

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**GÓMEZ CALLE, Esther:** *El contrato de viaje combinado*, ed. Civitas, Madrid, 1998, 354 pp.

1. *La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (LVC en adelante)*, responde a la obligación de transponer a nuestro ordenamiento la *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. Es una ley que establece el régimen específico del contrato de viaje combinado en los distintos momentos que conforman el *iter* contractual: oferta, perfección y ejecución (art. 1.1 LVC).

1.1. Para que el *viaje* contratado tenga la calificación de *combinado* han de reunirse ciertos requisitos, objeto de análisis por la autora: *a)* El viaje ha de constar al menos de dos prestaciones o servicios principales. *b)* Tales prestaciones deben ofertarse coordinadas entre sí, como producto unitario y respondiendo a una previa organización realizada por la agencia de viajes. La autora destaca que esa previa coordinación se traduce, en el Derecho alemán [regula el contrato de viaje en los §§ 651 *a*) ss. BGB], en la ineficacia de las *cláusulas de mediación*: cláusulas que en ocasiones se insertan en los contratos y que presentan a la agencia de viaje como una mera intermediaria entre el consumidor y el prestador directo del servicio, cuando realmente parece fundado entender que las prestaciones ofrecidas entran bajo su responsabilidad. La LVC no menciona ese tipo de cláusulas, pero la autora considera que de la definición que el artículo 2.1 da del viaje combinado, puede extraerse la consecuencia de su ineficacia. Otra cuestión, también suscitada en Derecho alemán, es si a la oferta y contratación de *una sola prestación* pueden aplicárseles las normas del contrato de viaje combinado: la práctica muestra casos en los que se realiza una labor que excede de la simple mediación y en los que sólo se ofrece una prestación (*v. gr.*, alquiler de casas en período de vacaciones). La mayoría de la doctrina y jurisprudencia alemanas admiten la aplicación analógica de los §§ 651 *a*) ss. BGB, argumentando que lo importante del contrato de viaje es, precisamente, la labor de organización previa. Situándose en la LVC, la autora reconoce que no cabe su aplicación directa a los viajes de una única prestación (el art. 2 requiere dos prestaciones), pero considera razonable su aplicación analógica teniendo presente el argumento de la importancia de la coordinación previa hecha por la agencia de viajes. *c)* Suele ofrecerse el viaje combinado a cambio de un precio global (el art. 1.2 LVC admite que se presente desglosado). La mención del precio significa que el ámbito de aplicación de la LVC no incluye los viajes ofertados gratuitamente. *d)* Sólo es viaje combinado si dura más de veinticuatro horas o comprende al menos una pernoctación. Y *e)* Es indiferente que el viaje sea *turístico o de negocios*, así como que se desenvuelva en su totalidad fuera de la Unión Europea, pues lo importante es su comercialización dentro de sus fronteras.

1.2. Sobre los *sujetos* del contrato de viaje combinado, la autora alude sucesivamente al organizador, al detallista, al consumidor y al prestador directo del servicio. Señala que si el organizador «vende» directamente el viaje combi-

nado al consumidor, aquél será el único contratante de éste; pero si, además, hay un detallista, uno y otro forman parte del contrato con el consumidor. En cualquier caso nos encontramos ante supuestos de *responsabilidad contractual*. En cuanto a la noción de consumidor, la LVC (art. 2) básicamente se ha limitado a reproducir, si bien en distintos apartados, las definiciones que da la Directiva 90/314/CEE de contratante principal, beneficiario, cesionario y consumidor o usuario. Finalmente, la autora trata de los prestadores directos del servicio y se plantea si, teniendo en cuenta que el consumidor no ha contratado con ellos, tiene éste *legitimación para exigirles directamente el cumplimiento del servicio* cuando a ello se niegan (hecho que, por desgracia, se da con cierta frecuencia cuando se produce una insolvencia sobrevenida del organizador). Algunos autores y tribunales alemanes admiten la legitimación del consumidor al configurar el contrato entre organizador y prestador directo del servicio como en favor de tercero (el consumidor) y entendiendo que el prestador directo del servicio renuncia a oponer al consumidor las excepciones derivadas del contrato. Pero esta explicación, indica la autora, no suele ajustarse a la voluntad real de la partes, por lo que la doctrina alemana propone acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual. Situándose en la LVC, la autora considera que ésta no da apoyo para configurar el contrato entre organizador y prestador directo del servicio como en favor del consumidor, quedando así los casos en que, efectivamente, se hubiera querido (algo improbable y reconducible a una cuestión de interpretación). A su entender, la responsabilidad del prestador directo del servicio frente al consumidor es extracontractual, pero, teniendo presente que sobre aquél recaen específicos deberes de cuidado, puede justificarse la aplicación de algunas normas de responsabilidad contractual, como los artículos 1104 y 1107 CC, o la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento.

