

Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo en el ordenamiento jurídico español

The electronic recruitment of dynamic packages in the Spanish law system

Juan David Camargo Gómez

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Colombia

Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: septiembre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

Juandak@hotmail.com

Resumen

Los paquetes dinámicos de turismo son una nueva forma de contratar servicios de viaje que se apartan de las tradicionales formas de contratación de servicios turísticos: los servicios sueltos y el viaje combinado. Por eso, ni la Directiva 90/314/CEE, ni el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los contemplan; dichas normas están adaptadas para regular un mercado en donde el turista se adhiere a unas condiciones

Abstract

The dynamic packages are a new form of booking travel services that move away from traditional forms of touristic services: individual services and package deals. Therefore, the Directive 90/314/EEC and the Consolidated Draft of the General Law for the Protection of Consumers and User, do not contemplate it; these rules are adapted to regulate a market where tourists can adhere to travel conditions (destinations, dates, times

de viaje (destinos, fechas, horarios...) sin poder modificarlas. Al no tener un régimen aplicable concreto, la contratación de paquetes dinámicos de turismo constituye actualmente una laguna legal en el derecho español. El presente artículo es el producto de una investigación que pretende darle claridad a la materia turística, determinando el régimen jurídico aplicable a los paquetes dinámicos de turismo que, a su vez, va a permitir establecer su naturaleza jurídica y el régimen de responsabilidad.

Palabras clave: Internet, contratación, paquetes dinámicos de turismo, servicios turísticos.

...) without being able to amend them. Having no specific rules applicable, their recruitment is currently a loophole in the Spanish law. This article is the result of research that aims to give clarity to tourism, determining the legal regime applicable to dynamic packages which, in turn, will help to establish their legal status and liability regime.

Key words: Internet, recruitment, dynamic packages, travel services.

1. HACIA UNA NOCIÓN DE PAQUETE DINÁMICO DE TURISMO

En los últimos años el sector turístico ha experimentado un cambio en la forma de contratar servicios de viaje. El desarrollo de Internet y la aparición de las compañías de bajo coste ha hecho que, cada vez más, los consumidores se abstengan de adquirir paquetes preestablecidos por un tour operador y, en cambio, confeccionen ellos mismos sus vacaciones valiéndose de herramientas electrónicas que les permiten encontrar la oferta más favorable, conocidas como metabuscadores o comparadores de precios; o reservando los servicios turísticos directamente con su proveedor (aerolínea, hotel, parque de diversiones, coche, etc.) o a través de una agencia de viajes *on line*¹.

A nivel europeo, se estima que 120 millones de turistas organizan sus vacaciones de esta manera². Ello se debe a que el turista electrónico ahora busca tener experiencias únicas cuando viaja y que éstas se generen acompañado de su entorno más cercano. El «e-turista» desea flexibilización a la hora de confeccionar su viaje, quiere unas vacaciones libres de condiciones, con sus propios destinos y tiempo de duración. Además, en muchas ocasiones Internet se lo permite hacer a un precio menor y con servicios turísticos de mayor calidad a los ofrecidos en paquetes preestablecidos.

A esta nueva forma de contratación de servicios turísticos se la conoce como paquetes dinámicos de turismo, viajes flexibles o *dynamic packages*. Actualmente,

1 PASTOR SEMPERE, 2013: «Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y de las políticas de la Unión europea en materia de mercado interior y de defensa de los consumidores en la contratación de viajes combinados». *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 288: 90, señala que ello está causando una «desintermediación» o pérdida progresiva de la cuota de mercado de los intermediarios turísticos.

2 Comunicado de prensa de la Comisión Europea del 9 de julio de 2013.

su contratación constituye una laguna legal en el derecho español, ya que ni la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y circuitos combinados (en adelante, DVC), ni el Título IV del TRLGDCU (artículos 150 a 165) la contemplan. Esta indeterminación genera confusión en los operadores turísticos y consumidores, quienes no tienen claro cuáles son sus derechos y obligaciones; por ejemplo, cuando una agencia de viajes *on line* vende un paquete dinámico de turismo, establece en sus condiciones generales una cláusula de exclusión de responsabilidad en caso de no prestarse o de prestarse defectuosamente alguno de los servicios contratados, convirtiendo su intervención como de simple intermediación. De igual forma, en ocasiones el viajero cree estar contratando un paquete dinámico cuando, en realidad, lo que adquiere son servicios turísticos sueltos.

Paralelo a este problema, las compañías aéreas, principalmente las de bajo coste, venden paquetes en sus portales web que incluyen, además del transporte aéreo, el alojamiento, alquiler de coche o entradas para eventos. Sin embargo, la adquisición de este producto no goza de ninguna garantía puesto que, conforme al artículo 151.2 del TRLGDCU, las únicas entidades facultadas para vender en conjunto una pluralidad de prestaciones turísticas son las agencias de viaje.

Todo ello ha generado que el actual régimen protector de los viajeros resulte insuficiente y desactualizado³. Por ello, la Comisión Europea ha presentado en el año 2013 una propuesta de Directiva que tiene por objeto adaptar a la era digital las normas de la UE sobre viajes combinados. Se busca brindar una protección mayor a los turistas (mejorando los derechos de cancelación, imponiendo más deberes de información, obligando a los operadores turísticos a devolver el dinero y repatriarlo en caso de quiebra de alguno de estos) y darle mayor transparencia a la materia, definiendo qué combinaciones deben ser amparadas por la nueva DVC⁴.

Esta Propuesta es el resultado de un proceso de revisión de la DVC organizado en conjunto por la Comisión Europea y las partes interesadas (operadores turísticos, organizaciones de consumidores y Estados miembros).

3 GÓMEZ CALLE. 2012: «En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado». En Cámara Lapuente (dir.) y Arroyo Amayuelas (coord.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la Compraventa de octubre de 2011*. Madrid: Ed. Civitas Thomson Reuters, 385, deja en evidencia que «la directiva 90/314 es en estos momentos la más antigua en materia de derecho de consumo y ante el cambio que genera Internet y el comercio electrónico en el mercado de los viajes requiere ser revisada y actualizada».

4 En este sentido cabe resaltar que excluye del ámbito de aplicación las combinaciones que tengan por finalidad un viaje de negocios.

El comienzo del proceso de revisión se dio con la redacción del *documento de trabajo del 26/07/2007*⁵. En dicho documento la Comisión Europea contempló algunos problemas que, en su concepto, estaban generando las nuevas formas de contratación de servicios turísticos y propuso una consulta pública con la finalidad de conocer el punto de vista de las partes interesadas. El resultado de la consulta fue recogido en el *Summary of responses to the consultation on the Council Directive 90/34 EEC*, en el que las partes reconocieron los problemas señalados por la Comisión Europea⁶. El 26 de noviembre de 2009 la Comisión Europea desarrolló una nueva consulta, pero esta vez con el objeto de establecer mecanismos para resolver los problemas planteados en el documento de trabajo. Las respuestas de esta segunda consulta se plasmaron en el *Summary of responses to the consultation launched to gather stakeholders' opinions on the existing problems and preferred solutions in order to identify preferred policy options as part of the Commission's review of the Package Travel Directive* (en adelante, *sumario de conclusiones II*)⁷, en el que se propuso ampliar el concepto de viaje combinado establecido en la DVC, así como determinar la responsabilidad de los operadores turísticos (sobre todo la de la agencia de viajes *on line*) cuando vendan paquetes dinámicos a través de medios electrónicos. Sobre este punto, las organizaciones de consumidores y los Estados miembros se mostraron a favor de la responsabilidad directa de las agencias de viajes, mientras que estas, en cambio, se inclinaron solo por que el responsable del incumplimiento sea el proveedor directo del servicio. Posteriormente, el 22 de abril de 2010, se llevó a cabo un taller a tiempo completo en el que las partes discutieron sobre las opciones planteadas en los sumarios. Por último, el 5 de junio de 2012 se celebró un nuevo taller y una conferencia con el objeto de discutir más a fondo el proceso de revisión.

Adyacente al proceso de revisión, la comisión efectuó un *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages* que concluyó en noviembre de 2009. Dicho estudio sirvió para poder determinar cuál era la situación en la que se encontraban los paquetes dinámicos hasta entonces y, además, para identificar los problemas y costes que han tenido que afrontar los consumidores de estos paquetes ante el incumplimiento de algún operador⁸.

5 Véase: http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf.

6 Véase: http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary_responses_publication_final_30012007.pdf.

7 Véase: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/20100430_summary_responses.pdf.

8 Véase: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_consumer_detriment_dynamic_packages_en.pdf.

1.1. Definición y características del paquete dinámico de turismo

El término «paquete» alude a la confección de dos o más servicios turísticos cuya adquisición se hace en una misma operación, sin importar que por estos el viajero pague un precio global. Por su parte «dinámico» alude al amplio grado de decisión que tiene el viajero para elegir los servicios que van a componer el paquete. En consecuencia, se entiende por paquete dinámico de turismo aquel producto compuesto por dos o más servicios turísticos que son confeccionados y adquiridos por un consumidor a través de uno o varios portales web, siempre que exista un vínculo comercial entre estos.

Desde el punto de vista jurídico, la contratación electrónica de un paquete dinámico de turismo se puede hacer:

Por un lado, dentro del portal web de una agencia de viajes en donde el viajero confecciona y compra los servicios de viaje sin ser remitido a ningún otro portal. Las agencias de viaje establecen en su plataforma una pestaña titulada «vuelo + hotel» en la que el viajero, después de pulsar sobre esta, tendrá que digitar algunos datos exigidos por el agente electrónico (ciudad de origen y de destino, fecha de salida y de llegada, número de personas) para que se dé inicio al proceso de contratación. Una vez ocurra ello, la plataforma muestra en una nueva pantalla las ofertas de los hoteles y vuelos disponibles, permitiendo combinar estos de cualquier forma. Después de haber seleccionado los servicios de viaje, el viajero deberá hacer «click» en el campo marcado con la palabra «continuar» o «reservar». Acto seguido se abrirá otra ventana que contiene un resumen de los servicios escogidos y saldrá la opción «comprar». El proceso de contratación finaliza con el acuse de recibo que el agente electrónico de la agencia remite al correo electrónico del viajero.

