



CONCEPTOS CLAVE Y RESPONSABILIDAD EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS Y LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS

Mercedes ZUBIRI DE SALINAS*

RESUMEN: El Libro IV del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tiene que modificarse para adaptarse a la Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados de 25 de noviembre de 2015, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 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 todo caso, sus normas se aplicarán a partir del 1 de julio de 2018. Este trabajo estudia las novedades que, tanto desde el punto de vista objetivo (concepto de viajes combinados y servicios de viaje vinculados) como subjetivo (concepto de viajero y empresario, prestador de servicios y organizador), introduce la nueva norma europea, así como su régimen de responsabilidad. Se analizan críticamente las novedades para determinar las posibles modificaciones directas de nuestro ordenamiento, así como el influjo indirecto en el Derecho de transporte de personas por los distintos medios.

PALABRAS CLAVE: Viajes combinados y servicios de viaje vinculados, Viajero, Pasajero, Empresario, Operador, Prestador de servicios, Organizador, Responsabilidad, Transporte de personas.

ABSTRACT: Part IV of Royal Legislative Decree No 1/2007, of November, 16th, approving the Codified Text of the Spanish Consumers' Protection Act (recast), must be amended in order to implement the Directive (EU) No 2015/2302, of the European Parliament and of the Council, of 25 November 2015, on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive No 2011/83/EU, of the European Parliament and of the Council, and repealing Council Directive 90/314/EEC. At all events, the rules provided in the Directive (EU) No 2015/2302 will apply from the date of July, 1st, 2018. The aim of this piece of work consists of studying relevant changes that have been introduced through this new European Directive, on one hand from an objective point of view (current definitions of package travel and linked travel arrangement), on the other hand subjectively speaking (current definitions of traveller, trader, service provider and organizer), and also in connection with the legal regime of civil liability. A critical assessment of these significant changes was posed, in order to determine any possible direct amendments of Spanish Law needed to implement this Directive, as well as the indirect impact on any modes of passengers transport Law.

KEYWORDS: Package travel, Linked travel arrangement, Traveller, Passenger, Trader, Businessman, Operator, Travel service provider, Organiser, Responsibility, Carriage of passengers, Passengers transport.

INTRODUCCIÓN. La Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados de 25 de noviembre de 2015, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 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 lo sucesivo, Directiva (UE) 2015/2302), publicada en el DOUE de 11.12.2015, entró en vigor a los veinte días de su publicación

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza, Juez en excedencia. Este trabajo ha sido elaborado dentro del Proyecto de Investigación DER 2016-76937-R "Hacia un régimen jurídico integrado en el transporte de personas y de carga (Plataformas Logísticas)" (Proyecto trazar.2) de la que la autora es investigadora principal.

(art. 30) pero los Estados miembros tienen hasta el 1 de enero de 2018 para adoptar y publicar las disposiciones pertinentes para su cumplimiento. Disposiciones que se aplicarán a partir del 1 de julio de 2018 (art. 28, nº 1 y 2).

Por lo que se refiere al Estado español la principal norma que debe verse afectada por las nuevas reglas recogidas en la directiva es el 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 (en adelante, LGDCU) cuyo Libro IV (art. 150 a 165) se dedica a los viajes combinados¹.

El presente estudio tiene como finalidad la determinación de las novedades que la norma de la UE significa y que deben ser directamente transpuestas en las reglas contenidas en la norma de consumo, pero también tiene la pretensión de analizar las consecuencias indirectas que esta nueva directiva supone para los transportes de personas y, especialmente, los cambios que pueden implicar respecto a la propia concepción de los sujetos en el contrato de transporte y, en su caso, de su responsabilidad.

El trabajo se va a centrar en las definiciones contenidas en el art. 3 de la Directiva 2015/2302 relativas al “servicio de viaje”, “viaje combinado”, “contrato de viaje combinado”, y, específicamente, en los conceptos de “viajero” y “empresario”. Los primeros actúan como *prius* para poder incluir las reglas referidas a los contratos de transporte de personas por los distintos medios. Estos últimos conceptos indicados son los sujetos de la relación contractual de transporte.

Para ello vamos a proceder a efectuar una sucinta exposición de las normas de la directiva haciendo referencia a las directrices que en la misma se contienen y a las principales novedades que aparecen. Posteriormente, dedicaremos un epígrafe al estudio de cada uno de los conceptos clave que hemos enunciado, empezando por lo que significa el servicio de viaje y el contrato subsiguiente, para pasar después a analizar lo que la norma de la UE considera como viajero (si coincide y en qué medida con el concepto clásico de pasajero en el Derecho de privado de transportes) y, por último, se examinará si el empresario puede coincidir con el transportista y si las nuevas disposiciones pueden afectar a la responsabilidad del transportista.

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/2302 RELATIVA A LOS VIAJES COMBINADOS Y A LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS. La Directiva 90/314/CEE resultó un avance considerable en el momento de su promulgación ante el problema que suponía la contratación por los consumidores frente a las agencias de viajes cuando estas vendían “paquetes turísticos” prefijados previamente por ellas o por un empresario mayorista (“touroperador”)². La actividad empresarial de las agencias mayorista y

¹ El Consejo de Ministros aprobó el 3 de noviembre de 2017, el anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Esta modificación tiene por objeto la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. Puesto que el plazo de transposición de la directiva finaliza el 1 de enero de 2018 el Consejo de Ministros acordó también la tramitación urgente de este anteproyecto de Ley para cumplir con el plazo. Sin embargo, a fecha 16 de enero de 2018 no figura entre las iniciativas de Proyectos de Ley del Congreso de los Diputados.

² I. Quintana Carlo, “La protección del consumidor como turista”, en *Estudios sobre consumo*, nº 2 (1984), pp. 5 y ss.

minorista era la propia de aquel que ofrecía un vestido “prêt a porter” frente a lo que había sido clásico hasta ese momento de organizar los viajes a medida según las orientaciones y peticiones del cliente. A partir del siglo XXI la irrupción de Internet, así como la contratación por medio de la misma de los servicios de viaje, ha supuesto un cambio radical en la forma de contratación de las actividades turísticas y, de alguna manera, se ha vuelto a una concepción en la que el viajero diseña su propio viaje. Como indica la propia exposición de la Directiva (UE) 2015/2302 esta ha sido una de las razones de la elaboración de la misma porque «internet se ha convertido en un medio cada vez más importante a través del que se ofrecen o venden servicios de viaje. Los servicios de viaje no solo se combinan en forma de viajes combinados preestablecidos tradicionales, sino que con frecuencia se combinan a medida. Muchas de esas combinaciones de servicios de viaje se encuentran en una situación de indefinición jurídica o no están claramente incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CEE. La presente Directiva tiene por objeto adaptar el alcance de la protección para tener en cuenta esta evolución, aumentar la transparencia y la seguridad jurídica de los viajeros y empresarios» (Punto 2).

La nueva redacción de la directiva revela que la finalidad no es solo la protección de los consumidores de los productos de viaje (la cual era claramente la inspiración en la norma comunitaria de los años noventa del pasado siglo) sino generar un sistema que favorezca asimismo a los empresarios del sector y al propio mercado. En este sentido se pretende asegurar que las obligaciones sean semejantes en todos los ordenamientos de la UE, para permitir el mercado interior dentro de la Unión Europea³. La norma europea estima preciso «armonizar los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos relativos a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados para crear un auténtico mercado interior de los consumidores en este ámbito, estableciendo un equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas» (Punto 5).

Partiendo de esta orientación, la Directiva (UE) 2015/2302 tiene que enfrentarse a nuevos conceptos que van a influir poderosamente en toda la problemática de este nuevo mercado del turismo o del viaje o del servicio del ocio, que es objeto de contratación más frecuente y de manera relevante, desde el punto de vista económico, junto al clásico del viaje combinado⁴. Por

³ El punto 6 de la Exposición de la Directiva lo indica claramente: «El potencial transfronterizo del mercado de viajes combinados en la Unión aún no se ha explotado plenamente. Las disparidades entre las normas de protección de los viajeros en los distintos Estados miembros son un factor disuasorio para que los viajeros de un Estado miembro contraten viajes combinados y servicios de viaje vinculados en otro Estado miembro y, del mismo modo, un factor disuasorio para que los organizadores y los minoristas de un Estado miembro vendan tales servicios en otro Estado miembro».

⁴ Partiendo de datos estadísticos de los años 2006/2009 el “Primer estudio estratégico de las agencias de viajes españolas” realizado por Amadeus España y ACAV señalaba que, en esos momentos, el número de españoles que utilizaba la agencia tradicional duplicaba al de quienes visitan la online (el 41,3% de la agencia de calle frente al 22,7% de la online), y alrededor de un 36% del mercado utilizaba los servicios de ambos tipos de agencia, aunque primaba en este mix el uso de la agencia tradicional, siendo utilizada esta última por personas menores de 45 años y con una clara búsqueda de la ventaja del precio y de los servicios aislados de viajes antes que un viaje organizado. Vid. <http://www.amadeus.com/web/binaries/1333086479747/>

eso la norma comunitaria modifica de una forma sustancial lo que había sido la base de las relaciones jurídicas tanto desde el punto de vista subjetivo (el concepto de consumidor y el de empresario) como desde el punto de vista objetivo, al ampliar el objeto de regulación incluyendo los servicios de viaje vinculados.

La Directiva (UE) 2015/2302 consta de 31 artículos divididos en VIII capítulos. Los cuatro primeros se dedican a los viajes combinados, el capítulo V se refiere a la protección frente a la insolvencia y el capítulo VI a los servicios de viaje vinculados. Los dos últimos contienen las disposiciones generales y disposiciones finales. Asimismo, tiene un Anexo I dedicado a la información normalizada en materia de viajes combinados; el Anexo II relativo a la información normalizada en caso de servicios de viaje vinculados y el Anexo III contiene una tabla de correspondencias con la Directiva 90/314/CEE. De todos ellos en el presente trabajo nos interesan los capítulos I y IV.

Otro de los temas que aborda específicamente la directiva es la protección en caso de insolvencia (vid. Capítulo V artículos 17 y 18) que se debe aplicar igualmente a los servicios de viaje vinculados (art. 19). Constituye una novedad frente a la situación existente hasta el momento presente fruto, en buena medida, del deseo de solucionar las graves situaciones que se han producido en fechas recientes de incumplimientos masivos de contratos de pasaje derivados de situaciones de crisis económicas de las compañías transportistas, fundamentalmente, aéreas. La norma comunitaria determina que los Estados garantizarán que los organizadores establecidos o que operen en su territorio constituyan una garantía de reembolso de los pagos y de repatriación de los viajeros en caso de insolvencia.

LOS CONCEPTOS CLAVE: SERVICIOS DE VIAJE Y VIAJES COMBINADOS. El art. 3 es el que enumera las definiciones. La norma parte del concepto de servicio de viaje (transporte, alojamiento, alquiler de vehículos o cualquier otro servicio turístico que no forme parte de los anteriores), para indicar que, si al menos dos de esos servicios se combinan, nos encontraremos ante un viaje combinado que, a su vez, puede contratarse en un solo contrato o en varios siempre que sean facilitados por un único empresario o con otro empresario en el plazo máximo de 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (art. 3, 2). Y es que, debido justamente a la contratación a distancia por medios electrónicos, los servicios de viaje pueden combinarse de muy distintas maneras, por lo que la nueva norma amplía el elenco de supuestos a los que será susceptible de aplicación al considerar como viajes combinados todas las combinaciones de servicios de viaje que presenten las características que los viajeros asocian normalmente entre sí.

Esto puede ocurrir cuando distintos servicios de viaje se combinan en un único producto de viaje, cuya correcta ejecución asume el organizador, pero también cuando hay diversos contratos.

En la primera de las situaciones, prevista en el art. 3, letra a), la directiva recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵, en virtud de la cual, no debe haber diferencia entre la combinación de los servicios de

blobheader=application/pdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DPrimerInforme.

⁵ STJUE de 30 de abril de 2002, Club Tour, Viagens e Turismo S.A. Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido y Club Med Viagens Ld.^a, C-400/00, ECLI:EU:C:2002:272.

viaje previa a cualquier contacto con el viajero, o a petición del viajero o según la selección realizada por este. En todos estos casos deben aplicarse los mismos principios, siendo indiferente que la reserva se efectúe de manera presencial o en línea.

Por otra parte, cuando hay diversos contratos (art. 3, 2, letra b), también somete al régimen de la directiva los servicios de viaje vinculados, en los que los empresarios facilitan, de manera presencial o en línea, a los viajeros la contratación de servicios de viaje en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar. Pero también si se ofrecen en un precio global o alzado (*for fait*), lo que constituye el supuesto tradicional, o se venden como viajes combinados o denominación similar. Pero la norma va más allá puesto que incluye la aplicación a los supuestos de varios contratos, si se combinan después de la celebración del contrato mediante la selección de distintos tipos de servicios de viaje (cajas de regalo); y así mismo si se contratan con distintos empresarios llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores de servicios de viaje -inclusive mediante procesos de reserva conectados- en un plazo máximo de 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

De tal manera que la norma distingue, con una casuística prolija, los servicios de viaje vinculados de los servicios de viaje que los viajeros reservan de manera autónoma, a menudo en diferentes momentos, aunque se destinen a un mismo viaje o vacación. Los servicios de viaje vinculados en línea deben distinguirse de sitios web a los que se accede mediante un enlace cuya finalidad no es la celebración de un contrato con el viajero, y de los enlaces a través de los cuales simplemente se informa a los viajeros sobre otros servicios de viaje de modo general. Aunque se conciben como cosas diferentes se quiere establecer un régimen que controle también la oferta de estos servicios, singularmente en lo que respecta a la información que debe prestarse por parte del oferente acerca de cuál es el régimen al que la contratación va a verse sometida. La norma prevé la necesidad de exigir a los empresarios que, antes de que el viajero acepte pagar, indiquen claramente y de forma destacada si lo que ofrecen es un viaje combinado o son unos servicios de viaje vinculados, así como el nivel de protección aplicable. La declaración del empresario sobre la naturaleza jurídica del producto de viaje comercializado debe corresponder a la auténtica naturaleza jurídica del producto de que se trate. Las autoridades ejecutivas competentes deben intervenir en caso de que el empresario no ofrezca información precisa a los viajeros.

Por consiguiente, tanto los viajes combinados como los servicios de viaje vinculados ofrecidos por los empresarios a los viajeros son objeto de regulación en la Directiva (art. 2)⁶.

La cuestión que se plantea la norma es en qué medida podemos considerar que una combinación de servicios de viajes puede ser un viaje combinado. Se trata de aquellos supuestos en los que se combina un servicio de viaje

⁶ En este aspecto la directiva se ha simplificado frente a la Propuesta de Directiva del año 2013 en la que se podía distinguir entre servicios de viaje autónomos, viajes combinados preestablecidos, viajes combinados comercializados por un único operador o por varios operadores y servicios de viaje prestados por varios operadores. Los servicios asistidos de viaje pasaron a denominarse servicios de viajes vinculados. En este sentido A. Paniza Fullana, *Viajes combinados y servicios de viajes vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p. 28.

(transporte, alojamiento⁷, alquiler de vehículo) con otro servicio turístico (por ejemplo, la asistencia a un concierto, partido de fútbol, etc.).