1.3. Aunque, tal y como se expresan la LVC y la Directiva 90/314/CEE, parece que el contrato de viaje combinado se configura como compraventa, Esther Gómez considera que está *más próximo al de obra* (régimen jurídico supletorio). Es además un contrato *consensual*: es cierto que el artículo 4.1 LVC afirma que «deberá formularse por escrito», pero la autora lo interpreta en el mismo sentido que los artículos 1279 y 1280 CC; esto es, una vez perfeccionado el contrato, el consumidor puede exigir que se formalice por escrito (efectos de prueba; suministra información al consumidor). Una de las peculiaridades de la LVC (en contraste con la Directiva 90/314/CEE) es que, antecediendo al contrato de viaje, *se impone* al organizador o al detallista que hagan un *folleto del viaje* en el que debe contenerse la *oferta* del viaje (oferta *ad incertam personam*, no simple *invitatio ad offerendum*). De esta forma, mediante la aceptación del consumidor de alguna de las propuestas contenidas en el folleto, dirigida al organizador o al detallista, se perfecciona el contrato de viaje combinado. En opinión de Esther Gómez, esa consideración del folleto informativo como oferta hace innecesaria, en la mayoría de los casos, la norma del artículo 3.2 LVC que establece el carácter vinculante para el organizador o el detallista de la información contenida en el folleto (el art. 3.2 LVC también contiene dos excepciones al carácter vinculante del folleto, añadiendo la autora la excepción general del art. 8.2 LGDCU: si el contrato contiene cláusulas más beneficiosas para el consumidor que las contenidas en la oferta publicitaria, prevalecen aquéllas sobre éstas). Por otro lado, Esther Gómez destaca que es un contrato *sinlagmático y oneroso, de tracto sucesivo*, en el que la obligación de prestar el viaje, producto de la coordinación hecha por el organizador, es *obligación de resultado*, cuyo término suele ser, por lo general, *esencial*.

2. Antes de analizar los derechos, las obligaciones y las cargas de los distintos sujetos que intervienen en el contrato de viaje combinado, Esther Gómez afirma el *carácter imperativo* de la LVC en cuanto *ampare derechos del consumidor* y esto se traduce en que puede *modificarse* la norma siempre que se haga *en beneficio del consumidor* (además, algunas normas de la LVC admiten expresamente el pacto en contrario; si el contrato se realiza mediante condiciones generales de la contratación, han de cumplirse los requisitos de la LGDCU).

2.1. *La principal obligación del organizador es coordinar las prestaciones del viaje combinado*, así como *seleccionar y contratar* a los prestadores directos del servicio, sobre quienes tiene la obligación de su *supervisión*. En cuanto al *detaillista*, señala la autora que, dado que suele actuar como *mediador*, sus obligaciones son las propias de tal tarea. Una vez iniciado el viaje, el organizador y el detallista están obligados a *asistir al consumidor*, siempre que la causa de la dificultad no sea imputable a este último. Sobre el *consumidor* recae la *carga* [pese a que, señala la autora, el art. 4.1.m) LVC hable de «obligación»] de *comunicar el incumplimiento* de forma que *quede constancia* de su existencia. Con esta comunicación se posibilita que el organizador o el detallista subsanen la deficiencia del viaje y puedan hacerse con las pruebas necesarias a fin de poder repetir contra el prestador directo del servicio.