Por otro lado, en los sitios web de cada proveedor del servicio (aerolínea, hotel, arrendador de coche, etc.) siempre que entre los proveedores con quienes se contrata exista un acuerdo comercial. Aquí, el viajero celebra contratos separadamente con cada uno de los proveedores, no obstante, existe un paquete turístico cuando los servicios se adquieren: en un único punto de venta en el mismo proceso de reserva, a raíz de una oferta o pago de un precio global o después de haberse anunciado como un viaje combinado o alguna expresión similar. También podrá predicarse la existencia de un «paquete» cuando los servicios se combinan después de la celebración de un contrato en el que el operador permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de viaje⁹.

En caso de inexistencia de acuerdo, la contratación constituye una forma de adquirir servicios sueltos y, por tanto, habrá de aplicarse a cada contrato el régimen

9 Artículo 3.2 b) de la propuesta de Directiva.

general¹⁰. Tampoco existe *dynamic package* cuando el turista se sirve de una agencia de viajes para organizar sus vacaciones pero termina contratando los servicios directamente con el proveedor del servicio, puesto que la primera actúa como simple facilitadora en el acercamiento de voluntades del turista y el proveedor.

Las características de los paquetes dinámicos son las siguientes: a) están compuestos por una pluralidad de servicios turísticos; b) la combinación de los servicios turísticos es efectuada por el turista en el mismo proceso de contratación; c) los servicios deben comprarse a un mismo operador y, si es más de uno, deben tener un vínculo comercial; y d) es un contrato de adhesión.

1.1.1. Está compuesto por una pluralidad de servicios turísticos

El objeto del paquete dinámico puede versar sobre un servicio de transporte, una reserva de hotel, el alquiler de un coche o cualquier otro servicio no accesorio de estos que constituyan una parte significativa del paquete. Lo importante es que el consumidor adquiera dos o más servicios turísticos.

Actualmente, las normas protectoras de los viajeros no establecen criterios legales para determinar cuándo un servicio es accesorio o principal. Por ello, para establecer la calificación del servicio de viaje, deberá tenerse en cuenta su factor funcional, esto es, habrá que comprobar qué tipo de subordinación presenta el servicio con el transporte, alojamiento o alquiler de coche¹¹. Si el servicio resulta ser autónomo e independiente de estos debe considerarse principal. En este sentido, se consideran un servicio principal las entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, etc. En cambio, será accesorio el servicio de restauración del avión, las comidas y bebidas que se sirvan en el mismo, el desayuno en el hotel cuando este se encuentre incluido en el alojamiento, etc.¹².

Dichas normas tampoco aclaran lo que debe considerarse como una parte significativa de un paquete turístico. A tales efectos, la propuesta de Directiva establece

10 El *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages* señala que el 37.7% de los encuestados confeccionan su viaje de esta manera, seguido de las páginas web de las empresas lastminute.com con un 37.6% y, por último, de las agencias de viajes *on line* con un 31.3%).

11 Al respecto la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2002 (AC 2002/995) señala que: «No habrá viaje combinado cuando una de las dos únicas prestaciones sea accesorio de la otra principal, a la que se encuentre funcionalmente subordinada, sí lo habrá cuando las prestaciones sean de similar importancia y tengan valor por sí mismas». Precisamente este criterio es adoptado de forma similar en la Propuesta de Directiva (considerando 17).

12 En la práctica, los paquetes dinámicos más adquiridos son los compuestos por transporte aéreo más hotel.

que todo servicio que represente más del 20% del valor económico del paquete se considera parte significativa del mismo.

1.1.2. La combinación de los servicios turísticos es efectuada por el turista en el mismo proceso de contratación

El sujeto encargado de confeccionar las prestaciones que conforman el viaje es el turista. A diferencia de lo que ocurre con el tradicional paquete preestablecido, el paquete dinámico de turismo no requiere de la intervención de un organizador, ni tampoco de la celebración de subcontratos con los proveedores directos de los servicios para poder ser adquirido.

De igual forma, si algún servicio de viaje no se confecciona dentro del mismo proceso de contratación, este no puede integrar el paquete y deberá someterse al régimen de contratación de servicios sueltos. Un supuesto que se podría causar confusiones en la práctica es que el consumidor, acto seguido a la adquisición del paquete, contrate un nuevo servicio al mismo operador; por ejemplo, cuando, después de adquirir un paquete «vuelo + hotel», reserva un coche en el mismo portal web. En este evento, el segundo servicio (alquiler del coche) no puede pasar a integrar el paquete y deberá someterse al régimen general.

1.1.3. Los servicios deben comprarse a un mismo operador y, si es más de uno, debe existir un vínculo comercial entre ellos

El viajero puede adquirir la pluralidad de servicios de viaje dentro de la misma página web donde combinó los servicios o en la página web de cada proveedor. Si lo hace de esta segunda forma debe existir entre los proveedores algún tipo de asociación comercial que permita observar la presencia de un «conjunto unitario» de servicios de viaje. Adicionalmente, cuando se esté haciendo una remisión de un portal web a otro deberá informarse en forma clara dicha circunstancia para evitar confusiones al viajero. Si el portal no la comunica se entiende que el viajero contrata los servicios en un mismo portal web.

Esta característica también ofrece mayor seguridad jurídica al operador turístico (sobre todo las agencias de viajes *on line*) ya que no podrá ser declarado responsable en caso de presentarse incumplimiento de alguno de los servicios contratados, en el evento que el viajero se haya valido de un enlace alojado en su página web para contratar directamente con otro proveedor.

1.1.4. Es un contrato de adhesión

Debido a que las cláusulas contractuales del contrato de paquete dinámico vienen predispuestas por el operador turístico y el turista no puede intervenir en el contenido de estas, le es aplicable el régimen establecido en LCGC. Esto hace, además, que sea considerado también como un contrato de consumo¹³.

Visto lo anterior, es necesario determinar qué calificación jurídica merece el paquete dinámico, esto es, establecer si esta nueva forma de contratación de servicios turísticos constituye un medio para agilizar la contratación de servicios sueltos o, por el contrario, constituye una modalidad de viaje combinado.

1.2. Calificación jurídica del paquete dinámico de turismo

La indeterminación jurídica en la que se encuentra la contratación de paquetes dinámicos de turismo obliga a cuestionarnos si nos encontramos más cerca de la contratación de servicios sueltos o de un viaje combinado.

Comparte con la contratación de servicios sueltos la amplia capacidad de elección que goza el viajero para configurar la prestación de un servicio de viaje¹⁴. En cambio, se diferencia en que en el mismo proceso de contratación este termina contratando varios y no un solo servicio turístico.

Se asemeja al viaje combinado en que se adquieren una pluralidad de servicios turísticos en una misma operación y el viaje sobrepasa las 24 horas o como mínimo contiene una noche de estancia. No obstante, se diferencian en que en el *dynamic package* el operador turístico no tiene obligación de suministrar al viajero un folleto informativo teniendo en cuenta que las condiciones del viaje se conocen momentos antes de celebrarse el contrato, por eso no es posible aplicarle lo expresado en el artículo 152 y 153 del TRLGDCU. Otra diferencia que se puede observar es desde el

13 Esta característica la resalta MÁRQUEZ LOBILLO, P. 2011: «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos». *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, n.º 282: 235. No obstante, AURILOES MARTÍN. 2005: *Introducción al derecho turístico*, segunda edición. Ed. Tecnos, 143, considera que «en aquellos casos en que los viajes se hacen “a medida” del consumidor [...] pudiera no tratarse ya de un contrato sometido a condiciones generales de la contratación».

14 Por ejemplo, para la contratación del transporte aéreo, el viajero puede escoger libremente la aerolínea, la clase (turista o ejecutiva), las fechas de salida y regreso, etc. Si lo que desea contratar es un alojamiento, puede escoger entre hotel, hostel o apartamento; en caso de escoger el primero tiene libertad para reservarlo a pensión completa o media pensión, cerca del centro de la ciudad o en algún lugar específico (por ejemplo, cerca de Disneyland París), etc.

punto de vista de los sujetos facultados para ofrecer y vender un paquete dinámico. Conforme a lo expresado en el artículo 151.2 TRLGDCU, para la celebración de un contrato de viaje combinado es imprescindible que una de las partes contratantes sea una agencia de viajes, en cambio, como se vio anteriormente, para la adquisición de un paquete dinámico, el viajero puede contratar con los proveedores directos del servicio siempre que exista asociación entre estos. (Más adelante se verá cómo es su régimen de responsabilidad).

De igual forma, cuando el viajero adquiere un paquete dinámico a través de una agencia de viajes *on line*, varía el régimen de responsabilidad de esta. Como ya se dijo, para la proyección, elaboración y organización del viaje no interviene un tour operador, sino es el propio viajero quien cumple estas funciones¹⁵. En el proceso de venta solo interviene una agencia (la titular del portal web) y no dos como ocurre normalmente en la adquisición de un viaje combinado. Al no haber actuación de un tour operador o agencia mayorista no va a ser posible aplicar el párrafo segundo del artículo 162 TRLGDCU que consagra la responsabilidad solidaria. Por eso, en caso de presentarse incumplimiento en la prestación de alguno de los servicios, el viajero solo podrá reclamar la responsabilidad a la entidad que le proporcionó la plataforma para confeccionar su viaje.

