

## **LA REGULACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (II)**

**MARÍA GONZÁLEZ DE LOS SANTOS**  
*Maxistrada*

Analizadas ya en el número precedente las cuestiones relativas al ámbito de aplicación de la Ley, la formación y contenido del contrato y su modificación, entramos ahora en el análisis de dos grupos de cuestiones: por un lado, la cancelación del viaje por el organizador y el derecho de desistimiento del consumidor, cuya regulación se refiere a una fase contractual previa aun a la salida de viaje, y la responsabilidad por incumplimiento, que supone adentrarse en una fase contractual que nace una vez comienza aquel.

### **I.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: CANCELACIÓN DEL VIAJE POR EL ORGANIZADOR Y DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR (Arts. 159 y 160 del TR).**

#### **1º.- Resolución del contrato por causa imputable al organizador o cancelación del viaje (art. 159):**

El artículo 159 del TR se refiere a las consecuencias jurídicas de tres supuestos de hecho diferentes: la resolución del contrato a instancia del consumidor, que no acepta la modificación significativa de algún elemento esencial del contrato que el organizador se haya visto obligado a introducir, sino que opta por resolverlo (supuesto al que nos hemos

referido en el número anterior de esta Revista); el caso en el que el consumidor no obtiene confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato (vid. art. 154, apartado o) del TR) y el de cancelación del viaje por el organizador por cualquier motivo que no sea imputable al consumidor. El TR no exige que la cancelación obedezca a un motivo específico para que pueda producirse y dicho origen importa solo para determinar si el consumidor tiene o no derecho de indemnización, como a continuación veremos. Con todo, pese a que el empresario pueda, en principio, cancelar el viaje, la doctrina se inclina por la nulidad de las cláusulas que le atribuyen un derecho de cancelación y consiguiente resolución del contrato alterando el sistema de garantías establecidas en el TR en perjuicio del consumidor (ya en cuanto al momento en que la cancelación se produce, ya en cuanto a sus consecuencias jurídicas).

**Pues bien:** en todos estos casos, el contrato se resuelve y surgen o pueden surgir dos derechos para el consumidor: el derecho de reembolso o a la realización de otro viaje y el derecho a la indemnización por incumplimiento de contrato.

A)- Derecho de reembolso: El artículo 159 del TR prevé que “*desde el momento en que se produzca la resolución del contrato*”, el consumidor tiene derecho a que se le reembolsen las cantidades pagadas, o bien a realizar otro viaje combinado que el organizador o detallista le puedan proponer, en principio, de calidad equivalente o superior al inicialmente pactado. En caso de ser de calidad inferior, el TR especifica que el organizador o el detallista están obligados a devolver la diferencia de precio entre el ya abonado y el del viaje ahora ofrecido, debiendo entenderse que en el caso de que la calidad del viaje de sustitución sea superior al inicialmente pactado, el consumidor no ha de abonar la diferencia, puesto que nada dice la norma.

**Novedad del TR** es el párrafo tercero del artículo 159.3, que permite al consumidor, en todo caso, exigir el reintegro de las cantidades desembolsadas al empresario al que se las abonó, que debe reintegrárselas en los plazos y condiciones previstas en el artículo 76 del TR (con la especialidad en cuanto al dies a quo del plazo que el propio precepto indica). La remisión al artículo 76 implica que el reintegro debe efectuarse en el plazo más breve que sea posible, nunca superior a 30 días desde el desistimiento. Y también que debe atribuirse al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo de devolución, lo que facilita al consumidor la eventual reclamación de los daños y perjuicios que su retraso le haya podido ocasionar (advértase que para algunos autores (véase Rodríguez Achútegui en op.cit.), la remisión del 159 al 76 del TR lo es a los requisitos de celeridad y término máximo y no al de sanción del reintegro del duplo, dado que para que así fuera, en tanto que norma sancionadora, debería estar expresamente prevista en el artículo 159.3 y no deducirse de la cita de otro precepto).