2.2. Sobre las *obligaciones de información*, objeto de regulación detallada y casuística en la LVC (y en la Directiva 90/314/CEE), la autora destaca que aquéllas pesan sobre el organizador; pero si en el contrato intervino el detallista, éste es quien normalmente suministrará al consumidor la información por estar en contacto con él. Esther Gómez ordena en tres bloques el conjunto de datos a facilitar al consumidor según la LVC: *a) Datos que han de contenerse en el programa-oferta* (art. 3 LVC); la lista que da la LVC no es exhaustiva [art. 3.1.j)] y dado que ese programa o folleto tiene al mismo tiempo una función publicitaria, han de cumplirse las normas de la Ley General de Publicidad (como no inducir a error a sus destinatarios: art. 4 LGP). *b) Datos que conforman el contenido obligatorio del contrato* (art. 4 LVC); se trata también de una lista abierta. *Y c) Datos que deben facilitarse antes de la fecha de salida del viaje* (art. 6 LVC). Una observación que la autora hace a la LVC es, que ésta exija que en el contrato figuren muchos datos que ya se han mencionado en el folleto-programa (repetición innecesaria), folleto-programa que además es obligatorio y no potestativo para el organizador; y lo mismo puede decirse a propósito de la información a suministrar antes de la fecha de salida del viaje. Sobre las *características de la información*, destaca Esther Gómez que lo más frecuente es que se adopte la forma escrita; que debe ser clara y comprensible; y que ha de procurarse con una antelación suficiente para que sea útil al consumidor. Tras exponer las obligaciones de información, la autora realiza una valoración crítica de las mismas (no olvidemos que se trata de una materia que conoce; *vid.* Esther Gómez Calle, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994). Tiene presente que las listas de datos de la LVC tienen un carácter meramente indicativo y que, dada la gran variedad que hay en este sector, esas listas nunca podrán ser exhaustivas. Por otra parte, afirma que *el principio de buena fe impone deberes de conducta leal entre las partes y que entre tales deberes se encuentra el de información en la fase precontractual y en la posterior a la celebración del contrato* (arts. 7.1 y 1258 CC). En su opinión, muchas de las obligaciones de información de la LVC pueden basarse directamente en el principio de buena fe (también en los arts. 8.1 y 13 LGDCU y 4.II LGP; no obstante, reconoce que alguna información de la LVC responde a una decisión de política legislativa en favor del consumi-

dor: por ejemplo, la de plazo de ejercicio de las acciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso). Por último, la buena fe *no impone* informar al consumidor sobre datos que él ha de suministrarse o que se le presupone que sabe por ser normalmente conocidos por una persona media del país en que se oferta el viaje combinado.

2.3. *El pago del precio es la obligación principal del consumidor.* Una crítica que la autora hace a la LVC es que ésta no impida que organizador o detallista cobren anticipadamente el precio del viaje combinado. El pago anticipado comporta evidentes riesgos: si el consumidor pagó la totalidad del precio antes de la fecha de salida del viaje y, durante el viaje, el organizador quiebra, es bastante posible que el prestador directo del servicio se niegue a realizar la prestación, no teniendo el consumidor medios de presión y seguramente habrá de volver a pagar (luego sólo tendrá un derecho de crédito en la masa de la quiebra). Se trata de un problema que, por desgracia, no es infrecuente en la realidad y que la Directiva 90/314/CEE intentó solucionar estableciendo que organizador o/y detallista «facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor» (art. 7). La autora nos informa de que dicho precepto, que a su entender se aplica a la quiebra que tiene lugar *antes y durante* la realización del viaje combinado pero *no* a la que se produce *después* del viaje combinado (reclamación por cumplimiento defectuoso del contrato), suscitó en 1994 la interposición de una cuestión prejudicial por el *Oberlandesgericht* de Bonn ante el Tribunal de Justicia Europeo. La quiebra, en 1993, de varios organizadores hizo que miles de turistas alemanes tuvieran que pagar por duplicado ciertos servicios (hotel, transporte, etc.) y un buen número de afectados reclamó posteriormente indemnización de daños y perjuicios al Estado alemán, basándose en que no habrían sufrido tales daños si éste hubiera incorporado en plazo la Directiva 90/314/CEE (la fecha límite era el 31 de diciembre de 1992; el apoyo para la reclamación fue la conocida Sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991). En sentencia de 8 de octubre de 1996, el Tribunal de Justicia Europeo dijo, entre otras cosas, que no era necesario una previa sentencia de condena por infracción del Derecho comunitario del Estado alemán, que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE contiene una atribución de derechos al consumidor suficientemente identificados, y que el Estado alemán no tenía justificación de la no incorporación de la Directiva 90/314/CEE.