La DVC y el libro IV del TRLGDCU se redactan con el objetivo de equilibrar la posición contractual del turista con los operadores turísticos¹⁶, para ello fijan niveles mínimos de protección como la facultad de resolución del contrato por causa imputable al organizador o la cancelación del viaje sin dar justificación alguna, entre otros. Lo que caracteriza a estas normas es su finalidad consumerista o *pro consumatore*. En este sentido, se considera que calificar al paquete dinámico de turismo como una forma de viaje combinado es la opción que más se adecua a dicha finalidad.

En efecto, la obligación de la agencia de viajes *on line* no sería considerada de medios sino de resultado, de tal suerte que esta deberá responder tanto por sus propios

15 CAVANILLAS MÚGICA. 2013: «Nuevas formas de promoción y contratación de servicios turísticos en Internet». En A. Paniza Fullana (coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: Subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Ed. Comares, 14, señala, además, que: «Los paquetes dinámicos no son preparados por una agencia mayorista, ni utiliza medios propios de estas, como los vuelos chárter, sino por la propia agencia minorista, empleando vuelos regulares».

16 Como apunta ALCOVER GARAU. 1999: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232: 687 y ss., el nacimiento de la DVC se debió a que «La agencia de viajes que organizaba al viaje combinado solía entender que era una simple representante de los empresarios [...] que presentaban materialmente sus servicios a los consumidores turísticos y, en tanto [...] no era responsable de la falta de prestación o de la defectuosa prestación de los mismos», y también porque sucedía con mucha mayor frecuencia de la deseable que ésta (la agencia de viajes) modificaba significativamente el mismo (el viaje combinado) o lo cancelaba sin previo aviso» (paréntesis mío).

incumplimientos como por los del proveedor directo del servicio que se valga para cumplir con lo pactado. A su vez, la información suministrada por la agencia deberá ser mucho más amplia y detallada que cuando vende un servicio turístico de forma aislada. Por último, el viajero tendrá la posibilidad de ceder la reserva sin coste alguno (art. 155 TRLGDCU)¹⁷ y, además, podrá resolver el contrato unilateralmente antes de su ejecución de forma más garantista que cuando contrata un servicio suelto por un medio a distancia¹⁸.

El artículo 151 TRLGDCU entiende por viaje combinado «la combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia». En principio, hay dos requisitos que el paquete dinámico de turismo no cumple: la combinación previa y el precio global (cuando los servicios son contratados con cada uno de los proveedores pero existe un vínculo comercial entre estos).

En cuanto a la «combinación previa» no hay unanimidad en la doctrina para considerarlo como un elemento de la esencia del contrato de viaje combinado. Algunos autores entienden que sí es un elemento *sine qua non* y califican como una modalidad de servicios sueltos los viajes que el turista confecciona a su medida; el fundamento de esta exclusión se debe a que, en primer lugar, el consumidor adquiere de forma autónoma las prestaciones, independientemente de que el viajero haya adquirido una pluralidad de servicios turísticos¹⁹. Y, en segundo lugar, porque cuando el viajero organiza el viaje valiéndose de una agencia de viajes, esta no se compromete a un resultado sino que actúa como mera intermediaria²⁰.

17 Facultad que no es posible ejercitar, por ejemplo, cuando se contrata un transporte aéreo debido a que las aerolíneas acostumbran a cobrar una penalización.

18 De acuerdo con el artículo 93.k TRLGDCU, si el consumidor se vale de un medio a distancia para contratar un servicio de transporte no tendrá derecho a desistir, en consecuencia, existe la posibilidad de renunciar a este derecho por pacto entre las partes. Además, como afirma CAVANILLAS MÚGICA: «El consumidor podría desistir de uno solo de ellos y no de los demás, mientras que en un viaje combinado el desistimiento es total». *Op. cit.*, 15.

19 Así se refiere MARTÍN OSANTE, J. M. 2010: «Informe, contenido y modificación de los contratos de servicios turísticos». *Diario La Ley*, 7 de enero de 2010, n.º 7315: 3, cuando señala que: «Si quien lleva a cabo la combinación previa de los elementos que integran el viaje es el consumidor ya no sería un viaje combinado [...] *el consumidor está adquiriendo aquí una pluralidad autónoma de prestaciones (servicios sueltos) y no un producto unitario como es el viaje combinado*» (cursiva mía). Por su parte, GÓMEZ CALLE. 1998: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Ed. Civitas S. A., 73, considera que «Cuando es el viajero quien elige las concretas prestaciones [...] no hay contrato viaje combinado porque, pese a concurrir varias prestaciones de viaje, *la agencia no ha realizado tarea alguna de coordinación u organización previa entre ellas*» (cursiva mía). De forma similar entiende ALCOVER GARAU, *op. cit.*, 691.

20 Al respecto, DE LA HAZA DÍAZ. 1997: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 88, señala: «Queda excluido el contrato que se construye entre agencia y cliente

En cambio, otro sector de la doctrina considera que para predicar la existencia de viaje combinado basta con que el ofrecimiento y/o venta de los servicios turísticos se realice como un conjunto unitario, independientemente de quien haya sido el sujeto encargado de su confección u organización. De esta manera, incluyen los viajes confeccionados por el consumidor como viaje combinado a pesar de lo expresado en el artículo 151 TRLGDCU²¹.

Como puede observarse, la expresión «combinación previa» genera actualmente grandes problemas de interpretación que, dicho sea de paso, fueron contemplados previamente en el Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE, SEC (1999) (en adelante, informe de transposición). El Parlamento Europeo, junto con el Comité Económico y Social, consideraron excesiva la restricción adoptada en la propuesta original de la Directiva de aplicar únicamente las combinaciones ofrecidas «mediante los folletos u otras formas de publicidad, generalmente al público» y la frase en cuestión no se suprimió.

De los dos enfoques señalados se considera más acertado el segundo, puesto que no solo es el que más se ajusta con la finalidad *consumerista* de las normas protectoras de los viajeros, sino también porque es el que va en consonancia con la doctrina jurisprudencial del TJUE y de las Audiencias Provinciales españolas.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2002 (Club-tour, asunto C 400/00)²² determinó que el concepto de viaje combinado «abarca necesariamente aquellos supuestos en los que la combinación de servicios turísticos resulte de los deseos manifestados por el consumidor hasta el momento en que las partes llegan a un acuerdo y celebran el contrato». En este supuesto fáctico el tribunal hace una interpretación amplia de la DVC y utiliza criterios basados en un nivel elevado del consumidor con el fin de otorgarle a este la protección más alta posible. Argumenta que para que

cuando éste ha sido el que lo ha ideado y proyectado [...] porque no se trata de un viaje combinado "normal", que es un contrato en que la agencia se compromete a un resultado, sino un contrato de intermediación...» (cursiva mía).

21 Esta es la opinión mayoritaria sobre la materia; los autores que la defienden son: PENDÓN MENÉNDEZ, M. A. 2001: «Viajes combinados». En G. Botana García (coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Ed. La Ley, 900. AURIOLAS MARTÍN, A. 2005: *Introducción al derecho turístico. Derecho privado del turismo*, 2.^a ed. Ed. Tecnos, 143. MÁRQUEZ LOBILLO, *op. cit.*, 235. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. 2008: «¿Nueva regulación de los viajes combinados? *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, n.º 269: 1067. SOLER VALDÉS-BANGO, A. 2005: *El contrato de viaje combinado*. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi, 157.

22 El supuesto de hecho de este asunto se centra en un derecho de desistimiento ejercido por un turista después de haber empezado la ejecución del viaje, a raíz de las defectuosas condiciones en que se encontraba el hotel contratado. Club tour demanda al viajero negando la aplicación de la DVC por cuanto entiende que no se cumple con el requisito de combinación previa al haber sido él quien organizó el viaje.

pueda hablarse de un viaje combinado es suficiente con que la combinación de los servicios turísticos sea vendida por un precio a tanto alzado y versen sobre dos de los tres tipos de prestaciones señaladas en el concepto de viaje combinado. Asimismo, señala que la DVC no exige que la iniciativa en la elaboración del paquete sea fruto de una propuesta de la agencia al consumidor.

En España, las Audiencias Provinciales también han prescindido de la combinación previa como elemento esencial del contrato de viaje combinado, dotando de tal carácter a los paquetes confeccionados a la medida del turista. De esta manera, la SAP de Cantabria de 8 de marzo de 2007²³ señala que «cuando se hizo la contratación no existían plazas en paquetes turísticos [...] En el presente caso tanto el alojamiento como los servicios ofrecidos (viaje en helicóptero, visita a las cataratas del Niágara) se ofrecieron por un precio global [...] por ello debe considerarse como un viaje combinado». Por su parte, la SAP de Córdoba del 24 de febrero de 2004²⁴ afirma que

si bien es cierto que no se trataba de un viaje combinado estandarizado de los que usualmente se ofrecen al mercado por medio de un folleto preconfeccionado al que el consumidor presta su completa adhesión, sino de un específico viaje encargado por un singularizado grupo de submarinistas que tenían unos propios objetivos acordes a su afición, no por ello queda relevada la agencia de viajes apelante en su condición de organizadora.

También se ha señalado que podría haber «combinación previa» de los servicios turísticos cuando la agencia de viajes recoge dentro de su portal web el conjunto de ofertas existentes²⁵. No se comparte este razonamiento. En mi opinión, dicha labor existe desde el momento en que el viajero hace un estudio de las ofertas y escoge la que él considere más conveniente, de la misma forma como hace el tour operador cuando organiza el viaje combinado. La agencia de viajes no organiza, ni confecciona nada, simplemente recolecta la mayor cantidad de ofertas disponibles en el mercado para brindarle al turista un mayor margen de selección.

Conforme lo anterior, la nueva Directiva debería suprimir del concepto de viaje combinado el adjetivo «previo» no solo porque está demostrada su superfluidad, sino, además, porque al suprimirse quedarían regulados los paquetes dinámicos de turismo y se acabaría con la indeterminación jurídica en la que se encuentran hoy día²⁶. Pre-

23 JUR\2008\53568.

24 JUR\2004\105771.

25 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1069.