B)- Indemnización: También en todos los casos de resolución a los que estamos haciendo mención el organizador y el detallista serán responsables frente al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda, por incumplimiento del contrato (como vere-

mos en el siguiente epígrafe, organizador y detallista deben ser considerados responsables solidarios de la indemnización que nos ocupa). Esta indemnización tiene unos mínimos regulados en el propio artículo 159.3, lo que implica que puede exigirse una indemnización superior cuando se justifiquen daños o perjuicios que excedan de tales cuantías (como se puede comprobar, cuando el incumplimiento se produce exactamente en los quince días anteriores, la duda es si la indemnización es como mínimo del 5% o del 10%).

C) Excepciones a la obligación de indemnizar: No habrá obligación de indemnizar en los casos a los que se refiere el artículo 159.4 del TR:

a) Cuando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor y usuario antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato. Esa fecha límite ha de ser, como mínimo, de 10 días de antelación a la fecha prevista de iniciación del viaje. Es una causa de exoneración de la obligación de indemnizar que ha sido tradicionalmente criticada por la doctrina por hacer recaer sobre el consumidor un riesgo propio del organizador que además, en algunas ocasiones, solo a él es imputable (por ejemplo, por no haber promocionado en debida forma el viaje).

b) Cuando la cancelación del viaje se deba a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales, e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida. Es importante destacar que la apreciación de la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor no solo implica que las circunstancias sean imprevisibles e inevitables, sino que han de ser extrañas al círculo o esfera de actividad del empresario. De ahí que el propio precepto excluya del supuesto de fuerza mayor el exceso de reservas (*overbooking*), en tanto que previsible y perteneciente al riesgo propio de la actividad del empresario de viajes combinados.

## **2º.- “Desistimiento” del consumidor (artículo 160):**

2.1.- Es ahora el consumidor y no el organizador el que decide que el viaje no se lleve a efecto o, como dice el apartado 1 del artículo 160 del TR, el que “*deja sin efecto los servicios solicitados o contratados*”, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado.

De entrada, lo primero que habría que preguntarse es si este “*dejar sin efecto*” es un verdadero derecho de desistimiento del consumidor. Y ello porque si se acude a la regulación del derecho de desistimiento contenida en los artículos 68 y siguientes del TR (dentro de las disposiciones generales de los contratos con los consumidores y usuarios) se puede comprobar que ese derecho está legalmente definido en el artículo 68.1 como la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose a la otra parte contratante en el plazo establecido, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase y

que dicho precepto sanciona con nulidad de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. Y puede comprobarse también que el artículo 73 dispone que el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario, o que el artículo 76 prevé que cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos.

En el caso concreto de los viajes combinados, la regulación del derecho que ahora nos ocupa introduce variaciones respecto de esta regulación general suficientes como para “desfigurar” su naturaleza de verdadero desistimiento. Así, la principal característica del desistimiento -no soportar obligación indemnizatoria alguna- no se da, o no en todos los casos, en el artículo 160 del TR que, como veremos a continuación, regula una penalización en función del momento en el que se produzca. Otra de las características del genuino desistimiento -la discrecionalidad de la facultad de desligarse del contrato, que implica que no es necesario alegar motivo alguno, esto es, que no es necesario que el consumidor “justifique su decisión” (art. 68.1)-, no parece casar demasiado bien con la posibilidad de quedar exonerado de abonar los gastos de gestión, los de anulación y la penalización prevista en el apartado a) del artículo 160 en casos de fuerza mayor. Dicho de otro modo: si el consumidor puede desistir sin justificar su decisión, no deberían distinguirse los efectos del desistimiento en función de las causas, como de hecho se hace en el artículo 160 al regular esta exoneración. Todas estas peculiaridades del derecho del consumidor de dejar sin efecto los servicios solicitados al que se refiere el art. 160 del TR, han llevado a algún autor, como la Profesora Beluche Rincón (“La deficiente protección del consumidor de viajes combinados”. Diario La Ley, nº 7213, 8 de julio de 2009. Edit. La Ley), a poner de manifiesto que aquel carece en el contrato de viaje combinado de una verdadera facultad de desistimiento, señalando incluso que el legislador del TR, al no referirse ya, como hacía el artículo 9.4 de la Ley de Viajes combinados, al derecho de desistir de los servicios solicitados o contratados, sino al derecho de dejar sin efecto tales servicios, lo que hace es corregir el error al que conducía la literalidad del artículo 9.4 de la Ley anterior que, pese a tal literalidad, no reconocía, en realidad, un verdadero derecho de desistimiento, como tampoco lo hace hoy, a juicio de la autora, el art. 160 del TR. A juicio de la autora, el derecho del viajero que decide no realizar el viaje se asimila al derecho del comitente que puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, previsto en el artículo 1594 del CC: el viaje se realiza en interés del consumidor y por ello puede decidir sobre su realización, sin perjuicio de la indemnidad de la parte contraria, lo que se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios que le causa la frustración contractual. Sería, pues, la tradicional institución del desistimiento en la Teoría General de las Obligaciones, que nada tiene que ver con el derecho de desistimiento del consumidor. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que sobre la naturaleza jurídica de este derecho existen otras posturas doctrinales: algunos sostienen que el artículo 160 regula una situación de incumplimiento; otros, una cláusula penal, o un supuesto de multa penitencial o dinero de arrepentimiento que, a diferencia de la cláusula penal, debilita el efecto vinculante del contrato y otros consideran que se regula una especial de arras penitenciales nacidas ex lege.

