido desestimada en primera instancia, por lo que interpusieron recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la situación comprometida y angustiosa que supone haber tenido que permanecer encerradas en un vehículo en mitad de una autovía (donde se produjo la segunda parada), con el consiguiente riesgo de sufrir un accidente que eso conlleva, considerándolo daño moral extracorpóreo. A título anecdótico, se les concedió la pequeña cantidad de 300 euros.

El daño moral también puede surgir en los casos de disconformidad con los servicios contratados. Como ejemplo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Bilbao (Provincia de Vizcaya), de 27 de febrero de 2020, que tuvo que resolver sobre la demanda formulada por la viajera afectada contra la agencia de viajes con la que había contratado el viaje combinado, por falta de conformidad en cuanto al alojamiento, las excursiones programadas, y al encuentro con Papá Noel. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, cuantificando el daño moral en dos tercios del precio total del viaje combinado, invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001⁴².

mayo. Al referirse a los daños morales relacionados con la pérdida del vuelo: "Una expulsión inesperada del primer avión (overbooking), la búsqueda de una solución que no llegó y que obligó a perder 1 día de crucero y dos vuelos consecutivos en sendos aviones para llegar a donde debían de haber estado el día anterior, durmiendo fuera del barco. Es un daño moral indudable. Angustia, zozobra, inquietud, nerviosismo, decepción, frustración de un evento familiar que se contrató como una celebración placentera. Todo eso contiene los elementos que fija el T.S. como componentes objetivables del daño moral (sentencia 31-5-2000, por todas). Que en este caso es fácilmente inferible". Y por otra parte, al daño moral por la pérdida del equipaje: "La perturbación durante casi la mitad del viaje de la posesión de la propia ropa y la medicación, supuso un inconveniente de entidad en un viaje de placer, pues resulta entendible que dedicar parte del tiempo de visita a las ciudades de ataque para buscar tiendas y ropa, constituyó un añadido frustrado a la pérdida de más de un día de disfrute del barco".

⁴² SJPI de Bilbao (Provincia de Vizcaya) n.º 10 de 27 de febrero de 2020: "merece invocación la del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001, al decir que el daño moral "Se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento psíquico o espiritual, tristeza, angustia, trastorno de ansie-

En relación con lo expuesto, considero oportuno realizar un breve comentario sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, n.º 143/2013 de fecha 7 de marzo de 2013, que determina la responsabilidad solidaria del organizador y del minorista por la falta de información al viajero sobre la modificación en la hora de salida del vuelo. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que incluía en la indemnización el importe de 3.000 por concepto de daño moral por la frustración que sufrió la pareja que perdió un vuelo por no haber sido avisados del cambio de hora en la salida.

Si bien es cierto que el abogado Antonio Moya Jiménez que defendió los intereses de los perjudicados solicitó una cuantía mayor por concepto de daño moral, el Juzgado de Primera Instancia estimó su petición parcialmente valorando el daño moral en 3.000€ por la afectación en el estado de ánimo de los perjudicados provocado por la pérdida del vuelo, que debe ser entendido como algo más que una simple molestia.

Comparto la opinión del Ldo. Moya Jiménez⁴³, en relación con la afectación en el estado de ánimo de los perjudicados y el derecho de éstos a ser indemnizados:

“Esta situación produjo una frustración de las ilusiones de la pareja que habían puesto en este viaje al Caribe, el cual había sido contratado con mucha antelación a la fecha de salida, y produce una situación de frustración de sus planes e ilusiones y un desasosiego y tristeza, afectando muy negativamente a su estado de ánimo, lo que es susceptible de una indemnización económica por daños morales, cuya prueba es objetiva,

dad, desazón, impacto emocional, zozobra o inquietud que afecta a la persona que lo padece, o, en general, el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”, y ni que decir tiene que el viajero que contrata uno de estos viajes, al ser incumplido, imposibilitándole por ejemplo la realización de una visita a un monumento al que no volverá, so pena de grave quebranto económico, padece esa ansiedad, desazón, impacto o sufrimiento, que constituye la esencia del daño moral, que como tal no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida de modo principal a proporcionad en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, como se dice en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984, entre otras”.

43 Según se refleja de nuevo en las conclusiones su artículo publicado en la Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro. N.º 5 año 49, mayo 2013, titulado: “Responsabilidad solidaria entre las agencias de viaje y las empresas mayoristas”. p.42.

constituyendo un hecho notorio. Esto está avalado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales”.

Como se puede ver en las sentencias que se han comentado, la valoración económica del daño moral extracorpóreo es muy variada, según las circunstancias de cada caso. En algunas ocasiones se establece un importe fijo, y en otras se tiene en cuenta el valor del viaje combinado para fijar el importe de la indemnización por este concepto. Esto se debe a que no existen unos parámetros preestablecidos, por lo que, sin la aplicación con carácter obligatorio del baremo previsto para los accidentes de circulación, que no incluye daños morales ajenos al daño corporal, la valoración de los daños no previstos en el mismo tiene un importante componente subjetivo, que permite a los jueces valorar teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Sin embargo, esta concesión a los jueces puede dar lugar a una amplia discrecionalidad, capaz de poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. En el trabajo editorial *“la aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional”*⁴⁴, el Profesor López y García de la Serrana analiza la aplicación del baremo fuera de la esfera de los accidentes de circulación, a través de sentencias de diferentes jurisdicciones, y conviene destacar especialmente la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2020, por la relación con la materia que se analiza en este trabajo⁴⁵, dictada con motivo del accidente aéreo en el año 2008, en el que se vio implicado un avión de la compañía Spanair.

La sentencia del Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Juzgado Mercantil dictada en primera instancia, que utilizó el baremo previsto para los accidentes de circulación de manera orientativa, para posteriormente aplicar un incremento del 50% por concepto de daños moral extracorpóreo, con base en las legítimas expectativas sobre las mayores condiciones

44 Publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.76 – Cuarto Trimestre del año 2020. pp. 5-10.

45 Existe cierta relación porque la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo resuelve sobre un accidente aéreo, que bien podría haberse reclamado como si se tratara de un viaje combinado contra el organizador o el minorista en el caso de que el servicio de transporte estuviera incluido en la contratación del mismo, si bien es cierto que la demanda fue dirigida contra Spanair como responsable directo, y por este motivo el Juzgado de lo Mercantil fue el encargado de conocer el asunto en primera instancia.

de seguridad que ofrece el sector aeronáutico, teniendo en cuenta el carácter catastrófico del siniestro.