26 GÓMEZ CALLE: «Entorno a una posible revisión...», 392, considera que «probablemente fuera más clarificador prescindir del adjetivo previo en la definición del viaje combinado». Además, MARTÍNEZ ESPIN («Contrato de viaje combinado [artículo 150 a 165 TRLGDCU]»), en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/3.pdf>, 2) señala que: «la expresión “combinación

cisamente esta es la línea adoptada en la Propuesta de 2013, que en su artículo 3.2 define viaje combinado como

la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación si esos servicios son organizados por un operador, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que celebre un contrato por la totalidad de los servicios [...].

Respecto del requisito de «precio global», cabe señalar que tampoco es un elemento esencial del contrato de viaje combinado, ya que de acuerdo con el artículo 150 TRLGDCU «la facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este libro»²⁷, es más, dentro de la noción de la propuesta de Directiva tal requisito no se aprecia (como no podía ser de otra forma) puesto que, de lo contrario, se dejarían sin regulación los servicios contratados con cada uno de los proveedores cuando estos hayan sido adquiridos en único punto de venta en el mismo proceso de reserva, los anunciados o vendidos como viaje combinado, etc.²⁸.

En orden a todo lo anterior se concluye que un paquete dinámico debe ser calificado como una modalidad, eso sí, más moderna, de viaje combinado cuyo régimen aplicable debe ser el establecido en el título IV del TRLGDCU. Sin embargo, dadas las particularidades que presenta esta nueva modalidad de contratación deben ser matizados algunos de sus preceptos.

previa" resulta artificial, de significado y efectos confusos, por lo que podría ser eliminada». Al igual que PENDÓN MENÉNDEZ. «Viajes combinados...», 890.

27 De hecho, en el informe de transposición ya se señalaba su carácter meramente orientativo (epígrafe 1.2.1). Los autores que no consideran esencial la globalidad del precio son: GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 77; AURIOLÉS MARTÍN, *op. cit.*, 145. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 150. En cambio, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 82) entiende que «el precio global del viaje sigue siendo un elemento esencial del contrato de viaje combinado, porque este precio global es un dato más para definir como un todo unitario los distintos elementos que componen el viaje, aun cuando el legislador permita que se especifique cuánto cuesta al cliente cada uno de los diferentes que componen el viaje».

28 No obstante, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (*op. cit.*, 1069) considera que «la supresión de este requisito, de precio único, para incluir todas las modalidades de combinaciones dinámicas [...] si se admitiera sin ningún tipo de reservas que quien contrata la realización de un viaje mediante la yuxtaposición de servicios sueltos adquiridos de forma independiente, por el hecho de utilizar como punto de salida la web de una agencia de viajes» generaría una responsabilidad desproporcionada de esta. A ello se responde señalando que, en este supuesto, no habría paquete dinámico de turismo. Como ya se dijo, esta forma de contratar se considera una contratación de servicios sueltos, por tanto, frente al consumidor el único responsable por el incumplimiento de algún servicio será su proveedor directo.

2. PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE PAQUETES DINÁMICOS

2.1. Operador

A quien vende un paquete dinámico se le denomina operador turístico, esto es, «cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión»²⁹. Este puede ser una agencia de viajes o, también, un proveedor de servicios turísticos (aerolíneas, hoteles, arrendadores de coches, etc.). No obstante, uno y otro tendrán la calidad de parte contractual dependiendo de la forma como el turista contrate el paquete dinámico.

Cuando el turista adquiere un paquete contratando directamente con una agencia de viajes *on line*, es esta quien únicamente será parte contractual, independientemente de que se valga de medios propios o de la intervención de un proveedor de servicios para ejecutar el contrato. Si bien el proveedor directo de los servicios se involucra en el cumplimiento de la obligación principal que dimana del contrato, lo hace de forma indirecta debido a que entre este y el consumidor no existe relación jurídica alguna³⁰. Por lo tanto, la agencia de viajes es quien deberá responder por la no prestación o la defectuosa prestación de alguno de los servicios contratados.

En cambio, si el viajero adquiere una pluralidad de servicios celebrando contratos separados en el portal web de cada uno de los proveedores del servicio³¹, pero lo hizo en un único punto de venta en el mismo proceso de reserva, los servicios fueron facturados a un precio global, anunciados y/o vendidos como paquete dinámico o adquiridos a través de procesos de línea conexos en los que el nombre del consumidor se transfieren entre estos, será parte contractual cada proveedor.

De otra parte, en Internet operan tanto agencias de viajes tradicionales que prestan sus servicios en forma electrónica a través de un portal web³², como agencias puramente virtuales³³. Para que estas últimas puedan operar requieren, como cualquier otra agencia de viajes, prestar una fianza y contratar un seguro para poder identificarse como tal en Internet³⁴. Además, las nuevas tecnologías también les permiten agruparse

29 Propuesta de Directiva artículo 3.

30 Sin embargo, como afirma DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 211) no se trata de un tercero cualquiera sino de un «tercero cualificado».

31 Para ello el proveedor de servicios deberá cumplir las obligaciones de información señaladas en los artículos 10 y 27 de la LSSI.

32 Viajes El Corte Inglés o Halcón Viajes.

33 Despegar.com, opodo.es e dreams, travel genio o mucho viaje.

34 Para ampliar sobre este tema véase: BATUECAS CALETRÍO, A. y APARICIO VAQUERO, J. P. 2013: «La contratación on line de servicios turísticos». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas*

en portales web verticales que se componen de buscadores y otros servicios vinculados a las agencias que los integran³⁵.

Es de suma importancia para un empresario obtener la identificación de agencia de viajes, ya que, de acuerdo con el artículo 151.2 TRLGDCU, estas entidades son las únicas facultadas para vender viajes combinados (entiéndase también paquetes dinámicos de turismo). Sobre este punto, algunos proveedores directos de servicio, concretamente las aerolíneas, aprovechándose del vacío jurídico en el que se encuentra la materia, utilizan su portal web para ofrecer y vender paquetes «vuelo + hotel». Ello es posible siempre y cuando las aerolíneas se constituyan como un consolidador aéreo³⁶, sin embargo, tal calidad no la tienen, por tal motivo, deben considerarse nulos de pleno derecho estos contratos al contrariar norma imperativa (artículo 6.3 CC)³⁷.

2.2. Viajero

El viajero es toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado bajo la forma de paquete dinámico, incluidos los viajeros de negocios en la medida en que no viajen sobre la base de un contrato marco con un operador especializado en la organización de viajes de negocios³⁸.

Conforme a lo señalado en el artículo 155 TRLGDCU el viajero tiene derecho a ceder gratuitamente su reserva en el viaje a una persona que reúna todas las condiciones requeridas con una antelación mínima de 15 días. Para ello deberá comunicar al operador por un medio similar al contratado (correo electrónico) dicha intención. Una vez se cumplan con estos presupuestos el cedido pasará a ser parte en el contrato y en consecuencia pasa a ostentar todos los derechos y obligaciones que deriven de aquel; este, a su vez, podrá ceder la reserva siempre que cumpla con los presupuestos señalados anteriormente. Para la formalización de la cesión no se requiere la aceptación por parte del operador, esto es, basta con que este conozca o deba conocer la comunicación del viajero cedente.

de comercialización on line de servicios turísticos: Subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad. Granada: Ed. Comares, 54.

35 Así se refieren BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, 55.

36 Un consolidador aéreo es una agencia de viajes virtual que vende billetes de diversas compañías aéreas, después de adquirirlos al por mayor a cada una de éstas.

37 El tenor de este artículo es el siguiente: los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

38 Propuesta de Directiva artículo 3.6.

2.3. Metabuscadores

Un metabuscador es un sistema que localiza información en varios motores de búsqueda y en las bases de datos de las agencias de viajes y proveedores, conforme a unos parámetros señalados por el turista; finalizada esta labor, muestra los resultados obtenidos y una vez el turista selecciona la oferta más conveniente, inmediatamente después se abre una ventana en la que se le informa al usuario que el portal se está remitiendo a la página web de la agencia o proveedor³⁹. Como puede observarse, su finalidad consiste únicamente en facilitar la búsqueda de servicios y no en la celebración de ningún tipo de contrato, por tanto, en ningún caso puede considerarse parte contractual del contrato que posteriormente celebren consumidor y agencia o proveedor.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL PAQUETE DINÁMICO DE TURISMO

Adicional al problema de la calificación jurídica, los paquetes dinámicos de turismo generan confusión sobre la responsabilidad de los operadores turísticos. No se tiene clara, sobre todo, la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* cuando vende un paquete «vuelo + hotel» a través de su portal web. En la práctica, los supuestos más comunes generadores de responsabilidad son: soportar largos tiempos de espera por los retrasos en los vuelos, pérdida de las reservas de hotel y servicios de calidad menor a la ofertada sin que nadie responda⁴⁰. Por ello, para dar claridad a la materia, en las siguientes páginas se estudiará la responsabilidad de los sujetos que participan en la ejecución de un paquete dinámico (en especial la de las agencias de viaje).

3.1. Incumplimiento de las prestaciones por parte de la agencia de viajes *on line*

Al hacer un estudio de las condiciones generales establecidas por las agencias de viajes *on line* para los productos «vuelo + hotel» se pudo establecer que estas entienden su actuación como de mera intermediación y le atribuyen toda la responsabilidad al proveedor por la no prestación o mala prestación de alguno de los servicios⁴¹.

39 BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, 56.

40 Estos fueron algunos de los problemas determinados en el *Study on consumer Detriment in the area o Dynamic*, 56.

41 Es más en el sumario de conclusiones II (p. 5) propusieron a la Comisión Europea declarararlo como único responsable por el incumplimiento del paquete dinámico.