## 2.2.- Requisitos de ejercicio y consecuencias jurídicas:

a) En principio, el consumidor puede ejercitar el derecho de dejar sin efecto los servicios contratados “*en todo momento*”. Ello no obstante, parece claro que el límite máximo es anterior a la salida, dado que el art. 160 prevé también que “*de no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes, salvo acuerdo entre las partes en otro sentido*”. Para algunos autores (De la Haza Díez, Pilar: “El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viaje”. Marcial Pons, Madrid, 1997) la no presentación a la salida constituye una causa de extinción del contrato diferente al desistimiento, dado que “alude a una circunstancia de hecho”, como es que el consumidor no se presente en el lugar y tiempo prefijados para el inicio del viaje combinado, mientras que el desistimiento tiene un contenido técnico jurídico. Para otros (Alfredo Soler Valdés-Bango en op.cit), constituye, en efecto, una “circunstancia de hecho”, pero con valor de una declaración de desistimiento (desistimiento en todo caso especial, añadiríamos nosotros, dado que no produce en modo alguno los mismos efectos ni que el desistimiento de los artículos 68 y ss.del TR, ni los del primer inciso del artículo 160, al obligar al viajero a abonar la totalidad del precio, salvo pacto en contrario).

Como destaca la doctrina, la decisión del viajero de no realizar el viaje, solo está regulada antes de la salida, mediante la figura de la cesión de la reserva (artículo 155) y la posibilidad de dejar sin efecto los servicios contratados a la que el artículo 160 se refiere. Sin embargo, aquella pérdida de interés puede ser sobrevenida y, ocioso es decirlo, no puede obligarse a ningún viajero a continuar el viaje que ha iniciado. Pero el TR no regula nada a este respecto. En estos casos, en los que el viajero decide regresar tras la salida, lo primero que ha de hacerse es diferenciar el supuesto de desistimiento por decisión del consumidor en la que no influye la conducta del organizador o detallista, de aquel otro en el que la decisión de no continuar el viaje obedece a un incumplimiento previo de aquél (vid. por ejemplo, SAP de Madrid de 16-12-1996). Lógicamente, en los casos de incumplimiento del organizador o detallista, la solución ha de buscarse ya en los artículos 161 y 162 del TR, en sede de responsabilidad por incumplimiento. Mientras que si se trata de un desistimiento en sentido estricto, por decisión personal del consumidor (que no obedezca a fuerza mayor), la doctrina no se pone de acuerdo sobre las consecuencias del mismo, existiendo diversas opiniones, como la de la aplicación analógica de la regulación del desistimiento del contratista en el contrato de obra (art. 1594 del CC), o la de la obligación del viajero de abonar la totalidad del precio.