Coincido plenamente con la apreciación del Profesor López y García de la Serrana, que considera que el incremento del 50% no debe ser aplicado sobre la totalidad de la valoración aplicando el Baremo, dado que esa valoración incluye conceptos patrimoniales que nada tienen que ver con el daño moral, por lo que deberían ser indemnizados de forma totalmente independiente.

La valoración del daño moral extracorpóreo es un tema complejo, y entiendo puede resultar muy complejo crear un sistema tabular para cuantificar con mayor objetividad dada su singularidad y la variedad de supuestos. Sin embargo, considero que la justificación de las valoraciones es necesaria en todo caso, por lo que sería conveniente que los jueces de nuestros tribunales realizaran un mayor esfuerzo a la hora de motivar sus pronunciamientos, justificando los criterios de su valoración, dotándola en todo caso de razonabilidad, para obtener en la medida de lo posible, una mayor seguridad jurídica.

VI.- LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. CAUSAS DE EXONERACIÓN Y MENCIÓN A LOS RIESGOS PROPIOS DE LA VIDA Y LA ASUNCIÓN DEL RIESGO DE LA PROPIA VÍCTIMA.

Las disposiciones generales de la responsabilidad por servicios defectuosos previstas en la LGDCU, quedan recogidas en los artículos 147⁴⁶, para el régimen general de responsabilidad, y 148⁴⁷, para el régimen especial

46 Régimen general de responsabilidad, Art. 147 de la LGDCU: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".

47 Régimen especial de responsabilidad, Art. 148 de la LGDCU: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán

de responsabilidad.

Según la Profesora/Magistrada Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán, en estos artículos se establece un doble sistema de responsabilidad⁴⁸. Por una parte, el art. 147 establece un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, en el que el prestador de servicios quedará liberado de responsabilidad por el daño producido al consumidor o usuario, si es capaz de probar que actuó diligentemente teniendo en cuenta la naturaleza del servicio siguiendo las pautas reglamentarias establecidas. Por otra parte, el artículo 148 se refiere a un régimen de responsabilidad al margen de la culpa previsto para sectores de actividad específicos, en el que los prestadores del servicio responderán en todo caso, cuando se cause un daño al usuario, siempre que éste haya efectuado un correcto uso del servicio.

Así, en el artículo 148 de la LGDCU se establece un régimen especial para los servicios contratados que estén relacionados con determinados sectores de actividad en los que son exigibles mayores garantías en términos de eficacia y seguridad, y entre éstos, se incluyen los servicios relativos a medios de transporte en el segundo párrafo del mencionado artículo, ofreciendo por tanto, una mayor protección (si cabe) a los viajeros que incluyan el servicio de transporte en la contratación de los viajes combinados.

En el ámbito específico de los viajes combinados, es preciso conocer si nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva o de responsabilidad subjetiva⁴⁹, lo que no viene especificado de forma expresa en el Libro IV de la LGDCU, sin embargo, sí que existen varios factores que permiten afirmar que se presume el régimen de responsabilidad objetiva en los casos de responsabilidad contractual, como han podido explicarlo diferentes autores.

La actividad de viajar conlleva para los viajeros la exposición continua a todo tipo de

como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros".

48 Parra Lucán M.ª A. (2018). La protección del consumidor en los pleitos por daños. En Responsabilidad Civil y Seguro Cuestiones actuales - AAVV. Editorial Lefebvre El Derecho. pp. 300-301.

49 Podría decirse, que se distinguen en que la responsabilidad objetiva es un tipo de responsabilidad civil que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable del daño, mientras que la responsabilidad subjetiva se fundamenta en la existencia de culpa por parte del causante.

riesgos, que en muchas ocasiones se materializan en daños provocados por causas de distinto origen. En los viajes combinados, suelen intervenir varios prestadores de servicios que en ocasiones son difíciles de identificar por parte de los viajeros, especialmente cuando se presentan inconvenientes en lugares lejanos.

Para analizar el régimen de responsabilidad aplicable en materia de viajes combinados, es necesario tener en cuenta la finalidad de las directivas europeas, y tal y como señala el Abogado General D. Maciej Szpunar, al analizar el Asunto C-578/19⁵⁰, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que uno de los objetivos principales de la Directiva (refiriéndose a la Directiva 90/314) consiste en *garantizar un nivel de protección elevado de los consumidores*.

El régimen de responsabilidad especial impulsado por las directivas europeas que ha sido incorporado en nuestra legislación facilita la posibilidad de dirigirse contra quien y en el lugar donde se contrató el viaje combinado. Esto provoca que, en muchos casos, las empresas mayoristas y minoristas (en su caso) tengan que responder por los daños sufridos por los viajeros, sin ser responsables directamente del hecho lesivo, con independencia de que hubiera existido culpa por su parte o no, y sin perjuicio de que puedan repetir posteriormente contra los demás sujetos obligados que tengan que responder por el hecho lesivo teniendo en cuenta el ámbito de gestión en el que se haya producido.

Según el abogado D. Maciej Szpunar, el organizador es responsable frente al consumidor, con independencia de que éste haya sido el encargado de la ejecución de la prestación del servicio o no, lo que se traduce en una responsabilidad objetiva del organizador de viajes combinados frente al consumidor, precisando que la responsabilidad contractual del deudor no es absoluta, ya que éste puede probar que la inexecución o la defectuosa ejecución del contrato no le es imputable⁵¹.