De acuerdo con lo señalado en el primer epígrafe de este escrito, calificar al paquete dinámico como una modalidad de viaje combinado y no como una forma más ágil de contratar servicios sueltos, es la solución que se ajusta más a la finalidad consumerista de la DVC y el TRLGDCU. La doctrina es unánime en considerar al viaje combinado como un contrato de obra puesto que su objeto está determinado por la combinación de los distintos servicios de viaje que integran el paquete y no por cada uno de estos en sí mismo considerado⁴². Quien vende un viaje combinado tiene el deber de ejecutar la totalidad de las prestaciones que lo integran, independientemente de que se valga de medios propios o ajenos para hacerlo. El deudor (agencia) se obliga a conseguir un resultado, ejecutar los servicios al acreedor (viajero) conforme a los términos pactados. Por ende, cuando una agencia de viajes *on line* vende una pluralidad de prestaciones al mismo tiempo y en una misma operación no actúa como una simple mediadora, sino que se compromete a suministrar la totalidad de los servicios turísticos que componen el paquete, debiendo responder ante cualquier incumplimiento. Igualmente, se considera abusiva toda cláusula que la excluya de cumplir con esta responsabilidad (artículo 86.3 TRLGDCU)⁴³.

De acuerdo con el artículo 161 del TRLGDCU

en el caso de que, después de la salida del viaje, el organizador no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, adoptara las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado,

42 Así se refieren: GÓMEZ CALLE. *El contrato de viaje combinado...*, 98. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 177. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 85 a 92. ALCOVER GARAU, *op. cit.*, 692. PASTOR SEMPERE, *op. cit.*, 102. AURIOLES MARTÍN, A. 1992: «La directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje». *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206: 847.

No obstante el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de julio de 2001 (RJ\2001\8411) llegó a señalar que la naturaleza jurídica de este último contrato era propia de una compraventa, al afirmar que «la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista».

43 Un ejemplo de exclusión de responsabilidad es el siguiente: dentro del apartado titulado «CONDICIONES DEL VIAJE DE VUELTO + HOTEL» una agencia de viajes *on line* establece: «El transporte realizado en virtud de este contrato está sujeto a las normas y limitaciones relativas a la responsabilidad establecidas en el Convenio de Varsovia a menos que el transporte no sea “transporte internacional” según lo define dicho convenio». Esta norma efectivamente se aplica, pero únicamente cuando se contrata de forma independiente el transporte. Si se adquiere un viaje combinado servirá únicamente para delimitar el alcance de los daños que debe resarcir la agencia de viajes a la persona que los sufra (artículo 162. 3 TRLGDCU). Además, es tan clara la intención de librarse de toda responsabilidad que la disposición a la que se refiere la condición transcrita es el capítulo III, cuyo tenor señala que el único responsable de los daños sufridos tanto en el equipaje como en la persona es el transportista.

sin suplemento alguno de precio para el consumidor y usuario, y en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas.

El precepto hace referencia a «una parte importante de los servicios previstos en el contrato», ello quiere decir que no todo incumplimiento entre lo acordado y lo ejecutado puede considerarse incumplimiento contractual⁴⁴; los meros inconvenientes o molestias de escasa entidad deben ser soportados por el turista⁴⁵. Para delimitar cuándo estamos ante un incumplimiento o ante una simple molestia es necesario acudir al caso concreto, sin embargo, algunos precedentes jurisprudenciales de las AP permiten establecer una línea delimitadora. Para los supuestos del transporte, la SAP de Valencia de 6 de julio de 2005⁴⁶ señaló que la espera «de un avión para repostar durante una hora y media [...] no puede catalogarse sino mera inconformidad propia del largo trayecto aéreo». En cambio, la SAP de Madrid de 2 de abril de 2008⁴⁷ consideró incumplimiento del contrato el retraso de 25 horas de un vuelo Madrid-Cancún. En los casos de alojamiento, la SAP de Valladolid de 11 de julio de 2007⁴⁸ observó indebida prestación del servicio los cortes de luz y agua en el hotel; de igual forma, la SAP de Madrid de 16 de enero de 2007⁴⁹ determinó que la falta de suministro de agua caliente en el baño de la habitación constituye una ejecución defectuosa del servicio⁵⁰.

El viajero tiene a su cargo la obligación de comunicar (por cualquier medio) a la agencia de viajes la no prestación o cumplimiento defectuoso de algún servicio (artículo 154.1.n), con el objeto de que esta última tenga la posibilidad de adoptar las

44 GÓMEZ CALLE («Libro IV. Viajes combinados...», 1367) señala que: «el incumplimiento debe revestir de cierta entidad [...] de modo que no basta con que afecte a un servicio o a una parte de un servicio de escasa de relevancia», de igual forma se expresa PENDÓN MENÉNDEZ, «Viajes combinados...», 920. Por su parte, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 184) dice que el incumplimiento debe ser grave.

45 SOLER VALDÉS-BANGO (*op. cit.*, 319) afirma que el principio de buena fe en las relaciones contractuales es la razón por la que el viajero está obligado a soportar estas molestias. Además, GÓMEZ CALLE (*El contrato de viaje combinado...*, 285 y ss.) ofrece algunos criterios para determinar cuándo se está ante una mera molestia, estos son: a) las deficiencias que resultan ser de escasa importancia si se las compara con la prestación en su conjunto (por ejemplo, la falta de aire acondicionado en los aseos públicos del hotel); b) las molestias que el viajero padece sólo por su especial sensibilidad o susceptibilidad (dolores de espalda por largos recorridos en un tour); c) fenómenos e imponderables de la naturaleza y de las características del medio ambiente en la zona a visitar (playas llenas de gente); d) las incomodidades inherentes al turismo de masas y a lo que es habitual en el país donde se desarrolla el viaje (la gastronomía).

46 RJ\2005\276630.

47 AC\2008\1019.

48 JUR\2008\43198.

49 JUR\2007\159213.

50 Para más ejemplos véase GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1366-1367.

soluciones respectivas. La ausencia de notificación genera al viajero que contrata un viaje combinado la dificultad de probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el incumplimiento. Como afirma DE LA HAZA DÍAZ «de ninguna manera puede interpretarse esta obligación como requisito previo y necesario para poder ejercitar la acción judicial demandando la responsabilidad de la agencia»⁵¹, por ello, más que una obligación, esta comunicación supone una carga para el turista⁵².

Sin embargo, esta consecuencia no es la misma cuando se contrata un paquete dinámico de turismo. En la propuesta de Directiva se contempla la posibilidad de establecer la notificación del incumplimiento como requisito previo y necesario para poder solicitar daños y perjuicios, si la agencia ha informado de forma clara y explícita tal situación en el contrato (artículo 12.3.b). En mi opinión, es una disposición acertada puesto que cuando se contrata un paquete dinámico la agencia de viajes *on line* adopta una posición pasiva en el viaje, esto es, ya no es ella la encargada de llevar a cabo el desarrollo del mismo (valiéndose de guías turísticos), sino que su labor se limita a responder por la correcta prestación de los servicios contratados. Además, como el turista es quien se encarga de llevar las riendas de sus vacaciones, le resulta más fácil comunicar cualquier incomodidad que a la agencia. Si se admite que la agencia sea la que debe buscar las soluciones sin antes haberse hecho una notificación sería ponerla en una posición muy gravosa, debido a los múltiples paquetes dinámicos que vende diariamente y que le impiden supervisar la ejecución de cada uno de estos.

Para que el viajero pueda cumplir con su obligación, la agencia de viajes *on line* debe suministrarle (en la información adicional) un número que le permita ponerse en contacto con ella en caso de presentarse algún problema durante el transcurso del viaje (artículo 156.b TRLGDCU). La información debe facilitarla por «escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia», pero, conforme al principio de equivalencia funcional, podrá cumplir con su deber remitiendo un correo electrónico a la cuenta suministrada por el turista en el proceso de contratación (por ejemplo, en el momento del envío del acuse de recibo). Asimismo, el viajero podrá dar cuenta del incumplimiento a la agencia de viajes remitiéndole un correo electrónico, que, a su vez, podrá utilizar como medio de prueba en caso de solicitar ante los tribunales los daños y perjuicios sufridos. En este evento, la agencia de viajes deberá acusar de recibo la recepción del mensaje.

Una vez el viajero haya notificado a la agencia de viajes *on line* o esta haya comprobado «que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en

51 DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 197.

52 En forma similar se refiere MARTÍN OSANTE, J. M. 2009: «Contrato de viaje combinado». *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, n.º 273: 1052. Sin embargo, GÓMEZ CALLE (*El contrato de viaje combinado...*, 236) considera que «la comunicación del defecto es presupuesto de la pretensión indemnizatoria contra el organizador y/o el detallista, a menos que la falta de comunicación no le sea imputable al consumidor».

el contrato», deberá tomar las medidas necesarias para la continuación del viaje que, en ningún caso, pueden suponer suplemento de precio alguno. Si ello ocurre está obligada a abonar al viajero las sumas pagadas (artículo 161.1 TRLGDCU)⁵³. Por ello, en caso de que el servicio alternativo suministrado sea de mayor valor al primeramente contratado, la agencia tendrá que asumir el coste adicional. Ahora, si el servicio es de menor valor, no se proporciona o se suministra pero defectuosamente, debe abonar la diferencia al turista. Sin embargo, cuando el servicio alternativo resulte muy oneroso, la agencia puede optar por no suministrarlo, puesto que ello afectaría el carácter sinagmático del contrato⁵⁴. Si opta por esta opción, deberá proporcionar al consumidor un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje. En todo caso, la agencia debe actuar diligentemente en la búsqueda de las soluciones de acuerdo con el artículo 161.3 TRLGDCU.