Los llamados “paquetes turísticos” se incluirán en el régimen de la directiva aunque se traten de diversos contratos siendo el elemento del precio final⁸ así como la remisión dentro de la página web, la regla esencial para considerar que deben estar bajo la cobertura de la directiva. No obstante, la norma, con una complicada dicción negativa, los excluye de dicho concepto si concurren una de estas dos condiciones: que el valor del servicio turístico no resulte significativo desde el punto de vista de la combinación y no se anuncien como una característica esencial de la combinación ni constituya una característica esencial de ella; o, en segundo lugar, solo ha sido seleccionado y contratado después de que se haya iniciado la ejecución de uno de los primeros servicios de viaje (art. 3, 2 último párrafo letras a) y b).

En consecuencia, y, en virtud del primero de los criterios enunciados, un viaje que apareciera anunciado de tal manera que estuviera organizado en función de la asistencia a un partido de fútbol o a un concierto y en el que el precio del mismo fuera importante desde el punto de vista del conjunto debería tener la condición de viaje combinado. Por consiguiente, la norma acude a la pauta de que este acto no resulte accesorio del viaje, el alojamiento o el alquiler del vehículo contratado. Este mismo criterio se aplica para excluir del concepto de servicios de viaje vinculados (confer. Art. 3, 5 segundo párrafo).

El segundo de los criterios de exclusión lo que permite es dejar fuera del concepto de viaje combinado todo aquel que no se ha ofrecido previamente como tal. En este segundo caso se fija una referencia temporal: el servicio turístico (concierto, partido, o cualquier otro) se contrata cuando ya se está realizando el servicio de viaje (por ejemplo, en un viaje a París una vez que se ha llegado allí se contrata un espectáculo en el Folies Bergère).

LA CONFRONTACIÓN DE LOS CONCEPTOS RELATIVOS A LOS SUJETOS EN LA DIRECTIVA CON LOS PROPIOS DEL DERECHO DE TRANSPORTES. EL CONCEPTO DE VIAJERO EN LA NORMA COMUNITARIA Y EN LA NORMATIVA DE TRANSPORTES. El nº 6 del art. 3 de la Directiva 2015/2302 define al “viajero” como “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”. Lo primero que se debe observar es que se ha modificado el término frente a la Directiva 90/314/CEE en la que el art. 2 apartado 4 se usaba el de

⁷ Hay situaciones que pueden ser dudosas como puede ocurrir con los alquileres vacacionales, ofertados también junto a los hoteles en las plataformas web vid. por ej. *Tripadvisor* <https://www.tripadvisor.es/> que los incluye como una opción de los alojamientos (página consultada 30.11.2017). Podríamos considerarlos como servicios de viaje porque no estarían excluidos del concepto de alojamiento de la norma: «cuando no sea parte intrínseca del transporte y no tenga fines residenciales». El alojamiento es, en general, un servicio de viaje pero quedará fuera cuando tenga fines residenciales. Sin embargo, una vivienda turística vacacional tiene esa finalidad y no la residencial. El considerando 15 de la Directiva estima alojamiento con fines residenciales los alojamientos para cursos de idiomas de larga duración. En consecuencia, y, por oposición, en los casos de los alquileres vacacionales como su finalidad es específicamente la vacación deberían incluirse. Así Paniza, op. cit., pp. 42-43. Sin embargo estarían excluidos, a mi juicio, los cruceros de fin de semana en los que se efectuara una sola pernoctación, porque el art. 3, 1 letra b exige, para considerar servicio de viaje, que el alojamiento no sea parte intrínseca del transporte de pasajeros, lo cual es característico del servicio de crucero.

⁸ Paniza, op. cit., p. 55.

“consumidor” al que se definía como “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (« el contratante principal »), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (« los demás beneficiarios ») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (« cesionario »)”.

Pero, pese a ser la noción actual más sincrética, no se diferencia de fondo con la que se contenía anteriormente, puesto que ésta abarcaba al que contrataba, al que viajaba y a aquel al que se cedía la relación jurídica, a los que, respectivamente, denominaba contratante principal, beneficiarios y cesionario. La nueva directiva utiliza exclusivamente el término viajero para comprender a todos ellos y amplía sutilmente el concepto puesto que no lo ciñe al contrato, sino que incluye al que tiene la intención de contratar, lo cual tendrá especial relevancia en la fase precontractual del contrato (art. 5 y 6 de la Directiva (UE) 2015/2302), así como al que realiza la acción de recibir los servicios contratados. La norma circunscribe el concepto de viajero como el que tiene derecho a “viajar”, pero ello no debemos entenderlo en sentido estricto, puesto que pueden ser objeto del contrato otras prestaciones que no sean el viaje, que deben estimarse también incluidas, como pueden ser otros servicios de viaje.

El término viajero es propio del Derecho del transporte, que utiliza desde siempre los conceptos de pasajero, en el transporte marítimo y aéreo por atracción de la denominación tradicional del contrato de transporte de personas como contrato de pasaje; y el de viajero, utilizado en los transportes terrestres por carretera o ferrocarril⁹. Pero, desde el punto de vista del Derecho de transportes ambos se estiman sinónimos.

Sin embargo, habrá que determinar si el viajero de la nueva directiva coincide con lo considerado como tal en materia de transporte. Para ello habrá que comparar los conceptos de viajero/consumidor y viajero a efectos del contrato de transporte.

El concepto de consumidor irrumpe en las relaciones comerciales, a partir de los años 60 del siglo pasado, como la persona que utiliza para su particular interés los diferentes bienes y servicios¹⁰. Dicha configuración pretende ser tuitiva de los intereses del mismo, empezando a reconocerse una serie de reglas y mecanismos de protección de los consumidores orientados hacia el reconocimiento de sus derechos y de vías extrajudiciales o judiciales que pretenden facilitar su ejercicio¹¹. Este movimiento protector de los derechos de

⁹ La LNA de 1960 utiliza de manera indistinta ambos términos (art. 92, 95 y 96 la de pasajero) y en otros, el de viajero (art. 97, 116, art. 117) y al contrato lo denomina transporte de viajeros. La LNM de 2015 habla generalmente de pasajeros (art. 292, 293, 295, 297, entre otros) aunque también utiliza alguna vez viajero (art. 294). De la misma manera se utiliza en los Convenios internacionales para estos medios: así, el Convenio de Montreal y en el Convenio de Atenas para el transporte de pasajeros y sus equipajes por mar.

¹⁰ El concepto de consumidor en sus orígenes proviene de la ciencia económica puesto que es el que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares, pretendiendo hacerse con el valor de uso de lo adquirido, según G. Botana García, “Comentario al art. 1 de la LGDCU”, en AAVV, (E. Llamas Pombo, coord.) *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, p. 60.

¹¹ El concepto de consumidor parte del afianzamiento de la sociedad de consumo en las sociedades occidentales y de su crisis. Las palabras del Presidente de los Estados Unidos J. F. Kennedy (*Consumer Advisory Council, First Report, executive office or the President*, octubre

los consumidores alcanza reconocimiento constitucional en la mayoría de los ordenamientos de los países desarrollados¹² y se extiende a actividades económicas de todo tipo, entre ellas el transporte de personas por los distintos medios. De tal manera que su influencia implica la calificación de los sujetos que intervienen en estas relaciones jurídicas, habitualmente contractuales, como relaciones de consumo. Ello supone, en muchos casos, la admisión de una suma de derechos añadidos a los que el sujeto posee como consecuencia de esa relación contractual. En consecuencia, en materia de transportes esto significa que, a los derechos como pasajeros, se añaden los derechos como consumidor. O, en ciertos casos, se mantienen los mismos derechos, pero se modifica la óptica utilizada. De manera que el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas reguladoras de la relación se tamiza y estos derechos se interpretan de manera que resulten más favorables al sujeto que tiene dicha condición de consumidor.

Sin embargo, la realidad pone en evidencia que dicha situación no siempre es coincidente, o, por indicarlo de otra manera, que la consideración del pasajero como consumidor puede tener un amplio espacio de coincidencia (personas a las que se les podría aplicar ambas condiciones), pero también hay personas que no cumplen estrictamente los requisitos para recibir la calificación de consumidores, pero pueden estar asimismo huérfanos de tutela (por ejemplo, la persona que realiza el viaje por motivos profesionales, laborales, etc.) e incluso aquel que contrata para otro dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional. Esta situación que permite incluir en el concepto de consumidor a determinados empresarios se recoge en las normas de la UE más recientes, así en la Directiva 2011/83/UE (párrafo 17 del su Exposición de Motivos) y, en la parte que a nosotros nos interesa especialmente, en la Directiva (UE) 2015/2302¹³. De tal manera que se extiende el concepto de consumidor a pequeños empresarios que adquieran los viajes combinados para sus empleados en el ejercicio de su actividad. Esto

de 1963); el *Molony Report* inglés de 1962 y los movimientos de protesta de los consumidores en países como EE.UU. o Japón así como las Comisiones de encuestas británicas dan lugar a que se publique, en el verano de 1962, el *Final Report of the Committee on Consumer Protection*, en el que se afirma la idea de que “todos somos consumidores” “*the consumer is everybody all the time*”. Se evidenció que no se estaban reconociendo derechos de los individuos, a nivel individual, sino intereses de clase. El consumidor es un sujeto digno de protección porque los intereses en conflicto son intereses públicos, de la colectividad, que el Estado debe proteger y tutelar. Desde sus orígenes el Derecho de consumo entremezcla normas de Derecho público y de Derecho privado sin que resulte fácil la distinción de unas y otras.

¹² En el caso de España en el art. 51 CE dentro de los principios rectores de la política social y económica.

¹³ Este planteamiento se observa en el punto 7 de la Exposición de la Directiva. «(...) no siempre es fácil distinguir entre los consumidores y los representantes de las pequeñas empresas o profesionales que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores. Dichos viajeros necesitan a menudo un nivel de protección similar. En cambio, hay empresas u organizaciones que elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general, celebrado a menudo para múltiples fórmulas de viaje para un período específico, por ejemplo, con una agencia de viajes. Este último tipo de fórmulas de viaje no requiere el nivel de protección previsto para los consumidores. Por lo tanto, la presente Directiva solo debe aplicarse a los viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general. (...)».

puede afectar al concepto de pasajero en un transporte ya que, como se ha indicado *supra*, el primero de los servicios de viaje en el art. 3, 1 de la norma comunitaria, es el transporte de pasajeros. Esta orientación, extendiéndola al ámbito del transporte aéreo, ha tenido ya alguna manifestación como en la STJ (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016¹⁴.

La cuestión clave será determinar el ámbito de actuación de cada uno de estos conceptos. Para ello resulta necesario fijar, en primer lugar, el concepto de consumidor, lo cual tampoco es sencillo puesto que es figura que está en constante evolución.

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA LGDCU. CONCEPTO GENERAL Y CONCEPTO ESPECÍFICO PARA LOS VIAJES COMBINADOS. Desde sus inicios existen diversas nociones de consumidor en función de la finalidad de la norma que incorpora esa noción¹⁵. Hay una idea abstracta de consumidor que permite el

¹⁴ La sentencia declara aplicable el Convenio de Montreal, y, por tanto, al transporte aéreo, a un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros. El Tribunal de Justicia establece una nueva concepción de pasajero. El supuesto de hecho parte de un litigio entre Air Baltic Corporation AS y el Servicio Especial de investigación de la República de Lituania en la que esta última, que había contratado el transporte de dos de sus agentes por motivos laborales desde Vilnius (Lituania) a Baku (Azerbaiján) y los cuales tuvieron que prolongar la duración de su desplazamiento laboral como consecuencia de haber llegado a destino con retraso. La demandante tuvo que pagar una retribución adicional a los agentes en concepto de gastos de viaje y cotizaciones a la seguridad social, que es lo que reclama a la empresa transportista. La demanda es estimada por el tribunal de primera y segunda instancia lituano pero, al recurrir la empresa transportista al Tribunal Supremo de Lituania, este decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la interpretación de los art. 19, 22 y 29 del CM y si deben interpretarse en el sentido de que un transportista está obligado a responder frente a terceros, en particular, en el caso planteado, frente al empleador de un pasajero, por los desembolsos adicionales que haya tenido que soportar como consecuencia de un retraso. Esta sentencia puede tener sin duda una influencia importante para las compañías aéreas porque la interpretación “forzada” de las normas del CM puede tener consecuencias económicas no desdeñables para las mismas. Indudablemente, las cantidades abonadas a los trabajadores como consecuencia del retraso podrían haber sido reclamadas por los trabajadores/pasajeros a la compañía sin que hubiera planteado problema a la transportista acerca de su responsabilidad. Reclamaciones de pequeñas cantidades que no las ejercitan en muchos casos. Sin embargo, si la indemnización se abona por la empresa que ha contratado el transporte para sus trabajadores (como es el caso de la sentencia) y es ella la que reclama al transportista, será mucho más fácil que se ejerciten las acciones por parte de los empleadores, aunque sean reclamaciones de pequeña cuantía económica, y, muchas pequeñas, pueden significar, en suma, indemnizaciones muy grandes. Esto hace plantearse si no sería necesario, para el propio Derecho de transportes, debido a esta distorsión del concepto de pasajero que se acogiera también en las normas reguladoras del contrato de pasaje. Algo parecido a lo que ocurre en otros sectores como el Derecho de seguros en los que podemos distinguir normas tuitivas que se aplican *per se* al asegurado, de manera indiferente a si es o no consumidor, frente a las situaciones en las que el asegurado tiene un régimen dispositivo por encontrarse en pie de igualdad con la compañía aseguradora. En este sentido ya me he pronunciado en M. Zubiri de Salinas, “Consumidor v. Pasajero”, en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, octubre de 2017. (www.rlada.com).

¹⁵ Siguiendo al profesor Bercovitz se puede distinguir una noción “abstracta” y una o varias nociones concretas. En el primero de los aspectos, el concepto abstracto de consumidor comprende a todos los ciudadanos en cuanto que aspiran a una adecuada calidad de vida. En este sentido la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, en cuyo n° 3 indica: «En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes

reconocimiento de derechos generales como el derecho a la educación, a la información o derecho de asociación. Esta configuración estaría en relación con lo que se refiere a unos derechos de “clase” más que a la posibilidad de reconocer determinados derechos subjetivos.

Pero tenemos también una o varias nociones concretas. En el Derecho español, la normativa básica en materia de consumo, la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en lo sucesivo, TRLGDCU), contiene una noción legal general que a su vez ha tenido una evolución sustancial desde su primera redacción en 1984 hasta el momento presente¹⁶. El art. 3 de la norma se refiere al concepto “general” de consumidor y de usuario, pero el propio precepto revela que, no es tan general, puesto que empieza limitándolo: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto”. Por consiguiente, el tema que nos ocupa de los viajes combinados tiene un concepto específico puesto que se encuentra regulado en el Libro IV del TRLGDCU.