50 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 10 de noviembre de 2020. Sobre el Asunto C-578 "X" contra Kuoni Travel Ltd., (ya comentado en el presente trabajo, y que se volverá a comentar más adelante). Enlace:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6688841>

51 D. Maciej Szpunar, en sus conclusiones, expone: "A este respecto, debo señalar que se trata de determinar, por un lado, qué obligaciones contractuales resultan del

Asimismo, ha tenido la oportunidad de explicarlo la Profesora Mercedes Zubiri de Salinas, que además considera que las circunstancias eximentes de responsabilidad, al referirse a los casos de imposibilidad en la ejecución del servicio contratado, deben ser probadas por el organizador atendiendo a la normativa comunitaria⁵².

El régimen de responsabilidad objetiva en supuestos de responsabilidad contractual también ha llegado a ser reconocido expresamente por nuestros tribunales. A modo de ejemplo, se trae a colación la Sentencia n.º 361/2017 de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), que resuelve sobre el robo de dinero y objetos que se habían dejado en el interior de la caja fuerte contratada con el hotel específicamente, condenando a la agencia de viajes y a la mayorista solidariamente por responsabilidad objetiva, haciendo alusión a la posibilidad de dirigirse contra el hotel por la

contrato de viaje combinado y, por otro lado, cómo deben ejecutarse esas obligaciones. Así pues, según las normas generales de la responsabilidad contractual, es irrelevante que la persona que dé lugar a la inexecución o a la mala ejecución de dichas obligaciones sea el organizador u otro prestador de servicios: el organizador sigue siendo responsable frente al consumidor. Por consiguiente, se trata de una responsabilidad objetiva del organizador de viajes combinados frente al consumidor...". "... A este respecto, debo precisar que la responsabilidad contractual de un deudor no es, en principio, una responsabilidad absoluta: este último puede eximirse de su responsabilidad si cumple determinados requisitos. Así pues, de acuerdo con el régimen de responsabilidad del organizador establecido por la Directiva 90/314, con arreglo a su artículo 5, apartado 2, el organizador no es responsable de la inexecución o de la mala ejecución del contrato si esta no le es imputable".

52 En su artículo: Conceptos clave y responsabilidad en la nueva regulación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados, publicado en Revista europea de derecho de la navegación marítima y aeronáutica, donde expone: "RESPONSABILIDAD POR LA EJECUCIÓN DEL VIAJE COMBINADO. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. Se configura como una suerte de responsabilidad objetiva derivada de la falta de ejecución de viaje combinado conforme a lo pactado en el contrato. Pero el organizador no será responsable si la ejecución resulta imposible o desproporcionada, teniendo en cuenta el coste frente al valor del servicio y la gravedad de la falta. En consecuencia, lo que comienza siendo una responsabilidad estricta puede convertirse en una ausencia de responsabilidad o una responsabilidad de difícil exigencia para el viajero. Esto es debido a que las causas por las que el organizador se exonera de responsabilidad son conceptos indeterminados y, en ocasiones, con una prueba compleja". "...La norma comunitaria pretende establecer una regla general y hay que considerar que deberá ser el organizador el que deberá probar que le ha resultado imposible, no siéndole imputable esta imposibilidad". pp. 48-49.

defectuosa prestación del servicio⁵³.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios, en los últimos años viene observándose una clara tendencia por parte de nuestros tribunales hacia la objetivación de la responsabilidad siguiendo la doctrina del riesgo, que en ocasiones tienen en cuenta los beneficios económicos que perciben por el desarrollo de su actividad, lo que sin duda ha venido fortaleciendo la posición de los consumidores y usuarios. Sin embargo, nuestra jurisprudencia más reciente, al analizar la responsabilidad extracontractual ha venido señalando que la objetivación de la responsabilidad no es absoluta, y que no hay que olvidar que en nuestro derecho positivo sigue vigente el principio de la responsabilidad por culpa.

Así lo explica el Profesor Miguel Pasquau Liaño, en su ponencia *“La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?”*, en el que expresa lo siguiente: *“Se repiten estribillos jurisprudenciales conocidísimos, de varias décadas de antigüedad, sobre cómo la jurisprudencia evolucionó desde la culpa hacia el riesgo, pasando por una presunción de culpa y por una objetivación de la diligencia exigible para evitar el daño, y sobre cómo sin embargo en nuestro sistema la responsabilidad tiene un “último fundamento culpabilístico” que no puede ignorarse”*.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que los organizadores y minoristas responsables por los daños producidos no responderán en todo caso, dado que existen causas de exoneración de la responsabilidad para los responsables de la inejecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados en materia de viajes combinados. Así, el artículo 162.3 de la LGDCU establece en qué casos no procede la indemnización de los viajeros o la reducción del precio por falta de conformidad, que con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 23/2018 de 21 de diciembre, han quedado reflejadas en los siguientes términos:

53 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 361/2017 de 19 de octubre: “Como siempre que se establece una responsabilidad objetiva por razón de la mera conexión con el servicio contratado, la Ley establece tanto el título de imputación a cada uno de los prestadores, como la solidaridad que, por razón de la objetivación, se produce en beneficio exclusivo del consumidor, de modo que actuada esta solidaridad, aquella regla definiría las reclamaciones internas que entre organizador y detallista se puedan producir, como lo revela el inciso final del párrafo segundo, al decir que esa solidaridad se establece, “sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios”.

“El viajero no tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios si el organizador o, en su caso, el minorista demuestran que la falta de conformidad es:

- a) imputable al viajero,
- b) imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios contratados e imprevisible o inevitable, o
- c) debida a circunstancias inevitables y extraordinarias”.

A los organizadores y minoristas les corresponde la carga de la prueba sobre estas causas de exoneración, mientras que los viajeros deberán probar el hecho causante del daño, el daño sufrido y la relación de causalidad.

Además, existen otras circunstancias que liberan de responsabilidad, como pueden ser los riesgos propios de la vida ordinaria, que son los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar y la propia asunción del riesgo por parte de la víctima, que no es una causa exoneradora técnicamente, como ha tenido la oportunidad de explicarlo el profesor Pasquau Liaño⁵⁴: *“... la adscripción del daño al ámbito de riesgos asumidos por la víctima no es, técnicamente, una causa de exoneración: si el daño es materialización del riesgo asumido, no hay defecto de seguridad. Por ello, el juez puede desestimar la demanda aunque el demandado no alegue ni pruebe nada: le bastará con valorar que el demandante no ha acreditado que haya un defecto de seguridad, puesto que el riesgo de que es expresión el daño sufrido debió haber sido asumido al usar el servicio”*.