La carga de probar si el servicio prestado es de equivalencia igual o superior a la pactada corresponde a la agencia de viajes *on line* dado que esta tiene la disponibilidad absoluta de la prueba. Así lo determinó la SAP de Madrid de 29 de mayo de 2008⁵⁵, cuando señala que:

Examinada la prueba obrante en autos debemos señalar que en el presente caso, y dado que la disponibilidad absoluta de la prueba está en manos de la mercantil recurrente, como mayorista, y no en las de los consumidores demandantes, correspondía a X acreditar que las características del vehículo en el cual se verificaron los transportes internos se correspondían con lo ofertado.

Por su parte, el viajero puede aceptar el servicio alternativo de forma expresa (comunicando la aceptación) o tácita (cuando continúa el viaje con las nuevas condiciones) sin que ello sea causa de impedimento para que, una vez finalizado el viaje, pueda reclamar la respectiva indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento (artículo 162.2 TRLGDCU).

Si las soluciones propuestas por la agencia de viajes no fueran aceptadas por el turista por «motivos razonables», la primera debe facilitarle al segundo el regreso al lugar de salida o a otro diferente cuando así lo pacten, sin perjuicio de la indemnización

53 En la SAP de Alicante de 1 de mayo de 1999 (AC\1999\5097) se obligó a la agencia de viajes a restituir las sumas abonadas por el viajero, a raíz del cambio de alojamiento. Así se expresa la Audiencia: «Por otra parte, el actor tiene derecho [...] a que no le cobren el suplemento por el cambio de hotel, lo que no respetó la demandada, como acreditan las pruebas testificales practicadas y la prueba de presunciones empleada por el juzgador de instancia».

54 De hecho, en la propuesta de Directiva se pretende señalar tal posibilidad en el artículo 11.2 que expresa lo siguiente: «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*» (cursiva mía).

55 JUR\2008\274732.

que proceda. Sobre este punto, en los últimos años algunos turistas adquirentes de paquetes dinámicos se han llevado la sorpresa de que la aerolínea que lo iba devolver a su lugar de origen suspendió las actividades de manera sorpresiva (sin notificar a los usuarios) por una declaración de concurso de acreedores⁵⁶. Para resolver este problema, la propuesta de Directiva busca conferir al turista el derecho a que sea repatriado y a exigir la devolución de su dinero a la agencia de viajes o al transportista cuando alguno de estos se declare en quiebra (artículo 15).

3.2. Responsabilidad de la agencia de viajes on line

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 TRLGDCU, la responsabilidad de mayoristas y minoristas será la que corresponda a cada una por su ámbito respectivo de gestión, independientemente de que las prestaciones que conforman el viaje las deban ejecutar valiéndose de medios propios o ajenos; pero, si en la venta del viaje concurren ambas, son responsables de forma solidaria. Al mismo tiempo, dicho artículo establece una responsabilidad directa, siendo responsable de cualquier incumplimiento sin importar que acontezca dentro de su esfera de control.

Antes de pasar a determinar la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* cuando vende un paquete dinámico de turismo es preciso estudiar las dos formas posibles de contratar un viaje combinado.

En primera medida, para vender un viaje combinado no se requiere, necesariamente, la intervención de una agencia minorista. Cuando el tour operador posee un título licencia de mayorista-minorista, el consumidor puede adquirir el paquete contratando directamente con él. En este supuesto, no es posible atribuir una responsabilidad solidaria dado que solo hay intervención de una agencia de viajes. Solo opera la responsabilidad directa, que consiste en que la agencia de viajes responde frente al consumidor no solo por sus propias actuaciones, sino por la de los auxiliares utilizados para cumplir las prestaciones que conforman el paquete. La responsabilidad directa viene impuesta por el artículo 161.1 TRLGDCU cuando señala que «organizadores y detallistas [...] responderán frente al consumidor [...] con independencia de que estas (las obligaciones) las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios» (paréntesis mío). Como esta disposición se encuentra consagrada en una norma de derecho de consumo, goza de carácter imperativo. En consecuencia, será nula toda cláusula que limite o exonere la responsabilidad de la agencia.

56 Un ejemplo de esto se presentó en diciembre de 2009 cuando la aerolínea española Air Comet anunció su cierre ante la imposibilidad de pagar deudas millonarias. Ante esta situación los usuarios de esta aerolínea pasaron varios días en el aeropuerto tratando de viajar a su lugar de destino.

Lo anterior no es impedimento para que la agencia de viajes, una vez responda frente al viajero, inicie una acción de repetición contra el proveedor directo del servicio, si la causa del incumplimiento le es imputable a este último (artículo 161.1 *in fine*).

En segunda medida, cuando en la venta del viaje combinado intervengan conjuntamente una agencia mayorista y un minorista, la responsabilidad de ambas es, además de directa, solidaria⁵⁷. Ello significa que el viajero va a poder reclamar la responsabilidad por el incumplimiento a cualquiera de las agencias intervinientes en el contrato, con independencia de quien haya sido el causante de este. Con la imposición de la responsabilidad solidaria se favorecen los intereses del viajero, porque no va a tener que verse obligado a la compleja labor de averiguar el ámbito de gestión de cada una de las agencias intervinientes (sobre todo cuando organizador y detallistas se encuentran en países distintos), sino simplemente, ante la presencia de una infracción, demandará a la que sea más solvente o a todas indistintamente⁵⁸. También encuentra su justificación en que al momento de venderse el viaje lo determinante no es el grado de intervención de las partes, sino el efectivo cumplimiento del mismo conforme a que la obligación es de resultado.

Establecer el ámbito de gestión de cada agencia es importante a efectos de establecer a quién le es imputable la responsabilidad. Como afirma MARTÍN OSANTE, el ámbito de gestión «tendrá virtualidad práctica en el ámbito interno de las relaciones entre organizador y detallista [...] pero no frente al consumidor»⁵⁹. Es decir, en el evento de que una agencia de viajes responda frente al consumidor y no haya sido la causante del incumplimiento podrá iniciar la correspondiente acción de repetición al verdadero infractor.

57 A partir de lo consagrado en el artículo 161. 2, se cerró un largo debate que existía en la doctrina, sobre si la responsabilidad en el viaje combinado era solidaria o mancomunada. La causa de esa discusión era que el artículo 11 de la derogada Ley 21/1995 establecía que: «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». Para conocer las opiniones de los autores se inclinan por la responsabilidad solidaria, véase: SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 369 y ss. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 198 y ss. AURIOLES MARTÍN. *Introducción al derecho turístico*, 159 y ss. Para ver la opinión a favor de la responsabilidad mancomunada véase: GÓMEZ CALLE: *El contrato de viaje combinado...*, 79 y ss.

58 No obstante, esta regla impone a la agencia de viajes minorista una responsabilidad claramente desproporcionada debido a que esta actúa teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el organizador. Por ello, una solución intermedia en aras de proteger los intereses tanto del viajero como de la agencia minorista es atribuirle a esta última una responsabilidad solidaria solamente en los supuestos en que el organizador se encuentre domiciliado en un Estado diferente al que se celebró el contrato. A favor de esta posibilidad están: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1074. ORTUÑO BAEZA, M. T. 2009: «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativas en la protección del consumidor turístico». *Práctica de Tribunales*, septiembre, 2009, n.º 63: 19.

59 MARTÍN OSANTE. *Contrato de viaje combinado...*, 1055.

Dicho lo anterior, ¿dentro de qué modalidad de contratación se puede encajar a los paquetes dinámicos? y ¿cuál es la responsabilidad de la agencia *on line* que los vende? Esta forma de contratar un paquete dinámico se asemeja mucho a la venta que hace el tour operador cuando tiene el título licencia para vender un viaje combinado. En efecto, cuando el viajero confecciona y compra su viaje a través de la página web de una agencia de viajes, no interviene ningún otro sujeto; solo intervienen él y la agencia titular del portal web. En ningún momento se hace una remisión a otro sitio web para contratar los servicios de viaje. Por tanto, se considera que la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* es directa únicamente.

Esto último significa que, incumplido el contrato, nace para la agencia de viajes *on line* una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al viajero sin importar que el causante del daño haya sido ella o el proveedor directo de los servicios. Para ello, deben cumplirse dos presupuestos: 1) el daño sufrido por el consumidor debe ser consecuencia de un incumplimiento contractual; y 2) el incumplimiento debe ser imputable a la agencia de viajes o al proveedor del servicio. En este sentido, la agencia de viajes no tendrá que responder si no se cumplen alguno de estos dos presupuestos o si consigue probar que la infracción se debió algunas de las causales señaladas en el art. 162.2 TRLGDCU.

Daños indemnizables. Cuando a raíz del incumplimiento de alguna de las prestaciones que componen el paquete dinámico el turista sufre un perjuicio surge para la agencia una obligación de reparar dos tipos de daños: corporales y morales. Respecto de la indemnización de los daños morales, ni la DVC ni el TRLGDCU contemplan expresamente su indemnización por parte de la agencia de viajes. No obstante, existe un precedente jurisprudencial en donde se establece esta posibilidad. Concretamente, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2002 (asunto C-168/00 Simone Leitner)⁶⁰ condenó al hotel donde se hospedó la demandante al pago de los daños corporales y morales como consecuencia de una intoxicación por la ingestión de un alimento servido en sus instalaciones. Las razones dadas por el TJUE tienen fundamento en el artículo 5 DVC que en su numeral segundo expresa «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 sobre el organizador y/o detallista...». Como el artículo no especifica qué tipo de perjuicio debe ser resarcido por la agencia de viajes, el Tribunal entiende que el

60 Los hechos de esta decisión se remontan al año 1997 donde la menor Simone Leitner resultó intoxicada por *Salmonella*. El siniestro se debió a causa de algunas comidas servidas en el hotel donde se hospedaba. Si bien la menor se recuperó de la enfermedad, tardó varios días después de concluido el viaje en hacerlo. Semanas después no solo la menor sino otros afectados presentaron un escrito de reclamación que en ningún momento fue respondido por el alojamiento. Por este motivo, su representante acudió a los Tribunales austriacos y entabló una demanda al hotel.

vocablo «daño» debe interpretarse de forma genérica, esto es, sin ninguna indicación limitativa. Además, el Tribunal señala que este tipo de daño lo reconoce implícitamente en el apartado 2 *in fine* del mismo artículo 5, cuando señala «por lo que se refiere a los daños que no sean corporales que resulten del incumplimiento». Por último, aclara que el concepto de daño corporal encierra una idea de indemnización de daño moral, ya que el primero no es solo el perjuicio causado a la integridad física de la persona, sino también el producido a la psiquis de la persona.