En el concepto general del artículo 3 lo esencial para estimar que nos encontramos ante un consumidor o usuario es el hecho de que se actúe con un propósito ajeno a la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La noción tradicional, recogida en la Ley de 1984, partía de la caracterización del consumidor como el que era el destinatario final de los bienes o servicios. La norma actual española, recogiendo la definición que se había adoptado por el Derecho comunitario, se fija en el criterio de que actúe al margen o con un propósito ajeno a la actividad profesional, con la finalidad de estar en consonancia con las directivas comunitarias que habían sido previamente transpuestas al Derecho interno español¹⁷. Sin embargo, se mantiene la diferencia de permitir la inclusión de la persona jurídica¹⁸.

aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor». Pero también existen nociones concretas que reconocen derechos individuales y que se configuran de manera diferente en función de las distintas normas que las recogen. Vid. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, “El concepto de consumidor”, en AAVV, *Hacia un código del consumidor*, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid, 2006, p. 19-21.

¹⁶ El texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias vino a reorganizar las normas contenidas en el primitivo texto legal de la Ley 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios, así como el desarrollo llevado a cabo con posterioridad por diversas leyes especiales, dictadas, habitualmente, para incorporar directivas comunitarias que contenían aspectos concretos de protección del consumidor. A su vez, este texto refundido también ha experimentado alguna modificación importante como es la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que transpone al Derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. La primera LGDCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, contenía una noción legal de consumidor que se basaba en la condición de destinatario final de los bienes o servicios. El art. 1, 2 de la Ley de 1984 indicaba: «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Lo cual se completaba con el nº 3 en el que se decía que: «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

¹⁷ En la última modificación del TRLGDCU de 2014 se acoge la dicción, que expresamente incluye la Directiva 2011/83/UE que se transpone, pero la norma española no recoge el supuesto de que el destino del bien o servicio sea mixto, es decir, que sirva para satisfacer

Por lo que se refiere al concepto específico de consumidor en los viajes combinados, el art. 151 del TRLGDCU establece un concepto especial de consumidor o usuario como «cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario». Se integra por los conceptos de contratante principal, beneficiario y cesionario que se definen también en el propio art. 151 letras d), e) y f) de conformidad con la Directiva de 1990. El primero entraría dentro del concepto de consumidor jurídico puesto que es el que contrata por oposición al de consumidor material, que es el que, sin ser el adquirente de la cosa, puede utilizarla¹⁹.

Pues bien, mientras que el contratante principal puede ser una persona física o jurídica, el beneficiario y el cesionario necesariamente deben ser personas físicas. La razón es obvia puesto que una persona jurídica no puede viajar. Sin embargo, sí que puede contratar un viaje combinado, actuando en nombre de un beneficiario (representación directa) o puede ceder el viaje combinado a otra persona física (beneficiario). A la hora de incluir una persona jurídica como contratante principal no se limita la consideración de tal, como hace el art. 3, 2 TRLGDCU que exige, no solo que actúe fuera de la actividad profesional, sino que no tenga ánimo de lucro. La necesidad de que, para que una persona jurídica sea consumidor, deban cumplirse ambos requisitos, significa que la noción general queda limitada a asociaciones, cooperativas y fundaciones.

En el caso de los viajes combinados no se establecen dichos límites, por lo que podrá contratar el viaje combinado cualquier persona jurídica, pero siempre a favor de una persona física y, es más, actuando en nombre de dicha persona física (a tenor de los términos utilizados en el art. 151, 1 letra e, al definir al beneficiario). Se trata de una actuación representativa como comisionista que contrata en nombre del comitente (art. 247 Ccom) o mandatario (art. 1725 CC). También puede contratar en nombre propio y ceder posteriormente el viaje combinado al cesionario (art. 151, 1, letra f TRLGDCU). La inclusión de la persona jurídica en el TRLGDCU fue una extensión del régimen de la Directiva de 1990 que se refería al contratante principal como “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje”, pero no indicaba que pudiera ser una persona jurídica. Esta extensión se admitió en la Ley de viajes combinados de 1995 (art. 2, nº 4, 5 y 6) y de allí pasó al TRLGDCU al

necesidades personales y profesionales (viaje de negocios que se utiliza como vacaciones). A tales efectos el Derecho comunitario dio un paso más en la Directiva 2011/83 en cuyo considerando 17 apunta la posibilidad de incluir esos contratos de doble finalidad, que habían sido acogidos por la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de enero de 2005; asunto C-464/01). Esta nueva configuración va a tener especial influencia en la Directiva sobre viajes combinados de 2015.

¹⁸ El texto original incluido en el TR de 2007 no poseía el segundo de los párrafos en el que se especifica la consideración de consumidor “persona jurídica”. Esta modificación se introduce por el art. Único 2 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La primera redacción del Texto Refundido decía:

«Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario».

«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Por lo que en Derecho interno español se admite que las personas jurídicas puedan ser consumidoras desde la primera redacción de la LGDCU hasta el presente.

¹⁹ Así se ha estimado desde autores como J. Calais-Auloy y F. Steinmetz, *Droit de la Consummation*, 4ª ed. París, 1996, pp. 4-5.

ser objeto de refundición, en consonancia con la tradición española. Por consiguiente, la ley española admite la conclusión del contrato por parte de cualquier persona jurídica sin que en este punto existan restricciones como las que determina la Directiva (UE) 2015/2302, que excluye, de su ámbito de aplicación, los viajes combinados y servicios de viajes vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión (art. 2, 2, letra c). Esta es una de las novedades de la directiva que tiene como finalidad la protección de los pequeños empresarios que actúen contratando viajes combinados para su propia actividad profesional (viajes de negocios para empleados, clientes, etc.). La diferencia con la regulación anterior (Directiva de 1990) y con la norma española es que pueden contratar en su propio nombre lo cual solo es posible, según el art. 151 TRLGDCU, si la persona jurídica compra el viaje combinado y lo cede a una persona física como beneficiario. El art. 155 TRLGDCU contempla la cesión gratuita de la reserva como novación subjetiva (ex art. 1205 CC) y exige la comunicación por escrito al detallista o, en su caso, al organizador con una antelación mínima de quince días a la fecha del inicio del viaje, salvo que las partes hubieran establecido un plazo menor, así como la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario frente al detallista u organizador de la parte que quede por abonar de precio de viaje. La reforma de la ley española tendría que ir en el sentido de excluir la contratación como consumidor de las personas jurídicas que no fueran pequeños empresarios. Asimismo, se tendrá que permitir que contrate en su propio nombre, pero siempre en beneficio de una persona física (que es la que puede ser viajero) y tiene el derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la nueva directiva (viajes combinados o servicios de viaje vinculados).

Posiblemente lo que haga el legislador español en este punto, como hace en la mayoría de las ocasiones, es copiar directamente la nueva directiva porque modificar el texto actual puede resultar mucho más complejo, especialmente, cuando la nueva directiva huye del concepto de consumidor y recoge el de viajero, simplificando de esta manera, las nociones anteriormente analizadas. De hecho, eso es lo que aparece en el Anteproyecto de Ley cuyo art. 150 excluye del ámbito de aplicación los «c) los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión». Y el art. 151, en las definiciones se refiere al viajero, en su letra f) como «toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro».

Por consiguiente, de acuerdo con la nueva normativa un contrato de viaje combinado que incluyera un transporte de personas contratado por una persona jurídica quedaría incluida en la regulación del viaje combinado siempre que no lo efectúe en virtud de un convenio general.

LA NOCIÓN DE PASAJERO EN LA NORMATIVA DE TRANSPORTES. La siguiente cuestión será determinar si esta nueva configuración afectará a los contratos de transporte en general, aun sin encontrarse incluidos en uno de los servicios

de viaje de un viaje combinado. Desde el punto de vista del Derecho de transportes, la noción de pasajero también ha tenido una constante evolución. En materia de transportes, por su propia importancia económica y estratégica, los Estados ha intervenido prontamente, aunque sea bajo la vigencia del principio de autonomía de la voluntad propio de la codificación decimonónica, imponiendo a las compañías la obligación de contratar fundamentalmente porque se explotan servicios públicos y, además, hasta fechas bien recientes, porque dichas empresas actuaban en régimen de monopolio. De ahí que ya en los albores del Derecho de consumo se mencionaba específicamente la responsabilidad objetiva del transportista aéreo como una manifestación de la protección del consumidor y usuario en las Leyes especiales²⁰.

En el Derecho de transportes se utiliza como denominación clásica la de pasajero identificando a la persona que efectúa el viaje y a favor de la cual se expide el documento de transporte pero, curiosamente, no se le define²¹, entre otras razones porque, salvo en el transporte ferroviario, no se regula el contrato de transporte sino la responsabilidad del transportista.

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, el Reglamento comunitario (Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente utiliza el término y define a las “personas con derecho a indemnización” (art. 2, 1)²² a las que considera “el pasajero o cualquier persona con derecho a reclamar respecto de dicho pasajero, de conformidad con la normativa aplicable”. Tampoco nos da luz, a la hora de definir al pasajero, el Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo en el que se define a la “persona con discapacidad” o “persona con movilidad reducida” como “toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal) discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros” (art. 2,

²⁰ E. Polo, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Madrid 1980, p. 59 lo incluye, junto a la legislación sobre arrendamientos urbanos y la ley de venta a plazos, en el sector de la contratación en el que en ese momento las normas de consumo no habían tenido especial incidencia por tener un nivel de protección adecuado. A estos efectos cita la obra de I. Quintana Carlo, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Salamanca, 1977.

²¹ El Convenio de Montreal no lo define (vid. art. 3 y art. 17 CM). Tampoco lo hacía el Convenio de Varsovia, cuyo art. 1 se refería al transporte de personas, contenía una definición de viajero (art. 30) relativo a los transportes sucesivos en el que determinaba que la legitimación la tenía el viajero, y, en el supuesto de muerte de este, sus causahabientes. Por lo que se refiere a la norma interna española la Ley de navegación aérea de 1960 utiliza casi de manera indistinta los términos viajero y pasajero pero no los define en ningún momento (vid. Art. 92 a 101 cuando se refiere al contrato de transporte de viajeros mientras que en los art. 115 a 117 al tratar la responsabilidad en caso de accidente se refiere exclusivamente al viajero).

²² El Reglamento (CE) 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente que es el que tenemos en el presente en vigor y el que introdujo en la UE el sistema de Montreal, modifica este precepto únicamente pasando del plural al singular e indicado, por consiguiente, “persona con derecho a la indemnización” (vid. art. 1).

letra a). Este precepto nos define el adjetivo (persona con discapacidad o movilidad reducida) pero no el sustantivo porque sigue siendo un pasajero.

Sin embargo, sí que encontramos una definición en otras normas comunitarias relativas al aseguramiento. El Reglamento (CE) nº 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos en su art. 3 nos define al pasajero como “toda persona presente en un vuelo con el consentimiento de la compañía aérea, excluidos los miembros de la tripulación y el personal de cabina que estén en servicio”. A efectos del seguro se parte de un dato fáctico que es que la persona se encuentre presente en el vuelo y que la compañía aérea lo haya admitido.

Ante la ausencia de un concepto normativo podemos considerar, con carácter general y de acuerdo con la interpretación clásica, que el pasajero es la persona trasladada de un punto a otro por medio cualquier medio mediante un contrato de pasaje. Esto no significa que el pasajero tenga que ser, necesariamente, el que contrate el transporte, ya que entonces quedarían excluidos los que carecen de capacidad de obrar, como los menores e incapaces. La existencia de contrato implica que se deba excluir del concepto de pasajero al polizón, pero abarca a los pasajeros que no abonan remuneración, como en el transporte gratuito o interesado. El hecho de haber contratado el transporte y haberse colocado en disposición de ser trasladado implica, normalmente, el pago del precio del transporte. Esto no significa que no se puedan considerar pasajeros, y amparados por la cobertura del contrato, las personas que viajan gratuitamente²³ (expresamente se reconoce en el pasaje marítimo art. 287 y 288, 1 letra e LNM).

A este concepto de pasajero se le anudó prontamente el de turista, relacionado desde la aparición del fenómeno turístico, que tampoco es un concepto único e inmutable y que ha evolucionado a la vez que la normativa de los viajes combinados de manera que ha quedado sustituido por el de viajero tal como ya se ha examinado. El enlace de ambos conceptos parte de la realidad práctica. En ambos casos, el elemento característico es que se trata de actividades que se relacionan con el desplazamiento y la permanencia de la persona fuera de su domicilio²⁴, no considerándose determinante la motivación por la que dichas actividades se efectúan (motivaciones lucrativas) puesto que la concepción de turismo y de turista no puede descansar en la motivación subjetiva del viajero (Auriolés)²⁵. De tal manera, y en ello coincide con la idea de pasajero, será turista cualquiera que reciba un servicio turístico sin que tenga que tener una finalidad de entretenimiento o recreo puro, sino que puede ser un turismo de negocios, de congresos, etc. y no por ello dejará de ser

²³ Dentro de estos hay que distinguir: los menores de edad que viajan acompañados de un mayor y aquellos que hubieran efectuado un contrato gratuito (como los empleados de la empresa o familiares de los mismos que son transportados gratuitamente). En ambos casos se les debe considerar pasajeros. En el primero porque su relación con el transportista trae causa de una relación contractual que media entre el transportista y el progenitor o persona mayor a cuya custodia viaja el menor. Normalmente el menor exento totalmente de pagar el precio del transporte es aquel que no ocupa plaza independiente. Entonces, el título por el que se halla en el medio de transporte es la existencia de un contrato con la persona cuya plaza comparte. En cuanto al transporte gratuito, la gratuidad no elimina el convenio entre las partes.

²⁴ N. Fernández Pérez, “El turismo como fenómeno objeto de regulación”, en AAVV, J. Franch Fluxà, Dir. *Manual de contratación turística*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 34.

²⁵ Idem.

turista. A este turista se le aplica la normativa de defensa de consumidores y usuarios porque se estima que, en todo caso, tiene dicha condición haciendo abstracción de la actuación en su propia actividad profesional o no. Por consiguiente, se asimila al consumidor, aunque no coincida con su nota característica fundamental y general de realizar la actividad fuera de su ámbito profesional.

Otra característica común entre pasajero y turista es que en ambos casos nos encontramos con situaciones de especial vulnerabilidad en la medida que la persona se encuentra fuera de su lugar de residencia habitual y sometida a un medio que puede resultarle extraño o incluso hostil (muchas personas padecen miedo a volar). Ello hace que desde antiguo se haya considerado que el transportista asume un deber de protección del viajero mientras se encuentra en el medio de transporte por haber quedado bajo su dirección, lo que nos lleva a afirmar que al pasajero se le considera con carácter general consumidor por el hecho de que tiene que tener ese mínimo de protección²⁶.

Volvamos a la norma europea sobre viajes combinados. Aquí se opta por el término “viajero” al que define de forma amplia que abarca al que contrata, tiene intención de contratar o tiene derecho a viajar. Por tanto, se encontraría amparado todo aquel que contrata el viaje independientemente del motivo por el que lo hace, siendo indiferente que sea por un motivo de puro ocio o por cualquier otra razón. En consecuencia, el concepto de viajero amplía el concepto legal y general de consumidor en este ámbito de los viajes combinados porque no exige que se actúe en un ámbito distinto de la actividad profesional. De tal manera que los empresarios o profesionales que contraten utilizando las vías propias de los consumidores quedarán amparados por la normativa de los mismos, salvo que lo efectúen en el ámbito de un convenio general²⁷.

Si se trata de un transporte singular, las normas tuitivas para el pasajero se aplicarán al que efectúa el viaje y si el que contrata es una persona jurídica

²⁶ A. Puetz y J. Bleda Rodríguez, “Los contratos de transporte de pasajeros”, en AAVV, J. Franch Fluxá, Dir. *Manual de contratación turística*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 138.