En relación con las causas exoneradoras contempladas en la LGDCU, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en su Sentencia n.º 536/2013 de 28 de octubre resolvió sobre un supuesto de extravío de equipaje, considerando que se había producido por culpa imputable al viajero, por no haber colocado las etiquetas identificativas en su equipaje que facilitan su localización, valorando la diligencia exigible a los viajeros⁵⁵.

54 En su ponencia: *“La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?”*, pp. 36-37.

55 SAP de Málaga (Sección 5ª) n.º 536/2013 de 28 de octubre: “no desplegó la diligencia exigible a todo viajero, cual es colocar en el equipaje las etiquetas identificativas (manifiesta en el acto del juicio que no recuerda si lo hizo), pues era el único medio eficaz para asegurarse de que le serían devueltas una vez embarcado”.

Es oportuno retomar en este punto la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Sala Tercera) de 18 de marzo de 2021, en el asunto C-578/19, a la que se ha hecho referencia anteriormente, que tuvo que pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido), con motivo de la violación que sufrió la viajera “X” en las instalaciones del hotel de Sri Lanka en el que se encontraba hospedada durante sus vacaciones de verano del 2010, y que fue cometida por un operario de éste, sentencia que como se ha indicado en el punto 4 del presente trabajo, ha sido comentada recientemente por el Profesor Villar Calabuig⁵⁶.

Lo relevante de esta Sentencia es que resuelve que el organizador debe responder solidariamente por las actuaciones llevadas a cabo por el operario del hotel, que no tiene técnicamente la consideración de prestador de servicios del minorista, pero que sí colabora en el buen funcionamiento del hotel para que pueda prestar sus servicios correctamente, analizando las causas de exoneración de responsabilidad y concluyendo que no se trata de un supuesto de intervención de tercero por tratarse de un empleado del hotel, ni de fuerza mayor (circunstancias inevitables y extraordinarias), dado que los hechos cometidos por el operario no son ajenos a la esfera de control del organizador y del propio hotel, considerando que el daño a la Sra. “X” era previsible y hasta cierto punto evitable.

El Profesor Villar Calabuig destaca la relevancia de esta sentencia, que protege los intereses de la víctima⁵⁷, y que, si bien es cierto que no tiene un carácter ejecutivo, marca la línea interpretativa que deben seguir otros Tribunales de los países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sentencia n.º 400/2009 de la Sección 8ª, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un supuesto en el que la propia víctima había asumido el riesgo intrínseco que conlleva montar a caballo. La Audiencia Provincial de Sevilla resolvió que el hotel no era responsable de la caída. La sentencia trata la propia exposición al

riesgo, y señala la importancia de distinguir entre las actividades en las que el usuario tiene alguna capacidad de control, y las que no. El caballo que montaba se asustó porque pasaba cerca ganado porcino, y por lo tanto no hay responsabilidad de quien presta el servicio, salvo que fuera conocido por el hotel que el caballo era asustadizo, o si le hubieran puesto mal los frenos y éste se hubiera desbocado, en cuyo caso sí hubiera sido posible exigir responsabilidad.

Para el abogado Iván González Barrios, quién comentó⁵⁸ esta sentencia, la asunción voluntaria de los riesgos normales y previsibles derivados de la práctica del paseo a caballo impide atribuir responsabilidad civil al titular de la explotación.

Desde mi punto de vista, en este tipo de actividades sería conveniente informar a los clientes sobre el riesgo existente, haciéndoles firmar algún documento antes del inicio de la actividad para que posteriormente sea más fácil liberarse de responsabilidad. Sin embargo, es preciso analizar cada caso concreto, para determinar si ha existido algún defecto en algún elemento de seguridad durante la prestación del servicio.

En materia de viajes combinados, existen numerosas sentencias que resuelven sobre supuestos de caídas, en las que se analizan las causas que provocaron la caída, las medidas de seguridad y el cumplimiento de los protocolos y revisiones periódicas de las instalaciones, y por otra parte la propia conducta de la víctima.

La Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, Sentencia n.º 190/2021, resuelve sobre un supuesto de responsabilidad civil por caída de viajera que viajaba en un barco, que le ocasionó lesiones corporales, que dirigió su reclamación contra la agencia de viajes y la organizadora. La caída se produjo en una zona de baño en la cubierta de un barco, siendo previsible hasta cierto punto que la superficie estuviera mojada. A la hora de determinar si los daños fueron ocasionados por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales, decide que la caída es ajena a las obligaciones contractuales pactadas, y que más bien tendría que incluirse dentro de los riesgos de la vida ordinaria, señalando que si existiera algún tipo de responsabilidad sería extracontractual en todo caso. Pasando a analizar la responsabilidad

56 Ver nota pie de página n.º 16 en la página 18.

57 En palabras del Profesor Villar Calabuig: “esta interpretación garantiza una mayor protección a la víctima, permitiéndole actuar judicialmente contra el organizador por la mala ejecución del contrato a fin de obtener una indemnización, y es indiscutible que su presumible solvencia y en especial la posibilidad de reclamar en el lugar de residencia de la víctima, contribuyen a que la reparación de los daños durante el viaje sea más efectiva”. p. 174.

58 “Accidente tras caída de un caballo alquilado por el huésped de un hotel. Asunción del riesgo”, publicado en la Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro n.º 8, año 46, septiembre 2010.

extracontractual, expone la imposibilidad de conocer con exactitud la causa que provocó la caída por existir versiones contradictorias, y por otra parte menciona que el barco se encontraba en buenas condiciones, que se habían cumplido los protocolos y las revisiones técnicas sobre el estado de las instalaciones. Por estos motivos, sentenció que no existe responsabilidad de las demandadas, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la lesionada, al tratar la caída como un riesgo ordinario de la vida.