El ejercicio de esta facultad no está sometido a forma especial en el artículo 160 del TR, lo que remite a las previsiones del artículo 70, que considera suficiente con que se acredite en cualquier forma admitida en derecho, sin perjuicio de que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 72 del TR, conforme al cual la prueba del desistimiento corresponde al consumidor y usuario, interese a éste último dejar constancia escrita del ejercicio de tal facultad (que, por lo demás, y conforme a dicho precepto, se considera en todo caso válidamente ejercitada mediante el envío del documento de desistimiento).

b) Una vez ejercitado ese derecho, el consumidor debe abonar, salvo caso de fuerza mayor, los gastos de gestión y los de anulación y una **penalización** que depende en su porcentaje del dato temporal de la fecha de la comunicación del desistimiento, aumentando el porcentaje a medida que se aproxima el inicio del viaje, hasta llegar al supuesto de no presentarse a la salida, en el que ha de abonarse la totalidad del precio. La penalización ha sido objeto de críticas doctrinales ya desde la Ley de Viajes Combinados: los autores insisten en que no se entiende cómo si la intención del legislador es la de proteger al consumidor, se le obliga no solo a abonar gastos de gestión y de anulación, sino al pago de una cantidad añadida, cuya finalidad no es reintegradora, ni siquiera indemnizatoria, sino punitiva, lo que no casa con una institución que, a lo sumo, ha de tender a dejar al sujeto pasivo del desistimiento indemne frente al ejercicio de tal facultad, sin ir más allá. Adviértase que la penalización se fija por porcentaje sobre el precio total del viaje, esto es, será del 5% del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; del 15%, entre los días tres y diez y del 25% dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida, lo que implica que no se tiene en cuenta que el organizador o detallista pueda ahorrarse gastos por razón del desistimiento o que puede conseguir otro contratante para los mismos servicios.

En todo caso, deben entenderse nulas las cláusulas contractuales que penalicen el desistimiento del consumidor y usuario más allá de lo que el precepto le impone, por ejemplo, introduciéndola en los casos en los que se desistiera con quince o más de quince días de antelación a la salida del viaje. Y ello incluso en el caso de que hayan sido firmadas por el consumidor (vid. artículos 82 y siguientes sobre regulación de cláusulas abusivas en el contrato).

c) La obligación indemnizatoria anterior no se dará si la resolución del contrato obedece a **causas de fuerza mayor**.

El artículo 161 no define qué debe entenderse por fuerza mayor, si bien la doctrina se inclina por considerar que resulta de aplicación la definición dada por el propio legislador en el apartado b) del artículo 159.4, por lo tanto, incluyendo en el concepto analizado las circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con la diligencia debida. Aplicación que, de todos modos, no evita los diferentes resultados a la hora de calificar un supuesto concreto como de fuerza mayor.

d) En todo caso, si el viaje combinado estuviese sujeto a “condiciones especiales de contratación”, como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes.

## II.- LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE ORGANIZADORES Y DETALLISTAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE LA SOLIDARIDAD.

### 1º.- PRELIMINAR

La regulación de la cuestión de la responsabilidad de los organizadores y detallistas por el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de viaje combinado, es una necesidad derivada de la propia naturaleza de este contrato, en el que intervienen una pluralidad de personas físicas y jurídicas que se encargan de prestar los servicios cuyo conjunto dará como resultado final el viaje combinado y que son diferentes de aquella con la que el consumidor ha contratado: desde la organizadora, que ha combinado todos los elementos o prestaciones que integran el producto final, pasando por las empresas que proporcionan los servicios de transporte, restauración, alojamiento, ocio etc.... A ello se añade que el consumidor del viaje no es, o no tiene por qué ser, un profesional y contrata con quien sí lo es y, además, que está desplazado del lugar de su domicilio, incluso de su propio país, lo que puede acentuar más su posición de desequilibrio y con ello, la necesidad de protección. La delimitación de responsabilidades entre todas los intervinientes es así pieza clave del sistema, aun cuando ahora nos centraremos en la delimitación de responsabilidades entre el detallista y el organizador del viaje.

En cualquier caso, conviene dejar efectuadas algunas consideraciones más antes de adentrarnos en la regulación concreta del capítulo II, bajo la rúbrica: “Incumplimiento, responsabilidad y garantías”.

1º.- Que lo que sí parece es que la responsabilidad de organizadores y detallistas es de tipo objetivo, en el sentido de que el criterio de imputación no es la culpabilidad ni, consecuentemente, influirá en el nacimiento de tal responsabilidad ni servirá para exonerar de ella la diligencia que hayan desplegado aquellos para lograr el cumplimiento de sus obligaciones. Hasta tal punto es así que ambos responden del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios.