De igual forma, la obligación de indemnizar los daños morales por el incumplimiento de un viaje combinado (entiéndase paquete dinámico de turismo) es reconocida por la jurisprudencia menor española. Al respecto, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de octubre de 2008⁶¹ condenó a una agencia de viajes al pago de daños morales porque, teniendo conocimiento de la presencia de un huracán en el lugar donde se iba a desarrollar el viaje, no lo advirtió y ello terminó afectando un viaje de recién casados.

Por su parte, la doctrina es pacífica en aceptar el resarcimiento de los daños morales entendiéndolo que estos deben contemplarse como una frustración de las vacaciones (pérdida o demora de la entrega del equipaje, las consecuencias del *overbooking*, la existencia de graves deficiencias en la habitación del hotel, la falta de agua caliente, etc.)⁶².

Dada la unanimidad que existe sobre este punto, en el artículo 12.2 de la propuesta de Directiva se plantea positivar la indemnización de este tipo de daños, cuando se señala: «El viajero tendrá derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios del organizador por cualquier daño, incluso los daños morales, que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad».

3.3. Responsabilidad del proveedor directo del servicio

Responsabilidad del proveedor directo del servicio frente al viajero por incumplimiento en la ejecución del paquete dinámico de turismo. Cuando se confecciona y adquiere un paquete dinámico de turismo a través de varios portales web que se encuentran vinculados, los proveedores directos del servicio son responsables por cualquier incumplimiento contractual de forma solidaria. Esto se debe a que, a pesar de celebrarse contratos independientes, el turista termina obteniendo en conjunto una pluralidad de servicios turísticos después de que el propio portal web donde reservó el primer servicio de viaje lo remite a un nuevo portal, pero de diferente proveedor, para que adquiriera un servicio diferente. Los proveedores actúan unidos a un acuerdo

61 AC\2009\36.

62 Los autores que están a favor del resarcimiento del daño moral son: GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 244. AURIOLAS MARTÍN. *Introducción al derecho turístico...*, 161. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 242. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 405.

comercial, por eso si alguno no cumple o cumple defectuosamente lo lógico es que pueda demandarse a aquel con quien se realizó la compra del paquete dinámico (o a los dos solidariamente, que sería lo aconsejable). Además, así se garantizan los intereses del viajero sobre todo en el evento de que algún proveedor de servicios de viaje este domiciliado fuera de territorio español, pudiendo solicitar la reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento en un fuero que conoce más y le resulta más estimulante para reclamarlos.

Piénsese en el supuesto que el viajero, residente en España, contrata: el transporte con una aerolínea que tiene su domicilio en España y el alojamiento en el portal web de un hotel de Ámsterdam con domicilio en esta ciudad, al que previamente remitió el portal de la aerolínea. La entidad infractora es el hotel. Si no existiera una responsabilidad solidaria, el viajero debería demandar a dicha entidad en los tribunales holandeses, lo que implica que deba pagar honorarios a un abogado de ese país, llevar un proceso en un idioma que, tal vez, no conozca, etc., esas circunstancias generarían un claro desestímulo al viajero para reclamar los perjuicios y probablemente opte por no demandar, debiendo asumir él mismo los perjuicios. De igual forma, se estaría favoreciendo la comisión de abusos por parte de los proveedores del servicio domiciliados, al saber que, a pesar de incumplir el contrato, se liberarán de toda responsabilidad cuando el usuario sea un viajero extranjero.

Si el viajero contrata el paquete dinámico de turismo con una agencia de viajes *on line*, en principio, el proveedor de los servicios de viaje no es responsable por la no prestación o prestación defectuosa del servicio que le corresponde ejecutar. En efecto, como aquí el proveedor no es parte contractual, sino un tercero, el viajero no podrá demandarlo directamente para reclamar la indemnización. Sin embargo, algún sector de la doctrina afirma que ello es posible cuando el contrato entre la agencia de viajes y el proveedor de servicios se configure como una estipulación en favor de tercero (artículo 1257 CC)⁶³. La estipulación en favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los contratos que consiste, básicamente, en que en una relación contractual las dos partes atribuyen un derecho a quien no ha manifestado su consentimiento en el contrato⁶⁴. En el ámbito del paquete dinámico (también del viaje combinado), el beneficiario de esta cláusula sería el viajero que, en caso de aceptar expresa o tácitamente la atribución del derecho, estaría facultado para exigir el cumplimiento del contrato por la vía de la responsabilidad contractual. Las razones a favor de esta postura se basan en que: en primer lugar, entre el turista y el proveedor del servicio sí existe un vínculo jurídico «cuando la LVC art. 4.1.m (artículo 154. TRLGDCU)

63 SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 388.

64 La STS de 17 de febrero de 1977 define la estipulación en favor de tercero «como aquel que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha formado parte de su conclusión».

dispone que el viajero, en su condición de titular del derecho de disfrute del viaje, debe comunicar cualquier incumplimiento al prestador de servicio correspondiente [...] en el supuesto de que sea persona distinta al organizador» (paréntesis mío); y, en segundo lugar porque el sistema español admite el contrato a favor de un tercero, por tanto, para afirmar o negar la existencia de esta estipulación debe interpretarse la voluntad de las partes ⁶⁵.

En mi opinión, la posibilidad de ejercitar una acción directa contra el proveedor directo de servicios no puede fundamentarse en un contrato en favor de tercero. En efecto, para que dicha estipulación tenga efectos jurídicos debe manifestarse clara y expresamente en el contrato celebrado entre agencia de viajes y proveedor de servicios, lo que, en la práctica, es bastante improbable que ocurra. Además, como afirman algunos autores, el TRLGDCU «no da ningún apoyo legal para configurar de esta manera el contrato entre organizador y prestador del servicio»⁶⁶.

Una reclamación por parte del turista y dirigida contra el proveedor del servicio podría darse por la vía de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC⁶⁷; para ello deberán demostrarse sus tres presupuestos: daño, dolo o culpa del agente y nexos causales entre estos. Asimismo, esta vía encuentra sustento en el artículo 147 TRLGDCU, donde se expresa que el prestador de servicios es responsable por los daños y perjuicios causados al consumidor salvo que compruebe, entre otros, los cuidados y diligencias exigidas para la naturaleza del servicio.

Responsabilidad del proveedor directo del servicio frente a la agencia de viajes on line por incumplimiento en la ejecución del paquete dinámico de turismo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161.1 *in fine* TRLGDCU, la agencia de viajes *on line* tiene derecho a solicitar un reembolso de las sumas pagadas al viajero por concepto de indemnización, cuando el proveedor del servicio haya sido el verdadero causante del daño. La razón de la acción de reembolso es evitar que se presente un enriquecimiento injusto del proveedor, ya que en el momento en que la agencia de viajes *on line* paga al viajero por una causa imputable a él, está viendo empobrecido su patrimonio y, en cambio, el del primero sufre un incremento⁶⁸.

Por último, el proveedor directo de los servicios se exonera de toda responsabilidad tanto frente a la agencia como frente al turista cuando demuestre que el incumplimiento se debió a fuerza mayor o caso fortuito.

65 SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 383.

66 GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1377.

67 Esta solución la dan también: GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1378. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 222. MARTÍN OSANTE. «Contrato de viaje combinado...», 1055. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 389.

68 Al respecto, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 222) señala que la «acción de reembolso en contra de la empresa en cuyo ámbito de actuación se produjo el incumplimiento; es, en el fondo, una acción para evitar el enriquecimiento injustificado».

3.4. Responsabilidad del viajero por la resolución del contrato de paquete dinámico de turismo

Otra de las ventajas de considerar al paquete dinámico como una modalidad de viajes combinados y no como una forma de contratación de servicios sueltos es que el turista adquirente del primero tiene la posibilidad de ejercitar la facultad consagrada en el artículo 160 TRLGDCU⁶⁹. De acuerdo con esta disposición, el viajero tiene derecho a resolver el contrato con reembolso de todas las sumas abonadas, pero debe abonar a la agencia de viajes (entiéndase operador turístico) los gastos de gestión y los de anulación siempre que estén especificados en el contrato, más una penalización que se incrementará dependiendo de la proximidad a la fecha del inicio del viaje. A diferencia del derecho de desistimiento consagrado en el artículo 102 TRLGDC, la agencia de viajes (empresario) no debe suministrar documento alguno al turista (consumidor) y este, a su vez, no tiene plazo para ejercitarlo. Debido a estas diferencias, más que un derecho de desistimiento, cuando el turista contrata un paquete dinámico de turismo tiene una facultad de resolución del contrato, de ahí que el artículo 160 se titule «resolución del contrato por el consumidor y usuario».

La voluntad de resolver el contrato debe ser manifestada por el turista y comunicada al operador turístico, ya que, como afirma MARTÍN OSANTE, «el desistimiento producirá sus efectos desde que la agencia conozca o deba conocer tal decisión», siendo precisamente en ese instante cuando nace para el turista el derecho a que le sean devueltas las cantidades abonadas y donde, además, surge la obligación de compensar a la agencia⁷⁰. En principio, dicha comunicación no está sometida a formalidad alguna, sin embargo, como la carga de probar su ejercicio pesa sobre el turista, lo más recomendable es que se haga por un medio semejante al contratado (por ejemplo, remitiendo un correo electrónico o directamente en el portal web de la agencia) siempre que quede constancia de la recepción.