Por otra parte, sigue el criterio fijado por el Tribunal Supremo, STS de 22 de febrero de 2007⁵⁹, respecto a que cuando la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede la inversión de la carga de la prueba.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, en su Sentencia n.º 112/2018 de 19 de marzo también tuvo la oportunidad de resolver sobre una caída sufrida por una viajera tras bañarse en el Mar Muerto, ocasionado por el mal estado del suelo de las duchas. La demanda formulada por la viajera contra la agencia de viajes fue estimada en primera instancia, por lo que la agencia de viajes condenada interpuso recurso de apelación alegando entre otros argumentos que la acción había prescrito. La Audiencia Provincial confirmó que la acción no había prescrito, dado que el diez a quo debe fijarse en el momento en el que es posible determinar el alcance de los daños, es decir, en el momento de la estabilización de las lesiones y no en la fecha de regreso a España, como alegaba la apelante. Por otra parte, la

59 STS de 22 de febrero de 2007 «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del CC (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006). Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS de 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS de 17 de julio de 2003). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados»

recurrente alegaba la previsibilidad de la caída, argumentando que la caída fue consecuencia de la conducta negligente de la actora, lo que no fue aceptado por la Audiencia Provincial de Madrid, desestimando el recurso interpuesto por la minorista, confirmando la sentencia que se había dictado en primera instancia⁶⁰.

En la demanda se ejercitó la acción de responsabilidad contractual fundada en el art. 162 de la LGDCU y el 1101 del CC contra la agencia de viajes, y la Audiencia Provincial resolvió haciendo referencia a la responsabilidad casi objetiva de la minorista, que le hace responder por su deber de vigilancia sobre las actuaciones de los prestadores de servicios, siendo garante de la calidad de los servicios contratados por los viajeros, indicando la finalidad garantista del sistema de protección especial previsto para los viajeros y las dificultades frente a las cuales pueden encontrarse a la hora de ejercitar sus derechos⁶¹.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, Sentencia n.º 199/2018 de 8 de marzo resolvió sobre una caída en un restaurante del crucero provocada por una mancha en el suelo de comida, que provocó la fractura de una costilla de la lesionada. La demanda fue desestimada en primera instancia, por lo que interpuso recurso de apelación. La

60 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 112/2018 de 19 de marzo. Al referirse a previsibilidad de la caída por la conducta negligente de la viajera: “Por lo demás, es insostenible la existencia de culpas sobre el simple argumento de que podía haber valorado la aquí apelada la posibilidad de caídas. Ciertamente puede preverse la posibilidad de resbalar y caer ante un suelo sucio de lodo en las duchas, pero la utilización de éstas era de todo punto necesaria después de la actividad programada por la ahora apelante y no existe prueba de que la conducta de la actora fuera de algún modo negligente. La prestadora del servicio debía mantener el suelo en condiciones para evitar cualquier posibilidad de caída y por ello debe responder la apelante, sin que pueda trasladar a la consumidora esa responsabilidad resultado del descuido y negligente actuar de aquélla”.

61 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 112/2018 de 19 de marzo. Sobre la responsabilidad casi objetiva exigible a la agencia de viajes: “Es evidente, por tanto, que dicho detallista puede tener que responder sin haber tenido culpa alguna y de ahí que pueda hablarse de responsabilidad casi objetiva. Casi porque, al fin y al cabo, la detallista debe vigilar la calidad y el prestigio de los otros prestadores de los servicios que ella ofrece al público, el cual no está en condiciones, normalmente, de saber si, por ejemplo la organizadora de un crucero es o no de fiar. El objeto de este sistema de responsabilidad es la protección de los viajeros, así como estimular la diligencia de los detallistas, llamados a vigilar la forma de actuar de los demás prestadores de servicios. Se persigue no situar al público ante la tesitura de tener que demandar a terceros intervinientes, a veces de difícil identificación y a veces situados en el extranjero, con todo lo que ello supone”.

Audiencia Provincial mantuvo la valoración realizada por el Juzgado de Primera Instancia, al considerar que no existían elementos de prueba objetivos esclarecedores sobre la forma en la que se produjo la caída. La parte demandada tan solo aportó prueba testifical de una amiga que la acompañaba durante el viaje, sin embargo, la Audiencia Provincial concluyó que la declaración de la amiga no podía ser tomada como una prueba objetiva, por su posible interés por beneficiar a su amiga, además de interpretar que sus declaraciones sobre los hechos fueron contradictorias en algunos aspectos, lo que invita a reflexionar sobre la importancia de probar el hecho causante del daño, lo que en determinadas ocasiones resulta complejo cuando ocurren imprevistos, especialmente en el extranjero.

Como se ha expuesto anteriormente, corresponde a la parte demandada la carga de probar las causas de exoneración que se recogen en la LGDCU, y en este sentido ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Audiencia Provincial de Córdoba, (Sección 1ª) en su Sentencia n.º 578/2020 de 8 de junio que estimó el recurso de apelación interpuesto por la viajera demandante, disconforme con la desestimación de sus pretensiones en la primera instancia, basándose en la falta de advertencia de la guía que acompañaba al grupo sobre el peligro y el riesgo de caídas por el estado del suelo de la zona del embarcadero en la ciudad de Venecia, en un punto crítico donde ya se habían producido otros accidentes por caída con anterioridad similares al que sufrió la viajera⁶².

La finalidad principal de la Ley de Consumidores y Usuarios consiste en garantizar una mayor protección, y en los últimos años se ha venido produciendo una cierta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, de la que también se han visto beneficiados los viajeros de forma especial, por las modificaciones legislativas promovidas por las directivas comunitarias.

62 SAP de Córdoba (Sección 1ª), n.º 578/2020 de 8 de junio: "entiende la Sala que no acredita la entidad demandada -a quien incumbe la carga de la prueba-, la concurrencia de ninguna de las causas de exoneración de responsabilidad ex art. 162 del TRLDCU antes expresada. A resultados de la prueba practicada, se constata que la caída de la demandante tiene lugar en una zona (embarcadero de Venecia) a la que habían sido previamente convocados los viajeros por la guía del viaje que en todo momento acompaña al grupo en la visita a Venecia que forma parte del itinerario del viaje contratado, no realizándose ninguna advertencia a los viajeros sobre el estado deficitario que presentaba el suelo del embarcadero, lugar por el que tenían que pasar para coger el vaporeto que les llevaría de vuelta al hotel y en el que ya se habían producido en otras ocasiones siniestros..."