²⁷ En este punto la norma discrepa de lo reconocido en otros ámbitos como, por ejemplo, ocurre en materia de contratación electrónica en la que se determina la falta de aplicación de determinadas normas de protección cuando la contratación se ha efectuado entre empresarios. La norma reguladora del comercio electrónico excluye la necesidad de enviar comprobante de la contratación por medio de correo electrónico (art. 28 LSSICE Ley 34/2002, de 11 de julio) o la información previa a contratar (art. 27) cuando “ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor”. Es curioso que una norma que regula, específicamente, el comercio electrónico considere innecesarias la adopción de determinadas cautelas justamente porque no es un consumidor. Sin embargo, serán precisas estas acciones de protección si es el contratante de un viaje o servicio combinado, aunque sea un empresario. Es particularmente resaltable la diferencia, si tenemos en cuenta que el origen de la nueva directiva sobre viajes combinados ha sido justamente adaptar esta normativa a la nueva situación creada por la masiva utilización de Internet a la hora de contratar viajes y la sustitución de las labores propias de las tradicionales agencias de viajes por la elección y contratación de los “paquetes turísticos” por los propios viajeros. En este sentido vid. J. I. Peinado Gracia, “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en AAVV, M. J. Guerrero Lebrón, (Dir.), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 514 y ss. La Directiva establece un sistema de mayor protección para los viajes combinados que deberá ser aplicado por ser una norma especial cuando se lleve a cabo la transposición al Derecho interno español.

solo deberá tener la condición de consumidor si entra dentro del concepto general del art. 3 del TRLGDCU. En los demás casos, habrá que buscar las reglas en las normas propias del Derecho de transporte en las que el nivel de protección del viajero debe ser semejante al del consumidor justamente por el propio interés y funcionamiento del mercado de transportes. La protección del pasajero está en la base de funcionamiento del propio mercado de transportes independientemente de la condición de consumidores o no. Para que el mercado funcione y siga habiendo demanda de los servicios de transporte es necesario que las compañías amparen a sus viajeros, independientemente de que sean o no consumidores. Si además lo son, es cuando se podría aplicar, como una adición, las normas de protección específicas de los consumidores.

Toda la evolución estudiada evidencia que los conceptos de consumidor y pasajero, aun no coincidentes en esencia, están interrelacionados, puesto que el fundamento de esta obligación tuitiva del transportista sobre el pasajero es común a la política de protección de los consumidores en general.

Ambos son conceptos dinámicos en cuanto que se encuentran en constante evolución y expansión. De tal manera que, como ocurre en otras cuestiones de Derecho privado, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro. Me estoy refiriendo a materias como la responsabilidad civil y el seguro en las que, a medida que se iba permitiendo asegurar la responsabilidad se iba objetivando la misma. La espiral responsabilidad civil-seguro-responsabilidad civil iba generando que, a nuevos riesgos, mayor aseguramiento y la aparición de nuevos tipos de seguros de responsabilidad civil generaban nuevos criterios de imputación de la responsabilidad cada vez más objetivos²⁸.

La interrelación entre los conceptos de consumidor y pasajero supone que, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro y esto lo vemos reflejado en el concepto de viajero de la Directiva (UE) 2015/2302. Un tipo de consumidor (el viajero) amplía el concepto general de consumidor y su inercia extiende también el concepto de pasajero. Por tal se entenderá no solo el que viaja materialmente sino el que contrata aunque sea alguien que lo haga dentro de su actividad²⁹.

Por último, indicar que quizá fuera interesante para el propio sector de transportes modificar sus normas para tratar de manera distinta solo a aquellos que se encuentran en pie de igualdad en la contratación. Esto significa adoptar, a nivel de la regulación del transporte de personas, el mismo criterio de excluir expresamente los viajes contratados sobre la base de un convenio general

²⁸ En este sentido ya me pronuncié en mi obra *El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005, pp. 58-59.

²⁹ Por consiguiente, en un caso como el planteado en la sentencia STJUE (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016 si lo contratado es un viaje combinado el Servicio Especial de Investigación de la República de Lituania podría reclamar contra la empresa organizadora del viaje los perjuicios causados, de acuerdo con el art. 13 de la Directiva (UE) 2015/2302, y podrán efectuar la reclamación con base en la directiva. En el caso de que hubieran reclamado los propios trabajadores con base en el CM se les deducirá la indemnización que hubiera recibido. *¿Quid iuris* si reclama el empresario por la Directiva y el trabajador pasajero por el reglamento?. El enriquecimiento indebido existirá y los perjuicios para el que haya tenido que pagar dos veces también, pero no habrá coincidencia de los que han cobrado las indemnizaciones. La legitimación de la empresa surgirá solo si ha tenido que abonar a los trabajadores. En consecuencia, debería tomarse en consideración la coordinación de las posibles excepciones del sujeto responsable.

para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, como indica la directiva de 2015 en su considerando 7 y en el art. 2, 2 letra c. A modo de lo que se prevé para los vuelos chárter pero regulándolo específicamente para los viajes regulares³⁰.

EL EMPRESARIO EN LA DIRECTIVA (UE) 2015/2302 Y LA EMPRESA DE TRANSPORTE. LOS CONCEPTOS DE EMPRESARIO, ORGANIZADOR, MINORISTA Y PRESTADOR DE SERVICIOS DE VIAJE EN LA DIRECTIVA (UE) 2015/2023. El art. 3 en sus números 7, 8 y 9 se ocupa de los otros sujetos que se relacionan con el viajero. Todos estos sujetos se definen en un sentido amplio que comprende o puede comprender a los transportistas de personas por los distintos medios. El concepto que se fija con mayor holgura es el de empresario como analizaremos posteriormente. De manera más específica, al transportista de personas lo podemos meter en el concepto de prestador de los servicios de viaje, puesto que el transportista presta el primero de los servicios de viaje indicado en el art. 3, letra a). Pero también podrá ser un «organizador», entendido por la norma comunitaria (art. 3, 8) como «un empresario que combina y vende u ofrece viajes combinados, directamente o a través de otro empresario o junto con él, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario a efectos de lo indicado en el punto 2, letra b), inciso v³¹)», puesto que la empresa de transporte puede ofrecer por medio de su página web sus servicios y combinarlos con otros, bien directamente, bien mediante enlaces o “links” con otros servicios (por ejemplo, hotel o alquiler de vehículos o servicios de transporte combinados”). También la directiva nos habla del «minorista» (art. 3, 9) como el “empresario distinto del organizador que vende u ofrece viajes combinados compuestos por un organizador”. Esta figura pensada más bien para la agencia de viajes es más difícil que la pueda asumir la empresa de transporte, porque se está refiriendo a la realización de una actividad como detallista del mercado del turismo.

De tal manera que la Directiva (UE) 2015/2023 es susceptible de introducir cambios en el concepto de transportista acuñado desde antiguo en las normas internacionales reguladoras del transporte de personas y que tuvieron su reflejo en las normas nacionales. El concepto tradicional de transportista hace referencia a la empresa que, de una manera profesional, se ocupa de trasladar pasajeros de un lugar a otro asumiendo la protección del viajero desde el momento en que se somete al régimen propio del viaje, lo que se conoce como la obligación de seguridad o los deberes de protección, que ya hemos mencionado como característica de este tipo de contrato. Las obligaciones comienzan desde el momento en que el pasajero entra en el ámbito de dirección del porteador hasta que llega a su destino. Entre estos momentos el transportista debe cuidar del pasajero y satisfacerle las necesidades

³⁰ En este sentido vid. G. Díaz Rafael, “La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios” 18-08-2016; *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, nº 32 – Agosto 2016 Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>.

³¹ En dicha letra se incluyen «los 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».

relacionadas con el transporte. En este sentido el Derecho de la Unión Europea ha ido reconociendo por la vía de los reglamentos, es decir mediante normas de aplicación directa sin que se precise ningún tipo de acto expreso de implementación por parte de los Derechos nacionales, los derechos de los usuarios por todos los medios de transporte.

La nueva norma comunitaria puede atribuir al porteador, en determinados supuestos, el carácter de organizador, lo que puede implicar la asunción de nuevos deberes y responsabilidades para el transportista.

Como ya ha quedado indicado, la Directiva (UE) 2015/2302 ha tenido como una de sus pretensiones adaptar la norma relativa a los viajes combinados al auge de la utilización de internet en el sector del turismo y las modificaciones en el funcionamiento del sector y de sus operadores³².

De manera que no tiene un objetivo único de defender al viajero sino también regular adecuadamente a la otra parte contratante y al propio mercado del turismo. Se indica expresamente en su justificación que «tiene por objeto adaptar el alcance de la protección para tener en cuenta esta evolución, aumentar la transparencia y la seguridad jurídica de los viajeros y empresarios»³³.

La primera de las novedades que encontramos, por lo que se refiere al tema que estamos tratando de los sujetos que se relacionan con el viajero, es que introduce, en primer lugar, el concepto de “empresario”. Figura, que no aparecía en la Directiva que deroga³⁴ ni en su precedente, la propuesta de Directiva de 2013³⁵, al que define de una forma amplia, que pretende ser exhaustiva y acorde con lo fijado en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³⁶. Definición que, en el caso del Derecho español, había

³² El primer punto de la justificación en la Propuesta de directiva es expresamente el «desarrollo de la distribución por Internet y liberalización del sector del transporte aéreo». Vid. Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, Bruselas, 9.7.2013, COM (2013) 512 final, 2013/0246 (COD) p. 3.

³³ Así se indica en el Considerando 2 de la Directiva cuya redacción no ha cambiado prácticamente desde la Propuesta de Directiva de 2013.

³⁴ Concepto que no se encontraba en la Directiva 90/314/CEE (art. 2.2 y 3).

³⁵ En esta se utiliza el término «operador» al que se define como: «cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión» (art. 3,7 de la citada Propuesta). Sin embargo, el mismo texto aparece ya en la Posición (UE) Nº 13/2015 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva 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) nº 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 Adoptada por el Consejo el 18 de septiembre de 2015 (2015/C 360/01) DOUE 30.10.2015.

³⁶ Con la única diferencia de que la versión española de la Directiva 2011/83/UE usa el término «comerciante», en lugar de empresario, al que define como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.

sido incorporada a la de empresario contenida, con carácter general, en el TR de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios³⁷.

El art. 3, 7 de la Directiva de 2015 indica que el empresario es: «toda persona física o toda persona jurídica, ya sea de titularidad privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que obre en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión *en relación con contratos regulados por la presente Directiva, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje*».

Esta definición presenta las características comunes al concepto de empresario, pero, tal como hemos resaltado en la transcripción del artículo mediante letra cursiva, su especificidad se determina por la materia. En consecuencia, lo tenemos que poner en relación con los contratos y servicios combinados que se definen en el propio art. 3 nº 3 y 5 de la Directiva que ya hemos mencionado en el primero de los epígrafes de este trabajo. Si se actúa en cualquiera de estos contratos es indiferente la posición que se tenga en los mismos, como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o simplemente como prestador de servicios de viaje.

A este empresario se le atribuyen determinadas obligaciones en función de la consideración como organizador, detallista o como simple empresario. Por ejemplo, en lo que se refiere a la información que tiene que enviar y facilitar al organizador del viaje, acerca de la celebración del contrato que dé lugar al viaje combinado, en aquellos casos en los que la combinación surja de procesos en línea conectados de un empresario a otro, aunque la obligación de información al viajero tenga que prestarla el organizador (vid. Art. 7, 3 en relación con el art. 3, punto 2, letra b) inciso v) de la Directiva).

El Anteproyecto de reforma del TRLGDCU no especifica esta definición de empresario. La razón, posiblemente, es que no lo estima preciso puesto que se remite al concepto general contenido en el art. 4 de la norma de consumo española³⁸.

A diferencia del concepto de consumidor que hemos indicado que es especial frente al contenido, con carácter general, en el título I del Libro I del TRLGDCU, no se establece un concepto especial de empresario para los viajes y servicios combinados. Sin embargo, la directiva sí que caracteriza al que actúa y presta servicios en este ámbito por la materia y engloba a cada uno de los que pueden intervenir en los viajes y servicios en el concepto de empresario. Estimo que sería preferible la introducción de este concepto especial, porque la regulación resultaría más armonizada con la de los demás Estados y más armónica con el propio contenido de la ley³⁹.

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que fue adaptado a dicha directiva por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

³⁸ El art. 4 del TRLGDCU contiene un concepto de empresario, que coincide con la definición de la Directiva 2011/83/UE y con el previsto en la Directiva 2015/2302 «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

³⁹ El Anteproyecto se refiere en casi todos los casos al organizador y al minorista, pero en algunos preceptos no puede eludir el término empresario. Por ejemplo, en el art. 155, 3. «En

EL TRANSPORTISTA COMO PRESTADOR DE SERVICIO DE VIAJES. La siguiente cuestión que debemos determinar es si este concepto de empresario comprende al transportista. Al mencionar al prestador de servicios de viaje claramente debemos considerarlo incluido puesto que el transporte es, sin duda, un servicio de viaje. El art. 3, 1 de la norma de la Unión Europea define el servicio de viaje “a efectos de la presente directiva” mencionando, en primer lugar, el transporte de pasajeros.

La Directiva de 1990 se refería a los prestadores de servicios, pero no los definía (art. 5 preveía la facultad del organizador o detallista que había respondido frente al consumidor de repetir contra el prestador de servicios incumplidor), no estableciendo lo que debía considerarse como tales, pero claramente este concepto contenía a los empresarios de transporte dedicados a efectuar los viajes dentro de un viaje combinado. En la nueva norma se les menciona específicamente. Por consiguiente, encontramos un primer supuesto en el que el transportista que intervenga como prestador de un servicio de viaje en relación con un contrato de viaje combinado quedará sometido al régimen de la nueva directiva.

En el caso del transportista tendría que ser una persona, habitualmente jurídica, que actúe, bien en su propio nombre e interés o por medio de otra persona, desarrollando una prestación de servicios de viaje, siempre y cuando lo efectúe en relación con algún contrato de viaje combinado o de un servicio de viaje.

Como prestador de estos servicios de viaje es indiferente que lo haga porque intervenga en un contrato de viaje combinado único o en uno o varios de los contratos que regulen servicios de viajes incluidos en un viaje combinado. El art. 3, 3 de la Directiva permite ambas posibilidades dentro del concepto de viaje combinado: un contrato único, que era el supuesto tradicional, y varios contratos diferentes siempre que se combinen al menos dos tipos de servicio o vacación.

Este nº 3 del art. 3 de la Directiva lo tenemos que poner en relación con el nº 2 que define el viaje combinado, considerando como tal la combinación de dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, siempre que la combinación la efectúe un solo empresario (este es el supuesto tradicional recogido ya en la Directiva de 1990 y que se mantiene, tanto en su versión de “traje a medida” como de “*prêt a porter*”).