2º.- Que como ya sucedía con la LVC anterior, el TR contempla como uno de los contenidos del contrato (art. 154.n) *“la obligación del consumidor y usuario de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate”*. Parte de la doctrina opinó ya a propósito de esta misma cuestión bajo la vigencia de la LVC, (por ejemplo, la Profesora Carmen Boldó Roda (en “Un precepto controvertido: El art. 11 de la Ley de Viajes Combinados”), que la obligación que se impone al consumidor de comunicar el incumplimiento tiene por finalidad poner en conocimiento de la agencia que aquel se está produciendo por causa que es imputable a esta o a alguno de los prestadores de servicio, para que adopte las medidas necesarias para solucionar los

problemas que se presentan en la ejecución del viaje (“hallar las soluciones adecuadas” a las que se refiere el artículo 161.3 del TR) y de constituir medio de prueba a modo de denuncia de la inejecución parcial del contrato, que se interprete como prueba de la diligencia del consumidor y de cómo, cuándo y dónde se produjo el incumplimiento, pero no es presupuesto del ejercicio de la acción judicial de responsabilidad contra la agencia, salvo que el daño se hubiese producido precisamente por la falta de conocimiento de la agencia o de su subcontratista (y aun en este supuesto, añadiríamos, con matices). Con todo, no es la opinión unánime en la doctrina, dado que otros autores sostienen que la comunicación del defecto es presupuesto de la pretensión indemnizatoria contra el organizador o detallista a menos que la falta de comunicación no sea imputable al consumidor.

## **2º. -CONSECUENCIAS DE LA NO PRESTACIÓN DE SERVICIOS (ART. 161 del TR):**

1º.- Este precepto se refiere a la obligación del organizador (al detallista solo se refiere el apartado 3) que, después de la salida del viaje, no suministra (debe equipararse el suministro de modo defectuoso, al menos en determinados casos) o comprueba que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, de adoptar las soluciones adecuadas para la continuación. Pese a que los dos supuestos de hecho a los que la norma se refiere, esto es, que el organizador no suministre o que compruebe que no puede suministrar, tienen una naturaleza jurídica claramente diferenciada (el primero es un caso de incumplimiento y el segundo de imposibilidad de la prestación), las consecuencias jurídicas son las mismas, sin que se distinga cuál es la causa por la que el organizador incumple (que, claro es, no podrá ser imputable exclusivamente al viajero). El precepto está plagado de conceptos jurídicos indeterminados: no define, en primer lugar, qué ha de entenderse por “parte importante” de los servicios previstos en el contrato (parece que habrá de valorarse, tanto desde el punto de vista objetivo, cuanto desde el subjetivo, esto es, teniendo en cuenta la importancia que en el caso concreto ha tenido para el consumidor a la hora de tomar la decisión de contratar), ni tampoco cómo se aprecia que las soluciones ofrecidas son “adecuadas”, lo que remite al análisis del caso concreto.

En concreto, el consumidor tiene aquí dos opciones:

a) Continuar el viaje con las soluciones dadas por el organizador, en cuyo caso se considerará que acepta tácitamente las propuestas de este último. En este caso, el texto prevé que ello no comporte coste alguno para el consumidor o usuario (incluso en el caso de que lo que el organizador facilita sea de mayor calidad que lo pactado) y que este pueda reclamar, en su caso, el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas, lo que implica que el consumidor, aunque acepte las propuestas del organizador para continuar el viaje, puede reclamar, o bien la diferencia de precio en el caso de que las prestaciones facilitadas para la continuación del viaje fuesen inferiores a las pactadas o bien el precio de las prestaciones que no le han sido suministradas.



b) No aceptar las soluciones dadas por el organizador “por motivos razonables” o que sean “inviabiles”, en cuyo caso se ordena facilitar, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido, sin perjuicio de la indemnización que en su caso proceda, que es la que pueda reclamarse al amparo del artículo 162, por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario.