Sin embargo, no debemos olvidar que, pese a que ha habido un mayor acercamiento al régimen de la responsabilidad objetiva, ésta no es absoluta, por lo que en supuestos de responsabilidad civil por contratación de viajes combinados corresponderá al viajero probar en todo caso el hecho causante, el daño producido y el nexo causal, y los organizadores y minoristas responderán con independencia de la existencia de culpa o no, por la no ejecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados imputables a los prestadores de servicios.

En supuestos de responsabilidad extracontractual exigible a los prestadores de servicios, más que centrar la discusión de la responsabilidad sobre la doctrina del riesgo y la culpa, sería oportuno prestar atención a otros criterios de imputación como la seguridad legítimamente esperable de los servicios contratados en los viajes combinados, además de tener en cuenta los costes de las medidas de seguridad que hubieran podido implementar los prestadores de servicios para evitar el daño provocado⁶³.

Por último, cabe señalar que tal y como ocurre en otros sectores de actividad, cuando el legislador es consciente de la existencia de riesgos que no son aislados, y que más bien se producen y se materializan con elevada frecuencia, se impone la obligación de contratar seguros obligatorios, como los que en la actualidad tienen que contratar las agencias de viajes para el desarrollo de su actividad por imposiciones legislativas autonómicas, lo que también pone de manifiesto la clara tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad que garantiza una mayor protección a los viajeros, pese a que hasta la fecha no se haya reconocido en ningún texto normativo expresamente.

VII.- EL IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS. LA CANCELACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS CON MOTIVO DE LA PANDEMIA. EL DERECHO DE REEMBOLSO DE LOS VIAJEROS.

La emergencia sanitaria con motivo de la pandemia Covid-19, oficialmente declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020⁶⁴, ha provocado que la gran

63 Elementos que el profesor Pasquau desarrolla en su ponencia "La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?", a la que ya se ha hecho referencia en el presente trabajo.

64 Si bien es cierto que había sido declarada con anterioridad como una "emergencia de salud pública de

mayoría de los gobiernos del mundo, y entre ellos, el gobierno de España, hayan tenido que tomar medidas extraordinarias de diferente alcance para frenar el ritmo de los contagios y hacer frente a las crisis sanitarias, que han afectado de manera directa a los derechos de los ciudadanos, y que de forma colateral han generado una gran cantidad de incumplimientos contractuales.

Entre las medidas adoptadas por el gobierno de España para frenar en la medida de lo posible el nivel de los contagios, se optó por aplicar en primer lugar una de las medidas excepcionales previstas en el artículo 116 de la Constitución Española: el estado de alarma, que se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Como consecuencia de la crisis sanitaria, se ha declarado el Estado de Alarma en varias ocasiones con la finalidad de disminuir el impacto de la pandemia⁶⁵. La declaración de los estados de alarma provocaron la suspensión de ciertos derechos de los ciudadanos, y en relación con los viejos combinados fueron especialmente relevantes las restricciones en la circulación de la población tanto a nivel nacional como internacional⁶⁶, que desencadenaron una gran cantidad de cancelaciones de viajes por diversos motivos, entre los que se encuentran las continuas modificaciones de los países en sus políticas migratorias, los cierres de fronteras, las distintas normativas autonómicas, la incapacidad de prestar los servicios contratados y la propia voluntad de los viajeros de no viajar por la situación de incertidumbre.

Otras medidas complementarias a la declaración del estado de alarma han consistido en la aprobación de varios Reales Decretos leyes, entre los que se encuentra el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan

importancia internacional” el 30 de enero de 2020.

65 La primera vez el 14 de marzo de 2020, a través del Real Decreto 463/2020 que se prolongó hasta 21 de junio de 2020, la segunda vez el 9 de octubre de 2020 mediante el Real Decreto 900/2020, que concluyó el 25 de octubre, y la tercera vez el 25 de octubre a través del Real Decreto 926/2020, que se prorrogó hasta el 9 de mayo de 2021 mediante el Real Decreto 956/2020.

66 Reconocido en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”, y en el artículo de la Constitución Española: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19. Con esta medida se aprobó un nuevo paquete de pautas con la finalidad principal de proteger y apoyar a las empresas, trabajadores, consumidores, intentando minorar en la medida de lo posible el impacto económico y social causado por la pandemia.

Dado que el sector turístico ha sido uno de los sectores que más se ha visto afectado por la pandemia, el mencionado Real Decreto-ley 11/2020, que entró en vigor el 2 de abril de 2020, sirvió para ofrecer cierta protección a los transportistas, organizadores y minoristas, y al mismo tiempo, para dar a conocer los derechos de los consumidores y usuarios, y también de los viajeros en los tiempos del Covid-19.

Concretamente, en materia de viajes combinados, es especialmente relevante lo dispuesto en el artículo 36.4⁶⁷, que reconoce a los viajeros el derecho de solicitar el reembolso del importe abonado por la contratación de los viajes combinados, aunque con determinadas

67 Art. 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020: “En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.

No obstante lo anterior, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos solicitaran la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 160 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato.

El organizador o, en su caso, el minorista, procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución”.

condiciones, o bien, la posibilidad de recibir un bono emitido por el organizador o el minorista que podrá ser utilizado en el plazo de un año, y en caso de no hacerlo, se mantiene en todo caso el derecho de solicitar el reembolso.

El 13 de mayo de 2020, la Comisión Europea dictó la recomendación (UE) 2020/648, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de Covid-19, con la finalidad de garantizar la solvencia de los transportistas, organizadores y minoristas por la pérdida de volumen de negocio y la reducción de su flujo de tesorería, fomentando la utilización de los bonos haciendo que sean más atractivos para los viajeros.