Pero, y esta segunda es la novedad principal, también puede surgir de contratos distintos que tengan una conexión consistente en: -Un solo punto de venta. -Una sola facturación a un precio global. -Se anuncian o venden como “viajes combinados” o términos similares. -Se combinan después de la celebración de un contrato en el que el empresario permite al viajero elegir una selección de distintos tipos de viaje, o -La contratación se efectúa con distintos empresarios, en línea y con interconexión entre ellos durante un periodo de tiempo que la norma de la Unión Europea fija en 24 horas.

los contratos de viajes combinados, tal como se definen en el artículo 151.1. b). 2º.v), *e/ empresario* al que se remiten los datos informará al organizador de la celebración del contrato que dé lugar a la constitución del viaje combinado. El empresario facilitará al organizador la información necesaria para que este cumpla con sus obligaciones» (la cursiva es personal); o en el art. 156 al referirse a la carga de la prueba del deber de información.

La norma quiere regular una realidad compleja y por ello también la definición y los conceptos son prolijos.

Por tanto, el transportista puede intervenir como prestador de los servicios incluidos en un contrato único o como contratante de uno de esos contratos independientes pero coordinados por esos puntos de conexión.

De acuerdo con la norma se puede plantear si entraría dentro del concepto de viaje combinado el constituido por dos transportes, es decir, si un transporte combinado puede constituir un viaje combinado a efectos de aplicar el régimen de la nueva directiva. Para ello habrá que determinar qué se debe entender por “tipos de servicios de viaje” que menciona el art. 3,2 a la hora de definir el “viaje combinado”. Si para que existan distintos “tipos” debe combinarse el transporte con el alojamiento, el alquiler de vehículos o cualquier otro servicio turístico porque constituyen tipos distintos de servicio cuya combinación se exige; o puede ser con distintos transportes.

El nº 2 del art. 3 utiliza el término “tipos de servicios” por lo que parece exigir que tienen que ser dos distintos (transporte, alojamiento, alquiler, etc., tal como los enumera el art. 3 nº 1). Pero este número 1 del precepto no se refiere a tipos sino simplemente a servicios turísticos.

La interpretación que se haga de estos términos puede ser relevante ya que en los viajes combinados se utilizan habitualmente diversos transportes, especialmente si el punto de partida y de destino no gozan de una línea regular directa, incluso por diversos medios (transporte aéreo y marítimo en los casos de los cruceros). Se trataría del prototipo clásico de viaje combinado que no podría quedar excluido.

Pero eso implicaría que los billetes combinados aéreos sin otro elemento diferente entrarían dentro del ámbito de la Directiva y, por consiguiente, el transportista aéreo, que combina estos vuelos en un solo billete, lo efectúe personalmente o por medio de otra compañía aérea, sería un empresario sometido a la Directiva como organizador. Si lo interpretamos de manera restrictiva serían varios servicios, podrían ser varios contratos, pero no un viaje combinado salvo que hubiera otro servicio turístico contratado.

En todo caso hay que tener en cuenta que, si la duración total del vuelo no excediera de 24 horas y no incluyera una pernoctación, no estaría dentro del perímetro de la norma por estar expresamente excluido según el art. 2,2, letra a de la Directiva que excluye “Los viajes combinados y los servicios de viajes vinculados de duración inferior a 24 horas, a menos que se incluya la pernoctación”. Por tanto, no se considerarían dos tipos de servicios distintos⁴⁰.

EL TRANSPORTISTA COMO ORGANIZADOR DEL VIAJE COMBINADO. La siguiente cuestión es si, de acuerdo con las definiciones establecidas en la Directiva de viajes combinados y de servicios vinculados, el transportista puede resultar organizador. También el concepto de organizador se ha visto sustancialmente ampliado con relación a lo que constituían sus precedentes⁴¹. El art. 3,8 de la

⁴⁰ La exclusión no debía estar tan clara inicialmente cuando la Propuesta de directiva indicaba, en su considerando nº 12, expresamente que «la adquisición de un servicio de transporte aéreo de manera autónoma, como servicio de viaje único, no constituye un viaje combinado ni un servicio asistido de viaje». Este considerando no aparece ya en la posición común ni, en consecuencia, pasó a la directiva.

⁴¹ Art. 151, 1 b TRLGDCU entiende por «Organizador»: la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta,

Directiva establece que: «organizador»: es un empresario que combina y vende u ofrece viajes combinados, directamente o a través de otro empresario o junto con él, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario a efectos de lo indicado en el punto 2, letra b), inciso v).

La nueva norma elimina la referencia a la actuación “no ocasional”, lo cual era tanto como la necesidad de una actuación profesional. La falta de mención no significa que no se exija y comprenda la necesidad de habitualidad. Por consiguiente, dentro del concepto se incluye a la figura tradicional del organizador que es la empresa que, de una manera profesional combina, vende u ofrece los viajes combinados, es decir, la figura del *tour operator* y que puede actuar por sí o por medio de lo que ahora la Directiva 2015/2302 denomina “minorista” y la antigua directiva y la LGDCU llamaba “detallista”, es decir, las agencias de viajes.

Este es el único de los conceptos que no ha sufrido variaciones ya que se sigue considerando como «el empresario distinto del organizador que vende u ofrece viajes combinados compuestos por un organizador».

La norma añade que puede actuar también junto a él. Pero a partir de allí todo lo demás es nuevo, puesto que se considera organizador al empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario a efectos de lo indicado en el punto 2 letra b inciso v.

Este supuesto es el de diversos prestadores de servicios de viajes, con diferentes contratos, que se hayan perfeccionado 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 perfecciona el primer contrato a otro u otros empresarios con los que se celebra un nuevo contrato en un plazo máximo de 24 horas. La consideración de organizador recae, exclusivamente, sobre el que ha transmitido los datos y no sobre los receptores, aunque hayan contratado ellos directamente con el viajero.

En estos casos, si, por ejemplo, una compañía aérea, como suele ser habitual con el deseo de vender directamente sus vuelos establece en su página web enlaces con otros servicios conectados con el viaje (el caso más típico es la compañía aérea *low cost* que enlaza con alojamientos o alquiler de vehículos) podría ser considerada organizadora siempre que lleve a cabo esa transmisión de datos personales del viajero aunque no contrate ella ni establezca vínculos entre los distintos servicios de viaje⁴². No obstante, la norma es restrictiva a la hora de calificar los viajes combinados y, por consiguiente, los supuestos en los que las compañías transportistas pudieran resultar afectadas. En este sentido, el largo y farragoso art. 3,2 de la Directiva termina diciendo:

directamente o por medio de un detallista. Precepto que procede del art. 2,2 de la Directiva de 1990 que determinaba que: «2) Organizador: la persona que organiza de forma no ocasional viajes combinados y los vende u ofrece a la venta, directamente o por medio de un detallista».

⁴² J. I. Peinado, “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en AAVV (M^a J. Guerrero Lebrón, dir.) *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 528 estima que en ese supuesto no habría viaje combinado si tales servicios se adquieren mediante un *banner* o *link* normalmente inserto en la página web del primer operador. Lo determinante para considerar que estamos ante un viaje combinado es que no se tengan que insertar nuevamente los datos del viajero.

«Las combinaciones de servicios de viaje en las que se combine como máximo uno de los tipos de servicio de viaje a que se refiere el punto 1, letras a), b) o c), con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere el punto 1, letra d), no se considerarán un viaje combinado si estos servicios turísticos: a) no representan una proporción significativa del valor de la combinación y no se anuncian como una característica esencial de la combinación ni constituyen por alguna otra razón una característica esencial de esta, o b) solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en el punto 1, letras a), b) o c)».

Se está pensando en otros servicios turísticos como pueden ser entradas de espectáculos, excursiones, etc., tal como se ha comentado en el primero de los epígrafes de este estudio.

En los casos que puedan resultar dudosos, el transportista aéreo o por cualquier otro medio que ofrezca este tipo de servicios complementarios, amén del transporte, debe dejar claro, no solo que los contratos son independientes, sino que no lleva a cabo ninguna otra actividad desde su página web que no sea la de remitir a la página web del otro contratante en línea sin efectuar la transmisión de ningún dato del viajero. La norma es estricta, pero, a mi juicio, clarificadora, que es uno de los objetivos de la nueva directiva. Queda por examinar el servicio de viaje vinculado. Según el art. 3, 5 de la Directiva se definen los «servicios de viaje vinculados», cuando son *«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:*

a) 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

b) 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.

Cuando se adquiera no más de un tipo de servicio de viaje a que se refiere el punto 1, letras a), b) o c), y uno o varios de los servicios turísticos de viaje a que se refiere el punto 1, letra d), no constituirán servicios de viaje vinculados si los segundos no representan una proporción significativa del valor combinado de los servicios y no se anuncian como una característica esencial de la combinación o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial del viaje o vacación».

El transportista al que visitan su página web se verá afectado como “facilitador” del servicio combinado, quedando excluidos los mismos supuestos que hemos examinado anteriormente en los que el segundo servicio contratado sea de menor importancia “no represente una proporción significativa del valor combinado” y no se anuncie como característica esencial. Igual que en los viajes combinados la finalidad es que no se arbitren como tales servicios vinculados supuestos que no lo sean, evitando la responsabilidad más estricta, así como advertir frente a los peligros de posibles situaciones de fraude de ley.

Lo que resultará esencial para el transportista es indicar claramente, de manera comprensible y destacada, que el viajero no podrá acogerse a ninguno de los derechos que se aplican a los viajes combinados, siendo responsable cada uno de los prestadores de servicios que lo haya contratado.

Por consiguiente, prima el hecho de que se trata de contratos separados. La Directiva solo establece protección en caso de insolvencia (art. 19 Directiva).

Nuevamente la Directiva lo que pretende es aclarar cuando estamos dentro de los contratos previstos en la norma, contratos de viaje combinados o servicios vinculados, para que no se creen expectativas erróneas al viajero. No es que toda contratación *on line* tenga que quedar dentro del ámbito de la nueva norma comunitaria sino que lo que se pide es transparencia frente a los usuarios y contratantes siendo espacialmente protegido en caso de insolvencia que es la situación de máximo peligro para el viajero⁴³.

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO EN LA DIRECTIVA Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA. La última cuestión que creemos sea necesario tratar es la responsabilidad en la que puede incurrir el transportista como consecuencia de la aplicación de la nueva directiva. La situación es claramente distinta si el transportista tiene la consideración de prestador de un servicio de viaje combinado o si puede resultar organizador del mismo. Empezaremos por analizar el tipo de responsabilidad que la directiva establece, así como los sujetos responsables y las consecuencias de cara a la reparación.

La directiva distingue entre la responsabilidad por la falta de ejecución y la responsabilidad por la ejecución defectuosa del viaje combinado (art. 13), lo que en la norma se denomina falta de conformidad en la ejecución del servicio de viaje.

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. Habrá que determinar cuándo la prestación es imposible⁴⁴, lo cual puede deberse a una imposibilidad temporal y que pasa a ser definitiva cuando la prestación no llega en tiempo oportuno según su contenido y sus fines.

⁴³ En este sentido vid. https://www.hosteltur.com/121687_facua-urge-gobierno-ccaa-actualizar-normativa-viajes-combinados.html.

⁴⁴ Con carácter general el art. 1184 CC indica *también quedará liberado el deudor cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible* pero los efectos pueden ser la extinción de la deuda o transformarla en una de equivalente pecuniaria. Vid. Lacruz, *et al.*, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de Obligaciones* Vol. 1º Parte general. Delito y cuasidelito, 2ª ed. José Mª Bosch Editor S.A., Barcelona, 1985, p. 255.

Pero en un viaje combinado esto puede ser cambiante en función del caso concreto; no será lo mismo la falta de ejecución de un servicio de viaje para iniciar un crucero (se pierde un enlace en un transporte aéreo y no se llega a la partida del buque, pero es susceptible de arribar a la primera de las escalas y continuar el crucero⁴⁵) que la pérdida de un vuelo para asistir a la final de la *Champion League*, que, aunque se tome otro posterior, impide llegar al partido. Aunque la norma no lo indica expresamente, hay que considerar, como se hace con carácter general en nuestro ordenamiento, que la imposibilidad liberará al deudor (en nuestro caso al organizador) si no le es imputable⁴⁶. Pero tampoco nos indica la norma quién tiene que probar dicha falta de imputabilidad y cómo debe ser acreditada. Lo lógico sería aplicar los criterios de imputación de la responsabilidad propios del servicio de viaje no ejecutado o ejecutado de manera incorrecta, pero eso significa tener que aplicar normas distintas según el tipo de servicio (si se trata de un servicio de transporte serán las normas contenidas en el medio correspondiente, pero si es un hotel la regulación es escasa y obsoleta en el Derecho español y si es un espectáculo, excursión u otro servicio turístico puede ser que tengamos que tener en cuenta su regulación de ordenación administrativa y, en el caso de España, el régimen establecido por las CCAA).

Todo ello revela la complejidad del tema en el caso concreto. 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.

No obstante, todavía queda indeterminado cómo deberá acreditarlo: si deberá probar su ausencia de culpa o que ha efectuado todo lo posible para evitar la falta de conformidad (prueba de su propia diligencia).

La otra causa por la que puede resultar exento de subsanar la falta de conformidad es todavía más indeterminada: el coste desproporcionado⁴⁷. Para

⁴⁵ No obstante en la jurisprudencia se estima como incumplimiento de los art. 158 y 159 TRLGDCU y reconoce que el viajero tiene derecho a resolver el contrato. Vid. SAP Barcelona (Secc. 16ª) de 17 de diciembre de 2015 AC/2016/37. En el caso los viajeros pierden el vuelo inicial por una situación de *overbooking* y la alternativa que las entidades demandadas (agencia de viajes y organizadora) les ofrecieron fue volar a la primera escala del crucero y continuar desde allí el viaje perdiendo dos días de navegación y la primera de las escalas.

⁴⁶ Lacruz, op. cit., p. 257.

⁴⁷ Este criterio de que cese la obligación cuando resulte desproporcionada se encontraba desde el principio en la redacción del artículo de la propuesta de directiva, aunque con una redacción distinta. La propuesta de directiva de 2013 decía: 2. *Si cualquiera de los servicios no se presta de conformidad con el contrato, el organizador deberá subsanar la falta de conformidad, salvo que ello resulte desproporcionado*. En la Posición del Parlamento Europeo se incluye una propuesta de modificación del precepto que, aunque no se recogió definitivamente en la Posición común, incluye una concreción del concepto de “desproporción”. Vid. Posición del PE aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados, *las vacaciones combinadas, los circuitos combinados* y los servicios asistidos *asociados* de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 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 en Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (COM(2013)0512 – C7-0215/2013 – 2013/0246(COD)) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura). La propuesta dice: «2. Si cualquiera de los servicios no se presta de

ello la norma de la UE establece dos parámetros comparativos: la gravedad de la falta de conformidad y el valor de los servicios afectados. También estos elementos deberán ser probados por el organizador para que la obligación de subsanar la falta de conformidad quede extinguida.

La norma exige una actitud proactiva del viajero que debe informar al organizador “sin demora indebida” de cualquier falta de conformidad que observe en la ejecución de un servicio de viaje (art. 13. 2). Sin embargo, esta diligencia en denunciar la matiza el propio texto legal al indicar que se tendrán en cuenta las circunstancias de cada caso. Habrá que estar al caso concreto para saber si la denuncia se ha formulado a tiempo o no. Por otra parte, aunque se exige la comunicación no se especifica cómo debe efectuarse, por lo que servirá cualquier medio de comunicación, incluidos los electrónicos, pero resultará preferente todo aquel que permita constatar la constancia de su emisión y recepción.