En el Derecho español, el artículo 12 LVC otorga mayor protección al consumidor que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE, pues, *además* del reembolso de los fondos depositados y de los gastos de repatriación *en caso de insolvencia o quiebra, se le garantiza en general la responsabilidad del organizador y del detallista por el correcto cumplimiento del contrato* (por sentencia, por laudo arbitral); garantía que se constituye frente al consumidor y sobre cuya modalidad hay una remisión a la Administración turística competente. Por otra parte, la autora recuerda aquí el artículo 24, que permite a la agencia de viajes cobrar, al contratar, hasta un 40 por 100 del precio, y el artículo 27.2, que le obliga a que en el momento de la perfección del contrato entregue al consumidor la documentación necesaria para la prestación de los servicios del viaje, de la OM de 14 de abril de 1988 [esta OM desarrolló el *RD 271/1988, de 25 de marzo, regulador del ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viaje*, normativa de carácter administrativo y que dedicaba algunos preceptos al contrato de paquete turístico. En cambio, la LVC de 1995 contiene la regulación jurídico-privada y *ex novo* del contrato de viaje combinado, con rango de ley, y basada, según dice su

EM, en la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, CE). No obstante, las CCAA catalana (1994) y de las Islas Baleares (1995) han promulgado Reglamentos sobre las Agencias de viaje que recogen la Directiva 90/314/CEE; el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha decretado la suspensión de varios artículos del Reglamento balear, aquéllos en que se define el contrato de viaje combinado y se regula su régimen jurídico].

Relacionado con la obligación de pago del precio, el artículo 7 LVC establece la *no modificación del precio pactado*, *excepto* si se pacta una cláusula de revisión al alza y a la baja, con especificación de las modalidades precisas de cálculo. Además, la revisión *sólo puede incorporar variaciones sufridas en ciertos elementos del viaje combinado* y ha de hacerse con, al menos, *veinte días de antelación* a la fecha de salida del viaje (el Derecho alemán es aquí más protector: prohíbe el aumento del precio en los cuatro meses siguientes a la celebración del contrato). Cumpliéndose estos requisitos, el consumidor está obligado a pagar el incremento del precio, pero si la modificación es significativa podrá resolver el contrato (art. 8 LVC). Para concretar el carácter significativo de la modificación, y ante el silencio de la LVC, la autora propone el criterio del artículo 28.2 de la OM de 14 de abril de 1988, que permite al cliente desistir del viaje si la subida supera el 15 por 100 del precio pactado.

2.4. Del propio contrato pueden surgir *otras obligaciones para el consumidor*, como, por ejemplo, observar pautas de conductas si el viaje combinado es en grupo, colaborar con el deudor para que éste pueda ejecutar su prestación (cumplir los horarios, etc.).

3. El artículo 5 LVC permite que el contratante principal ceda gratuitamente su reserva (*cesión de contrato*) en el viaje combinado a una persona que *reúna todas las condiciones requeridas para el mismo*. Esther Gómez destaca el acierto de que la LVC, a diferencia de la Directiva 90/314/CEE (art. 4.3), no exija como requisito la imposibilidad del consumidor para participar en el viaje combinado. Además, la cesión debe *comunicarse por escrito* al organizador o detallista; hacerse, como mínimo, con una *antelación de quince días antes* de la fecha de salida del viaje combinado, salvo pacto en contrario; y *no se requiere consentimiento del organizador o del detallista*, aunque pueden *oponerse a la cesión cuando no se cumplan los requisitos legales*. Producida la cesión, el cesionario pasa a *formar parte del contrato* de viaje combinado, pero *responde solidariamente* con el cedente del pago del precio pendiente y de los gastos adicionales por causa de la cesión (y dependiendo del acuerdo que entre ellos medie, podrá haber derechos de repetición: art. 1145.II CC).

4. El artículo 8 LVC regula la *modificación del contrato de viaje combinado*. Los elementos que conforman su supuesto de hecho son: a) La modificación debe producirse *antes* de la fecha de salida del viaje. b) El organizador ha de *verse obligado* a dicha modificación. La autora indica que diversos autores interpretan la expresión «se vea obligado a la modificación» de forma restrictiva; en su opinión, sin embargo, esa expresión incluye cualquier causa de la modificación (fuerza mayor, negligencia del organizador). Y c) La modificación debe *afectar a algún elemento esencial del contrato y ser significativa*. Cumplidos estos requisitos, el organizador debe comunicar inmediatamente la modificación al consumidor y éste, en un plazo de tres días siguientes a la notificación, puede optar entre aceptar la modificación o resolver el contrato sin penalización alguna (salvo pacto en contrario más beneficioso). La LVC entiende el silencio del consumidor como opción por la resolución contractual.

5. De conformidad con el artículo 9.1 LVC, en los casos de *resolución del contrato por el consumidor por una modificación significativa* (art. 8.2 LVC), *de cancelación del viaje por el organizador, y de no confirmación del viaje, antes de la fecha de salida del viaje combinado*, el consumidor tiene derecho a que se le restituyan las cantidades pagadas o a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior, si organizador o detallista pueden proponérselo; si el viaje es de inferior calidad, procede el oportuno reembolso al consumidor.