Cabe destacar que se trata de una

recomendación, y que en el texto no se limita en ningún caso el ejercicio del legítimo derecho de reembolso, sino que tan solo se promueve la utilización de los bonos para garantizar la solvencia de transportistas, organizadores y minoristas, pretensión que también va en beneficio de los propios usuarios/viajeros.

Como consecuencia de la recomendación (UE) 2020/648, se introdujeron modificaciones en materia de viajes combinados en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Concretamente, la disposición final quinta modificó el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, con motivo de: *“adaptar el apartado 4 del artículo 36 de dicho Real Decreto-ley al contenido de la Recomendación”*.



La modificación del artículo 36.4 del Real Decreto 11/2020 consistió en circunscribir la posibilidad de emisión de los bonos, y fomentar la utilización de estos garantizando el abono en los 15 días siguientes a la finalización del plazo de validez del bono, si éste no se hubiera utilizado, siguiendo las pautas de la recomendación para hacerlo más atractivo.

La disposición final quinta del Real Decreto 21/2020, dejó redactado el artículo 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020 como sigue:

“«4. En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado que deberá abonarse, a más tardar, en 14 días. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.»”

Como se puede ver, se elimina la mención expresa que se hacía del reembolso, que pasa a un “podrán” entregar al consumidor o usuario un bono a utilizar en un año, además de exigir su previa aceptación. Por lo tanto, aunque la intención del legislador haya sido dar menos visibilidad al derecho de reembolso cumpliendo con las recomendaciones de la Comisión Europea, conviene tener en cuenta que es un derecho de los consumidores y viajeros que no se ha extinguido, por lo que puede ser ejercitado en el momento que los interesados lo estimen conveniente.

Sin embargo, al no haber quedado reflejado el derecho de reembolso en los casos en los que los viajes combinados contratados hayan sido cancelados con motivo del Covid-19, solo se efectuara de manera total, cuando los organizadores o minoristas hayan recibido de los prestadores de servicios incluidos en el viaje combinado el importe de todos los servicios contratados, tal y como estaba previsto en el Real Decreto 11/2020.

Así ha tenido la oportunidad de expresarlo el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal

Supremo Pedro José Vela Torres⁶⁸: “*En todo caso, el organizador o el minorista deberá proceder al reembolso en caso de que el consumidor solicite la resolución del contrato siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hayan procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. En caso de que la cuantía devuelta sea parcial, el reembolso al consumidor se corresponderá con las devoluciones efectuadas*”. Además, añade que esta circunstancia es muy relevante de cara a la efectividad de los seguros de viaje, teniendo en cuenta por otra parte la posible subrogación del asegurador.

Atendiendo a lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Castellón de la Plana, en su Sentencia n.º 49/2021 de 23 de abril ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución de un contrato de viaje combinado por el Estado de Alarma.

Los hechos que motivaron esta sentencia fueron la contratación de un viaje combinado con destino a Londres en diciembre de 2019, siendo la fecha del viaje el 11 de junio de 2020, en pleno Estado de Alarma. Como consecuencia de la situación excepcional, se comunicó la intención de resolver el contrato y se solicitó a la organizadora el reembolso de los importes abonados hasta esa fecha. La organizadora se negó a efectuar el reembolso, y en la contestación a la demanda alegó que la parte actora había incumplido el contrato porque no había terminado de pagar el viaje combinado contratado, y que además habían ofrecido la opción de modificar la fecha del viaje o resolver el contrato con una penalización para la demandante.

En el fundamento de derecho tercero, se alude al derecho de desistimiento previo al inicio del viaje previsto en el art. 160.2 de la LGDCU, en el que se establece que en los casos de cancelaciones motivadas por circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de manera significativa a la ejecución del viaje, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato, recibiendo el reembolso completo de los importes que hubiera abonado, sin tener que asumir ninguna penalización, indicando que el viajero no tendrá derecho a solicitar una compensación

⁶⁸ López Y García de la Serrana, J. y Vela Torres, P. J. (2020). Los contratos de seguro ante la epidemia del Covid-19. En XX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Homenaje a Mariano Medina Crespo. Madrid: Editorial Sepin, S.L. p. 1019.

adicional. Además, hace referencia al artículo 12.2 de la Directiva 2015/2302, que viene a decir lo mismo, coincidiendo prácticamente en la redacción dado que lo reflejado en la LGDCU no es más que la transposición de la Directiva.

En relación con la posibilidad de compensar al viajero con un bono o de reembolsarle los importes pagados, la sentencia indica lo siguiente: *“consecuentemente, la conclusión de la normativa aplicable es que, si el consumidor quiere su dinero, la agencia minorista tiene que reembolsarle su dinero y no puede imponerle la aceptación de un bono de viaje”*. Asimismo, menciona la recomendación de la Comisión Europea, concluyendo que: *“El derecho del viajero, consumidor o usuario a optar por el reembolso resulta por tanto incuestionable”*.

Por otra parte, analiza la regulación expresa sobre viajes combinados en relación con el paquete de medidas aprobado para hacer frente a la delicada situación sanitaria, económica y social como consecuencia de la pandemia, que fueron introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo de 2020 y posteriormente modificadas por el Real Decreto-Ley 21/20 de 9 de junio de 2020. Indica la sentencia, que la modificación (motivada por la recomendación de la Comisión Europea que se ha comentado): *“resulta acorde con la regulación europea del derecho al reembolso en los viajes combinados en caso de cancelación por fuerza mayor”*.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Castellón de la Plana resuelve condenar a la agencia minorista por su responsabilidad solidaria, al reembolso de las cantidades abonadas por la viajera, con base en la normativa nacional y europea.

El Profesor Antonio Moya Jiménez realizó una interesante reflexión⁶⁹ con anterioridad a la resolución mencionada, para determinar si corresponde la devolución de los importes abonados por servicios que no se pueden o no conviene disfrutar. Señala que es importante: *“distinguir entre los casos en los que el servicio no se puede prestar porque ha sido prohibido o cancelado y aquellos otros en los que su ejecución todavía es posible, pero el cliente no quiere ir debido al riesgo de contagio”*.