La norma no establece consecuencias directas por la falta de comunicación de esta falta de conformidad en la ejecución, es decir, no sirve como causa de exoneración de la responsabilidad del organizador. Hay que entender que es un presupuesto para que el organizador pueda cumplir correctamente con el contrato.

La redacción de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 indica de manera más nítida la obligatoriedad de la necesidad de denuncia para el viajero, aunque su efecto queda indeterminado, porque se matiza al decir el precepto «teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso», por lo que puede ser posible que no se pueda comunicar y ello no acarree, sin más, la exoneración del transportista por imputabilidad al viajero⁴⁸.

SUJETOS RESPONSABLES. La segunda cuestión que se debe fijar es quién o quienes resultan responsables. El art. 13 de la Directiva (UE) 2015/2302 establece la responsabilidad del organizador.

Esta imputación se afirma desde la propuesta de Directiva de 2013, aunque la redacción del precepto se ha modificado resultando menos tajante a la hora de imputarla puesto que la norma aprobada indica que: *Los Estados garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje*

conformidad con el contrato, el organizador deberá subsanar la falta de conformidad, *cuando el viajero denuncie dicha falta de conformidad o el organizador pueda reconocerla y la subsanación no resulte desproporcionada*, salvo que ello resulte desproporcionado *la falta de conformidad sea imputable al viajero*. [Enm. 103]» (la cursiva es lo modificado por la enmienda). Como se observa la enmienda tenía una redacción más restrictiva que la que ha llegado al texto legal porque exigía la denuncia del viajero, que ha quedado recogida en el nº 2 del art. 13 de la Directiva (UE) 2015/2302, y que la falta de conformidad no se debiera a culpa del mismo. La ausencia de esta última mención implica que debemos entender que es una responsabilidad en todo caso.

⁴⁸ Ya la directiva de 1990 contenía una previsión semejante en el anexo dentro de los elementos que deberán incluirse en el contrato cuando se apliquen al viaje combinado «(letra k) los plazos en los que el consumidor deberá formular una posible reclamación por la no ejecución o la mala ejecución del contrato». La adaptación del Derecho español de esta previsión se llevó a cabo dentro del contenido del contrato (art. 154 LGDCU, letra n) como una de las cláusulas que el contrato debía contener «en función de las características de la oferta de que se trate». La formulación de esta obligación es, en el Derecho español, mucho más taxativa: «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».

*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*⁴⁹.

Asimismo, permite a los Estados que mantengan o establezcan en su Derecho nacional la responsabilidad del minorista. Esta referencia a los minoristas (agencias de viaje) y la posibilidad de determinar o no su responsabilidad no se encontraba en la primera redacción de la Propuesta de directiva pero fue objeto de una enmienda por parte del Parlamento Europeo⁵⁰ y pasó a la Posición común de 2015 y de allí a la Directiva. Este es uno de los problemas de aplicación de la Directiva 90/314/CEE que se quiso subsanar en la redacción definitiva.

No obstante, el criterio común es la responsabilidad del organizador y, a mayor abundamiento, los Estados podrán determinar la responsabilidad de los minoristas.

El art. 5, 1 de la Directiva de 1990 dejaba libertad a los Estados para determinar la responsabilidad en el organizador y/o detallista⁵¹. En el caso del Derecho español el art. 162 determina la responsabilidad de ambos,⁵² pero con la limitación de «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado»⁵³.

Una cuestión que la Directiva (UE) 2015/2302 no deja clara, de la misma manera que ocurrió bajo la Directiva de 1990, es si estos sujetos responden de manera solidaria o no.

La directiva de 1990 no lo establecía de una manera expresa, sino que su art. 5 dejaba a los Estados la posibilidad de que adoptaran un régimen de responsabilidad solidario o mancomunado. En España, con anterioridad a la regulación especial de viajes combinados, la jurisprudencia había estimado que, tanto la agencia que organizaba el viaje como la que lo vendía, eran

⁴⁹ La Propuesta de Directiva comenzaba su art. 11 relativo a la responsabilidad diciendo: *1. Los Estados miembros garantizarán que el organizador es responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios sean prestados por el organizador o por otros proveedores de servicios.*

⁵⁰ La enmienda indicaba: *20 bis) La Directiva 90/314/CEE ha otorgado a los Estados miembros poderes discrecionales para definir si los minoristas o los organizadores o los minoristas y organizadores conjuntamente deben ser responsables de la correcta ejecución del viaje combinado. Esa flexibilidad ha generado ambigüedad en algunos Estados miembros respecto de si los vendedores implicados en un viaje combinado eran responsables de la ejecución de los servicios pertinentes, en particular en el proceso de reserva en línea. Por lo tanto, conviene clarificar en la presente Directiva que los organizadores son responsables de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato, a menos que la legislación nacional también prevea expresamente la posibilidad de que el organizador o el minorista sean considerados responsables.* [Enm. 17].

⁵¹ El Art. 5 1. Decía «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».

⁵² Este es el criterio que se acoge en el Anteproyecto de TRLGDCU de manera acorde con la tradición ya impuesta tras la adaptación de la anterior directiva de 1990. La referencia a los minoristas es general en los preceptos de la nueva norma española vid. Art. 155, 160, 161 y 164.

⁵³ Criterio que se sigue manteniendo en el Anteproyecto de reforma.

responsables solidarios, aplicando, en muchas ocasiones, el régimen contenido en los art. 25 y ss de la LGDCU de 1984.

La ley de viajes combinados de 1990 en su art. 11 no proclamó tampoco expresamente la solidaridad⁵⁴, lo que dio lugar a jurisprudencia dispar, aunque, de manera mayoritaria, los tribunales se inclinaban por la regla de la solidaridad.

El TRLGDCU otorga una nueva redacción al art. 162, 1 párrafo 2 que indica: «la responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones jurídicas que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor o usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado». De tal manera que la solidaridad está clara frente al consumidor, aunque después puedan resolver entre ellos quién es el responsable⁵⁵.

La redacción de la nueva directiva va a exigir que, en todo caso, sea responsable el organizador. Pero se admite nuevamente que los Estados puedan mantener (lo que es lo propio en el Derecho español) la responsabilidad del minorista. Lo que deberá concretarse es que los detallistas responderán del contenido del contrato (art. 7 de la Directiva (UE) 2015) y de las modificaciones del contrato (capítulo III) y en materia de protección frente a la insolvencia (capítulo V). Por lo que se fijará el ámbito de gestión del detallista al menos en ese contenido del contrato.

Esta concreción me parece adecuada pues era uno de los problemas que existía a la hora de aplicar la responsabilidad en la norma española⁵⁶.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO. Si los servicios de viaje no pueden efectuarse, la primera opción que el legislador de la UE prevé es el cumplimiento a efectuar por el organizador. Pero la norma establece otras opciones, a saber, que el propio viajero sea el que subsane la

⁵⁴ Como explica claramente M^a del M. Gómez Lozano, “Contratos turísticos”, en AAVV, *Contratos Mercantiles*, T. II, Aranzadi, 6^a ed. Cizur Menor, 2017, pp. 1464-1465, mientras que en el proyecto de ley de viajes combinados se indicaba de una manera evidente que la responsabilidad era solidaria, incluso en el título del precepto, este cambió durante la tramitación parlamentaria (Enmienda n^o 55 Grupo Parlamentario Catalán) en el sentido de que cada uno respondería de las obligaciones que le correspondían en virtud de su ámbito de gestión. Lo que sí que quedó expresamente indicado es: *La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos.*

⁵⁵ En este mismo sentido de aclarar la cuestión se pronunció el TS en sentencia de la Sala 1^a, de 20 de enero de 2010 que zanjó la polémica existente entre las AP a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad.

⁵⁶ A pesar de que el Artículo 161 del Anteproyecto referido a la *responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y derecho de resarcimiento*, establece nuevamente:

«1. 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 éstos los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios y sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el viajero frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato *en función de su respectivo ámbito de gestión* del viaje combinado». La interpretación del ámbito de gestión deberá entenderse referida a estos conceptos expresamente relatados en el texto de la Directiva (UE) 2015/2302 que, a mi juicio, deberían indicarse expresamente.

falta de conformidad y solicite el reembolso de los gastos (art. 13, 4) o el cumplimiento por equivalente (art. 13, 5).

La primera de las elecciones posibles se puede producir cuando concurren los siguientes presupuestos: primero, que el organizador no subsane; y, segundo, que lo manifieste expresamente o el supuesto de hecho precise de una solución inmediata o que transcurra un plazo razonable establecido por el viajero. La necesidad de denuncia del viajero, prevista como presupuesto para exigir la responsabilidad del organizador (art. 13, 2 ya comentado *supra*), puede servir para fijar el plazo de cumplimiento del organizador. Si el viajero afronta los gastos de reemplazar el servicio no prestado, la consecuencia prevista será poder solicitar su reembolso.

Esta solución puede ser aplicable en aquellos casos en los que las partes se pongan de acuerdo (el organizador manifieste al viajero que efectúe el transporte contratándolo personalmente, o realice el servicio de viaje y después se lo abonará), siendo mucho más complicada como solución en los supuestos de desacuerdo. A mi juicio, en esos casos la norma puede cumplir una función de advertencia al organizador para instarle a su propio cumplimiento. Será más fácil y menos costoso para él cumplir en el plazo que se le haya solicitado, que dejar que el viajero realice la prestación y después le pase el cargo, puesto que, además, no hay límites en la norma acerca de cómo debe contratarlo el viajero. Pensemos, por ejemplo, que no se ha podido llevar a cabo un transporte aéreo y el viajero lo contrata utilizando un billete de categoría superior al pactado inicialmente en el contrato y existiendo posibilidad de contratar la misma categoría. La cuestión puede ser complicada en el momento del reembolso puesto que la norma solo permite pedir el reembolso de lo “necesario” pero no se indica, como veremos que hace después para el porteador, unos estándares de cumplimiento. En este punto lo razonable es que las normas nacionales concreten más qué puede ser exigible por parte del viajero⁵⁷.

Por otra parte, esta solución, que no se encontraba prevista en los antecedentes de la directiva, favorece a los viajeros con mayores recursos económicos que son los que podrán permitirse costear servicios alternativos adelantando su precio.

La segunda de las opciones previstas en el art. 13 es el cumplimiento por equivalente. Ésta aparece configurada como subsidiaria «*cuando una proporción significativa de los servicios de viaje no pueda prestarse según lo convenido en el contrato de viaje combinado*», comienza el nº 5 del art. 13. Estas circunstancias deberán ser apreciadas por el organizador y la norma le exige que las prestaciones sean de calidad equivalente o superior.

Por consiguiente, en el ejemplo que poníamos anteriormente, la adquisición de un billete *business* sería un cumplimiento adecuado, aunque existieran billetes de una categoría inferior para sustituir el viaje programado, no siendo admisible lo contrario. Sin embargo, la norma no permite al viajero exigirlo en todo caso puesto que esa calidad igual o superior debe prestarse «de ser posible» por lo que el organizador cumplirá correctamente siempre que pruebe que no le ha sido posible cumplir por equivalente.

⁵⁷ Cosa que no hace el Anteproyecto de reforma del TRLGDCU que se limita a transcribir el precepto de la Directiva.

Todas estas especificaciones, que no se encontraban en el texto de la Directiva de 1990 ni en los antecedentes de la nueva directiva que se limitaban a exigir soluciones «adecuadas»⁵⁸, favorecen al organizador que podrá actuar con mayor margen de maniobra a la hora de configurar su cumplimiento.

No obstante, el párrafo 2 del nº 5 del art. 13 impone al organizador la necesidad de reducir el precio del viaje. Esta correspondencia lógica planteará el problema de que el precio en los viajes combinados se abona por adelantado, luego deberá reconducirse a una acción de reembolso por parte de viajero. Hay que tener en cuenta que estas circunstancias se suelen manifestar a posteriori⁵⁹.

Estas posibilidades de elección tendrán que incluirse en el Derecho español porque la redacción actual del art. 161 de la LGDCU no las permite⁶⁰. La norma española, inspirada directamente en la Directiva de 1990⁶¹ solo prevé que el organizador adopte las soluciones adecuadas para la continuación del viaje, sin suplemento alguno para el consumidor o usuario y, en su caso, la diferencia del importe entre las prestaciones previstas y las suministradas. Solo añade que, si este continúa el viaje, se considerará que acepta tácitamente las modificaciones propuestas por el organizador.

De acuerdo con la nueva directiva, en última instancia, el viajero es el que tiene la facultad de decisión para la aceptación del cumplimiento por equivalente o rechazarlo, pero esta segunda elección queda limitada a los supuestos en los que las fórmulas alternativas no sean comparables a lo acordado o la reducción no sea la adecuada (art. 13, 5 párrafo 3). Nuevamente la directiva limita las facultades del viajero impidiendo el rechazo lo que no estaba en la propuesta de directiva⁶².

⁵⁸ El texto de la Propuesta de Directiva de 2013 indicaba: 3. *Cuando una parte significativa de los servicios no pueda proporcionarse según lo convenido en el contrato, el organizador deberá adoptar disposiciones alternativas adecuadas, sin ningún coste adicional para el viajero, para la continuación del viaje combinado, incluso cuando el regreso del viajero al lugar de partida no se efectúe según lo acordado.* Parte de estos criterios se introducen durante la tramitación parlamentaria. Vid. Posición del PE aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014, cit. Cuyo texto alternativo dice: «3. Cuando una parte significativa de los servicios no pueda proporcionarse según lo convenido en el contrato, el organizador deberá adoptar disposiciones alternativas adecuadas, sin ningún coste adicional para el viajero, para la continuación del viaje combinado, y con al menos el mismo nivel de calidad que los servicios contratados, incluso cuando el regreso del viajero al lugar de partida no se efectúe según lo acordado. [Enm. 104]».

⁵⁹ En sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Laredo (provincia de Cantabria) de 13 de enero de 2014 AC/2015/203, el juez condena a la agencia de viajes porque el viaje realizado fue distinto del que los demandantes habían contratado al haberse informado erróneamente por la demandada y haber efectuado un viaje diferente (los actores pensaban que habían contratado el circuito Capadocia Mágica con estancia en dos hoteles de 4 estrellas y realizaron el circuito Turquía Mágica, de otro *touropoperator*, y con alojamiento en cuatro hoteles, amén de sufrir salmonelosis alguno de los viajeros demandantes).

⁶⁰ En este punto el nuevo art. 161 permite todas las posibles facultades de elección al viajero puesto que transcribe la Directiva.

⁶¹ El art. (art. 4,7) indicaba: «En caso de que, después de la salida, no se suministrara una parte importante de los servicios previstos en el contrato o el organizador observara que no puede suministrar una parte importante de los mismos, el organizador adoptará otras soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor, y, en su caso, indemnizará a este último con el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas».

⁶² El antecedente es el nº 4 del art. 11 de la Propuesta de Directiva de 2013 que preceptuaba: «4. Cuando al organizador le resulta imposible ofrecer alternativas adecuadas o el viajero no las acepte porque no son comparables con lo convenido en el contrato, el organizador, en la

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO. Si el organizador no cumple bien porque *la falta de conformidad afecte sustancialmente a la ejecución del viaje y el organizador no lo haya subsanado en el plazo razonable establecido por el viajero*, la norma permite al viajero resolver el contrato y solicitar la reducción de precio y/o la indemnización de los daños y perjuicios (nº 6 del art. 13). Esta causa de resolución no se encontraba en el Derecho comunitario anterior ni se recoge en el art. 161 del TRLGDCU por lo que, la adaptación de nuestro ordenamiento deberá introducirla expresamente.