El artículo 9.2 LVC preceptúa que, en los casos anteriores (art. 9.1 LVC), *organizador y detallista son responsables de la indemnización que corresponda al consumidor por incumplimiento del contrato* (indemnización fijada en una cuantía mínima de porcentaje en función del precio total del viaje combinado y de la proximidad en el tiempo respecto de la fecha de salida del viaje; si se justifican mayores daños, la autora admite su exigibilidad, no teniendo inconveniente en aplicar los arts. 1106 y 1107 CC). Asimismo, destaca que, en la tramitación en el Senado del entonces *Proyecto de Ley de viajes combinados*, se suprimió la responsabilidad solidaria establecida entre organizador y detallista (de conformidad con la supresión que en ese sentido se hizo en el art. 11 del Proyecto; sobre ello *infra* núm. 7).

El artículo 9.3 LV establece dos casos en los que *no procede la indemnización* prevista en el artículo 9.2 LVC: *a)* Si la cancelación del viaje combinado es porque no se reúne el número mínimo de personas exigido y así se comunica al consumidor antes de la fecha límite que a tal efecto se fijó en el contrato. *b)* Si la cancelación del viaje fue por fuerza mayor, definida por la LVC como «aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida». En opinión de la autora, esta definición legal recoge los rasgos que a su entender caracterizan a la fuerza mayor –circunstancia impeditiva ajena a la esfera de actividad, imprevisible e inevitable– y que permiten diferenciarla del caso fortuito, en el que la circunstancia impeditiva entra en la esfera de la actividad del deudor. Comparando la LVC y el CC, la autora expone dos interpretaciones doctrinales del artículo 1105 CC («Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»): *a)* una interpreta los sucesos como impedimentos ajenos al ámbito de control del deudor, lo que permite afirmar la práctica coincidencia entre los artículos 9.3.b) LVC y 1105 CC; *b)* otra interpreta que el artículo 1105 CC contempla tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, y, trasladándonos a la LVC, se constata que la causa de exoneración del artículo 9.3.b) es entonces más restringida que la del CC. Por otro lado, la autora entiende incluido en el artículo 9.3.b) LVC no sólo la cancelación del viaje por el organizador, sino también la resolución del contrato por el consumidor *ex* artículo 8.2 LVC.

6. El artículo 9.4 LVC regula el *derecho del consumidor de desistir del contrato*, posibilidad que no contempla la Directiva 90/314/CEE y que es copia, en buena medida, aunque con alguna importante diferencia, del artículo 29 de la OM de 14 abril de 1988. El consumidor que desiste del contrato *ha de pagar una indemnización, salvo que su decisión fuera por causa de fuerza mayor* (lo que incluye circunstancias de orden personal como accidentes, fallecimiento de familiar muy próximo, etc.). Esther Gómez señala la diferencia de esta fuerza mayor del artículo 9.4 LVC, en cuanto que impide al consumidor aprovechar la prestación debida, de la fuerza mayor del artículo 9.3 LVC, que es impeditiva del cumplimiento. Si el desistimiento no es por causa de fuerza mayor, el consumidor ha

de pagar los gastos de gestión y de anulación del viaje, sobre los que, lamenta la autora, no se exige justificación como, en cambio, ocurre en la cesión de la reserva del viaje (art. 5.3 LVC). Asimismo, el consumidor ha de pagar una penalización que la LVC calcula en un porcentaje del importe total del precio en función del plazo que quedara entre el desistimiento y la fecha de salida del viaje; el plazo más lejano que la LVC contempla es el de menos de quince días, afirmando la autora que, si el consumidor desiste con quince días de antelación, no se le puede penalizar y que no es válida una cláusula en dicho sentido (la LVC establece un mínimo en los derechos de carácter imperativo).

Pero el artículo 9.4 LVC *no contempla el desistimiento del consumidor una vez iniciado el viaje*, y aquí, Esther Gómez considera que hay que tener en cuenta la causa que lo determinó. *Si fue por defectos en la ejecución del viaje* se han de aplicar las normas sobre incumplimiento de los artículos 10 y 11 LVC. *Si fue una decisión personal del viajero de no continuar el viaje*, la autora parece inclinarse por la aplicación analógica del artículo 1594 CC («El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella»). Por último, *si el desistimiento fue por causa de fuerza mayor que, sin entorpecer el correcto cumplimiento del viaje, supone la frustración del propósito práctico del contrato*, la autora es partidaria de que el consumidor pueda desistir y que haya un reparto equitativo de los gastos entre éste y el organizador.