En el primer caso nos encontraríamos

ante una imposibilidad sobrevenida, por lo que simplemente se resolvería el contrato, con el consiguiente derecho para el viajero de ser reembolsado por lo que haya pagado.

El segundo caso resulta más complejo, dado que el servicio sí se puede prestar, pero por la situación de pandemia, el consumidor/viajero prefiere no disfrutarlo. El Profesor Moya Jiménez, indica que no existe ningún mecanismo legal capaz de garantizar el reembolso en estos casos, sin embargo, acertó con la sospecha que tenía en el momento de escribir sobre este asunto: *“De todos modos, sospecho que, si alguno de estos casos llegase a plantearse en un juzgado, la mayor parte de los jueces no tendrían problemas en condenar al reembolso de un modo y otro. Máxime tratándose de contratos entre empresarios y consumidores, materia en la cual ya contamos con normas sectoriales específicas que permiten a los clientes pedir, sin más, la devolución de su dinero si se producen cambios extraordinarios en las circunstancias que afectan a la prestación del servicio”*.

VIII.- CONCLUSIONES

La evolución normativa en materia de viajes combinados se explica fundamentalmente con la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986. Las principales modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico han sido impulsadas por directivas comunitarias (Directiva 90/314/CEE de 13 junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y la vigente Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que derogó la directiva del 90) que han pretendido homogeneizar las normativas nacionales, ofreciendo una mayor seguridad jurídica a los operadores del sector turístico, y en especial una mayor protección a los viajeros. Por otra parte, han tenido en cuenta el impacto de las nuevas tecnologías en la contratación de los viajes combinados.

La transposición de la Directiva 2015/2302 se llevó a cabo en España a través del Real Decreto Ley 23/2018 de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2018, y supuso la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

69 Badiño Arias, J.A. y Moya Jiménez, A. (2020). La Covid-19 y los Consumidores. En Las responsabilidades derivadas de la Covid-19. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U. pp. 705-706.

La Directiva 2015/2302 también sirvió para que las normativas nacionales decidieran sobre la posibilidad de ampliar la responsabilidad a los minoristas o no, y el legislador español ha optado por incluir a los minoristas en el régimen de la responsabilidad solidaria de manera clara en el artículo 161.1 de la LGDCU. Sin embargo, ya existían pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad solidaria con anterioridad a la transposición de la directiva, que además tuvo la oportunidad de realizar una interpretación extensiva determinando la responsabilidad solidaria de una empresa franquiciadora equiparándola a una empresa organizadora.

Cuando se presentan daños corporales durante los viajes combinados contratados, es prácticamente unánime aplicar el Baremo de Tráfico, aunque con carácter orientativo, y cabe la compatibilidad de daños morales distintos al daño moral vinculado al daño corporal, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo. La cuantificación de ese daño moral ajeno al daño corporal sufrido, o no, no sigue un criterio único y depende de la sana crítica del juzgador.

Conviene tener en cuenta que pueden concurrir acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, según lo dispuesto en el art. 128 de la misma Ley, y por otra parte, que existen convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea en los que se establecen límites a las indemnizaciones que deben asumir los organizadores y minoristas, y que cuando no tengan aplicación los convenios internacionales, en el contrato se pueden incluir los límites de las indemnizaciones sin que puedan ser aplicados a los daños corporales o a aquellos daños que sean causados intencionadamente, siempre que no sean inferiores al triple del precio total del viaje combinado, según se establece en el art. 162.4 de la LGDCU.

Respecto al régimen de responsabilidad, si bien es cierto que es pacífico considerar que estaríamos ante un régimen de responsabilidad objetiva para mayoristas y minoristas, por la evolución hacia la objetivación de la responsabilidad en defensa de los consumidores y usuarios, pero en supuestos de responsabilidad civil por hechos ocurridos durante el viaje combinado corresponderá al viajero probar el hecho causante y el daño producido, y los organizadores y minoristas responderán con independencia de la existencia de culpa o no, por la no ejecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados.

Existen causas de exoneración de la responsabilidad de los organizadores y minoristas en materia de viajes combinados por la falta de conformidad de los viajeros con los servicios prestados cuando es: imputable al viajero, imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios, o si es debida a circunstancias inevitables y extraordinarias. Asimismo, existen causas que no son exoneradoras técnicamente, como lo son los riesgos propios de la vida ordinaria y la propia asunción del riesgo por parte de la víctima que deben ser valoradas en cada caso concreto.

En supuestos de responsabilidad extracontractual exigible a los prestadores de servicios, más que centrar la discusión de la responsabilidad sobre la doctrina del riesgo y la culpa, sería oportuno prestar atención a otros criterios de imputación como la seguridad legítimamente esperable de los servicios contratados en los viajes combinados, además de tener en cuenta los costes de las medidas de seguridad que hubieran podido implementar los prestadores de servicios para evitar el daño provocado, relacionándolas con la utilidad que ofrece la prestación del servicio.

La pandemia Covid-19 ha provocado que se hayan tenido que tomar medidas extraordinarias, y la aprobación de varios Reales Decretos Leyes, siendo los más importantes en materia de viajes combinados el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo y el Real Decreto-Ley 21/2020 de 9 de junio que introdujo modificaciones en atención a la recomendación (UE) 2020/648 dictada por la Comisión Europea en fecha 13 de mayo de 2020, que pretendía garantizar la solvencia de los transportistas, organizadores y minoristas fomentando la utilización de los bonos.

Las medidas reflejadas en el Real Decreto-Ley 11/2020 y en el Real Decreto-Ley 21/2020, no solo están previstas para los contratos de imposible cumplimiento, también se han planteado para los contratos que se hayan visto afectados sustancialmente con motivo de la pandemia Covid-19. Aunque puedan darse casos de resoluciones contractuales de manera unilateral, en todo caso es importante que exista buena fe de las partes contratantes.

Pese a la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 21/2020 motivada por la recomendación (UE) 2020/648, hay que tener en cuenta que el derecho de reembolso a los viajeros no se ha extinguido y puede ser exigido por los viajeros en el momento que lo estimen oportuno, con base en la normativa nacional y europea.