Si no es posible un cumplimiento adecuado, por no encontrar fórmulas alternativas o el viajero las rechaza tal como se permite en la norma, se le reconoce el derecho a permanecer en el contrato, pero con una reducción del precio y/o con la indemnización de los daños y perjuicios. En ambos casos, repatriará al viajero en un transporte equivalente sin dilaciones indebidas y sin coste adicional. El reconocimiento a la repatriación como prestación independiente y exigible por el viajero aparece en los precedentes de la Directiva (UE) 2015/2302⁶³ pero, con mejor criterio, se establecía solo en caso de resolución del contrato, no si el mismo seguía produciendo sus efectos. El art. 13, nº 6 párrafo 3 en relación con el párrafo anterior, permite, no poner fin al viaje combinado, pero sí repatriarlo sin dilaciones indebidas y sin coste adicional, lo cual parece que no tiene demasiado sentido. No parece adecuado proceder a su repatriación de manera inmediata cuando el viaje continúa.

La norma establece una suerte de elenco de acciones que no tienen por qué ejercitarse conjuntamente. El viajero podrá elegir entre no continuar con el contrato, con la reducción del precio o no, y añadiendo la indemnización de los daños y perjuicios; o solamente la resolución con la transformación de la primitiva obligación por la de indemnizar los daños y perjuicios, y, además, la repatriación. También permite continuar el contrato con reducción del precio e indemnización de los daños y perjuicios o solo con reducción del precio o solo con indemnización de los daños y perjuicios.

Por último, el art. 13 en sus nº 7 y 8 establece una norma complementaria de los derechos del viajero y que se entronca con el deber de cuidado que, desde la directiva de 1990, había caracterizado las normas sobre viajes combinados⁶⁴. Se prevé que, si el retorno es imposible por causas de fuerza

medida en que el viaje combinado incluya el transporte de pasajeros, proporcionará al viajero sin coste adicional un transporte equivalente hasta el lugar de partida u otro lugar que el viajero haya acordado y le indemnizará, en su caso, de conformidad con el artículo 12».

⁶³ Véase texto en la nota anterior. También se determinaba así en la Directiva de 1990, art. 4, 7 párrafo 2 que decía: «En caso de que tales soluciones fuesen inviables o de que el consumidor no las acepte por razones válidas, el organizador suministrará al consumidor, en caso necesario y sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente para que pueda volver al lugar de salida o a cualquier otro lugar de regreso que ambos hayan convenido y, cuando proceda, indemnizará al consumidor». De la misma manera lo recoge el art. 161, 2 TRLGDCU.

⁶⁴ Sin embargo, la Directiva de 1990 no establecía ninguna previsión concreta al respecto, salvo lo previsto en el art. 5, 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, porque: – las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor, – dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable, –*

mayor («circunstancias inevitables y extraordinarias» reza el nº 7 del precepto), el organizador debe asumir hasta tres noches de alojamiento.

Es decir, incluso en los casos en los que no resultaría responsable aplicando los criterios generales, se establece ese deber de protección o cuidado del viajero. Si bien con un límite temporal⁶⁵, salvo que en las normas de la UE sobre derechos de los pasajeros se establezcan periodos más largos que deberán ser aplicados en su caso⁶⁶. Esta limitación tiene su excepción para las personas con movilidad reducida (PMR), excepción que la directiva amplía a otra serie de supuestos no recogidos en la norma que, de forma originaria, reconoció los derechos de esas personas⁶⁷.

La norma se remite al concepto contenido en el Reglamento (CE) Nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. En su art. 2 se indica: “A efectos del presente Reglamento se entenderá por: a) «persona con discapacidad» o «persona con movilidad reducida»: toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal), discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención

dichas faltas se deban a un caso de fuerza mayor, tal como se define en el inciso ii) del apartado 6 del artículo 4, o a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestatario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar. En los casos mencionados en los dos últimos guiones del párrafo anterior, el organizador y/o el detallista que sean parte en el contrato estarán obligados a actuar con diligencia para prestar asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades.

Este último párrafo se materializó en el Derecho español en el art. 162, 2 párrafo 3 del TRLGDCU.

⁶⁵ En la Propuesta de Directiva de 2013 se incluía un límite cuantitativo que no llegó a la versión definitiva de la misma. El artículo 11 de la propuesta en su número 5 decía: *el organizador no asumirá el coste de la estancia continuada por encima de 100 EUR por noche y tres noches por viajero.*

⁶⁶ Para el transporte marítimo el art. 17, 2 del Reglamento (UE) nº 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2004, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004, establece este mismo límite temporal de tres noches pero introduce así mismo un límite cuantitativo de 80 euros por noche y por pasajero. El Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 en su art. 21 letra b establece un límite temporal inferior de dos noches y también 80 euros por noche y viajero. El Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91, no establece límite temporal sino que lo deja indeterminado en función de lo que sea necesario (art. 5,1 letra b en relación con el art. 9, 1 letra b). Todavía resulta más indefinida la obligación para el transportista terrestre por ferrocarril puesto que el art. 18, 2 letra b del Reglamento (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, solo exige el alojamiento en un hotel u otro lugar de una o más noches siempre que sea físicamente posible.

⁶⁷ Este es el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91 (vid. art. 9 en relación con la definición contenida en el art. 2 letra i), que después se recogió en los reglamentos referidos a otros medios.

adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros”.

La Directiva (UE) 2015/2302, no obstante, lo concreta y amplía a mujeres embarazadas, menores no acompañados y personas con necesidad de asistencia médica que se hubiera notificado al organizador al menos 48 horas antes de inicio del viaje combinado.

RESPONSABILIDAD POR EL PERIODO AL QUE AFECTE LA FALTA DE CONFORMIDAD Y POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. El art. 14 de la Directiva (UE) 2015/2302 fija dos tipos de responsabilidad del organizador frente al viajero. En primer lugar, la responsabilidad por el periodo de tiempo en el que el viajero haya sufrido la falta de conformidad y, en segundo lugar, por los daños y perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad.

LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE CONFORMIDAD. La responsabilidad por el periodo que haya sufrido la falta de conformidad la podemos considerar la consecuencia directa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del organizador de acuerdo con el contrato y determina directamente una rebaja en el precio. Se trata de una responsabilidad distinta y añadida a la prevista en el artículo 13.

El hecho de que su consecuencia sea una reducción en el precio podría significar que la podemos reconducir a los supuestos en los que no es posible el cumplimiento por equivalente, pero en este caso debería haberse colocado en dicho lugar (art. 13, 5). Además, esta responsabilidad surge por el hecho de haber tenido unos periodos en los que no ha habido esa conformidad con lo pactado (en las vacaciones, cada vez más breves, la pérdida de parte de las mismas por no haberse podido realizar una actividad programada, aunque se efectúe con posterioridad, puede significar una frustración, amén de la situación de zozobra que puede ocasionar al viajero tener que efectuar gestiones, pesquisas, llamadas, etc.). Por último, debe considerarse independiente de la reducción del precio en caso de incumplimiento por equivalente porque el organizador podrá exonerarse de dicha responsabilidad probando que la falta de conformidad es imputable al viajero. Excepción que no es admisible en los casos del art. 13⁶⁸.

La norma reconoce esta reducción del precio, pero no establece criterios en virtud de los cuales deba determinarse. Esa cuestión la deja a los Estados. Será conveniente que estos fijen límites cuantitativos o porcentuales en virtud de los cuales la determinación de esta reducción sea prácticamente automática para evitar litigiosidad y para que la misma pueda resultar asegurable para el organizador.

Como criterio orientativo podría efectuarse algún tipo de reducción semejante a la existente en materia de responsabilidad del transportista por retraso aunque quizá fijándolo porcentualmente (5%, 10%, 15% etc., del valor

⁶⁸ En la propuesta de directiva se distinguían claramente ambos supuestos de reducción. El artículo 12 indicaba: 1. *Los Estados miembros garantizarán que el viajero tiene derecho a una reducción del precio apropiada por a) cualquier período durante el cual hubo falta de conformidad; b) cuando las alternativas mencionadas en los apartados 3 y 4 del artículo 11 den lugar a un viaje combinado de calidad o coste inferior.*

de la prestación que ha originado el retraso en el viaje combinado con el límite del valor de la misma)⁶⁹.

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. La indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de conformidad. La norma indica que la indemnización se abonará sin demora indebida. Nuevamente la norma contiene conceptos jurídicos indeterminados que habrá que determinar en cada caso. Habrá que decir cuándo hay una demora en el pago y cuándo esta demora está justificada o no.

El legislador de la UE, con mayor deseo de proteger al viajero que acierto, ha modificado el texto inicialmente propuesto en la norma y ha convertido en una obligación del organizador lo que era una causa de exclusión de la responsabilidad⁷⁰.

Estos buenos deseos pueden convertirse en un inconveniente si el organizador no está dispuesto a abonar la indemnización, ya que dará lugar a discusiones entre las partes de difícil solución práctica y menor asegurabilidad para el organizador.

Tampoco se determina la cuantía de la indemnización que deberá fijarse en cada caso en función de los daños y perjuicios causados. Aunque no se indica expresamente en la norma, como hacía la Propuesta de Directiva⁷¹, son susceptibles de indemnización los daños morales de gran importancia en este tipo de contratos. El daño moral en materia de viajes combinados es uno de los campos en los que se reconoció más prontamente la posibilidad de indemnización en el ámbito contractual.

En ello influyó la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 90/314/CEE⁷². En este punto podemos seguir teniendo en cuenta la

⁶⁹ Este criterio ya se ha seguido en España por la jurisprudencia de las AAPP, a la hora de cuantificar la indemnización. En SAP de Las Palmas, Secc. 5ª, de 16 de septiembre de 2005, establece, como criterio orientativo, el precio del viaje concertado, de manera que al haber perdido un día de un total de ocho se cifra la indemnización del daño moral en una octava parte del precio total del viaje más un 25% por tratarse de una luna de miel. Criterio que corrobora esta misma audiencia en SAP de Las Palmas Secc. 3ª de 12 de septiembre de 2008.

⁷⁰ Si acudimos al texto de la Propuesta de Directiva de 2013 observamos que establece:

2. El viajero tendrá derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios del organizador por cualquier daño, incluidos los daños morales, que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad.

3. El viajero no tendrá derecho a una reducción del precio o a una indemnización por daños y perjuicios si

a) el organizador demuestra que la falta de conformidad

i) es imputable al viajero,

ii) es imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios contratados e imprevisible o inevitable, o

iii) es debida a circunstancias extraordinarias e inevitables, o

b) el viajero no informa al organizador sin demora indebida de cualquier falta de conformidad que haya comprobado sobre el terreno si ese requisito de información está clara y explícitamente enunciado en el contrato y es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Esta letra b) se suprimió y pasó a formar el deber de denuncia previsto en el art. 13, 2 de la Directiva (UE) 2015/2302 que ya hemos comentado pero su incumplimiento no genera consecuencias concretas para el viajero.

⁷¹ Repárese en el texto de la norma incluido en la nota anterior.

⁷² A partir de una sentencia del TS de 31 de mayo de 2000 en la que se condena a la aerolínea TWA a resarcir en 250.000 pesetas por el daño moral ocasionado a un pasajero a consecuencia de un retraso injustificado de más de ocho horas, debido a la aflicción causada

jurisprudencia existente que reconoce la indemnización por los daños morales producidos en caso de retraso con sus limitaciones⁷³; por la pérdida de equipajes⁷⁴; por las enfermedades sufridas durante el mismo⁷⁵ o por pérdida de vacaciones por falta de información acerca de la documentación requerida para el viaje⁷⁶.

LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. Como causas de exoneración de la responsabilidad la norma indica tres, a saber, la imputabilidad al viajero; la imputabilidad a un tercero siempre que se cumplan determinados presupuestos; y las circunstancias inevitables y extraordinarias. Todo ello tiene que ser probado por el organizador.

El art. 14, 3 tiene su precedente en la directiva de 1990 en la que ya se preveían estas causas de exoneración con una redacción semejante⁷⁷. Las

por la tensión, incomodidad y molestias causada. El TS distingue entre estas y la «mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo». Así mismo se ha reconocido que, en esta materia, el bienestar, el placer o la tranquilidad son indemnizables por la pérdida de oportunidades vitales a resultas de haber llegado tarde (SAP Barcelona Sc. 15ª 11 de marzo de 2010 FD2º). A partir de este momento la jurisprudencia menor es abundante tanto reconociendo la responsabilidad de la compañía aérea como de la agencia de viajes, de manera solidaria. (SAP Asturias, Secc. 4ª 21 de enero de 2002, secc. 5ª 28 de febrero de 2002; Madrid Secc. 28ª 17 de julio de 2008; Barcelona Secc. 16ª de 5 de septiembre de 2008; Madrid Secc. 28ª de 13 de febrero de 2009 y 22 de mayo de 2009; Barcelona Secc. 15ª 25 de septiembre de 2009; Vizcaya Secc. 4ª 31 de marzo de 2010 y Las Palmas Secc. 4ª 1 de septiembre de 2011; también SAP de León, Secc. 3ª de 16 de noviembre de 2007; Barcelona 11 de marzo de 2010).

⁷³ Si se trata de daños causados por retraso en el transporte aéreo hay que tener en cuenta el límite fijado por el art. 22, 1 del CM (5284 euros a partir del 1 de abril de 2017). Indemnización que es compatible con las reparaciones estandarizadas previstas en el Reglamento (CE) nº 261/2004, tal como se reconoció en STJCE, Gran Sala de 10 de enero de 2006.

⁷⁴ De la misma manera los tribunales suelen indemnizar por los daños morales derivados de la pérdida del equipaje. SAP de Madrid Secc. 28ª de 1 de abril de 2011. A este respecto es preciso resaltar que la STJUE, Sala 3ª, de 6 de mayo de 2010 (TJCE 135) ha precisado que los límites indemnizatorios señalados en la normativa internacional sobre transporte aéreo (art. 22, 2 CM) por extravío del equipaje son aplicables a la totalidad del daño causado con independencia de que el daño sea material o moral porque el precepto del CM no efectúa distinción entre ambos.

⁷⁵ También se ha reconocido la indemnización por daños morales en casos de enfermedades sufridas durante el viaje combinado por situaciones de incomodidad, penosidad o perturbación en el disfrute esperable inherente a las vacaciones o viajes. (SAP de Madrid, Secc. 9ª, 15 de diciembre de 2016) y STJCE, Sala 6ª de 12 de marzo de 2002, (TJCE 99) que reconoce que el daño moral por la pérdida de vacaciones está incluido en el art. 5 de la Directiva 90/314/CEE.

⁷⁶ Se ha reconocido la indemnización del daño moral por pérdida de vacaciones en casos de falta de información sobre la documentación necesaria para el viaje por parte de la agencia de viajes (SAP de Madrid, Secc. 8ª, de 19 de enero de 2010) en la que se condena a la agencia de viajes y a la compañía de cruceros porque no habían avisado a los viajeros de la necesidad de contar con un visado especial de un menor adoptado, de nacionalidad rusa, para entrar en Egipto; semejante es la SAP de las Islas Baleares, Secc. 3ª, de 28 de octubre de 2014.