7. El artículo 11.1 LVC establece que el organizador y el detallista responden frente al consumidor del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esther Gómez señala que se tratan de *obligaciones de resultado*, en las que se responde por la actuación de los prestadores directos del servicio, y que estamos ante una *responsabilidad objetiva*, por cuanto que no presupone culpa en el control hecho sobre los prestadores directos del servicio (no exonera la simple prueba de la correcta elección del prestador). Asimismo, el artículo 11.1 LVC establece que la responsabilidad entre organizador y detallista es «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado». La autora nos recuerda que esta *regla de distribución de responsabilidad* se introdujo en el entonces *Proyecto de Ley de viajes combinados* en el Senado y vino a sustituir la regla de la responsabilidad solidaria entre organizador y detallista (también se eliminó de los arts. 9.2 y 11.2 del Proyecto); la *responsabilidad solidaria sólo* ha quedado para los casos en que *concurran conjuntamente* diferentes organizadores o diferentes detallistas (art. 11.1 *in fine* LVC). Tras recordar otros regímenes de responsabilidad frente al consumidor (art. 27 LGDCU; Ley de 6 de julio de 1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos), Esther Gómez entiende que si bien es verdad que el régimen de responsabilidad solidaria beneficia al consumidor (puede dirigirse contra más personas), el legislador ha considerado ese régimen muy gravoso para el detallista (puede ponerle en difícil situación financiera) y ello pese a que luego ejercite una acción de regreso; de ahí su supresión.

Establecido por el artículo 11.1 LVC el criterio por el cual el consumidor dispone de un *conjunto de medidas ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del viaje*, el artículo 11.2 LVC («asimismo») contempla la medida del *resarcimiento de daños y perjuicios*. Sus requisitos son que el daño sea consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso y que éstos sean imputables al organizador o/y detallista; este último requisito se cumple si no se acredita ninguna de las causas de exoneración previstas en el artículo 11.2 LVC. La autora nos informa de que sobre el artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE, equi-

valente al 11.2 LVC, la doctrina española ha calificado la responsabilidad de objetiva, mientras que la alemana habla de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (es cierto que las dos versiones de la Directiva difieren). Situándose en el artículo 11.2 LVC, la autora afirma que para que la agencia de viajes no responda, no basta con probar que obró con diligencia en la ejecución del contrato, sino que debe demostrar, precisamente, alguna de las causas de exoneración del artículo 11.2 LVC; concluye, por ello, que el artículo 11.2 LVC *no consagra una responsabilidad por culpa*.

Las causas de exoneración del artículo 11.2 LVC son: a) Que el defecto sea *imputable al consumidor*; la autora señala que tal defecto ha de serle exclusivamente imputable e incluye tanto si hubo como si no culpa en el consumidor. b) Que el defecto sea *imputable a un tercero ajeno de forma imprevisible e inevitable*. Teniendo presente el artículo 11.1 LVC, Esther Gómez precisa que el tercero del 11.2.b) LVC no es el prestador directo del servicio. c) Que el defecto se debe a *fuerza mayor*, definida en el artículo 11.2.c) LVC, igual que la fuerza mayor del 9.3 LVC (cfr. *supra* núm. 5). y d) Que el defecto se deba a un *acontecimiento que «a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar» el organizador o el detallista*. La autora indica que esa diligencia es la que resulta del artículo 1104 CC, que la imprevisibilidad se refiere al acontecimiento en sí, y que la inevitabilidad también se refiere al acontecimiento en sí, lo que permite referirla asimismo a las consecuencias de éste. Por otra parte, mientras en la fuerza mayor del artículo 11.2.c) LVC, el acontecimiento queda fuera de la esfera de actividad del organizador o del detallista, el acontecimiento del 11.2.d) LVC queda dentro de dicha esfera (se recogería aquí la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito que defienden algunos autores; cfr. *supra* núm. 5). Por último, en relación a las causas de exoneración de las letras b), c) y d) del artículo 11.2 LVC, el organizador y el detallista tienen *obligación de asistir al consumidor* que se encuentre en dificultades.