Parte de la doctrina (Gómez Calle en op.cit) considera que si el consumidor acepta continuar el viaje, pese al silencio de la norma, tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios que no queden subsanados con la devolución de lo pagado o de lo pagado de más

c) La regulación del precepto se cierra diciendo que, en caso de reclamación, el detallista (se menciona a este en el apartado 3 por vez primera) o, en su caso, el organizador, deberán obrar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas.

2º.- En el caso en el que el organizador no facilite soluciones alternativas al problema, existiendo éstas y siendo razonables, la doctrina opina que cabría la posibilidad de que si han sido costeadas por el propio viajero, pueda reclamarlas a su regreso del organizador que ha permanecido pasivo ante su problema.

### **3º.- RESPONSABILIDAD DE ORGANIZADORES Y DETALLISTAS (Art. 162)**

Si se lee el art. 162, llama la atención el adverbio “asimismo” de su apartado 2, que podría llevar a pensar que se recoge en él un supuesto de hecho diferente al del apartado 1. En realidad, no es así: partiendo (al margen de las posibilidades de modificación del contrato antes expuestas) de que el consumidor tiene derecho a exigir del organizador o detallista el cumplimiento de la prestación en los estrictos términos pactados, si esto no se logra y aquellos incumplen sus obligaciones o las cumplen defectuosamente, el artículo 162 (anterior artículo 11 de la LVC) regula el régimen de responsabilidad en ambos casos, ya deba ser la prestación ejecutada directamente por ellos mismos, ya por otros prestadores de servicios, siendo uno de los efectos jurídicos de esa responsabilidad el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños (incluido el daño moral) sufridos como consecuencia de aquellos incumplimientos.

Esta responsabilidad no puede ser limitada contractualmente, toda vez que el artículo 162.4 prohíbe el establecimiento de excepciones a lo previsto en los apartados 1 y 2, pero, en cambio, el resarcimiento de daños por incumplimiento o defectuoso cumplimiento estará limitado conforme a lo que impongan los convenios internacionales reguladores de las concretas prestaciones de que se trate (artículo 162.3). A este respecto debemos tener en cuenta el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930 y modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 y por el Protocolo de Montreal de 25 de septiembre de 1975.

De esta responsabilidad solo pueden quedar exonerados el organizador y el detallista cuando concurren alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo 162, sin perjuicio de lo cual, quedan igualmente obligados a prestar asistencia al viajero que se encuentre en dificultades (salvo en el caso en el que los defectos en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor), lo que tiene especial importancia en viajes en el extranjero, donde el idioma y el desconocimiento de la legislación vigente hacen que el desamparo del viajero pueda ser mayor<sup>1</sup>. Tales **causas de exoneración** son las siguientes:

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

El supuesto se dará, especialmente, en los casos en los que el consumidor haya incumplido la carga que se le impone en un viaje combinado de colaborar con su deudor (por ejemplo: ha de respetar los horarios preestablecidos de los que haya sido debidamente informado) y, con los matices ya dichos antes, en algunos casos en los que incumple su propia obligación de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato (obligación a la que se refiere el artículo 154.1 n) del TR). Evidentemente, si el daño no es exclusivamente imputable al consumidor, no habrá exoneración de responsabilidad, sino concurrencia de responsabilidades.

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

El precepto es claro en cuanto al concepto de “tercero”, que no puede aquí ser entendido como cualquier persona distinta de los contratantes (viajero y detallista o, en su caso, organizador). Los prestadores de los diferentes servicios que integran el viaje combinado (el transportista, el hostelero...) no son terceros, de modo que los defectos a ellos imputables no sirven para exonerar de responsabilidad al organizador o detallista. Es por ello que no cabe invocar exoneración de responsabilidad por retrasos en los vuelos, o por defectos apreciados en el servicio de alojamiento o de comida dados en el hotel contratado, etc...

c) Que los defectos aludidos se deban a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

El concepto coincide con el de fuerza mayor a efectos de exoneración de la obligación de indemnizar por cancelación del viaje (art. 159.4,b)). Es preciso, pues, que el suce-

---

<sup>1</sup> Si se trata de transportistas aéreos, existe una regulación específica en el Reglamento 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, que declara sus previsiones compatibles con las de la Directiva 90/314/CEE

so no hubiese podido preverse poniendo la diligencia que corresponde, que no es la del hombre medio, sino la exigible a un empresario del turismo, una de cuyas obligaciones es informar al cliente de todo aquello que pueda afectar al éxito del viaje, especialmente de todas aquellas alteraciones sustanciales que pudieran incluso aconsejar su cancelación. Esto es lo que hace que un mismo fenómeno o circunstancia, que en otro ámbito contractual podría integrar un supuesto de fuerza mayor, no exonere de responsabilidad frente al consumidor de un viaje combinado.