69 En efecto, el artículo 93.k TRLGDCU establece que cuando una persona contrate por un medio a distancia (por ejemplo, por Internet) no puede desistir del contrato cuando el objeto del mismo verse sobre el transporte de pasajeros. En cambio, si contrata un servicio de alojamiento por medios electrónicos podrá desistir del contrato de acuerdo a los parámetros señalados en el artículo 102 TRLGDCU. Precisamente sobre este último punto la Ley 3/2014 fue quien otorgo tal facultad al consumidor ya que antes de la promulgación de esta, el artículo 93.2.b TRLGDCU rezaba el siguiente tenor: «La regulación establecida en este título (contratos celebrados a distancia) no será de aplicación a [...] los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada en un periodo concreto». Sobre el ejercicio de desistimiento en la contratación de servicios turísticos *on line* véase: MÁRQUES LOBILLO, *op. cit.*, 234 y ss.

70 MARTÍN OSANTE. «Contrato de viaje combinado...», 1047.

Tampoco es necesario que el turista señale el motivo por el que desea resolver el contrato, ni tampoco que utilice un lenguaje jurídico, simplemente debe poder deducirse su voluntad del documento remitido. Si lo que motivó al turista fueron circunstancias extraordinarias o inevitables originadas en el lugar de destino o en sus inmediaciones, que afecten de forma significativa al viaje (catástrofes naturales, actividades terroristas o acciones militares) no deberá pagar ningún tipo de compensación o penalización al operador, aunque, eso sí, deberá probar el motivo alegado⁷¹.

Las normas protectoras de los viajeros callan sobre la posibilidad de establecer como causa de fuerza mayor aquellas situaciones personales que sufre el viajero y que le impiden efectuar el viaje. La doctrina tampoco es unánime en considerarlas como causa para que el turista pueda resolver el contrato sin compensar a la agencia de viajes⁷². En mi opinión, deben considerarse como una causa justificada para dar por terminado el contrato porque, en este contexto, la fuerza mayor hace referencia a todas aquellas circunstancias que generan al viajero un desinterés en realizar el viaje⁷³. ¿Qué interés tendría una persona en disfrutar de sus vacaciones cuando, días antes de su inicio, el estado de salud de su padre se agrava de forma inesperada y se encuentra a punto de fallecer; o cuando ella misma, días antes, sufre una enfermedad crónica que no la deja llevar su vida normal?, está claro que ninguno. Como único requisito, se debería exigir que el hecho sea imprevisible e insuperable.

Adicionalmente, el viajero tampoco tendrá la obligación de indemnizar a la agencia de viajes *on line* cuando antes de la salida del viaje esta modifique sustancialmente alguno de los elementos esenciales del paquete (artículo 158.2 TRLGDCU) o no confirme la reserva (artículo 159.2 TRLGDCU).

Como consecuencia de la resolución del contrato antes de iniciado el viaje, el artículo 160 TRLGDCU señala que el turista debe abonar al operador turístico los gastos de gestión y cancelación, si se incluyen en el contrato, más una penalización⁷⁴. Los primeros se definen como aquellas expensas hechas por el operador confiando que el contrato se perfeccionaría. Con la imposición de esta indemnización se busca evitar

71 ALCOVER GARAU (*op. cit.*, 700) señala que la ausencia de toda compensación del consumidor a la agencia de viajes por esta circunstancia es excesiva.

72 GÓMEZ CALLE (*El contrato...*, 205) muestra su inclinación por esta postura de la siguiente manera: «La circunstancia imprevisible e inevitable que le impide al consumidor participar en el viaje puede ser de orden personal [...] o familiar». En cambio, SOLER VALDÉS-BANGO (*op. cit.*, 309) entiende que las circunstancias personales o familiares del viajero no pueden considerarse fuerza mayor «porque pertenecen, claramente, a la esfera de riesgos del viajero y, consecuentemente, deben ser asumidos por aquel». Para este autor, las agencias de viajes son las que deben decidir si estos hechos son motivo válido para resolver el contrato sin pagar ningún tipo de indemnización.

73 Así la definen GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 202. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 307.

74 Recuérdese que en el derecho de desistimiento general, el consumidor puede dejar sin efectos el contrato sin tener que pagar ningún tipo de costes, ni penalización.

que la agencia se vea injustamente empobrecida y, por eso, deben ser compensados. No obstante, cuando se contrata un paquete dinámico en un solo portal web es casi imposible que se originen debido a que, antes de la contratación, la plataforma de la agencia de viajes *on line* no realiza ninguna actividad de contacto con los proveedores, solamente permite la combinación y compra de los servicios. Dicha gestión la hace, pero después de estar celebrado el contrato una vez el turista haya pagado la pluralidad de servicios.

Los que sí se podrían presentar son los gastos de cancelación en ambos casos (cuando el viajero contrata con una agencia o con cada proveedor), debiendo probar el operador turístico su efectiva producción puesto que es una sanción de carácter compensatorio⁷⁵. De igual forma, se exige que previo a la contratación del paquete dinámico hayan sido informados y aceptados por el viajero⁷⁶.

Respecto a la penalización, como su cuantía se encuentra determinada en la norma legal, la agencia de viajes no debe ni informarla y tampoco probarla. En este sentido, el turista debe abonar el 5% del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de 10 días y menos de 15 días de antelación a la fecha de comienzo del viaje; el 15% entre los 3 días y menos de 10 días, y el 25% dentro de las 48 horas anteriores a la salida del viaje; si no se presenta a la salida del viaje debe pagar el importe del total del viaje, salvo que las partes pacten cosa distinta. Cuando el consumidor resuelva el contrato faltando más de 15 días para el comienzo del mismo deberá abonar únicamente los gastos de gestión y anulación, salvo que el motivo haya sido por una circunstancia de fuerza mayor.

El viajero también puede dejar sin efectos el contrato de paquete dinámico una vez se haya empezado a ejecutar el viaje, no obstante, a esta resolución no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 160 TRLGDCU a pesar de la expresión *en todo momento*⁷⁷. Por ello habrá que determinar el motivo de la resolución para establecer las consecuencias jurídicas: en primer lugar, si la causa de terminación se debe a un incumplimiento del proveedor de servicio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 161 TRLGDCU; en segundo lugar, cuando renuncia por un simple motivo personal no

75 De lo contrario, como afirman BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO (*op. cit.*, 77) «Su cuantía quedaría totalmente al albur del organizador y/o detallista, lo que es un resultado no deseado por la norma».

76 Así estableció la SAP de Gerona de 12 de febrero de 2008 al declarar improcedente la reclamación de los gastos de anulación de la agencia al viajero porque en el proceso no se demostró que «la información ofrecida por la agencia incluyera con el necesario detalle la penalización por desistimiento y, sobre todo, que existiera expresa aceptación por parte del actor de todo ello. Información y aceptación que eran especialmente necesarias en este caso pues el viaje se contrató para tres personas, siendo que quien acudió a la Agencia fue el hijo del demandado».

77 GÓMEZ CALLE. «Libro IV. Viajes combinados...», 1363.

constitutivo de fuerza mayor, el viajero deberá pagar los gastos en los que incurra la agencia para la cancelación de los servicios no ejecutados y además debe costear su repatriación; y, en tercer lugar, si es porque sobreviene una circunstancia de fuerza mayor tendrá derecho a que se le reembolse lo pagado por los servicios no prestados sin que deba pagar los gastos de cancelación y además que se le suministre un medio de transporte similar al contratado para su repatriación. Sobre este punto, no puede considerarse fuerza mayor la enfermedad sufrida (una fractura, por ejemplo) cuando esta no se deba a un incumplimiento por parte la agencia de viajes o los proveedores directos del servicio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. 1999: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232: 687-702.
- AURIOLES MARTÍN, A. 1992: «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje». *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206: 819-862.
- AURIOLES MARTÍN, A. 2005: *Introducción al derecho turístico. Derecho privado del turismo*. Madrid: Tecnos.
- BATUECAS CALETRÍO, A. y APARICIO VAQUERO, J. P. 2013: «La contratación on line de servicios turísticos». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares, 49-78.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. 2013: «Nuevas formas de promoción y contratación de servicios turísticos en Internet». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares, 1-20.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. 1997: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ CALLE, E. 1998: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ CALLE, E. 2011: «Libro IV. Viajes combinados (arts. 150 a 165)». En S. Cámara Lapuente: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 1291-1413.
- GÓMEZ CALLE, E. 2012: «En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado». En S. Cámara Lapuente y E. Arroyo Amayuelas: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 385-418.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. 2008: «¿Nueva regulación de los viajes combinados?». *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, n.º 269: 1063-1075.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P. 2011: «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos». *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre, 2011: 209-242.
- MARTÍN OSANTE, J. 2010: «Información, contenido y modificación de los contratos de servicios turísticos». *Diario La Ley*, 7 enero, 2010, n.º 7315.

- MARTÍN OSANTE, J. M. 2009: «Contrato de viaje combinado: resolución y responsabilidades». *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, n.º 273: 1041-1066.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. s. f.: «Contrato de viaje combinado (arts. 150 a 165 TRLGDCU)». <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/3.pdf>.
- ORTUÑO BAEZA, M. T. 2009: «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativas en la protección del consumidor turístico». *Práctica de Tribunales*, septiembre, 2009, n.º 63: 8-23.
- PASTOR SEMPERE, M. 2013: «Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC'S) y de las políticas de la Union Europea en materia de mercado interior y defensa de los consumidores en la contratación de viajes combinados». *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 288: 89-140.
- PENDÓN MENÉNDEZ, M. Á. (2001): «Viajes combinados». En G. A. Botana García: *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 881-924.
- SOLER VALDÉS-BANGO, A. 2005: *El contrato de viaje combinado*. Navarra: Thomson Aranzadi.