⁷⁷ El art. 5, 2 se expresaba diciendo: «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, porque: – las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor, – dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable, – dichas faltas se deban a un caso de fuerza mayor, tal como se define en el inciso ii) del

diferencias entre ambas normas se manifiestan en que la Directiva (UE) 2015/2302 determina expresamente a quien le corresponde la prueba de estos hechos que, como ya hemos indicado, tiene que ser el organizador, lo que no se indicaba de manera expresa en la anterior directiva.

El art.162, 2 del TRLGDCU recoge las causas de exoneración previstas en la Directiva de 1990 pero añade una, en la letra d, en la que convierte la carga de la prueba en una causa de exoneración expresa de responsabilidad. De tal manera que, en el Derecho interno español, «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» significa que queda exento de responsabilidad. La nueva especificación contenida en la Directiva (UE) 2015/2302, de que el organizador debe demostrar la falta de conformidad, impedirá que, su actuación diligente, sin más, le permita exonerarse de responsabilidad.

Las causas concretas son:

1) La culpa de la víctima. Si el organizador demuestra que la falta de conformidad se debe a una causa imputable al viajero. Por ejemplo, la falta de presentación oportuna del viajero en el servicio de viaje contratado.

2) El hecho de un tercero ajeno a la prestación de los servicios de viaje incluidos en el viaje combinado (como veremos a continuación el transportista del medio de transporte incluido como servicio de viaje no tiene la condición de tercero a estos efectos) pero, además, que sea imprevisible e inevitable. Se podrían incluir aquí las huelgas de controladores aéreos, huelgas generales del país donde se llevara a cabo el viaje o sectoriales, *lockout*, etc.

3) Causas de fuerza mayor. El organizador debe probar que la falta de conformidad se debe a circunstancias inevitables y extraordinarias, tales como conflictos bélicos, terrorismo, fenómenos naturales, etc.

En todos estos supuestos no surge la obligación de indemnizar a cargo del organizador. Pero siempre será él el que pruebe estos hechos que le exoneran de responsabilidad.

LA COMPATIBILIDAD DE LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD. La gran ventaja para el organizador que el sistema de responsabilidad diseñado por la Directiva (UE) 2015/2302 presenta frente al sistema anterior es la compatibilidad con las limitaciones de responsabilidad previstas por los convenios internacionales de los que la UE sea parte para los prestadores de los servicios incluidos en los viajes combinados. Esta conexión es doble puesto que el organizador puede servirse de los mismos y el viajero puede reclamar la indemnización debida tomando como base tanto la directiva como los convenios internacionales y los reglamentos que les reconocen derechos como pasajeros.

En el primero de los aspectos, relativo a la utilización por parte del organizador de los límites previstos para los prestadores de servicios de viaje incluidos en el viaje combinado, el art. 14, 4 de la Directiva establece tres situaciones distintas:

1) Que dichos límites se encuentren en convenios internacionales de los que la UE sea parte. La aplicación del límite es automática. En esta situación están

apartado 6 del artículo 4, o a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestatario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar».

los convenios internacionales en materia de transporte de viajeros por los distintos medios.

2) Que la UE no esté vinculada por los convenios internacionales, en cuyo caso serán los Estados miembros los que podrán limitar la indemnización que deben pagar los organizadores. Será preciso un acto volitivo determinante del Estado de aplicar dichos límites, siempre que sea parte del convenio en cuestión y lo indique expresamente.

3) Una tercera posibilidad, que es la que establece más limitaciones, puesto que se permite que en el propio contrato de viaje combinado se limite la indemnización a pagar por el organizador 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 combinado⁷⁸.

Por lo que se refiere al ejercicio de las acciones⁷⁹, la directiva (UE) 2015/2302 reconoce al viajero el derecho a presentar sus demandas al amparo de la directiva pero también de los reglamentos comunitarios que reconocen derechos a los viajeros y de los convenios internacionales.

En el nº 5 del art. 14 la norma enumera los reglamentos expresamente. La consecuencia de la permisibilidad de utilizar cualquiera de estos fundamentos jurídicos en sus reclamaciones es la compensación de las mismas de manera que se deducirán la una de la otra para evitar el exceso de indemnización.

Por último, el art. 14, 6 prevé que la prescripción de las acciones no podrá ser inferior a dos años. En este punto se ha aumentado el plazo frente a lo previsto en los antecedentes de la norma⁸⁰ con la pretensión de adecuarse a las reglas de prescripción contenidas en las normas de los convenios internacionales relativos a los transportes de pasajeros⁸¹. Por lo que se refiere al Derecho español, este es el plazo previsto en el art. 164 por lo que no será necesaria modificación alguna en nuestro Derecho interno para adaptarnos a lo previsto en la Directiva (UE) 2015/2302.

⁷⁸ Esta posibilidad no se encontraba en la Propuesta de Directiva de 2013, puesto que lo reconducía, con mejor criterio, a los supuestos en los que se trataba de convenios en los que la UE no era parte al indicar en el nº 4 de su art. 12: *En la medida en que los convenios internacionales que no vinculan a la Unión limiten la indemnización que debe pagar el proveedor de servicios, los Estados miembros podrán limitar la indemnización que debe pagar el organizador siempre que dicha limitación no se aplique a los daños corporales y perjuicios causados de forma intencional o por negligencia grave y su importe no sea superior al triple del precio total del viaje combinado*. Pero fue objeto de enmiendas en el PE con el siguiente literal: *En otros casos, el contrato podrá limitar la indemnización que debe pagar el organizador siempre que dicha limitación no se aplique a los daños corporales y perjuicios causados de forma intencional o por negligencia grave y su importe no sea superior al triple del precio total del viaje combinado. [Enm. 111]*. (la letra negrita es el contenido de la enmienda). Vid. Posición del PE aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014, cit. El texto definitivo cambia «en otros casos» por «en los demás casos» pero el sentido es el mismo.

⁷⁹ En este punto no hay precedentes en la Directiva de 1990 ni en las normas de Derecho interno español por lo que deberá incorporarse en la reforma de la LGDCU.

⁸⁰ La propuesta de directiva de 2013 lo fijaba en un año (vid. Art. 11.6 de la misma). No habiendo prosperado una enmienda propuesta en el PE que elevaba el plazo de prescripción a tres [Enm. 113]. Vid. Posición del PE aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014, cit.

⁸¹ No obstante, en los transportes por ferrocarril el plazo es de tres años (art. 60 COTIF); dos años es para el transporte aéreo según el art. 35 CM y para el transporte marítimo art. 16 CA.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA. Llegados a este punto nos queda por determinar qué incidencia puede tener la nueva regulación de los viajes y servicios combinados en la responsabilidad del transportista de viajeros por los distintos medios. A tales efectos lo fundamental es determinar la consideración que tiene el porteador respecto al viajero, si lo calificamos de prestador de servicios de viaje o de organizador.

EL TRANSPORTISTA COMO PRESTADOR DE SERVICIOS DE VIAJE. En estos casos la situación de los transportistas no ha cambiado frente al régimen anterior: el transportista responderá como tal y la única diferencia es que se añade otro responsable, que es el organizador, frente al viajero que puede beneficiarse de los mismos límites de indemnización que el transportista. Como ya se ha indicado en los epígrafes anteriores, la Directiva 2302/2015 establece la responsabilidad del organizador frente al viajero, con independencia de que los servicios hayan sido ejecutados por el prestador de servicios/transportista. La norma de la UE determina la compatibilidad de la Directiva sobre viajes combinados con los derechos de los viajeros reconocidos en los sucesivos reglamentos comunitarios y convenios internacionales que reconocen la responsabilidad del porteador por los distintos medios⁸². En consecuencia, reconoce la responsabilidad del organizador como la vía más sencilla para el viajero ante los incumplimientos del prestador de los servicios de viaje.

Además, al viajero se le otorga la facultad de elegir la presentación de sus reclamaciones fundadas en cualquiera de estas normas contenidas en los reglamentos de la UE o en los convenios internacionales, pero también al amparo del régimen de responsabilidad de la directiva.

Por consiguiente, podrá ejercitar las acciones contra los sujetos que, según las normas de los convenios internacionales o las normas de la UE, que reconocen derechos a los viajeros, puedan resultar responsables (transportista contractual y transportista de hecho o sucesivo o ejecutor, así como sus respectivos dependientes o agentes) pero también contra los responsables en virtud de la directiva de viajes combinados (organizador).

Como ventaja para el organizador se le permite beneficiarse de la limitación de la responsabilidad reconocida a los transportistas. Así mismo se especifica que las indemnizaciones o la reducción del precio concedida en virtud de unas u otras normas se deducirán para evitar el exceso de indemnización. Por consiguiente, se quiere impedir el enriquecimiento injusto del perjudicado.

⁸² El Reglamento (CE) nº 261/2004 y en el Convenio de Montreal introducido a nivel de la Unión Europea por el Reglamento (CE) nº 889/2002, por el que se modificó el Reglamento (CE) nº 2017/97 del Consejo de 23 de octubre de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente; así como el Reglamento (CE) nº 392/2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente y el Convenio de Atenas que quedó incorporado al mismo; y los reglamentos Reglamento (UE) nº 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004; el Reglamento (CE) N 1371/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril y Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004.

EL TRANSPORTISTA COMO ORGANIZADOR. La situación es más compleja en el supuesto en el que el transportista actúe como organizador puesto que le resultará aplicable el art. 13 de la Directiva lo que significa que no responderá solo de los servicios de transporte efectuados directamente, sino también de la ejecución de los otros servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado del que sea organizador (art. 13, 1 de la Directiva).

En consecuencia, estará obligado, así mismo, a proporcionar fórmulas alternativas adecuadas cuando una proporción significativa de los servicios de viaje no pudiera prestarse y el viajero mantuviese el viaje combinado (art. 13, 5).

Por otra parte, además, si la falta de conformidad afecta al viaje de una manera sustancial y no pueden subsanarse los defectos u ofrecer fórmulas alternativas en un plazo razonable, o el viajero las rechaza (por no ser comparables a lo acordado o la reducción del precio no es adecuada), la norma permite al viajero resolver el contrato, sin ningún tipo de penalización por su parte, y solicitar indemnización de los daños y perjuicios.

A todo ello se sumará la repatriación del viajero en un transporte equivalente sin coste adicional si el transporte está incluido en el viaje. Esta cobertura de la repatriación puede ser menos complicada en principio para el organizador/transportista que, para otros organizadores por tener su propia infraestructura para poderla llevar a cabo, pero siempre tendrá que tener prevista esta contingencia y sufragar los gastos.

A esto hay que añadir que si, por circunstancias inevitables y extraordinarias, es imposible garantizar el retorno del viajero, deberá asumir su alojamiento por un periodo al menos de tres noches o el equivalente previsto en la norma de la Unión Europea según el medio de que se trate (art. 13, 7), no pudiendo limitar los costes si son personas con movilidad reducida, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1107/2006, o en los otros reglamentos relativos a los otros medios de transporte, pero extendiendo esta norma también a mujeres embarazadas, menores no acompañados, personas con necesidad de asistencia médica siempre que le hubieran notificado esta situación.

Por todo ello, el transportista debe dejar claro que su actuación no se lleva a cabo como organizador, aún en aquellos supuestos en los que el viajero contrate el transporte electrónicamente y por medio de la página web de la compañía en la que se enlacen con otros servicios de viaje.

En definitiva, la nueva norma de la UE desea que cada uno de los sujetos que operan en este mercado del turismo se circunscriba a sus propias actividades y, caso de realizar las funciones de los otros, asuma sus consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Hacia un código del consumidor*, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J., Madrid, 2006.

AAVV, (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Coord.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

AAVV, (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Dir. y Calzada Conde, M^a A. Dir. Adj.) *Contratos Mercantiles* Tomo 1, 5^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

AAVV, *Contratos Mercantiles*, T. II, Aranzadi, 6^a ed. Cizur Menor, 2017.

AAVV, M. J. Guerrero Lebrón, (Dir.) *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015.

AAVV, (E. Llamas Pombo, Coord.) *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005.

AAVV, J. Franch Fluxá, Dir., *Manual de contratación turística*, Atelier, Barcelona, 2015.

AAVV, A. Porto Cortés, Coord., *Guía práctica sobre derechos de consumo*, Thomson-Reuters, Valladolid, 2012.

Barba de Vega, J. y M. A. Calzada Conde, *Introducción al derecho privado del turismo*, Aranzadi Thomson-Reuters, 4^a ed., Cizur Menor, 2010.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. "El concepto de consumidor", en AAVV, *Hacia un código del consumidor*, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J., Madrid, 2006, pp. 17-37.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15^a ed., Cizur Menor, 2014.

Botana García, G., "Comentario al art. 1 de la LGDCU", en AAVV, (Llamas Pombo, E., Coord.) *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, pp. 39-107.

Calais-Auloy, J. y Steinmetz, F., *Droit de la Consummation*, 4^a ed., París, 1996.

Díaz Rafael, G., "La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios, 18-08-2016", en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, nº 32 (agosto 2016). Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>.

Gómez Lozano, M^a del M., "Contratos turísticos", en AAVV, *Contratos Mercantiles*, T. II, Aranzadi, 6^a ed., Cizur Menor, 2017, pp. 1464-1465.

Guillén Caramén, J., *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002.

Lacruz, *et alt.*, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º Parte general. Delito y cuasidelito, 2ª Ed. José Mª Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1985.

Lara González, R. y Echaide Izquierdo, J. M., *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de consumo*, ESIC, Madrid, 2006.

Lasarte Álvarez, C., *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Dykinson, Madrid, 2003.

Marín García, I. y Milà Rafel, R., “Daño moral contractual”, en AAVV, (Gómez Pomar, F. y Marín García, I.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Wolters Kluwer, S.A., Hospitalet de Llobregat, 2017.

Martínez Espín, O., “Impacto sobre la protección del consumidor de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifica el reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2014 BIB203/2366.

Paniza Fullana, A., *Viajes combinados y servicios de viajes vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017.

Peinado Gracia, J. I., “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en AAVV, Guerrero Lebrón, Mª J. (Dir.), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, pp. 514 y ss.

Polo, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

Quintana Carlo, I., “La protección del consumidor como turista”, en *Estudios sobre consumo*, nº 2 (1984), pp. 5 y ss.

Reyes López, Mª J., *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, 2ª Ed. Madrid, 2012.

Torres Lana, J. A., Tur Faundez, Mª N.; Janer Torrens, J. D., *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Zubiri de Salinas, M., “El contrato de pasaje”, en AAVV, (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Dir., Calzada Conde, Mª A. Dir. Adj.), *Contratos*

Mercantiles, Tomo II, 5ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 507-577.

Zubiri de Salinas, M., *El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Zubiri de Salinas, M., “La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo”, *Revista de Derecho de Transporte (Rdt)*, nº 4 (2010), pp. 67-100.

Zubiri de Salinas, M., “Consumidor v. Pasajero”, *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, octubre de 2017. (www.rlada.com).

<p><i>Recibido el 22 de diciembre de 2017. Aceptado el 15 de enero de 2018</i></p>
--