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

Adviértase aquí que a diferencia de lo que sucede en el apartado anterior, en el que la apreciación de un supuesto de fuerza mayor exige que esta proceda de circunstancias ajenas a quien las invoca, en este caso no es así: por lo tanto, puede exonerar de responsabilidad un hecho que proceda del propio ámbito de organización del detallista u organizador, siempre que sea imprevisible e insuperable pese a haber puesto toda la diligencia. Se trata, pues, de la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

#### **4º.- ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE LA SOLIDARIDAD**

##### **A) Situación anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios:**

La Directiva 90/314/CEE, del Consejo, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, permitía a los Estados miembros atribuir la responsabilidad por daños en el desarrollo del viaje solo al organizador, solo al detallista, o a ambos, sin especificar, en este último caso, si la atribución de responsabilidad habría de ser solidaria o mancomunada. De lo que verdaderamente se trataba era de que respondiesen uno y/u otro, pero no otros prestadores de servicios. Dispone así su artículo 5 que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o detallista que sean parte de dicho contrato, con independencia de que dichas obligaciones las deban ejecutar él mismo u otros prestadores de servicios y ello sin perjuicio del derecho del organizador y/o detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios*”. Por lo tanto, el legislador comunitario quería que, en caso de incumplimiento, el consumidor no tuviera que reclamar a los diferentes prestadores del servicio en el lugar de destino, con todos los problemas que ello conlleva, sino contra las agencias, dejando libertad a los legisladores nacionales para determinar cómo habrían de responder aquellas.

El legislador español optó por el sistema que dejó diseñado en el artículo 11 de la LVC que, aparentemente y así lo entendió buena parte de la doctrina, consagraba un régi-

men de responsabilidad de tipo mancomunado: organizador y detallista responderían dentro del ámbito de su respectiva competencia (al organizador le corresponderían, fundamentalmente, las tareas propias del diseño y ensamblaje del viaje, selección de los prestadores de los servicios, puesta a disposición del detallista del programa y de la información necesaria y a este último, básicamente, las actividades propias de la celebración del contrato con el consumidor, como la selección del viaje adecuado a sus peticiones, información etc ...), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria dentro de cada grupo, evitando así que el consumidor tuviera la carga de averiguar cuáles son las relaciones internas que median entre las diferentes agencias de viajes u organizadores que han intervenido en la prestación del servicio total.

Lo curioso es que la existencia de un precepto destinado a la regulación de la cuestión, cuyo tenor parecía apuntar al sistema de responsabilidad mancomunada, no sirvió para unificar criterios sobre cuál de los dos sistemas de responsabilidad antes dichos era el que había introducido el legislador español. Y ello porque su interpretación no fue unívoca en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, conviviendo, en definitiva, por esta vía, ambos sistemas en el ordenamiento jurídico español: el de responsabilidad mancomunada y el de responsabilidad solidaria. Y curioso resulta también que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (matrimonio que contrata un viaje combinado por la República Dominicana, organizado por una determinada mayorista y concertado con la minorista, durante el cual la avioneta que los trasladaba de un punto a otro del país sufre un accidente y la esposa fallece) se invocase tanto por los partidarios de una como de otra tesis, bien para reforzar su postura bien para poner de manifiesto que, en realidad, sus consideraciones no sirven para desvirtuarla (vid., por ejemplo, SAP de Ciudad Real de de 2-06-2003, por ejemplo). Más recientemente, el TS se pronunció sobre esta cuestión, siquiera de forma indirecta, en la STS de 21-03-2006, que resuelve un litigio que enfrenta a la mayorista (más exactamente a la sindicatura de la quiebra de la mayorista) que reclama el precio de diferentes “paquetes turísticos” o viajes combinados frente a la minorista. Entre otras consideraciones jurídicas para la desestimación del recurso presentado por la sindicatura de la quiebra el TS dice:

*“(...) aunque sea cierto, y nadie lo discute, que las agencias minoristas o detallistas no pueden contratar directamente con las empresas hoteleras, y aunque sea igualmente cierto que a los hechos enjuiciados no les era todavía aplicable la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los Viajes Combinados, no lo es menos, de un lado, que en el año 1994 ya se había publicado la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados y, de otro, que las Comunidades Autónomas habían dictado disposiciones sobre la materia orientadas primordialmente a la protección del usuario final como consumidor. De ahí que resulte de todo punto inadmisibile presentar la relación hotelero-mayorista (organizador)-minorista (detallista)- cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca, pues ante una situación de emergencia como la provocada por la quiebra de la mayorista la atención a los usuarios finales en destino o con reservas confirmadas hacía nece-*

*saría la relación entre minoristas y empresas hoteleras, como por demás resulta hoy claramente de la responsabilidad solidaria frente al consumidor que establece el artículo 11.1 de la citada Ley 21/95, dictada precisamente para incorporar al Derecho español la Directiva 90/314/CEE igualmente citada”.*

### **B) Situación tras la entrada en vigor del Texto Refundido:**

Ciertamente, el régimen de la mancomunidad presentaba varios inconvenientes, de entre los cuales, los más destacados por doctrina y “jurisprudencia menor” eran los siguientes:

1º.- Si el organizador y el detallista tenían que responder dentro del ámbito de su gestión respectiva, el consumidor podría verse obligado a indagar en los “entresijos” de la organización del viaje. Piénsese que en determinados casos, la agencia detallista ha podido asumir obligaciones que, en abstracto o a priori, pudieran entenderse comprendidas en el ámbito de gestión propio de las organizadoras. Es conveniente, pues, liberar al consumidor de la carga que comporta tratar de averiguar quién es el sujeto responsable.

2º.- La posibilidad de que el litigio hubiera de alejarse del lugar del domicilio del consumidor, que es la parte contractualmente más débil, disuadiéndole así de reclamar o dificultando la reclamación, en los casos, frecuentes, en los que ha contratado un viaje en su país, ofertado por un organizador con domicilio en el extranjero.

Frente a tales inconvenientes, el legislador español del TR ha optado por el sistema de la solidaridad, con un precepto, el artículo 162, cuya redacción, de todos modos, no está exenta de críticas. Se ha dicho ya que resulta contradictorio afirmar que los organizadores y los detallistas responderán en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, para decir, en el siguiente párrafo, que la responsabilidad será solidaria. Sea como fuere, este párrafo segundo no deja dudas sobre que el sistema impone:

a) La solidaridad frente al consumidor entre los organizadores y los detallistas. Como destaca Edmundo Rodríguez Achútegui (“Viajes Combinados. Solidaridad de los organizadores tras el Texto Refundido de la LGDCU”) quienes responden de modo solidario son los mayoristas y las agencias de viaje, no los demás empresarios que prestan servicios de transporte, hoteleros o turísticos. Contra éstos también tiene acción el demandante, que puede dirigirse exclusivamente, pero no está obligado a hacerlo, contra quien incumplió o cumplió defectuosamente.

b) La reserva de la acción de repetición que corresponde al deudor solidario que ha asumido la responsabilidad frente al consumidor respecto de aquel al que sea imputable el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso.

Se clarifica, pues, el sistema que, no obstante, sigue sin convencer a quienes no eran partidarios de hacer responder en todo caso a las agencias de viajes. Surgen así en la doctrina voces partidarias de un sistema, al que califican de más equilibrado, conforme al cual, delimitado claramente el contenido de las actuaciones de cada una de las agencias que intervienen en el diseño y contratación del viaje, cada una de ellas debe ser responsable de sus obligaciones respectivas, posibilitando al consumidor dirigirse contra la agencia con la que contrató directamente por incumplimiento de las obligaciones del organizador solo en los casos en los que este estuviese establecido fuera del territorio del Estado en el que se celebró el contrato (vid. M<sup>a</sup> Belén González Fernández en op.cit).