Sobre los *daños indemnizables*, la autora, dada la ausencia de regulación de esta materia en la LVC, es partidaria de acudir a las *reglas generales del CC sobre responsabilidad contractual*. Admite la aplicación del artículo 1106 CC, destacando que en la mayoría de los casos lo que hay son *daños emergentes*, siendo más rara la reparación del *lucro cesante*; asimismo admite la *reparación del daño moral* derivado de lesiones corporales y el derivado de la frustración o pérdida de las vacaciones si el viaje se malogró total o parcialmente por un defecto de cierta entidad (recoge varias sentencias de Audiencias Provinciales que lo habían admitido antes de la LVC); también entiende aplicable la *distinción entre deudor de buena fe y doloso* del artículo 1107 CC, en cuanto a la extensión de los daños indemnizables (que, por ejemplo, parece no admitir León Arce), así como la aplicación del *artículo 1103 CC*.

El artículo 11.3 LVC establece que el resarcimiento del daño por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de *alguna de las prestaciones* del viaje combinado «quedará limitado» a lo que *prevean los Convenios internacionales reguladores de dicha prestación*. Esther Gómez afirma que en esta norma hay un cierto exceso de celo, pues de la expresión legal parece desprenderse la apreciación de oficio por el órgano judicial de tal limitación aunque no la alegara el organizador o el detallista. Y del artículo 11.4 LVC, se deduce, en coordinación con el artículo 5.2 de la Directiva 90/314/CEE (los Estados miembros podrán admitir cláusulas limitativas razonables sobre daños no corporales), la *inadmisión en Derecho español y frente al consumidor de cláusulas limitativas de responsabilidad* (la autora entiende que, en cambio, son válidas las cláusulas que den al consumidor un beneficio sobre lo establecido en la Ley).

7.1. El artículo 10 LVC regula el caso en que, *después de la salida del viaje, el organizador no suministra o comprueba que no puede suministrar una parte importante de los servicios contratados*. Esther Gómez señala que se trata de un *supuesto de incumplimiento* en el que es indiferente la causa que lo motivó (culpa o fuerza mayor). El consumidor tiene la carga de comunicar el incumplimiento al organizador o al detallista [art. 4.1.m) LVC] y si éstos permanecen pasivos o es urgente adoptar una solución, la autora, pese al silencio de la LVC, es partidaria de que el consumidor busque una solución y pida luego la devolución de los gastos siempre que sean razonables. Las medidas que el organizador ha de adoptar ante el incumplimiento deben dirigirse prioritariamente a la continuación del viaje combinado (ofrecer una alternativa) y ello sin suplemento de precio o, en su caso, devolver al consumidor lo que pagó de más (reducción del precio; art. 10.1 LVC). Si el consumidor acepta continuar el viaje, la LVC nada dice sobre si puede exigir, además, indemnización por daños y perjuicios; la autora entiende que sí y lo apoya en el artículo 11.2 LVC. Pero si las soluciones adoptadas por el organizador son inviables, o no las acepta el consumidor por motivos razonables, el viaje se concluye anticipadamente y el organizador ha de facilitar, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte para regresar, equivalente al utilizado en el viaje de ida. Esther Gómez señala que esta última obligación sólo debería haberse consagrado para el caso en que la vuelta del viaje fuera prestación prevista en el contrato y que si no lo fue, entonces el consumidor sólo podría exigir los gastos adicionales que le suponga el regreso anticipado. Por último, aquí sí, el artículo 10.2 LVC prevé expresamente que el consumidor pueda exigir indemnización de daños y perjuicios (de acuerdo con el 11.2 LVC).

7.2 La autora destaca que la LVC *no regula el supuesto del cumplimiento defectuoso de alguna de las prestaciones del viaje combinado una vez iniciado*, puesto que el supuesto de hecho del artículo 10 LVC es el de la *no prestación* de una parte importante de alguno de los servicios pactados (incumplimiento sin más; si bien en ambos casos ha lugar a un cumplimiento defectuoso del contrato). No obstante, es partidaria de que, en lo posible (no siempre se va a poder encajar), se aplique el artículo 10 LVC al supuesto del cumplimiento defectuoso de la prestación, lo que se traduce en que el consumidor, ante la pasividad del organizador, pueda adoptar por sí mismo medidas de solución y luego pedir sus costes; ejercitar una pretensión de cumplimiento para que se corrijan los defectos, sin suplemento alguno de precio; pedir la reducción del precio; poner fin anticipadamente al viaje y ejercitar la oportuna acción de indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, la autora señala (poniendo distintos ejemplos de la jurisprudencia alemana) la diferencia entre el cumplimiento defectuoso, que no ha de asumir el consumidor, y los inconvenientes o molestias que todo viaje implica, que sí deben ser asumidos por aquél (en esta diferencia incide si el organizador o/y detallista cumplieron o no con sus correspondientes obligaciones de información).

8. El artículo 13 LVC establece el *plazo de dos años* para ejercitar las acciones derivadas de los derechos reconocidos en la LVC (sobre todo son derechos del consumidor, pero también hay del organizador o del detallista, como el pago del precio). Para el cómputo del plazo se aplica el artículo 1969 CC. Además, requisito previo al ejercicio de la acción, es que el consumidor denuncie el incumplimiento [art. 4.1.m) LVC]. Por otro lado, la autora es partidaria de aplicar *la regla de ley especial deroga ley general*, lo que se traduce en la aplicación preferente de la LVC sobre el CC cuando el caso encaje, además de en la LVC, en alguna de las figuras que contempla el CC (vicios de consentimiento cuyas accio-

nes tienen un plazo de ejercicio de cuatro años; incumplimiento contractual del que derivan acciones generales con un plazo de ejercicio de quince años). Nos informa la autora de que en Derecho alemán se ha impuesto la aplicación preferente de la normativa especial del contrato de viaje (plazo de ejercicio de seis meses) sobre la general del derecho de obligaciones por incumplimiento (plazo de ejercicio de treinta años).

9. Hemos de advertir, en la recensión a esta monografía de la profesora Esther Gómez Calle, que nuestra atención se ha centrado en el estudio que la autora realiza sobre la LVC, si bien también hemos aludido, con relativa frecuencia, a la Directiva 90/314/CEE y al Derecho alemán. La *mención de la Directiva* es necesaria por cuanto mediante la LVC se cumple la obligación de transponer aquella y, además, porque es doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, como nos recuerda la autora, que el Juez nacional debe interpretar el Derecho interno de conformidad con la normativa comunitaria. El estudio del *Derecho alemán* es una opción hecha por la autora de utilizar en su trabajo el método de Derecho comparado, siendo muy adecuada la elección de aquél pues éste ya regulaba el contrato de viaje en el BGB desde 1979 y esa regulación se tuvo en cuenta, entre otras, en la elaboración de la Directiva 90/314/CEE [aunque luego ésta se haya, a su vez, incorporado a su ordenamiento interno, lo que ocurrió en 1994 reformando los §§ 651 a) ss. BGB, promulgando un Reglamento sobre los deberes de información de los organizadores de viaje (*Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*) y modificándose la *Gewerbeordnung* (Código industrial) para establecer la multa en relación a la infracción de la obligación de garantía por los fondos depositados y por los gastos de repatriación del consumidor]. Por otro lado, hemos de resaltar que el Derecho comparado cobra especial interés cuando estamos confrontando normas nacionales que incorporan Directivas cuyo fin es aproximar legislaciones: acudir a cómo la doctrina o los Jueces de otro Estado miembro entienden su norma interna, nos puede permitir que, contando con otros elementos (art. 3 CC), nos inclinemos por interpretar nuestra norma en uno u otro sentido; asimismo, cuando la Directiva permite a los Estados miembros optar por incorporar o no un concreto aspecto, constatar qué Estados han optado por incorporarlo y cuáles no, así como las razones de ello, permite que hagamos una valoración más precisa de nuestro Derecho interno; etc.

Suele ser usual acabar una recensión resaltando las buenas cualidades del autor y de la monografía y a ello procedemos, pero destacando que las afirmaciones que a continuación hacemos no responden a la rutina, sino que son fiel reflejo de la realidad. Se trata de una obra rigurosa en la forma y en el contenido. En la forma, porque encontramos una redacción clara y precisa; el esquema que va engarzando el estudio de la LVC está bien trabado; y cuando una materia se sitúa sistemáticamente en un apartado, si antes o después la autora ha de referirse a ella, no nos repite estérilmente lo mismo, sino que, sin más, remite al lector al lugar en que lo trata. En cuanto al contenido, expone el supuesto de hecho y las consecuencias de las normas de la LVC, pero no se queda ahí, va más allá, puesto que continuamente plantea cuáles son los problemas interpretativos, expone el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia y se pronuncia al respecto; asimismo, demuestra su buen conocimiento de las categorías dogmáticas y de la evolución que en los últimos años está experimentando nuestro derecho de obligaciones y de contratos en general (arts. 1101 ss. CC), integrándolo en la LVC hasta dónde, en su opinión, ello es posible. En definitiva, es una obra de recomendable lectura.